

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1923

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVIII • Mayo - Junio 1982 • Núm. 550

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—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:

- «Comentario a "vuelapluma" de los artículos de Derecho Sucesorio (por ahora los siete primeros) 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», por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS (conclusión) 569
- «La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 601
- «Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal», por JOHANNES MICHAEL SCHOLZ 633
- «La aparcería agrícola», por JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ 663

VIDA JURIDICA:

- «La Legislación Hipotecaria en el proceso histórico de las Autonomías», por PABLO CASADO BURBANO 697

NOTAS:

- «Sobre la línea divisoria entre la ocupación y la accesión», por JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA 721
- «Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1.324 del Código Civil», por MARÍA CONSUELO RIBERA PONT 743

JURISPRUDENCIA:

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ 767
- II. Sentencias del Tribunal Supremo:
 - 1.º Registro de la Propiedad, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI 779

LIBROS:

«Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios», de F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	815
«Introducción a la sociología del Derecho», de RENATO TREVES, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	817
«La posesión», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	820

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	850
--------------------------------	-----

ESTUDIOS

Comentario a «vuelapluma» de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) 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 (CONCLUSION)

ARTÍCULO 823

«El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción plena, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima.»

Este artículo reza absolutamente igual que el primer párrafo del correlativo del Proyecto remitido por el Gobierno. Este, sin embargo, contenía además un segundo párrafo que recuerda al ahora derogado artículo 179, particularidad primera, pues decía:

«El hijo adoptivo, o su stirpe, no podrá percibir en dicho tercio más que el hijo por naturaleza menos favorecido.»

La Ponencia del Congreso mantuvo la redacción del Proyecto, aunque sin mucha convicción (131), y fue la Comisión de Justicia de dicha

(131) En su Informe (*B. O. C. G.*, cit., págs. 348/39) dice textualmente: «El artículo 823 puede conservar provisionalmente la redacción del proyecto por cuanto el acuerdo de la Ponencia ha sido adoptado sólo por mayoría. Quedarían así rechazadas en principio las enmiendas 38 (señora PELAYO DUQUE, Centrista), 231 (Socialistas de Cataluña), 355 (Grupo Socialista), 387 (Minoría Catalana) y 501 y 502 (señor ALZAGA VILLAAMIL, Centrista)...»

Cámara Baja la que suprimió ese segundo párrafo, por razones que se intuyen, y ya no intentó ser resucitado en ninguna otra fase parlamentaria, entre otras cosas, porque habría sido contradictorio con los artículos 108, 2; 176, 1, y 179, 1.

Llama la atención que este último artículo, el 179, en el Proyecto (como hoy también en el texto definitivo) afirmaba sin salvedades que «el hijo adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la *misma* posición que los demás hijos o descendientes», lo cual era en cierto sentido incompatible con la limitación de mejora que luego establecía el artículo 823, 2, del propio Proyecto, contradicción, pues, originaria y anterior al debate de las Cortes.

Afortunadamente, en la versión definitiva desaparece, con el párrafo, la contradicción y además todos los problemas que suscitaba la parecida regla del artículo 179, particularidades primera y segunda, que tanta tinta hizo verter (132).

En relación con el artículo 823 anterior se aprecian ligeras, pero significativas diferencias; a saber:

- desaparece el segundo párrafo («esta porción se llama mejora»);
- a cambio, se intercala tras el verbo «disponer» el inciso «en concepto de mejora»;
- finalmente, se precisa que los hijos o descendientes mejorables pueden serlo por naturaleza o por adopción plena.

La primera supresión evita la ambigüedad en que incurría el Código anteriormente (133), y para el caso de que dicho párrafo segundo alu-

(132) Véanse, entre otros, los trabajos de GABRIEL GARCÍA CANTERO: «Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción», *R. G. L. y J.*, 1970, 229, 2º semestre; el mismo: «El nuevo régimen de la adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA: «Reflexiones sobre el nuevo artículo 179 del Código Civil», *R. C. D. I.*, núm. 480, septiembre-octubre 1970; JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ: «La adopción y el Registro de la Propiedad», *R. C. D. I.*, núm. 481, noviembre-diciembre 1970; JOSÉ MARÍA CANO REVERTE: «La nueva adopción», *R. D. N.*, abril-junio 1971; RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO: «Los efectos sucesorios de la adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: «La adopción», *A. D. C.*, XXIV-III, 1971; JULIÁN MANTECA ALONSO-CORTÉS: «La adopción. Comentarios a la reforma de 1970», *R. D. N.*, 1971, II; ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «La legítima del Código Civil en la adopción», *R. D. P.*, junio 1973; JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970», *A. D. C.*, XXIII, 1970; el mismo en sus *Limitaciones*... tantas veces citadas en diversos lugares; JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CARRETERO: *La persona adoptada*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, etc.

(133) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, Edersa, 1977, págs. 282-3, la pone de relieve con estas palabras: «Este —el art. 823, 2—, al decir «esta porción se llama mejora», no deja bien deslindado si se refiere a la porción dispuesta «a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes», o bien a «una de las dos terceras partes destinadas a la legítima», en cuyo caso expresaría con la misma palabra ambos conceptos».

diese a la cuota teórica de mejora, su desaparición lo mismo que la adición del inciso «en concepto de mejora» contribuyen a destacar más que la mejora es ante todo un fin, para cuya consecución el disponente cuenta potencialmente con la mitad de la legítima larga de los descendientes, pero que sólo deviene mejora efectiva en cuanto se dispone realmente de ese tercio teórico. En este sentido, de contribuir a borrar la visión de la mejora como compartimento estanco del caudal, ambas modificaciones son elogiables y coordinan mejor el artículo 823 con el 808, 2.

Fiel a mi criterio de ceñirme sólo a las novedades que suscita la reforma, no me adentraré en cuestiones que tradicionalmente se abordan al socaire de este artículo 823, como por ejemplo:

— determinar cuál es la masa de cálculo del tercio de mejora: si el *relictum* más el *donatum* o sólo el primero, problema hoy claramente resuelto ex artículo 818 (por cierto, también reformado en otro aspecto), en el primer sentido, con la matización hecha por VALLET (134);

— título por el que se puede mejorar: pues ya es pacífico que por cualquiera, con las consiguientes diferencias de régimen (135);

— ni tampoco las tradicionales cuestiones de las personas que pueden mejorar o ser mejoradas, pues me parece evidente que pueden seguir haciéndolo los ascendientes, en favor de cualesquiera descendientes de los previstos en el artículo 823, con las siguientes observaciones:

1.^a Si puede mejorarse a descendientes de segundo o ulterior grado, es reprobable que en la reforma del artículo que comento (lo mismo que en la del 808) se siga hablando de padre o madre y no de ascendientes, aunque la redacción anterior que se conserva ya no planteaba duda al respecto y, con seguridad, seguirá sin plantearla.

2.^a La exclusión de los adoptados en forma simple del elenco de los mejorables es consecuente con su no participación de la legítima en general, decretada por el artículo 180, 3, sobre cuyo carácter de excepción al artículo 176, 2, ya me he extendido (*vide* nota 36); y

3.^a Mi interpretación del artículo 179 como rectificado, o mejor complementado por el artículo 176, 1 y 2 (*vide* la misma nota acabada de citar), me inclinan a defender que el parentesco alternativo que prevé el artículo 823 (por naturaleza o por adopción plena) se puede dar en cualquiera de los escalones de la línea descendente. Así, el abuelo puede mejorar al hijo adoptivo (pleno) de su hijo matrimonial, como también puede hacerlo, dada la nueva filosofía familiar, en favor del hijo no

(134) *Op. cit.* nota anterior, pág. 285.

(135) VALLET, *ibidem*, págs. 288 a 291.

matrimonial de su hijo matrimonial o adoptivo pleno, etc. La letra del artículo 823 confirma estas novedosas combinaciones.

ARTÍCULO 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.»

En el Proyecto remitido por el Gobierno la única variante que presentaba este artículo consistía en que el nombramiento de cónyuge mejorante-distribuidor podía ordenarse «en testamento o en escritura pública».

Fue la Ponencia del Congreso la que sustituyó esa posibilidad de ordenación en escritura pública por la más tradicional de en capitulaciones matrimoniales que presenta el texto definitivo (136).

El precepto ya no experimentó ninguna otra alteración parlamentaria.

Su antecedente se encuentra una vez más en el artículo 831 anterior, cuya necesidad de cambio en orden a coordinarlo con los objetivos primordiales de la reforma (filiación, patria potestad o régimen económico-matrimonial) era nula. Sin duda, aflora aquí una de esas solapadas «mejoras técnicas» que el legislador no se atreve a confesar haber intentado esporádicamente, unas veces para que no se le objete la omisión de otras mejoras y las más para que no se le reproche el haberse quedado a medio camino (ya veremos como en el artículo que ahora comento se crean nuevos problemas y se dejan sin resolver multitud de los que en él subyacían).

En concreto, y en relación con la versión anterior, el artículo presenta sólo dos modificaciones importantes y una tercera de tono menor:

Las primeras consisten: a) en que el nombramiento del cónyuge comisionado se puede ordenar también en testamento, con lo que lógicamente desaparece el presupuesto necesario de que el cónyuge ordenante

(136) En su Informe dice literalmente: «El artículo 831 resultaría modificado si, como sugiere la Ponencia, fuera aceptada la enmienda 503 (señor ALZAGA VILLAAMIL, Centrista) en la forma parcial que refleja el texto que sigue, en el que, por el contrario, resulta rechazada la 232 (Socialistas de Cataluña)», y a continuación reproduce el artículo tal y como ha devenido ley.

muera intestado (al menos en parte, como entendía la mejor doctrina); y b) en que se le ha señalado un plazo para cumplir su cometido.

La última estriba en que el cónyuge supérstite ha de respetar no sólo las legítimas y las mejoras ordenadas por el finado, sino también «las demás disposiciones» de dicho causante.

Ahora bien, esos leves retoques introducidos tienen la suficiente repercusión en el resto como para que se haga imprescindible un reexamen de todo el artículo a la luz de los nuevos datos.

La tarea no resulta en exceso difícil, porque el artículo 831, que durante años fue objeto de un cierto descuido doctrinal sólo tardíamente enmendado (137), ha despertado últimamente el interés de algunos autores (138) y, en muy buena medida, su comentario exhaustivo se acaba de efectuar (139).

Por este su reciente tratamiento doctrinal me limitaré a efectuar aquí un escueto repaso de las múltiples cuestiones que sigue suscitando el artículo 831, unas veces —por excepción— exponiendo mi modesta opinión sobre problemas pretéritos y las más deteniéndome en los que provoca su nueva redacción. Para ello me aprovecharé en buena medida del completo esquema de VALLET y casi reduciré a su trabajo mis referencias, a fin de beneficiarme también indirectamente de su insuperable

(137) Hasta la reforma del Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, los únicos trabajos monográficos dedicados a él eran todos bastante recientes: ENRIQUE ALPAÑÉS: «La delegación de la facultad de mejorar», en *R. G. L. y J.*, marzo de 1953, págs. 273 a 331; ENRIQUE SECO CARO: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, y DÍAZ FUENTES: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*, II, sobre el artículo 831 del Código Civil», *A. D. C.*, 1965, págs. 877 y ss. Además había referencias al artículo 831 en obras y artículos de objetivo más amplio, como (aparte en cierto sentido el del propio DÍAZ FUENTES) los de JORGE DE LACOSTE: *La mejora*, traducción española de GARCÍA GUIJARRO, Madrid, 1913, y ANNO ELFGEN: «La mejora en el vigente Derecho español», en *R. D. N.*, LXIII, enero-marzo 1969, págs. 7 a 87, que constituye la traducción (efectuada por AURELIO PÉREZ GIRALDA) de la II parte (págs. 41 a 106 de la obra más amplia de aquel autor *Die Mejora (Geschichte und Dogmatik im spanischen und südamerikanischen Recht)*, ed. Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1962. Finalmente, es obvio que aludían al 831 los diversos comentarios y tratados generales, cuya relación en esta glosa «a vuelapluma» resulta innecesaria.

(138) VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA: «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en el *Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, ed. por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, págs. 365 a 392; SANS URANGA: «La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil», en *R. D. N.*, abril-junio 1976, págs. 379 y ss.

(139) Me refiero al llevado a cabo por ese verdadero «Atila» —dicho sea con la mayor admiración— del Derecho sucesorio que es VALLET DE GOYTISOLO, tras cuyo paso por un tema es difícilísimo si no es por cambio legislativo como ahora, que vuelva a crecer la hierba de la ocurrencia doctrinal. Véase en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XI, Edersa, 1978, págs. 368 a 394.

aparato de citas, que deberá consultar cualquiera que desee profundizar en algún extremo.

1. *Fundamento y naturaleza.*

No debe perderse de vista, en primer lugar, que las finalidades principales que persigue el artículo 831, de acuerdo con sus antecedentes (140) o, por lo menos, los intereses lícitos que a su través cabe canalizar, son los siguientes:

— para los patrimonios dinámicos o de producción (141) sirve para mantenerlos indivisos y poner a su frente al descendiente más capacitado o idóneo;

— y para ellos, y también para los patrimonios estáticos o de ahorro rentista (141), sirve:

a) para conservar el respeto y la atención hacia el cónyuge supérstite entre los descendientes comunes a él y al difunto; y

b) para «corregir las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos con la medida humanitaria y equitativa que supone la mejora a los que resulten más necesitados» (142), pero también con la que supone aplicarla como recompensa a los que se comporten mejor con dichos necesitados (143).

Estas finalidades, que son las mismas que persiguen las paralelas instituciones forales (144), me seguirán sirviendo de norte o guía en la interpretación teleológica del artículo remozado, puesto que la reforma

(140) VALLET: *Comentarios...*, cit., págs. 368-9; GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, páginas 367 a 373.

(141) Para esa distinción, vide VALLET: *Panorama de Derecho Civil*, 2.ª edición, Barcelona, 1973, págs. 264 y ss.; también, como antecedente, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio», en *A. A. M. N.*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 375.

(142) VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 369.

(143) Si se piensa en el descendiente incapaz el artículo 831 se presenta como un posible mecanismo complementario de la sustitución ejemplar.

(144) Testamento por comisario (arts 15 a 20 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava), facultad de elegir o distribuir conferible al cónyuge viudo (art. 115 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña; vide también arts. 116 y 118 a 121 y 244), distribuidor de Mallorca y Menorca (artículos 18 a 23 de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares), fiducia sucesoria (arts. 95, 108 y 110 a 118 de la Compilación del Derecho civil de Aragón) y fiducia sucesoria, fiduciarios-comisarios y herederos de confianza (leyes 151, 281 a 288 y 289 a 295 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra). No debe perderse de vista que para conseguir unos mismos o parecidos fines el legislador puede servirse de fórmulas técnicamente diferentes. Por eso, la analogía con los ordenamientos forales en este punto debe efectuarse con suma cautela y más en cuanto al espíritu que en cuanto a la letra de sus preceptos.

sólo ha pretendido facilitar la difusión del pacto o encargo (145), perfilándolo, además, en cuanto al plazo para su ejercicio, pero no alterar los cometidos que atendía antes.

En cuanto a su naturaleza, creo que se sigue tratando de una *delegación* (146) de las facultades de desigualar hasta en dos tercios del caudal (a lo que equivale mejorar) y/o de partir con prudente arbitrio entre los descendientes comunes (que es en lo que se traduce «distribuir»). El artículo 831 permite, por lo tanto, que hasta el límite máximo de esa delegación se designe un *cargo* de derecho sucesorio (como los de albacea, contador, etc.), pero con facultades indudablemente más amplias que las de ningún otro de los admitidos por el Derecho común.

Esa delegación o nombramiento (147) puede —si se utiliza el vehículo de las capitulaciones matrimoniales— constituir el contenido de un pacto recíproco (disposición correspectiva), aunque también, ya se emplee esa forma, ya la testamentaria, el de una cláusula unilateral, con las consiguientes diferencias en orden a su revocación, como veremos en seguida (obsérvese, en este sentido, que ya no se dice «podrá válidamente pactarse», sino simplemente «podrá ordenarse», que es verbo que designa más bien disposición unilateral).

El artículo 831 me parece que continúa siendo una excepción, sí (148), a los artículos 830 (él mismo lo dice), 1.271, 2 (cuando se use la vía capitular); 1.057, 1 y 3, y 670 (pero sólo respecto de su última proposición: designación de porciones en que hayan de suceder los instituidos —en nuestro caso— por el premuerto o por la Ley), pero, rigurosamente hablando, en modo alguno excepciona lo dispuesto en el artículo 669, porque nunca se usa el ropaje del testamento mancomunado y el que también en las capitulaciones haya disposiciones corres-

(145) Si originariamente se usó poco del artículo 831 porque antes del matrimonio, que era cuando se podían pactar las capitulaciones, raros eran los cónyuges que confiaban lo suficiente entre sí como para otorgarse facultades de tanta gravedad; después de 1975 se pensó —GARRIDO PALMA, SANS URANGA, VALLET— que el artículo iba a despertar de su letargo, cobrando nueva vida (aunque desde entonces en mi práctica profesional en Derecho común —no así en el Bajo Aragón— todavía no me he tropezado con ningún caso de fiducia sucesoria ni tengo noticias de que ningún compañero de los de las zonas de Levante lo haya tenido); ahora, en 1981, se le inyecta un nuevo estímulo, poderse ordenar en testamento, a ver si definitivamente cala en la vida social. Pero creo que todavía hubiera hecho falta una regulación más perfilada y exenta de dudas: hoy por hoy sigue siendo arriesgado acogerse al escueto e insuficiente 831.

(146) VALLET: *Comentarios*, cit., pág. 370.

(147) Que se basan en la confianza o fiducia entre esposos, de ahí su carácter personalísimo; en las páginas que siguen designaré al cónyuge supérstite, fiduciario —LACRUZ—, además de comisionado —VALLET— o mejorante-distribuidor, y al premuerto, fiduciante o comitente, además de ordenante, finado, difunto, *deuius*, etcétera.

(148) VALLET: *Comentarios...*, cit., págs. 369-70.

pectivas, incluso *mortis causa* (cf. art. 1.341, 2, actual), no debe inducir a engaño.

II. *Acto generador de la facultad.*

Puede ser o bien un testamento en cualquiera de sus variedades (abierto, cerrado, ológrafo, especial, etc.) o bien una cláusula capitular, sea unilateral dentro de un contenido bilateral más amplio, sea recíproca. No puede ser ningún otro tipo de instrumento notarial, dada la clara rectificación que introdujo la Ponencia del Congreso y que fue aceptada por las Cámaras a la expresión «escritura pública» que empleaba el Proyecto.

Por supuesto que las capitulaciones serán hoy, siempre, notariales, sin excepción posible (art. 1.327; cf. 1.324 antiguo).

Si el nombramiento se efectúa en testamento, es evidente que será revocable (arts. 737 y 739), interpretado éste no al modo romano estricto, sino como preconizan Díez PÍCAZO y GULLÓN —*Sistema...*, cit., página 650— y otros autores de vanguardia (149); si se realiza en capitulaciones hay que distinguir, como postulaba hace un momento: cuando se trata de una cláusula claramente unilateral (150) que no constituya la

(149) Cuando la revocación sea expresa y clara no habrá problemas, pero se me ocurre que pueden haber otros casos dudosos en que el efecto revocatorio será una *quaestio voluntatis* a plantearse de acuerdo con los criterios generales; así:

— Si se designa en testamento posterior un albacea con solo las facultades legales (arts. 902 y 903) en la duda y aunque no cómodamente, creo que serían compatibles un tal albacea y el cónyuge comisionado.

— Si el albacea cuenta con facultades especiales vía 901, habrá que examinar caso por caso la compatibilidad o incompatibilidad entre ambos cargos.

— Si se designa un contador partididor de los del 1.057, 1, todavía puede pensarse —a salvo siempre la verdadera voluntad del testador— que lo único que se ha revocado es la facultad de distribuir (para la que quizá se ha considerado más experto a aquél que al cónyuge), pero no la de desigualar; de manera que el cónyuge señalaría las porciones y el contador iría integrándolas partitivamente, aunque como sus plazos de actuación pueden ser diferentes, habrá que entender normalmente o prorrogado el del contador o acortado el del cónyuge mejorante. (Por supuesto que si el contador se designa para partir entre sucesores distintos de los descendientes comunes, en relación con bienes no destinados a éstos, tampoco hay colisión).

— Si se trata de contador partididor con facultad de pago en metálico de la legítima de los descendientes (art. 841), la compatibilidad parece mucho más difícil, puesto que sus facultades se extienden indudablemente a partir entre los descendientes del finado (incluidos los comunes con el supérstite) y sin necesidad de respetar el contenido cualitativo ni de sus legítimas ni de sus porciones hereditarias. Desde luego, nombrar un tal contador, tras un cónyuge distribuidor, sin revocar expresamente el nombramiento de éste, parece una verdadera broma jurídica.

(150) Dentro de un contenido más amplio, pues una tal cláusula unilateral no debe poder canalizarse por capítulos como contenido único, habiendo hoy la posibilidad de testamento.

contraprestación de ninguna otra facultad o atribución conferida o efectuada al estipulante, será revocable directamente por escritura (art. 1.331 «a contrario») o por testamento; si la cláusula es correspectiva, es decir, constituía la contraprestación del conferimiento de otra facultad similar o de una atribución de signo distinto, entonces podría pensarse que sólo se puede revocar con el acuerdo de ambas partes (art. 1.331), y no debería ser posible ni la revocación unilateral directa vía testamento, ni la indirecta por agotamiento del caudal *inter vivos* o *mortis causa* (arg.: analogía con el art. 827); pero, por lo menos, esto último es inevitable, puesto que el artículo 831 impone como límite al supérstite el respeto a cualesquiera disposiciones del causante, sin distinguir si son anteriores o posteriores a la delegación. Lo que sí será posible es que en ese caso de revocación indirecta de una facultad «pactada» y no «ordenada» se reclame indemnización de daños probados a los herederos del incumplidor. En definitiva —como dice VALLET—, si el nombramiento era el contenido de un pacto no cabe la revocación unilateral de ese pacto en su aspecto preventivo (151).

III. *Facultades del cónyuge comisionado.*

Es evidente que, como máximo, se le pueden delegar dos:

— la de desigualar hasta en dos tercios del^o caudal no sólo del *relictum*, pero sin sobrepasar éste;

— y la de distribuir todo el *relictum* al prudente arbitrio del fiduciario, en la porción que ni deba considerarse legítima ni hubiese distribuido ya el causante.

Cabe que se delegue una u otra o las dos. Decidir esto último, si sólo se ha aludido claramente a una de ellas, será cuestión de interpretación de la voluntad del ordenante. Es evidente que si éste ha señalado, mediante cuotas, los destinatarios del 100 por 100 de su caudal, ya sólo le cabe al comisionado actuar como un contador-partidor reforzado (en cuanto no le afecta el artículo 1.061, etc.); inversamente, si ha determinado la composición de los lotes en que deben distribuirse sus bienes, al fiduciario sólo le resta determinar quién de los descendientes comunes ha de beneficiarse de cada uno de esos lotes o de todos ellos, una vez a salvo la legítima.

Cuando la voluntad del comitente no pueda deducirse implícitamente ni siquiera con la ayuda de actos (o abstenciones) coetáneos, anteriores o hasta posteriores a la ordenación y conectados con ella, creo que debe

(151) *Op. cit.*, pág. 373. Dubitativamente, pero en el mismo sentido, LACRUZ, *op. cit.*, II, pág. 68.

presumirse que se han conferido las dos facultades que contempla el artículo 831.

Pero descendamos al examen concreto de esas facultades, invirtiendo el orden con que tradicionalmente se abordan por la doctrina:

A) Facultad de distribuir:

La primera duda que me asalta es la de determinar hasta dónde se extiende objetivamente esta facultad. El artículo 831 parece referirla a todos los bienes que deje el difunto, incluidos, por tanto, los destinados a satisfacer la legítima. Esta funcionaría de freno o límite respecto de la facultad de mejorar o desigualar, pero no respecto de la de partir. Se evitaría de este modo el «engorro» que supone, si los legitimarios del orden descendente reclaman de inmediato su legítima, tener que determinar con ellos —o con su defensor judicial— los bienes concretos que se destinan a satisfacer aquélla. Pero, si se medita bien, surge un obstáculo para esa interpretación extensiva del ámbito objetivo de la facultad de distribuir, y es que la misma puede hacerse al «prudente arbitrio» del distribuidor, y si algo significa esa frase no es otra cosa que el poder soslayar la regla de la igualdad cualitativa en el reparto (artículo 1.061), ya que la no sujeción a la igualdad cuantitativa en las porciones disponibles resulta, como veremos, de la facultad de mejorar. Y aunque el legislador pudo y quizá debió facultar al fiduciario para repartir la legítima corta —inmediatamente, si se le exige—, es lo cierto que distribuir «a su prudente arbitrio» no puede referirse por igual al primer tercio y a los otros dos.

Claro que el ordenante puede nombrar (no sólo por acto *mortis causa*, sino asimismo *inter vivos*: art. 1.057, 1) al supérstite también contador-partidor ordinario para el tercio de legítima, sin que parezca aplicable (en cuanto el cónyuge no participa de él) la prohibición del 1.057, 1, aunque quizá sí la cautela de su párrafo hoy tercero. Y también puede nombrarle contador-partidor especial del 841, con facultad de adjudicar todos los bienes hereditarios destinados a pagar las legítimas, a uno solo de los hijos o descendientes —ya no sólo comunes— del finado, y de ordenar que se pague en metálico la porción legitimaria de los demás. Pero las dificultades prácticas no desaparecen, ya que:

— por lo pronto, es imprescindible que esas facultades adicionales resulten claramente de la delegación;

— en caso de acogerse al artículo 841 la partición referida al tercio de legítima estricta deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 843 (asenso unánime o aprobación judicial);

— y, finalmente, el apartamiento o señalización de los bienes que

deben ir a parar al tercio de legítima estricta (así como la fijación previa de su montante o valor —tanto de los bienes como del tercio—) y los que en cambio se imputan a los dos tercios restantes parece que requiere acuerdo entre los legitimarios de un lado y el cónyuge distribuidor de otro.

De donde se deduce que, no habiendo avenencia o no deseando dilatar, por lo que sea, los legitimarios del orden descendente, la percepción de su legítima, ya se impone una primera partición destinada a fragmentar el caudal en tres porciones: una de ellas se la repartirán después entre sí los legitimarios (o se las repartirá el propio cónyuge nombrado contador-partidor ordinario o especial), y las otras dos permanecerán en estado latente o de yacencia hasta que el mejorante distribuidor —dentro de los plazos que hoy le marca el 831, 2— decida hacer uso de sus facultades naturales de mejorar o distribuir.

Esa intervención previa posible de los legitimarios a fin de concretar su tercio es idéntica a la que postula la doctrina mayoritaria (MANRESA, SCAEVOLA, BARRACHINA, SECO CARO, DÍAZ FUENTES, GARRIDO DE PALMA, todos citados por VALLET (152); también, LACRUZ (153), etc.); en orden a la liquidación de la sociedad de gananciales de haber existido este régimen entre comitente y comisionado, pues no parece haber apoyo positivo claro que dispense la intervención de los primeros —o de su defensor— y permita al fiduciario liquidar unilateralmente los gananciales.

Desde luego, no deja de haber un cierto contrasentido en que un precepto, basado todo él en la confianza y en el que ya se dispensa una primera contraposición de intereses, cual es la de la fijación de la cuota viudal usufructuaria, se deba interpretar restrictivamente en cuanto a la extensión de la fiducia a otros puntos de conflicto (liquidación de gananciales o determinación del valor y de los bienes destinados a legítima estricta).

Los ordenamientos forales son más consecuentes:

— En Cataluña, donde habitualmente el causante catalán no deja gananciales que se deban liquidar previamente, el cónyuge elector o distribuidor puede, mientras toma su decisión, fijar y pagar las legítimas y los legados (art. 115, 3.ª, Comp.); de donde se deduce que él es siempre, en caso de fiducia, el árbitro exclusivo de la sucesión, sin particiones previas.

— En Vizcaya el artículo 48 de la Compilación mantiene indivisos los bienes del matrimonio (ya estén comunicados, ya sean gananciales.

(152) *Op. cit.*, pág. 382, nota 75.

(153) *Op. cit.*, II, pág. 68.

pues el poder testatorio no se circunscribe al supuesto de dejar hijos comunes —cf. arts. 15 y 19, 2, Comp.—), hasta que el Comisario haga la designación. Y en cuanto a la legítima de cuatro quintos su carácter colectivo debe excluir normalmente su reclamación inmediata de estimarse posible.

— En Mallorca y Menorca, la salvedad que efectúa, *in fine*, el artículo 18 de la Compilación me hace temer que se pueden plantear problemas similares a los del Derecho común, sólo que normalmente sin gananciales.

— En Aragón, la única legítima existente, la de los descendientes, es materialmente colectiva, y las reclamaciones contra su lesión siguen un régimen muy peculiar; pero sobre todo la existencia de la viudedad —normalmente universal: art. 72 Comp.—, en su vertiente de usufructo viudal, excluye la posibilidad de cualquier tipo de reclamación inmediata por parte de los legitimados ex artículo 124 de la Compilación contra un gravamen *ad tempus* previsto por la propia Compilación (art. 125, 4.º).

En la práctica por mí conocida, el fenómeno se desenvuelve de esta manera tan sencilla (simplifico intencionadamente): el cónyuge elegido fiduciario directamente (o facultado para distribuir al amparo de los artículos 95 y 108, 2, Comp.), va haciendo uso de sus facultades paulatinamente, en función de la trayectoria que van siguiendo los hijos, y mediante escritura que, cuando el bien a distribuir era común, se califica de donación (por lo que hace a su hipotética cuota) y de asignación (por lo que se refiere a la del cónyuge premuerto): se considera que hay una liquidación implícita singular de la comunidad conyugal referida al concreto bien que se adjudica y en la que no se aprecia contraposición de intereses en el supérstite, no sólo porque divide al 50 por 100 entre su patrimonio y el del *decuius*, sino porque a continuación se desprende de todo el bien en favor de uno de los descendientes, potencial destinatario de todo el caudal del difunto y que, como elegido, pasa a representarlo en esa implícita liquidación singular.

Un funcionamiento similar es el que postula LACRUZ para el artículo 831 del Código Civil cuando, tras negar que el cónyuge comisionado pueda hacer por sí solo la división de la comunidad conyugal, añade: «En realidad, y con arreglo a sus antecedentes, el precepto contemplaría más bien la asignación de bienes, privativos o comunes, sin previa partición de éstos, que resultarían atribuidos no por cuenta del premuerto, sino de ambos esposos» (154).

En la práctica puede resultar que así suceda en no pocos casos: primero, por la natural consideración y respeto de los hijos hacia su padre

(154) *Op. cit.*, II, pág. 68.

o madre viudos, al que no sería usual apremiar para que dejase libre la porción de legítima estricta, máxime estando aquéllos ya «colocados» en la vida (antes bien, es frecuente que, de no operar un usufructo universal ex art. 820, 3.º, se consienta a aquél una administración y disfrute *ad nutum* de todos los bienes, privativos o comunes, que hubo el matrimonio); segundo, por la peligrosa indisposición en que podría incurrir el descendiente que verificase un tal apremio a un viudo/a que conserva la facultad de distribuir y mejorar en dos tercios; y tercero, porque a la vista de lo anterior tampoco será probable que al cónyuge fiduciario le urja determinar su patrimonio propio, mediante la liquidación de gananciales (si acaso, si tuviera otros hijos suyos no comunes).

Pero una cosa es el comportamiento probable y otra el seguro, y hoy me parece indiscutible que, en Derecho común, en caso de acogimiento al artículo 831, los descendientes pueden en cierta medida «incordiar» (individual o colectivamente) al cónyuge comisionado, obligándole a partir con ellos el caudal relicto en tres partes y, como presupuesto inevitable para el cálculo y detracción de una de las tres, compeliéndole a liquidar la sociedad conyugal. Si la actitud es colectiva y no se admitiera la posibilidad de beneficiar a descendientes de ulterior grado entonces no existentes (cosa que no creo), no le cabe al supérstite ni el arma de la represalia, por lo menos con el patrimonio del difunto.

Lo que parece evidente es que el artículo 831 no se ha imaginado para esas situaciones de crispación y que, de todos modos, presenta más dificultades en el Derecho común que en algunos de los ordenamientos en donde se inspiraron, antaño y hogaño, sus redactores, singularmente, que en Cataluña y Aragón (155).

Ahora bien, en relación con el Registro de la Propiedad, el ejercicio unilateral, sin más, de las facultades del artículo 831 también plantea problemas, aunque reine la más absoluta avenencia entre el cónyuge fiduciario y sus hijos comunes. Si al modo aragonés que antes he explicado comparecieran en una escritura de donación y asignación de un inmueble el comisionado y uno de los hijos, ¿sería inscribible tal escritura? Prescindo ahora del problema de la liquidación de la sociedad de gananciales referida sólo al bien donado-asignado y en la que no han intervenido los demás hijos comunes, porque puede pensarse —lo que ya es de suyo generoso— que dado el comportamiento altruista del supérstite no hay colisión de intereses y que la intervención del donatario-asignatario reemplaza —como elegido— la de todo el conjunto de los

(155) Quedaba analizar tan sólo nuestro problema en Navarra, donde la legítima formal de un lado y las facultades que al cónyuge fiduciario concede la ley 287 por lo que se refiere a la mitad de las conquistas, tampoco harían surgir los problemas que percibo en el Derecho común.

posibles destinatarios de los bienes. El obstáculo para la inscripción no lo veo ahí. Lo veo en la legítima estricta. En presencia de una tal escritura de donación-asignación, y dada la *cognitio* limitada en que se desenvuelve, ¿no le es lícito al Registrador temer que incluso, aunque sólo se refiera a un inmueble, puede estarse lesionando la legítima estricta de los demás descendientes legitimarios?; ¿no podría suceder que la finca fuese el único o principal bien —no necesariamente indivisible— y que con su donación-asignación (o con su asignación sólo si fuese privativa del *decurius*) se ponga en peligro la percepción de la legítima de los hermanos o los sobrinos del elegido que acaso pueden ser menores?; ¿cabe pensar que entre la facultad de mejorar del comisionado está la de señalar la mejora en cosa determinada con las consecuencias del artículo 829 o en la de partir, la de hacerlo conforme al artículo 1.056, 2 (155 bis)?; ¿o precisamente el respeto que le impone el artículo 831 a las legítimas excluye que el comisionado pueda efectuar una mejora —en sentido lato, ya lo veremos— o una distribución cualitativamente desigual, que exceda de dos tercios? Aun admitiendo que la hipotetizada donación-asignación cupiera canalizarla por los artículos 829 ó 1.056, 2, la protección de la legítima de los demás descendientes, ¿se habría de articular al amparo del artículo 15 de la Ley hipotecaria (como para los casos generales sostiene ROCA), aunque ningún precepto prive a los no elegidos de su legitimación para promover juicio de testamentaria, al amparo analógico de la novísima fórmula del artículo 844, 1, *in fine* —garantías del legatario de cantidad—, o al amparo de su tradicional comparecencia en el instrumento?

No cabe duda que una actitud prudente es la de exigir la ratificación por parte de todos los descendientes de cualquier acto aislado de donación-asignación o simplemente de asignación. Y si alguno de ellos es menor o incapaz, etc., se impone la engorrosa intervención del defensor judicial (normalmente ya no la del protutor a la vista del actual artículo 171) y la subsiguiente aprobación por el Juez (en caso de incapacidad acogida al supuesto del art. 171 y no habiendo ya Consejo de Familia parece que resucita también para el incapaz con progenitor único incompatible la aprobación judicial del art. 1.049 de la LEC), pues no parece que la del defensor judicial sea una representación legal de las que permite la dispensa del actual artículo 1.060 (155 ter).

(155 bis) VALLET así parece sostenerlo: *Comentarios...*, cit., págs. 383 y 391. *Vide* también los autores que cita en tal sentido en la pág. 380, nota 67.

(155 ter) Mi compañero de profesión y promoción FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ no lo cree así, pues en su célebre «Fichero de reflexiones y problemas prácticos» (X), voz «Partición», publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 172, correspondiente a octubre de 1981, págs. 1036-7, da por sentado que la

La fórmula más segura, entonces, para actuar el artículo 831 —y con ello termino esta larga digresión acerca del ámbito objetivo de la facultad de distribuir— es la de efectuar, con intervención de todos los que procedan o de sus representantes, un primer acto de liquidación de ga-

«representación legal» de que habla este artículo 1.060 abraza «los tres siguientes casos de representación legítima:

- la de los padres,
- la de los tutores y
- la del defensor judicial».

Y argumenta que «sólo respecto a este último punto cabe hablar de novedad, pues para los otros dos (padres y tutores) la ley (antiguo art. 1.060) o la jurisprudencia (Resoluciones de 31 de mayo de 1911 y de 25 de noviembre de 1893) habían dispensado a tales particiones del requisito simplemente formulario de la aprobación judicial» (se plantea a continuación un problema de derecho transitorio que resuelve con acierto desde la premisa de que parte)

Pero desgraciadamente yo no estoy tan seguro de que esa premisa sea indudable y correcta. Por lo pronto resulta sintomática la evolución experimentada por el artículo 1.060, que en el Proyecto gubernamental decía: «Cuando los *menores* estén representados en la partición por *los padres* no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Fue la Ponencia del Congreso (Informe cit. en nota 5, página 348/43) la que, aceptando el pensamiento que inspiraba la enmienda 245 de Socialistas de Cataluña o al menos «aceptando una cierta coincidencia con ella», le dio la redacción que se convirtió en ley. En la misma, como puede apreciarse, se introdujo la previsión de que no sólo los menores, sino también los «incapacitados» fuesen partícipes de la comunidad hereditaria y estuviesen legalmente representados en el acto de su extinción, y parece que debió considerarse conveniente recoger la doctrina jurisprudencial a que alude RODRÍGUEZ LÓPEZ (también contenida en las RR. de 30 de octubre de 1943 y de 3 de mayo de 1946); sólo que para no referirse a una farragosa lista de representantes (padres, tutor con autorización del Consejo de familia o padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada, se optó por una fórmula más general («cuando los menores o incapacitados estén *legalmente representados* en la partición..») cuyos imprecisos términos suscitan el problema que nos ocupa.

La *voluntas legislatoris*, pues, hasta donde es indagable no parece que fuese la de innovar nada, sino:

— en un primer momento (Proyecto del Gobierno) coordinar el artículo 1.060 (que en su versión anterior sólo confería la representación a la madre del menor «en su caso», es decir, subsidiariamente) con el nuevo criterio de representación conjunta consagrado en el artículo 154, 2.º, y 162, 1;

— y en un segundo momento (Informe de la Ponencia) incorporar a la ley la doctrina jurisprudencial vertida a propósito de los incapaces sometidos a tutela, y acaso también cubrir las nuevas hipótesis del artículo 171 (por lo menos la de la patria potestad prorrogada, ya que la rehabilitada no la conoció la Ponencia del Congreso, sino que surgió en trámite ulterior).

Ahora bien, ¿la *voluntas legis* permite llegar a conclusión tan audaz como la de RODRÍGUEZ LÓPEZ y, en consecuencia, dispensar de la necesidad de aprobación judicial a las particiones en que estén interesados los menores (y ahora también los incapaces con patria potestad prorrogada o rehabilitada) en los casos en que por incompatibilidad de intereses con sus dos progenitores o con el único ejerciente sea preciso poner en funcionamiento el artículo 163 del Código Civil?

No excluyo radicalmente una respuesta afirmativa a pesar de lo que digo en el texto; sólo insisto en que la cuestión me parece más compleja y menos indudable de lo que se ha pretendido. Sin perjuicio de tomar partido cuando aborde *in extenso* —si llego— el artículo 1.060, anticipo aquí que las ideas que probablemente inspirarán entonces mi solución serán:

nanciales, en su caso, y de separación de un tercio del caudal en concepto de legítima estricta de los descendientes; los otros dos tercios se ponen a disposición del supérstite, inscribiéndose en su caso y si se desea a su favor (art. 2, tercero, Lh) o dispensándosele en su día de la inscripción intermedia (art. 20, párrafo cuarto, de dicha Ley).

Otra alternativa consistiría en no realizar ningún acto de liquidación de gananciales, fijación de legítima, etc. (siempre que nadie los inste), hasta que el comisionado tuviese claro el reparto que va a hacer, y entonces, en un solo acto o en varios, pero con la aquiescencia de todos, ya mayores y capaces —o convenientemente asistidos—, ejecutar su decisión.

Una última fórmula que apunta VALLET consistiría en que el fiduciario no apremiado ejercite «su facultad en su testamento en el que conjuntamente distribuya con su propio caudal el haber del cónyuge premuerto» (156).

En fin, para concluir el análisis de esta primera facultad, la de distribuir, diré resumidamente:

— que el cónyuge distribuidor no está sujeto a la regla de igualdad cualitativa (art. 1.061 CC); si tampoco se ajusta a la de igualdad cuantitativa, entonces no distribuye, mejora;

— que la partición que efectúe no es rescindible ex artículo 1.074, sino que lo es de acuerdo con el artículo 1.075, que coordina perfectamente con los límites —respeto a las legítimas; respeto a la voluntad del testador— que señala el artículo 831 (157);

— la de si es representación legal genuina la conferida para un negocio concreto y no para cuantos puedan afectar al menos a una determinada esfera (la personal, la patrimonial o ambas, etc.) del representado;

— la de si debe equipararse a los padres una persona que si normalmente será aquella a la que corresponde la tutela legítima, también puede ser otro pariente más lejano o un extraño;

— la de si debe ser de mejor condición un defensor judicial que, una vez nombrado, no estaría sujeto a control ulterior que un tutor o un protutor que sí precisan autorización del Consejo de familia, ex artículo 269, 7.º, para cuya interpretación rigurosa es recomendable consultar la Resolución de 30 de octubre de 1943, antes citada;

— y la de si realmente puede decirse que no es necesaria la *intervención* judicial (no la aprobación: cfr. el tenor del art. 1.060), en una partición donde para designar al defensor (a diferencia de los padres o el tutor) ya ha debido producirse necesariamente (art. 163, 3) esa intervención.

Como colofón diré que si la opinión de RODRÍGUEZ LÓPEZ cuenta con el autorizado respaldo de ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 158), la que yo provisionalmente sustenté en el texto tiene en su apoyo el no menos autorizado parecer de LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 137), sin que, desgraciadamente, ninguno de los dos maestros argumente su postura.

(156) *Comentarios...*, cit., pág. 382.

(157) *Ibidem*, pág. 383.

— y que, por supuesto, al viudo distribuidor no le afecta, en cuanto a los dos tercios disponibles, ni la incompatibilidad del artículo 1.057, 1, ni los requisitos formales del artículo 1.057, 3 (158).

B) Facultad de mejorar:

Ya he anticipado que me adhiero a los que la interpretan como la facultad de desigualar en hasta dos tercios (del caudal no sólo del *relictum*, pero con el tope de éste) (159). Ergo, la voz «mejorar» no está usada en el sentido técnico estricto de sólo un tercio en que la emplean los artículos 808, 2, y 823 del Código Civil. Apoyo para esa desarmonía lo encuentro, además de en los tres argumentos de VALLET (160), en la consideración de que la mejora que autoriza el artículo 831 antes y después de la reforma se puede producir —sin recurrir a donaciones del causante— ¡en una sucesión intestada!; luego si ya no es siempre el mismo tipo de sucesión —testada— donde operan, de un lado, los artículos 808, 2; 823, y, de otro, el 831, ¿por qué no admitir que también puede mediar entre ellos una diferencia en cuanto al ámbito objetivo de la posibilidad de desigualar que respectivamente conceden? Un cierto refuerzo de esta opinión también lo encuentro en la nueva redacción dada al artículo 831 por la reforma: en efecto, partiendo de la base de una interpretación estricta del verbo distribuir (como sinónimo de partir), y dando por supuesto que el cónyuge premuerto sí que sólo puede mejorar en un tercio (por lo que en un mismo precepto —el 831— se usan dos palabras de la misma raíz, «mejorar» y «mejoras», con ámbito objetivo diverso —dos tercios para la primera y un tercio para la segunda—), resulta que el nuevo freno puesto al comisionado («y demás disposiciones del causante») sirve para que el mismo se subordine a los actos que con relación al tercio libre hubiese realizado el comitente. Antes había que deducir esa obvia conclusión del principio de que la voluntad del causante es ley suprema de la sucesión; ahora puede pensarse que el legislador quiso cubrir esa laguna.

Con VALLET, una vez más, creo que la facultad de mejorar «incluye la de efectuar toda clase de mejoras, sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota» (161) que sirva de límite; incluso he apuntado que podría desbordar, en el supuesto del artículo 829, los dos tercios que tiene el comisionado a su disposición, pero creo que será necesario para inscribir

(158) *Ibidem*, pág. 383.

(159) Para otras interpretaciones, *vide* VALLET: *Comentarios...*, cit., pág. 379.

(160) *Ibidem*.

(161) *Ibidem*, pág. 380.

una tal asignación acreditar el pago de la legítima conmutada en dinero o la conformidad de los afectados, plenamente capaces o adecuadamente asistidos (y no se diga que eso significa sobrevalorar el papel de unas legítimas dinerarias en una reforma que las ha devaluado (cf. arts. 841 a 847 y concordantes), no sólo porque la devaluación no es total (artículo 843), sino también porque el peculiar régimen de esos preceptos precisa la inicial voluntad del testador, de un contador-partidor expresamente facultado —y el distribuidor ex art. 831 ya he dicho que *per se* no lo es— o de un contador-partidor dativo, donde hay una iniciativa mayoritaria de los afectados —teóricamente—).

IV. *Límites puestos al ejercicio de las anteriores facultades.*

1.º Mejorar «a los hijos comunes»:

La polémica sobre si la facultad desigualatoria del fiduciario se puede ejercitar sólo entre la primera generación (hijos), entre ésta y las ulteriores, pero sólo cuando intervengan por derecho de representación, o entre cualesquiera de ellas, aunque no opere dicho derecho (162), no ha querido ser zanjada por el legislador.

Antes bien, encuentro tres razones que podrían apoyar una interpretación estricta —la de que sólo se puede mejorar a los hijos— que se encontraba en franca decadencia doctrinal.

La primera de ellas es que el párrafo segundo, añadido por un legislador supuestamente más tecnificado que cuando quiere sabe precisar (cf. ad. ex art. 841, 1), vuelve a repetir la expresión «hijos comunes».

La segunda se apoya en la consideración de que no actuando plazo voluntario para el ejercicio de la delegación, y entrando en juego el legal, serían de mejor condición unos nietos, los que hubieran nacido antes de que transcurra el año desde la emancipación del último de los hijos comunes que los que nazcan después, que ya nunca se pueden ver beneficiados.

Y la tercera estriba en que en el segundo párrafo la palabra «hijos» parece que sólo se puede interpretar en sentido estricto, como referida a la primera generación, pues en otro caso el plazo del supérstite para ejecutar su cometido sería eterno, ya que siempre habrá algún descendiente actual o potencial pendiente de llegar a la emancipación.

Pero ninguna de estas consideraciones me parece decisiva para apartarme de la posición anterior mayoritaria que le permite al mejorante ejercer su cometido a todo lo largo de la línea descendente, sin exigencia alguna de inmediatez con él.

(162) *Vide* sus respectivos representantes en VALLET, *op. cit.*, pág. 384.

A las perennes razones de VALLET (163) cabe añadir, desvirtuando los argumentos anteriores, que:

— si, efectivamente, en el segundo párrafo a la palabra «hijos» sólo puede dársele una acepción restringida, ello justifica que ahí el legislador no haya empleado como en otros sitios la alternativa hijos o descendientes;

— si esa entelequia a la que vengo denominando legislador descuidó rectificar la expresión «hijos» en el primer párrafo del artículo 831, sin duda lo hizo por su deseo de introducir sólo las modificaciones imprescindibles para la mayor operatividad del precepto, y es evidente que ensanchar un concepto estrecho —hijos— no resultaba ineludible, cuando en el régimen anterior la interpretación doctrinal había logrado ese resultado;

— finalmente, el que sólo unos descendientes y no otros se puedan aprovechar de una sucesión con delación semideferida, es un azar que se produce siempre en toda sucesión de un ascendiente de segundo o ulterior grado (cf. art. 758, 1, CC), ya la disponga él, ya deje completarla a un tercero, como en nuestro artículo;

— además, si los nietos pueden ser sin discusión beneficiados indirectamente por el mejorante (arts. 782 y 824), ¿por qué no habían de serlo directamente? (argumento utilizado para el ámbito subjetivo de la mejora en general);

— por último, los descendientes de ulterior grado se harían automáticamente de peor condición sin razón alguna con sólo que un cónyuge en lugar de ordenar su sucesión decida utilizar la fórmula del artículo 831, puesto que ya no podrían participar no sólo del segundo tercio, sino ni siquiera del tercio libre.

2.º Distribuir sólo entre los hijos comunes:

Gramaticalmente no hay razones para que sea el ámbito subjetivo de los descendientes comunes un límite a la facultad de distribuir. Para que así fuera, el precepto debería decir, aunque se tratase de una fórmula poco ortodoxa y nada eufónica: «distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto *entre* y mejorar en ellos *a*, los hijos comunes...». etc. Sintácticamente, pues, el complemento «a los hijos comunes» no puede referirse al verbo distribuir, pero, a pesar de ello, lógicamente así debe entenderse, porque no se concibe qué razones habría para que un cónyuge pudiese repartir los bienes del difunto «a su prudente arbitrio» entre sucesores extraños (p. ej., sus suegros). Además, el artículo 831

(163) *Comentarios.* ., cit., pág. 385.

en esta faceta distributiva podría funcionar, aunque no hubiese hijos comunes, en contra de la intención manifiesta de sus redactores que si hubiesen querido convertir al cónyuge —con carácter general— en un hipotético supercontador lo habrían hecho en sede distinta, por ejemplo, tras el artículo 1.057, o dentro de él.

3.º Mejorar a los hijos comunes, habiendo hijos de otro matrimonio anterior del comitente, o adoptados plenamente sólo por él, o —ahora también— no matrimoniales suyos, sea habidos antes o durante (pero fuera) el matrimonio con el comisionado o antes o durante otro matrimonio anterior (pero también fuera del mismo).

Extrañamente en estos casos la doctrina —MANRESA, SCAEVOLA, SECO, BARRACHINA, VALLET (164)— se mostraba restrictiva en cuanto a la posible aplicación del artículo 831, bien porque negaran entonces su posible utilización, bien porque circunscribieran la facultad de desigualar a la porción teórica que pudiera corresponder sólo a los hijos comunes en el segundo y tercer tercio.

Yo, por el contrario, estimo que el comitente del artículo 831 es una persona con suficiente juicio como para saber la trascendencia de lo que hace, y de no apreciarse una voluntad clara de ordenar sólo la posibilidad de mejorar en la proporción correspondiente a los hijos comunes, hay que interpretar que ha querido erigir al comisionado en árbitro indirecto de lo que puede corresponder a esos hijos unilaterales. Si él mismo pudo favorecer con dos tercios sólo a su prole matrimonial, ¿por qué no va a poder delegar su decisión al respecto? Quizá sea una forma de sujetar aquellos hijos unilaterales a su madrastra o padrastro no muy bien vistos por los mismos, pero en cuya ecuanimidad fía totalmente el causante. Acaso sea una fórmula para contentar al cónyuge herido por el adulterio fértil, consiguiendo que continúe la vida matrimonial al poner en sus manos el resorte que le asegure (relativamente, pues hasta última hora cabe la revocación cuando menos indirecta, como vimos), que la mayor parte del caudal va a poderlo desviar él mismo en provecho sólo de la progenie común, etcétera.

Lo que resulta evidente es que el fiduciario sólo puede realizar la mejora entre hijos comunes, nunca entre los unilaterales, aunque a éstos les puede beneficiar merced al rodeo de no disponer de una parte o de todo el caudal que tiene a su disposición y de esta suerte la totalidad de los hijos de cualquier clase participarán más o menos por igual de la sucesión preordenada por el comitente o por la Ley.

Habiendo esos hijos de sólo el causante no es muy recomendable, ciertamente, acudir al artículo 831 y, desde luego, es fácil que surjan

(164) *Comentarios.* ., cit., págs. 385-6.

conflictos para la liquidación inmediata de los gananciales, en su caso, y para la detracción de la porción legitimaria. Es más, si se reclama inmediatamente esa detracción y se aparta sólo un tercio del caudal, ya se puede decir que hay una voluntad inicial de mejorar a los hijos comunes, aunque no creo que constituya, en todo caso, una voluntad irrevocable, es decir, una premejora efectiva en favor del colectivo constituido por la prole común (pues en tal caso si el comisionado muere sin desigualar participarían sólo del segundo y tercer tercio los descendientes comunes, siendo así que al apartar la legítima estricta lo único que acaso se quiso fue distribuir —no sólo entre los unilaterales— lo que indudablemente les había de corresponder como mínimo).

Con mayor motivo sostengo que cabe distribuir, es decir, partir al prudente arbitrio entre los hijos comunes, aunque existan hijos unilaterales del premuerto.

En cuanto a si en ese caso de concurrencia o en otros, v.gr., con atributarios extraños —incluidos adoptados simples comunes o unilaterales— de la porción libre (y no sólo por vía de legados parciales, sino también de institución *ex asse*), puede considerarse al fiduciario como contador-partidor, si renuncia a su cuota y no hay prohibición del testador (165), ya he dicho, aunque refiriéndome sólo a la legítima estricta, que no cabe inducirlo del tenor del artículo 831. Si el causante ha querido, siquiera implícitamente, acumular al cargo de mejorante-distribuidor el de contador ordinario o especial, se puede estar de acuerdo con VALLET; pero del mero y escueto uso de la delegación del artículo 831 no me parece posible inferirlo.

4.º Respetar las legítimas, las mejoras y las demás disposiciones del causante:

a) Legítimas: Que, por hipótesis, sólo pueden ser las de los hijos o descendientes comunes o las de los unilaterales. También he apuntado que *per se* no parece que el comisionado, al amparo escueto del artículo 831, tenga la facultad de autorizar la conmutación cualitativa que ahora conceden los artículos 841 a 847 (cf. el adverbio «expresamente» del párrafo inicial del primero de esos preceptos), pero sí la tiene, en cambio, en los casos más justificados de los artículos 829 y 1.056, 2.

b) Mejoras: Ya he dicho que para mí esta expresión, referida al premuerto, recobra su sentido técnico de desigualación en sólo un tercio. Ha desaparecido la perogrullesca exigencia de que fuesen «hechas en vida» por el finado, pero no cabe duda que el fiduciario habrá de respetar

(165) Véase esta cuestión expuesta por VALLET: *Comentarios ...*, cit., pág. 387.

cualesquiera mejoras del comitente, sean *inter vivos* o *mortis causa*, unilaterales o contractuales, expresas o tácitas, de cosa o de cuota, etcétera.

c) Demás disposiciones del causante: Este límite puede referirse a cualesquiera atribuciones hechas por el causante con cargo al tercio libre, las cuales sin duda deberán ser acatadas por el fiduciario, pero también a cualesquiera instrucciones o condicionamientos impuestos por el comitente al tiempo (o después) de conferir el encargo, y referidos al ejercicio de las facultades que delega, en sus aspectos temporal, espacial, modal, etc. La infracción de este límite (como la del anterior), ya apunté siguiendo a VALLET que puede provocar la rescisión de cualquier partición del supérstite que incurra en ella, aunque no parece que sea el único tipo de ineficacia aducible. Si se transgrede el límite de las legítimas, éstas podrán defenderse mediante sus acciones ordinarias de sobra conocidas.

V. Presupuestos.

1.º Que exista matrimonio consumado (166) entre causante y comisionado.

a) En caso de nulidad, desaparecido el artículo 1.429, en relación con el 1.440, también antiguo, y máxime a la vista de la más precisa doctrina acerca del matrimonio putativo (art. 79 actual), cabe decir con VALLET (quien matiza la anterior opinión similar de DÍAZ FUENTES) que «los efectos de la sentencia de nulidad, si bien no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge supérstite de buena fe, excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio» (167).

b) En caso de separación también decae el nombramiento (salvo insólito mantenimiento en el «convenio regulador» a que se refieren los artículos 81, 90 y 103 CC, reformados por la Ley 30/1981, de 7 de julio), y sin que quepa distinguir, como tampoco hace ya el legislador a ningún efecto, entre cónyuge culpable o inocente. Incluso la mera admisión de la demanda de separación (dígase lo mismo de las de nulidad y divorcio), o incluso la simple solicitud de las medidas provisionales (art. 104 reformado), siempre que subsiga aquélla dentro de plazo, motiva ya la revocación provisional *ex lege* del nombramiento (art. 102, 2), que se convierte en definitiva por la estimación de la demanda o por la finalización del procedimiento de otro modo (art. 106, 2). Igual que en el régimen anterior, la delegación recobra toda su vigencia en caso de reconciliación de los cónyuges separados (art. 84).

(166) El secular concepto de consumación quizá deba revisarse a la vista de los adelantos de la inseminación artificial.

(167) *Comentarios...*, cit., pág. 374.

c) En caso de divorcio vale todo lo dicho para la separación, salvo que resulta imposible la subsistencia del nombramiento en el «convenio regulador» al faltar el presupuesto legal del matrimonio y que la reconciliación sólo puede tener lugar con efectos sanatorios hasta antes de que se dicte sentencia (art. 88, 1); después se necesitaría nuevo matrimonio y nueva ordenación de las facultades del 831 (art. 88, 2).

d) Finalmente, en caso de separación de hecho, tan reforzada en las últimas reformas, no encuentro apoyo legal alguno para estimar revocada tácitamente y por disposición de la Ley una delegación que casi siempre se podrá retirar de modo expreso y unilateral y si no por la vía indirecta antes señalada. Además, convertir esa separación fáctica en un *status* jurídico (separación, divorcio, siquiera *in fieri*) resulta extremadamente fácil (cf. arts. 82 y 86).

2.º El segundo presupuesto que señalaba VALLET, a saber, que el cónyuge premuerto falleciese intestado, parece que hubiera dejado de serlo con carácter necesario en la regulación actual, pero si bien se mira tanto entonces como ahora de lo que se trataba era de que falleciese o sin testamento o con un testamento, anterior o posterior a la delegación, que dejase un cierto campo a la actuación de ésta. Y entonces, como hoy, ese margen de maniobra lo dejaban y lo dejan:

— los testamentos que se limitan a establecer una cautela de opción compensatoria (SOCINI) con usufructo universal para el viudo, al amparo del artículo 820, 3.º, del Código Civil;

— los que no agotan todo el caudal;

— los que agotan las cuotas teóricas, pero no las cubren con bienes determinados;

— y hasta los que han distribuido todos los bienes del causante, pero fueron otorgados antes de la ordenación de la delegación ex artículo 831, porque:

• si ésta se canalizó vía testamento, es fácil que el segundo testamento —el de nombramiento— deba entenderse como revocatorio del primero —el partitivo—;

• si se canalizó vía capítulos, siempre puede actuar el cónyuge comisionado respecto de bienes ulteriores no distribuidos específicamente o en aquellos casos en que, a pesar de aquel testamento primitivo, se abre la sucesión intestada, por ser el mismo nulo total o parcialmente o anulable por preterición no intencional, etc. (por lo que su nombramiento se debe entender hecho *ad cautelam*).

3.º Que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevas nupcias.

Para la confrontación de este requisito con los artículos 793 y 972,

véanse las acertadas precisiones de VALLET (168), con quien coincido en que el matrimonio contraído después del ejercicio de la delegación no afecta a lo actuado, pero no en sus otras opiniones sobre este presupuesto; así:

— Para mí el posterior matrimonio declarado nulo, y aunque deje hijos amparados por el actual artículo 79, es como si no hubiese existido a los efectos que ahora interesan. La tradicional enemiga de nuestro legislador (y más aún la de los forales, en especial la del navarro) hacia la binupcialidad debe interpretarse restrictivamente (cf. art. 3.º, 1, del Título preliminar del CC —«realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas—), sobre todo cuando aquí, al estar cerrado el círculo de los beneficiarios no hay posibilidad de desvío afectivo (169). No parece justo imaginar que las nuevas bodas del viudo (bodas que estadísticamente hay más probabilidades de que no sean fértiles; pero aunque lo sean) van a enturbiar la capacidad de elección y distribución del exbínubo entre sus hijos comunes: el legislador debió suprimir ese obsoleto requisito, pero, al no hacerlo, creo que por lo menos es lícito interpretarlo restrictivamente en nuestro caso de segundo matrimonio anulado.

— Más dudas me ofrece mantener la misma solución para el matrimonio no inscrito, y no porque la *ratio* no sea la misma, sino porque tropezamos con una normativa al respecto pendiente de precisión jurisprudencial: cf. el artículo 61, 2, del Código Civil, y repárese en la adición del adjetivo «plenos» (170) al reconocimiento de los efectos civiles tras la inscripción, lo que induce a pensar que antes de ella podía haber algún tipo de reconocimiento en otros aspectos, por ejemplo, en el de impedir la aplicación de una delegación ex artículo 831 (171).

(168) *Comentarios...*, cit., pág. 375.

(169) Además medítese lo malparada que queda en la reforma alguna institución basada en ese posible desvío como la reserva viudal. Cfr. artículo 980, 1.º, del Código Civil si se interpreta que la reserva de la primera alternativa de ese párrafo no surge hasta la viudez del adúltero, dando prevalencia a la voz «viudo» sobre el último párrafo del artículo 980, cuyo alcance sería puramente obligatorio, como en la versión anterior.

(170) Ya aparecía en el artículo VI, 1, 2.º, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

(171) Obsérvese también la significativa variación que se produjo en el párrafo tercero de ese artículo 61 en su periplo parlamentario. El Proyecto decía: «El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos *patrimoniales* —y el mantenimiento o no de una delegación del 831 no parece que tenga que ver con ellos— adquiridos de buena fe por terceras personas». Fue la Ponencia del Congreso la que le dio la problemática redacción actual, no muy distante de la del párrafo tercero del antiguo artículo 76.

— Finalmente, me parece defendible que este presupuesto y sólo éste pueda ser dispensado por el testador o capitulante, pues la Ley confía a las partes en muchos otros casos la decisión sobre los efectos que deban o no surtir las segundas nupcias: arts. 793; 493, en relación con el actual 492; 970, referido, por lo menos, a los hijos del reservista, si es que no al causante de la reserva; artículo 168, en su versión anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, etc. Téngase presente que aquí no puede haber perjuicio para los hijos comunes y sí beneficio al propiciar que se les provea de un nuevo padre o madre (171 bis).

4.º Que sobrevivan hijos comunes.

Hijos que sólo pueden seguir siendo hoy matrimoniales (entre los que se incluyen los sobrevenidamente tales: art. 119) o hijos adoptados plenamente en forma conjunta y, ¿por qué no?, también adoptados en forma simple por ambos cónyuges, aunque no sea más que para distribuir entre ellos las porciones que voluntariamente se les hubiera dejado por el premuerto (en caso de sucesión intestada del ordenante siempre se les antepone, como mínimo, el llamamiento del propio cónyuge comisionado: cf. art. 180, 4).

De acuerdo con VALLET (172) en que no empece al nombramiento la existencia de hijos anteriores propios del distribuidor (173), ni la de hijos de un matrimonio (174) previo del cónyuge premuerto.

También participo de su opinión de que el mejorante-distribuidor tiene cometido, aunque sólo quede un hijo común, con tal de que éste sea fértil posteriormente. Ahora bien, esos posibles distributarios de ulterior grado, ¿deben ser como los del primero, matrimoniales o adoptivos comunes? Entiendo que no, puesto que todos ellos tienen parentesco biológico o artificial con el cónyuge supérstite y el ordenante. El artículo 831 sigue siendo un privilegio para la familia legítima, sí, pero sólo en cuanto a la primera generación de ella surgida; en cuanto a las posteriores, la nueva filosofía de la Ley exige la solución contraria.

(171 bis) Un nuevo apoyo para esta dispensabilidad del requisito de no contraer nuevas nupcias lo encuentro ya en fase de corrección de pruebas en la analogía con el artículo 26 de la inefable Ley 49/1981, de 24 de diciembre, por la que se ha aprobado el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, precepto aquél que reza así: «El cónyuge que contraiga nuevas nupcias perderá su cualidad de comisario, *salvo disposición expresa del causante*».

(172) *Comentarios...*, cit., pág. 376.

(173) Tampoco, para mí, la de posteriores no matrimoniales, ni de adoptivos unilaterales, ni siquiera, como vimos, la de matrimoniales putativos.

(174) Igualmente la de hijos no matrimoniales, ni la de adoptivos individuales, como ya puse de relieve anteriormente.

5.º Que el cónyuge supérstite no haya sido justamente desheredado (175) ni declarado indigno (176) —quedando sin efecto lo que hubiera hecho hasta esa última declaración si se produce *post mortem* (arg.: analogía con el art. 760), salvo que hayan transcurrido cinco años (artículo 762)— y no esté afectado por ninguna incapacidad que vicie su sano juicio.

En cuanto al problema de que, por premoriencia de uno de los hijos comunes, pase a ser transmisario suyo el propio cónyuge comisionado, que quedaría inhabilitado por posible parcialidad en su beneficio, se precisa para solucionarlo profundizar en el fenómeno sucesorio que presupone el artículo 831:

— si se ha conferido la facultad de desigualar, desde el momento de la apertura de la sucesión se produce una mera vocación (o si se prefiere una semidelación colectiva o genérica como la del art. 749, *servata distantia*) en hasta dos tercios del caudal hacia todos los descendientes comunes, incluidos los venideros; pero la delación concreta de esa porción requiere un elemento más: un acto de voluntad por parte del comisionado. Es en este segundo momento cuando se tiene que reunir la testamentifacción pasiva, comenzando por la existencia. Evidente resulta entonces que si un hijo premuere al o a los actos de elección nada transmite a sus herederos, ni siquiera el derecho de representación en su posición expectante, puesto que sus descendientes son mejorables por su propio derecho, ni, en concreto, a su otro progenitor; se exceptúa su porción legitimaria, deferida desde el primer momento, sea por vía de institución o legado voluntarios hechos por el comitente, sea por vía de institución *ab intestato*;

— si sólo se confirió la facultad de distribuir al prudente arbitrio del fiduciario, entonces la delación de la herencia en las cuotas voluntarias o legales se produce en el momento de la muerte del fiduciante, como ocurre para la legítima estricta en todos los casos y sí hay derecho de transmisión en cuanto a aquellas cuotas, pero a pesar de eso el ar-

(175) La desheredación puede interpretarse como una revocación implícita. No se concibe que en un testamento se desherede al cónyuge y al mismo tiempo se le entiendan delegadas por otro previo, facultades tan personales como las de mejorar y distribuir entre los hijos comunes. Pero se obraría cuerdamente si además de desheredar al cónyuge se revoca la delegación y, en general, todo el testamento o disposición capitular no correspondiente en que se confirieron las facultades del artículo 831.

(176) Tiene menos apoyo positivo este requisito de no haber sido declarado indigno desde el momento en que el cónyuge distribuidor-mejorante no sucede al premuerto y quizá su comportamiento hacia los hijos (salvo en el motivo 1.º del artículo 756) sea excelente; pero interpretando la sujeción de éstos hacia aquél como un beneficio sucesorio indirecto, quizá se pueda evitar el contrasentido de un indigno repartiendo una herencia de la que culpablemente ha sido excluido.

título 831 debe interpretarse como una dispensa (177) genérica de cualesquiera conflictos de intereses entre comisionado e hijos (excepción hecha de los referidos a las legítimas —y gananciales— ante los que el propio legislador frenó); aquél ya puede perjudicarles al señalar su cuota usufructuaria, y si vamos a preocuparnos ahora del caso en que el propio distribuidor, como transmisario, puede beneficiarse en el reparto, resucitamos para un supuesto marginal una desconfianza que está ausente de toda la regulación legal. Esto no quiere decir que los posibles perjudicados no puedan reaccionar contra una actuación interesada del comisionado, pero sí que su defensa no estriba en controles *a priori* o en desvirtuación del nombramiento a la menor sombra de contraposición. El artículo 831 constituye, como en las regiones forales, un caso de fiducia, y si imaginamos suspicacias y recelos entre el supérstite y sus descendientes esterilizaremos el precepto. ¡Bastante que ya me parezca inevitable dar entrada a estos últimos en la liquidación de gananciales y en la separación de la legítima estricta! Además, lo que se adjudique a sí mismo el cónyuge mero distribuidor (no mejorante, ni mejorante-distribuidor, que a éste —repito— no le llega ningún derecho por la muerte de un descendiente sin prole) probablemente revertirá en su día a los demás hijos comunes a través de la propia herencia de aquél en la que tienen asegurados dos tercios (el caso de que el comisionado-transmisario tenga, además, hijos no comunes es demasiado marginal para que inspire la solución general), pero sólo en el caso y en la medida en que la transmisión desde el descendiente premuerto al comisionado no se haya producido por ministerio de la Ley, pues en ese caso tienen asegurado la totalidad del valor de los bienes adjudicados, por el juego de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil (178).

VI. *Formas de ejercitar la comisión.*

Aquí cabe remitirse totalmente a los comentarios de VALLET (179), incluso en lo que se refiere a la innecesidad de que los hijos comunes sean declarados judicialmente herederos *ab intestato*, máxime cuando pueden serlo testamentarios o serlo *ex testamento*, otras personas (incluso el propio comisionado) y dejarse a ellos el resto de los dos tercios disponibles a título de legado.

(177) Dispensa concedida por el legislador *in abstracto* al construir la norma y ratificada por el ordenante *in concreto* al acogerse a ella.

(178) Por cierto también muy malparada en su fundamento, tras la reforma, a la vista de la anteposición del cónyuge a cualesquiera colaterales en el nuevo orden de sucesión abintestato.

(179) *Op. cit.*, págs. 388-9.

VII. Plazo.

Para las opiniones anteriores, de nuevo véase VALLET (180).

Hoy la cuestión ha sido zanjada por el legislador en el nuevo párrafo segundo del artículo 831, no del todo exento de cuestiones:

1.^a En primer lugar, se permite que se señale plazo (por el ordenante hay que entender); plazo que podrá fijarse en las mismas escrituras (capitulaciones, testamento) de delegación o en otras posteriores. El señalamiento no parece que deba ser expreso; puede ser implícito: v.gr., en el caso de que el testador haya prohibido la indivisión de su herencia (art. 1.051) es evidente que la delegación se extiende hasta que concurra alguna de las causas que extinguen la sociedad; si se ha designado usufructuario universal al comisionado al amparo del artículo 820, 3.º, del Código Civil, incluso aunque no se acepte la opción, parece manifiesta la voluntad de que el encargo se entienda vitalicio, etcétera.

De esto último se deduce que el plazo señalado puede ser la vida del fiduciario, en contra de lo que entendió para el Derecho vizcaíno la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1964, pues la finalidad del precepto debe prevalecer sobre la conclusión a que nos conduce el aforismo «*dies incertus quando in testamento conditionem facit*».

2.^a En defecto de plazo el legislador previene, con fórmula que recuerda al artículo 19, 2, de la Compilación de Vizcaya, el de un año (computado de fecha a fecha: art. 5.º, 1, CC), contado desde la apertura de la sucesión (muerte o declaración de fallecimiento) o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

El «en su caso» significa que la segunda alternativa sólo actúa si queda algún hijo común (concepto que ya vimos era aquí de interpretación estricta), pendiente de llegar a la emancipación.

¿Qué se debe entender por emancipación? El legislador mantiene en la reforma el sentido amplio (desaparición de cualesquiera restricciones de capacidad: art. 314, 1.º) y el sentido estricto (art. 314, 2.º, 3.º y 4.º, en relación con los arts. 323 y 324, siempre actuales) (181) de dicho concepto. Yo entiendo que ha querido referirse a los dos (como lo hace el inciso inicial del art. 314); de manera que el año empieza a transcurrir desde que el último de los hijos comunes o llega a los dieciocho años o casa antes mediante dispensa o se le emancipa por el progenitor supér-

(180) *Ibidem*, págs. 389 a 391.

(181) Bien entendido que la emancipación por matrimonio sólo actuará en caso de dispensa del impedimento de edad en los términos del artículo 48, 2; ordinariamente el que contrae matrimonio estará emancipado por alguna de las vías del artículo 314, o probablemente también del 319.

tite o por el Juez (182) o incluso vive independiente con el consentimiento del comisionado (art. 319); y

3.^a Una última cuestión es la de si el plazo conferido voluntariamente o por la Ley puede ser prorrogado por los afectados, aunque no se vea muy bien cuál puede ser el motivo (quizá una mejor meditación de su decisión por parte del mejorable que haya de quedarse en la casa, etcétera). Si lo conceden por unanimidad todos los descendientes (183) entonces existentes no parece que el artículo 831, 2, sea más imperativo que el 904; si sólo se concede por mayoría, también me inclino por la aplicación analógica del artículo 906, inciso segundo (concesión de otro año), pues existe la misma *ratio*.

Incluso para por lo menos la facultad de distribuir creo posible la prórroga judicial del artículo 905, 2, del Código Civil.

VIII. Condición jurídica de los beneficiarios.

Puede ser muy diversa, en función de las distintas posibilidades:

A) Si el ordenante los designó herederos (cosa que sólo parece que podrá hacer si utiliza la vía testamentaria; la capitular sólo vale para delegar escuetamente las facultades del art. 831) tendrán esa condición desde el primer momento, siempre que acepten la sucesión, aunque sea por vía de admisión o reclamación de legítima estricta.

A su vez, el comitente puede precisar más o menos el círculo de sus sucesores, circunscribiéndolo a sólo los hijos, o sólo los nietos —salva la legítima de los primeros—, o, por el contrario, llamando como herederos a los descendientes comunes en general o remitiéndose al artículo 831 (con esta o parecida fórmula: «delega en su cónyuge las facultades del art. 831 CC para que pueda distribuir y mejorar entre las *personas* a que se refiere dicho precepto legal», etc.). La distinción tiene trascendencia en orden a la administración y disposición del caudal ya-cente, como destacaré en seguida.

B) El ordenante testamentario también puede dejarles a sus descendientes el caudal desigualable por vía de legado (cauce que también puede valer para cumplir con sus legítimas estrictas); en ese caso el heredero, de no serlo el propio comisionado, deberá entregar a los des-

(182) Si este último concede la emancipación por nuevas nupcias del fiduciario no dispensadas por el ordenante, ya vimos que se entendía revocada *ex tunc* la delegación.

(183) A menos que el ordenante hubiese circunscrito la órbita de esos descendientes, permitiendo mejorar sólo a los hijos o sólo a los nietos, etc., en cuyo caso basta la unanimidad de los actuales componentes del círculo elegido.

cendientes sus legados legitimarios y al fiduciario el resto del caudal disponible que no corresponda al heredero entregante.

C) Finalmente, si el ordenante nada dice acerca de la condición de herederos o legatarios de sus descendientes, lo mismo que si fallece intestado (con meros capítulos), los descendientes serán también herederos (legítimos) si aceptan alguna porción distribuida o la legítima apartada. Y obsérvese que los dos tercios desigualables pueden llegar a un no heredero por vivir el descendiente intermedio, ¿cuál será entonces el título de la atribución? No parece que pueda ser otro sino el de un legado, abstracta o genéricamente preordenado por el comitente (que debió contemplar esa posibilidad), pero actuado *in concreto* por el fiduciario.

Los derechos y obligaciones de los beneficiarios varían de acuerdo con el anterior cuadro. Prescindiendo de los que deriven del título por el cual reciban la legítima estricta, en su caso, y ciñéndome a sus facultades y obligaciones por lo que voluntariamente les haga llegar el mejorante-distribuidor:

a) Si son herederos testamentarios o legítimos:

— gozarán de posesión civilísima —sin interrupción desde la muerte del comitente— en el caso de que acepten la delación concreta, igual o desigual, que les haga el fiduciario;

— estarán investidos desde ese mismo momento de la adición de la *actio petitio hereditatis*;

— responderán personalmente; *ultra* o *intra vires*, según los casos (artículos 1.003, 1.023, etc.), de las deudas hereditarias; responsabilidad que ya les alcanza con sólo que hayan aceptado las legítimas dejadas por vía de institución, aunque al verlas mermadas por la satisfacción de débitos sobrevenidos podrán reclamar del comisionado que se las complete con cargo al caudal retenido. Además, si ya aceptaron esas legítimas, como herederos, no podrán repudiar las atribuciones que les haga el mejorante (arts. 990 y 833 *a contrario*).

b) Si son legatarios o prelegatarios tendrán las típicas facultades de los mismos, aunque nunca habrán podido ser legatarios de cosa específica, sino de cuota (concretada y pagada por el comisionado).

IX. *Situación del caudal desigualable en el período de pendencia de la delegación.*

En este punto puedo volver a remitirme a VALLET (184), aunque he de hacer la salvedad de que participo de su criterio de la necesaria in-

(184) *Comentarios...*, cit., págs. 391 a 394.

intervención del fiduciario en la disposición de bienes del caudal desigualable, si el elenco de beneficiarios es abierto (por voluntad del causante o por dejar jugar, sin más, al art. 831); pero si es cerrado, es decir, si sólo pueden ser beneficiarios, por disposición expresa, los hijos comunes, o sólo los nietos ya existentes al morir el ordenante, o unos y otros, etcétera, es evidente que, actuando todo el colectivo de acuerdo, será innecesaria la intervención del viudo, aunque el precio o contraprestación quede subrogado dentro del caudal mejorable, pues de lo contrario se podría vulnerar otra de las posibles finalidades de la delegación: la sujeción al supérstite.

Por último, en cuanto a la administración del caudal yacente, suscribo todas las observaciones de VALLET y me inclino por la primera de las alternativas que resume, o sea que para los actos de ejercicio de aquella administración, y en defecto siempre de recomendable previsión por el ordenante, se precisará la unanimidad de todos los beneficiables o, en otro caso, decisión judicial, pues la otra fórmula, la de decidirlos por mayoría de cuotas, en función de las correspondientes *ab intestato*, ofrece el inconveniente de que algunos de los descendientes, potenciales destinatarios del haber, pueden no ser sucesores legítimos.

Las orientaciones foralizantes que preconiza GARRIDO DE PALMA (185) entiendo asimismo que son más bien propias de Derecho constituyente, que tampoco ahora el legislador de 1981 ha querido erigir en constituido.

Cambrils, 7 de septiembre de 1981.

JUAN MANUEL REY PORTOLÉS
Registrador de la Propiedad

(185) GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, págs. 386-7.

2

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad *

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Funciones del Registro de la Propiedad*: A) Protección del titular y seguridad jurídica.—B) La faceta social del Registro.—III. *La inscripción de los arrendamientos*: A) Su tratamiento en la legislación hipotecaria.—B) Régimen legal: a) Elementos personales: 1. Arrendador.—2. Arrendatario.—b) Contenido.—c) Forma.—IV. *El Registro de la Propiedad en la Ley de 1980*: A) El artículo 74 de la Ley de Arrendamientos y el «tercero».—B) La publicidad del artículo 91: a) Antecedentes.—b) Supuestos y consecuencias: 1. Finca libre.—2. Finca arrendada.—3. Finca recuperada en cultivo directo por el dueño.—c) Inscripción de la transmisión. ¿Cabe la anotación preventiva?—C) Otras manifestaciones registrales en la nueva ley: a) Anotación por gastos y mejoras.—b) Hipoteca.—c) Limitaciones dispositivas al arrendatario que adquiere la finca.—V. *El Registro especial de Arrendamientos Rústicos*: A) En la legislación derogada.—B) La nueva regulación.—VI. *Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

La importancia económica, social y jurídica del arrendamiento rústico es evidente. Si se considera que más del 40 por 100 de nuestro suelo cultivable se lleva en renta y si se piensa que el nivel social de los llevadores suele ser bajo e inestable, se comprende la necesidad de regular una institución que aparece como básica en el panorama de nuestro sector primario. El arrendamiento, como bien dijo ALEJO LEAL, es ante todo un fenómeno social que influye de modo decisivo en la organización de la comunidad, por lo que el Estado debe determinar, además de las normas de Derecho privado que sólo interesan a las

(*) Conferencia expuesta el 3 de junio de 1981 en el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, en las «Jornadas de Estudio de Derecho Agrario sobre la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos».

partes, las de orden general que por su interés público afectan a toda la sociedad (1).

La figura del arrendamiento no está aislada, sino íntimamente relacionada con las demás instituciones económicas y sociales y con la totalidad del ordenamiento jurídico, por lo que se impone una regulación que esté en armonía con estos sistemas.

Por eso, creemos que la discusión sobre si el arrendamiento es un derecho real o personal va perdiendo importancia, para dejar paso a la cuestión de si ha de tratarse más bien de una verdadera institución de carácter público sujeta a normas imperativas que, por razón de su interés, se superpongan y dominen a las puramente privadas.

Por otra parte, el problema de la distribución y formas de llevanza de la tierra es viejo como la misma humanidad y los sistemas doctrinales o legislativos que intentan solucionarlo son tan diferentes que no pocas veces resultan dispares y hasta antagónicos. Pero si hay alguna dirección constante es el firme deseo de todo agricultor de llegar a ser propietario de las tierras que trabaja.

No es cosa de repetir ahora una evolución histórica bien conocida, casi unánime en los países de civilización occidental, que confirma la tendencia legislativa a aumentar la estabilidad del cultivador para que llegue al *status* jurídico deseable que le confiere el dominio sobre su finca.

Esta evolución, dice BALLARÍN (2), tiene sus leyes que urge descubrir: el contrato agrario, al crear la tensión entre el propietario estático y el empresario dinámico, se desarrolla en un determinado sentido tendente a superar esta antítesis por medio del acceso a la propiedad del cultivador.

Ciñéndonos a España, es sabido que el Código Civil, calcando el tinte individualista de otros de la época, impregnó la regulación del arrendamiento de normas hoy inadmisibles, que han tenido que ser objeto de sucesivas reformas.

Y puesto que el arrendamiento incide directamente sobre las fincas, limitando la propiedad de las mismas, es lógico que sus repercusiones se hayan manifestado en la legislación civil y la hipotecaria. El Regis-

(1) «Los arrendamientos rústicos y la reforma de las estructuras agrarias» Conferencia en el TRYDA, publicada en *Estudios Monográficos*, núm. 3, de dicho Instituto, Madrid, 1975, pág. 295. Dice también que la legislación sobre arrendamientos rústicos puede considerarse como un aparato técnico-jurídico compuesto por un cuadro de normas que regulan la biología de este contrato, comprendiendo tanto las relaciones de las partes entre sí, como los entes de Derecho público, conforme al fin del arrendamiento-institución, y todo ello congruentemente con las demás formas de tenencia de la tierra.

(2) *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 621.

tro de la Propiedad es la institución donde se reflejan las relaciones jurídicas inmobiliarias y de sus asientos emanan importantísimas consecuencias para todos los interesados. Por eso consideramos necesario contemplar desde ambos prismas, la legislación hipotecaria y la arrendaticia, el entramado de problemas y supuestos jurídicos que pueden presentarse, con sus repercusiones económicas y sociales.

Esto es simplemente lo que intentamos, ciñendo nuestro modesto trabajo a estudiar cómo se conjugan las vetustas normas de la Ley Hipotecaria con las más recientes de la legislación arrendaticia.

Según se dice en el preámbulo de su Proyecto, la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 pretende una reforma que, en beneficio de la agricultura, se propone fomentar el arrendamiento como institución; para ello busca el punto de equilibrio que garantice los derechos de arrendador y arrendatario y trata de evitar el conflicto de intereses entre ambas partes.

Por lo que respecta a nuestro estudio, de entrada hemos de decir que esta ley da una de cal y otra de arena en la faceta registral, en cuanto que, si bien por un lado abre una mayor puerta a la publicidad del Registro en los casos de transmisiones de fincas, por otro quizá no se han aprovechado todas las posibilidades, como ocurre al desenfocar lamentablemente el llamado Registro especial de arrendamientos.

Pero, para llegar al análisis de estos aspectos concretos de la Ley de 1980, será conveniente estudiar antes el papel que el Registro de la Propiedad puede desempeñar en el arrendamiento, dentro de la sistemática general de las relaciones inmobiliarias.

II. FUNCIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Aunque la Ley Hipotecaria nació hace más de un siglo en pleno ambiente liberal, es compatible con la concepción funcional que ahora se atribuye a la tierra y sirve perfectamente para que el Registro que ella creara coadyuve en las tareas sociales que se lleven a cabo.

Estudiando sus funciones notaremos que el Registro de la Propiedad responde también a la tónica social de esta época y se viene haciendo elemento indispensable a la hora de emprender determinados objetivos en la llevanza de la tierra. Y es que no hay contradicción alguna entre ambos aspectos: aunque la función tradicional y específica del Registro fuera asegurar el tráfico inmobiliario, esto se ha de conseguir mejor y más plenamente cuando la seguridad jurídica coincide con la social.

A) PROTECCIÓN DEL TITULAR Y SEGURIDAD JURÍDICA

En una primera lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 podría concluirse que el Registro se creaba defendiendo puras miras económicas e individualistas. Se trataba de configurar al asiento registral como un valladar defensivo para el titular y a la vez un señuelo para que el dinero afluyese a la propiedad inmueble, protegido por la insuperable garantía de la hipoteca, sin que en el encuadre del legislador entrasen otras posibles finalidades para justificar la naciente institución.

Bajo este prisma, la doctrina hipotecaria clásica era unánime a la hora de justificar el papel del Registro de la Propiedad y sería interminable la lista de autores que muestran la seguridad jurídica, basada en los asientos registrales, como un bien social de valor incalculable que es preciso defender con todos los medios legales. La formulación más generalizada estima que la seguridad jurídica y la buena fe se complementan en el sentido de constituir los fines perseguidos 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; el proporcionar seguridad jurídica a las transmisiones constituye el móvil o razón de ser del Registro.

B) LA FACETA SOCIAL DEL REGISTRO

Si los libros registrales han cumplido fielmente el papel que inicialmente se les asignó de defender las adquisiciones de derechos y garantizar la seguridad del tráfico inmobiliario, lo que ahora queremos resaltar es que también el Registro se ha revelado como institución idónea para basar en ella las directrices de una determinada política agraria y consolidar *a posteriori* sus resultados.

En España, desde los inicios de la legislación agraria especial hasta las últimas normas, siempre se ha tomado al Registro de la Propiedad como base para las actuaciones sociales sobre fincas rústicas (3).

En la colonización y repoblación de Sierra Morena ya se echó mano de un incipiente sistema registral para garantizar la conservación de los lotes adjudicados, mediante su toma de razón en el Libro de Repartos. Se acude al Registro en la Ley de Colonización y Repoblación

(3) Exponemos ampliamente esta materia en nuestra tesis doctoral «El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria», editada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977.

Interior de 1907 y en las disposiciones de Primo de Rivera sobre parcelación de fincas para su reparto y en las de redención de foros. En la reforma agraria republicana se tomó como punto de partida el Registro de la Propiedad para la obtención de datos sobre fincas expropiables y después se le consideró pieza indispensable en el engranaje operativo, tanto en el inicio como para el mantenimiento de sus resultados.

Posteriormente, en la Colonización, en la Concentración Parcelaria y en otras actuaciones agrarias especiales de los órganos hoy incluidos en el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario se ha seguido contando ineludiblemente con el Registro, habiéndose obtenido recíprocas e indudables ventajas. Lo mismo cabe esperar en relación con las fincas manifiestamente mejorables y las explotaciones agrarias familiares, como en la misma de arrendamientos rústicos que contemplamos. Dejando a salvo los obstáculos que siempre ha de haber en toda obra perfectible, los resultados de la colaboración del Registro con estas actuaciones jurídico-sociales han sido bastante positivos hasta el momento y debemos esforzarnos por superarlos.

Repetimos que es curioso que, aunque la Ley Hipotecaria nació en plena época liberal, sus normas son perfectamente compatibles con la actual concepción funcional de la tierra. Y ello es, no sólo porque el fin económico y social de la propiedad se desenvuelve con independencia casi completa de las normas hipotecarias, sino también, y principalmente, porque nuestro Registro puede acoger perfectamente en sus asientos, confiriéndoles seguridad, a las nuevas conformaciones de la llevanza de la tierra (4).

Quede, pues, clara la idoneidad del Registro para acoger y apoyar estas realizaciones sociales. Dentro de su sistemática actual y sin cambiar en absoluto su fisonomía jurídica, el Registro, fiel siempre a sus

(4) En la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, pauta de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, se puede leer: «No se desconoce que la gran transformación operada sobre el concepto y función de la propiedad inmueble ha alterado profundamente los fines que hasta el presente se reputaron característicos de la legislación inmobiliaria. Por carácter de época, los sistemas hipotecarios aspiraban casi exclusivamente a mercantilizar la tierra y a someterla totalmente a la ley de la oferta y la demanda. El nuestro centraba también su objetivo en garantizar la propiedad y asentar sobre firmes bases el crédito territorial con el fin de procurar una mayor circulación de la riqueza inmobiliaria. Pero al amparo de indeclinables deberes sociales se considera hoy necesario vincular gran parte de la propiedad inmueble a la familia como vital base de su sostenimiento y del debido desarrollo de los valores permanentes en la humana personalidad. De ahí la creación de los patrimonios familiares, las nuevas e importantes limitaciones en los derechos denominados dominicales y las sucesivas medidas en favor de colonos encaminadas a consolidar su permanencia en la tierra y a conseguir aquellos objetivos».

finés jurídicos y sociales y sin dejarse arrastrar en ningún momento por veleidades políticas, puede seguir prestando sus valiosos servicios a la comunidad para encauzar los necesarios programas, especialmente en favor de este sector deprimido de la agricultura, digno de toda ayuda (5).

Veamos el tratamiento adoptado, tanto por la legislación registral como por la especial, respecto al tema del arrendamiento rústico que nos interesa.

III. LA INSCRIPCION DE LOS ARRENDAMIENTOS

A) SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

Para tener los derechos la consideración de inscribibles han de cumplir al menos dos condiciones iniciales:

1.ª Que recaigan sobre bienes inmuebles, es decir, que tengan la consideración de fincas, ya que el Registro español se lleva abriendo un folio especial a cada una de ellas, en el que se ha de contener su historial jurídico (art. 243 de la Ley Hipotecaria).

2.ª Que se trate de verdaderos derechos reales, es decir, que recaigan de modo inmediato sobre la finca y que además sean oponibles frente a todos en general, los cuales deberán respetarlos.

Indudablemente, el arrendamiento de fincas rústicas cumple la primera condición, pero ¿y la segunda? ¿Ejerce el arrendatario sus derechos sin mediación del arrendador y puede oponerlos *erga omnes*?

En una palabra, lo que se cuestiona es si el arrendamiento tiene la categoría de derecho real necesaria para alcanzar la protección del Registro (6).

(5) No obstante, conviene aclarar que debe evitarse todo intento de convertir nuestros libros en unos almacenes de cortapisas y prohibiciones injustificadas. Ni por el contenido fundamentalmente civil del Registro, ni por la independencia científica que la ley concede al Registrador en su responsable calificación, cabría admitir una excesiva intervención administrativa carente de sólidas razones jurídicas.

(6) La discusión es recogida ampliamente por ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III de la 7.ª edición, Barcelona, 1979, págs. 502 y ss. Ver también el trabajo «Los arrendamientos y el Registro de la Propiedad», de JACINTO DE CASTRO GARCÍA, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1971, págs. 1461 y ss.

Tres posiciones distintas han tratado de responder a estos interrogantes:

- La tradicional que considera al arrendamiento sin paliativos como un derecho personal, pues el arrendatario se relaciona con la finca a través de una necesaria permisión del arrendador y hasta ahora tampoco podía hacer valer su derecho frente a terceros porque se lo vetaba el principio «venta quita renta», heredado del Derecho romano y reflejado en el artículo 1.517 del Código Civil, aunque éste deja a salvo en contra el pacto o lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. De entre los mantenedores de esta postura, resaltamos como más significativos a CASTÁN y ROCA SASTRE.
- La que configura el arrendamiento fundiario como un verdadero derecho real, por asimilación al usufructo o la enfiteusis, entendiendo que el arrendatario ejercita sus derechos sobre la finca de modo inmediato, permanente y absoluto. Así lo razona VALLET DE GOYTISOLO en su obra *Hipoteca del derecho arrendaticio*, así como IGNACIO NART en *Ex-arrendamientos*, siguiendo tesis anteriores de BARRACHINA, DE BUEN y MANRESA.
- Y una tercera posición mixta o ecléctica, que, reconociendo que el derecho arrendaticio es personal, lo asciende automáticamente a la categoría de real si se inscribe en el Registro de la Propiedad, ya que desde ese momento puede oponerse a todo tercer adquirente de la finca.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 parece inclinarse por esta última postura al afirmar que estos arriendos no son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados a una obligación personal; pero dice a continuación que «las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos a que suelen comprometer a los arrendatarios y la protección debida a la buena fe, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo... para dejar a salvo los justos derechos de los arrendatarios». Y termina reconociendo paladinamente: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos (los arrendamientos inscritos) se ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

Aunque apoyada esta postura intermedia por algunas antiguas sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y mantenida por autores del prestigio de VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO, está sometida actualmente

a dura crítica. ROCA dice que no se puede reconocer a la inscripción la virtualidad de transformar por sí sola un derecho personal en real; la Ley Hipotecaria no ha pretendido cambiar la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento, sino sólo favorecer con auxilio del Registro la estabilidad del arrendatario por motivos económicos y de buena fe. Esta es también la posición adoptada por el Código Civil al decir en el artículo 1.549 que con relación a terceros no surtirán efectos los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad.

B) RÉGIMEN LEGAL

La Ley Hipotecaria es bastante escueta en la materia y se concreta al número 5.º del artículo 2.º, según el cual en el Registro de la Propiedad se inscribirán: «Los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles por un período de más de seis años o aquéllos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiera convenio expreso de las partes para que se inscriban».

El artículo 13 del Reglamento Hipotecario añade que, sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, también serán inscribibles los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento cuando concurren las circunstancias del expresado párrafo 5.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria (7).

Como el Registrador antes de inscribir debe calificar la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos y las formalidades de los títulos, habrá de tener en cuenta no sólo las normas generales de carácter civil e hipotecario, sino también, y muy especialmente, los requisitos señalados en la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos que pasamos a estudiar conjuntamente.

a) Elementos personales

1. *Arrendador.*—El artículo 12 de la Ley nueva exige para arrendar fincas rústicas sujetas a su regulación la misma capacidad que para enajenarlas. Además de esta norma general, el párrafo 2.º del mismo artículo autoriza a los padres o tutores para arrendar fincas de los menores por término no superior a la mayoría de edad de éstos y, según el artículo 13, los usufructuarios, superficiarios y enfiteutas también po-

(7) Puede verse extensamente tratado el aspecto registral del arrendamiento en general en ROCA, tomo III, págs. 502 y ss., y en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, de CAMY, tomo I, págs. 460 y ss.

drán otorgar un arrendamiento inscribible, aunque éste se resuelve al terminar el año agrícola en que se extinga el derecho del arrendador, sin otras prórrogas.

2. *Arrendatarios*.—El artículo 14, tras prohibir que lo sean los extranjeros, salvo el principio de reciprocidad, prescribe que sólo pueden ser arrendatarios o subarrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura. El concepto de profesionalidad respecto a las personas naturales, se aclara en el artículo 15, admitiéndose, como no podía menos, la llamada agricultura a tiempo parcial si esta ocupación es preferente y se lleva la explotación de una manera efectiva y directa. A la hora de calificar esta profesionalidad, el Registrador no tendrá demasiados elementos de juicio; aparte de lo que se exprese por los propios interesados en el título presentado a inscripción, creemos que este requisito podrá acreditarse también por certificación del IRYDA o de las Cámaras Agrarias.

Se admiten también como arrendatarios rústicos a diversas asociaciones o personas de carácter colectivo como las cooperativas agrícolas y las llamadas sociedades agrarias de transformación, debiendo entenderse comprendidos aquí a los numerosos grupos sindicales de colonización que aún subsisten; igualmente pueden serlo las organizaciones profesionales, Cámaras y sindicatos agrarios. En cuanto a las sociedades civiles o mercantiles, sólo podrán serlo si las acciones o participaciones de sus socios son nominativas y el objeto social es precisamente la explotación agrícola, ganadera o forestal o bien la comercialización o industrialización de dichos productos. Por último, también pueden ser arrendatarias las Entidades, Sociedades estatales u Organismos Autónomos facultados por sus normas reguladoras para explotar fincas rústicas; a este respecto, el IRYDA tiene un papel específico, pues sólo excepcionalmente puede retener tierras como arrendatario, ya que la ley les asigna el destino de ser subarrendadas a otros profesionales de la agricultura.

Es difícil, por no decir imposible, que la calificación registral alcance a tamizar otras prohibiciones que establece la ley, como, por ejemplo, la del artículo 18: si el arrendatario excede del techo de tierras en cultivo que se establece es circunstancia que el Registrador no puede apreciar solamente con el título ni tiene por qué investigar de oficio. Únicamente podría manifestársele el obstáculo si resultase del propio Registro que ya tiene otra explotación que excede del límite, pero esto será raro de todos modos. Entendemos por ello que la inscripción sería correcta hasta que el IRYDA, ejercitando sus facultades, obtuviera la rectificación y cancelación correspondiente por vía judicial.

b) *Contenido*

El Registrador extiende su calificación a las cláusulas y condiciones del contrato que se presenta a inscripción, las cuales serán válidas si tienen su encuadre permitido en las normas legales del sistema general y particularmente en las de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que han de tener aplicación preferente. Así, deben constar los modos de pago y cuantía de la renta, que se puede fijar en dinero o especie; en este caso puede convertirse a dinero siguiendo las pautas del artículo 38, el cual permite igualmente pactos de actualización de la renta con referencia a los índices de precios al agricultor que señale el Ministerio de Agricultura; igualmente constará la duración del contrato y las posibles prórrogas, aparte las legales, el uso a que se destina la finca arrendada, lo relativo a gastos y mejoras dentro de los límites legales y las demás determinaciones que se puedan estipular siendo lícitas y afecten a los interesados o a terceros.

Por estar especialmente relacionado con uno de los requisitos exigidos para la inscripción por la legislación hipotecaria, resaltamos que el artículo 25 de la nueva Ley establece que estos arrendamientos tendrán una duración mínima de seis años, con lo que se pone casi a la par con la Ley Hipotecaria. Y decimos casi a la par porque el tan citado número 5.º del artículo 2.º exige al arrendamiento, para poder ingresar en el Registro, que lo sea por «un período de más de seis años» de duración contractual; esto supone cierta discordancia, pues entendemos que las prórrogas legales no son computables. Pero, con todo, el inconveniente no es grave, ni mucho menos, ya que la propia Ley Hipotecaria admite también la inscripción de estos contratos arrendaticios cuando haya convenio expreso de las partes, aunque no concurren otras circunstancias, con lo que desaparece por completo cualquier dificultad. En cambio, hay que advertir que ya no cabe acudir aquí al supuesto de anticipar las rentas de tres años que autoriza la Ley Hipotecaria porque, para los arrendamientos rústicos, su ley especial prohíbe de modo terminante, en el artículo 33, el pago anticipado de rentas por más de un año, con lo que se ha cerrado la antigua posibilidad de acceder a los asientos registrales por este camino.

Con referencia al artículo 13 del Reglamento Hipotecario, que deja a salvo las prohibiciones legales para poder inscribir los subarriendos, cesiones y subrogaciones, hay que señalar que el artículo 70 de la nueva ley declara nulos los subarriendos o las cesiones totales o parciales de los derechos del arrendatario, originando su desahucio.

Sólo están permitidos, y por tanto podrán inscribirse en el Regis-

tro si reúnen las demás condiciones, los subarriendos a que se refiere el artículo 71 y que son, en esquema:

- El subarriendo entre labradores o ganaderos residentes cuando el arrendatario se ve impedido temporalmente del cultivo de las fincas.
- El pactado en favor del cónyuge o descendientes, pudiendo éstos suceder al arrendatario.
- El subarriendo en casos determinados por mejoras y el de aprovechamientos secundarios de la finca.
- Y la cesión o aportación del uso y disfrute de la finca al IRYDA y demás entidades relacionadas en el artículo 15 de la ley.

c) *Forma*

En contra del exagerado precedente formalista de la Ley de 1935 y de acuerdo con la de 1942, que la reformó radicalmente en este punto, el artículo 20 de la ley vigente declara la libertad de forma para la perfección de los contratos de arrendamientos, aunque se deja abierta la posibilidad del contrato tipo; en este caso, dice el artículo 21, las partes podrían compelerse de modo recíproco a su otorgamiento.

El sistema hipotecario es formalista y, por tanto, aun siendo perfecto el contrato de arrendamiento en la esfera civil, para ingresar en el Registro precisaría cumplir la exigencia del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, o sea, estar consignado en escritura pública, en sentencia firme o en documento auténtico.

Para su traslado al asiento registral correspondiente, en dicho título público deberán constar las circunstancias generales sobre la finca, el derecho que se constituye y las personas que intervienen, en los términos exigidos por los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y además las especiales que conformen el arrendamiento de que se trata, siempre que sean acordes con la regulación de la Ley de Arrendamientos actual.

Puesto que, según los artículos 7.º y 243 de la Ley Hipotecaria, la primera inscripción ha de ser de dominio y el Registro de la Propiedad se lleva abriendo uno particular a cada finca, los asientos referentes al arrendamiento se practicarán en el folio en que conste previamente inscrita la propiedad del fundo rústico sobre el que recae, respetando los clásicos principios hipotecarios aplicables que conforman nuestro sistema.

Aunque la Ley Hipotecaria autoriza la inscripción del arrendamien-

to en el sentido estricto de asiento principal, definitivo y positivo, no está de acuerdo la doctrina sobre la idoneidad de dicho asiento al relacionarlo con sus efectos. Así, ROCA SASTRE dice que nuestra inscripción arrendaticia se produce en el fondo como si este derecho estuviese tan sólo anotado, o sea, como si, en rigor, rigiese en España el sistema suizo de la anotación del derecho arrendaticio. Entendemos que es una pura cuestión de técnica hipotecaria y, dejando ésta a salvo, lo que de verdad interesa es que el Registro, que es público, realmente publique la situación jurídica de la finca. Por tanto, el asiento adecuado será el que en cada caso sea más eficaz para conseguir los fines propuestos; si el arrendamiento está perfectamente determinado en su contenido y en el tiempo, puede perfectamente inscribirse, puesto que no hay inconveniente técnico y lo permite la ley; si hay algún defecto o pendencia subsanables, procederá la anotación, que se puede convertir o caducar; y hasta cabría la nota marginal con tal que en todo caso quede perfectamente clara la afección de la finca y se produzca la publicidad que el Registro pretende.

IV. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE 1980

Según lo que llevamos dicho, las relaciones del Registro con el arrendamiento rústico no han sido hasta el momento muy alentadoras, quizá porque ni la legislación hipotecaria ni la especial arrendaticia han aprovechado todas las posibilidades de colaboración entre ambas instituciones, lo que hubiera hecho más fructífero su engarce.

Esto hacía reconocer a BARTOLOMÉ MENCHÉN, con cierta tristeza, que las inscripciones de arrendamientos son escasísimas aún en Cataluña y Valencia, donde casi toda la propiedad está inscrita. Y encuentra lógica explicación a este hecho: La legislación de arrendamientos, dice, ha vivido en gran parte apartada de las normas del Derecho civil y desenvuelta en múltiples y a veces contradictorias normas de marcado carácter social y los arrendamientos han sido garantizados por esas normas más que lo hubieran sido por el Registro (8).

¿Subsistirá la misma situación después de publicada la nueva ley? Si miramos a su artículo 74 que, aparentemente, no respeta ni al mítico tercero hipotecario, podría parecer que sí. Pero incluso en esa norma y más claramente en otras se advierten algunos pasos positivos, como la constatación registral del arrendamiento al enajenar la finca y el aseguramiento en base a una anotación preventiva del reintegro de las mejoras.

(8) En su trabajo «La inscripción de arrendamientos de inmuebles rústicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 187, año 1940, págs. 186 y ss.

Para poder llegar a unas conclusiones suficientes sobre la faceta registral de la nueva legislación de arrendamientos vamos a estudiar con detalle las normas aludidas.

A) EL ARTÍCULO 74 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS Y EL «TERCERO»

Lo dispuesto en este precepto viene a confirmar el principio ya consagrado de la continuidad del arrendamiento aunque cambie la persona del dueño de la finca, al establecer que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador».

La solución unilateral que daba al problema de la venta de finca arrendada el artículo 1.571 del Código Civil, protegiendo sólo los intereses del comprador en menoscabo de las lógicas esperanzas del colono, fue corregida por el Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 que impuso al adquirente la obligación de respetar el contrato. Esta subrogación que se consagró como regla básica en la Ley de 1935, fue también mantenida, con algunos retoques, en la Ley de 1942, pasando así igualmente al Reglamento de 1959.

Al redactarse el nuevo precepto, el Proyecto de Ley recogió sustancialmente los términos del artículo 27 de dicho Reglamento, pero cambiando la antigua expresión «tercer adquirente» por la de «adquirente... aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria». Ante esta rotunda y hasta exagerada puntualización, se presentó una enmienda que abogaba por la supresión del precepto por entender el enmendante que traducía una preocupación excesivamente técnica que no debía figurar en una ley especial. La enmienda no prosperó y así ha llegado, tal como figuraba en el proyecto, intocado este artículo hasta el final.

Quizá la causa de haber acudido a la figura del tercero de la Ley Hipotecaria, paradigma de la seguridad jurídica, puede haber sido el echar mano de un resorte psicológico para resaltar la estabilidad del arrendatario frente a cualquier cambio. En realidad lo único que había que decir es que el arrendamiento subsiste, subrogando al adquirente en la posición del arrendador que transmite.

Pero en una lectura superficial y literalista de este artículo 74 de la Ley de Arrendamientos podría parecer que se viene abajo, como un castillo de naipes, la protección que al tercero brinda el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, antes de llegar a conclusiones tan simplistas, conviene distinguir entre la adquisición en sí y las cargas de la finca.

En cuanto a lo primero, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria queda indemne: el tercero será siempre mantenido en su adquisición, de eso no hay duda.

En cambio, en cuanto a las cargas, el que compra una finca arrendada, aunque no aparezca así en el Registro, ciertamente tiene que aceptar un doble gravamen que consiste en asumir los deberes del arrendamiento y exponerse además al riesgo del retracto. ¿Es aquí donde se muestra el fallo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria?

Pues tampoco lo creemos así y esto por tres razones:

1.^a Porque, según el artículo 37 de la propia Ley Hipotecaria, se dan contra terceros, aunque no consten en el Registro, los retractos legales y el arrendaticio tiene tal carácter, por lo que no se añade nada que ya no estuviera en el propio sistema hipotecario. Los retractos legales son limitaciones a la propiedad que, por derivarse naturalmente de ella o ser establecidas por la ley, están investidas de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionar; tienen generalmente carácter absoluto e impersonal, de modo que viven independientemente del Registro y frente a ellas no puede hablarse propiamente de terceros (9).

2.^a Porque no reunirá el requisito de la buena fe exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria el que en adelante adquiera una finca arrendada, ya que esta circunstancia habrá de constar necesariamente en el título y en la inscripción, según la nueva normativa contenida en el artículo 91 de la Ley que estudiamos. De este modo, el que compra sabe que la finca tiene arrendatario con todas sus consecuencias; al no haber buena fe no hay excepción, sino inaplicabilidad del artículo 34 por no concurrir este requisito esencial.

3.^a Porque en el supuesto de que el transmitente, por error o falsedad, declarase como libre una finca arrendada, único caso en que podría darse una auténtica excepción al resultar afectado el adquirente por una carga que el Registro no le manifiesta, dicho adquirente aún tendría en su favor la acción rescisoria de la venta que le concede el artículo 1.483 del Código Civil. Hay que reconocer que este supuesto se presentará muy rara vez, pues el error sobre la libetard de la finca es poco probable y la falsedad en documento público constituye un delito con todas sus consecuencias; pero, en cualquier caso, al suponer el arrendamiento una carga que presumiblemente haría desistir de la adquisición al com-

(9) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 600. TIRSO CARRETERO impugna esta tesis en su trabajo «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1958, pág. 809; según éste, admitir que los principios resultan inoperantes respecto a las limitaciones dominicales, inspiradas en un interés general más o menos transcendente, es poner en peligro de naufragio la institución registral y el interés público de la seguridad jurídica.

prador si éste la hubiera conocido, el Código Civil le concede la rescisión; así la finca volverá al vendedor descuidado o torticero, el tercer adquirente, protegido o no por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se desliga de una carga no deseable y el arrendatario permanece intocado en su posición, que es lo que realmente se buscaba.

Por ello hemos de concluir que no ha sido afortunada la redacción del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al traer a colación y maltratar, sin necesidad ni utilidad, la figura del adquirente hipotecario que siempre ha sido considerada como intangible y base del prestigio del Registro de la Propiedad español.

B) LA PUBLICIDAD DEL ARTÍCULO 91

Una doble consideración justifica la mayor publicidad posible del arrendamiento: Por un lado, se debe facilitar al colono el ejercicio de sus derechos de adquisición de la finca. Por otro, hay que proteger la buena fe en el tráfico inmobiliario, de modo que quien compre una finca esté a resguardo de desagradables sorpresas, confiando en unos asientos registrales que le aseguren una total libertad de cargas.

El arrendatario tiene unos derechos que prácticamente consumen el contenido económico de la finca; pero aspira a conseguir el techo del contenido jurídico, o sea, el dominio. Por el contrario, para el actual dueño el contrato supone una merma de sus facultades de uso y de transmisión, ya que esta última sujeta la posibilidad de enajenar libremente.

Podrá discutirse, según el prisma desde el que se mire, si el arrendamiento es un derecho real o una carga de la finca, o ambas cosas a la vez. Lo que está fuera de duda es que esta relación, por su enorme contenido social, por la importancia que tiene en nuestra economía y porque forma parte indudable del tráfico jurídico, exige una total publicidad.

Y en este campo se ha acudido a la eficacia que puede prestar el Registro de la Propiedad, tanto como garantía de que serán cumplidas las normas legales como de protección a la seguridad inmobiliaria.

Por ello nos parece una innovación plausible la introducida por el artículo 91 de la nueva Ley, cuyo texto dispone:

«Uno. En toda escritura de enajenación de fincas rústicas el transmitente deberá declarar, bajo pena de falsedad, si la que es objeto de la misma se halla o no arrendada y, en este último supuesto si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce al arrendador el artículo 26-1.º de la presente ley. Sin esta decla-

ración no podrá inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad. Caso afirmativo, el fedatario no la autorizará sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se refieren los artículos anteriores.

Dos. En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario al efecto de que pueda ejercitar el derecho de retracto o, en su caso, el de adquisición, si las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondieran de un modo exacto a las contenidas en la notificación previa. El mismo derecho tendrá si no se hubiere cumplido en forma el requisito de la notificación previa. En este caso, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de sesenta días hábiles a partir de la notificación.

Tres. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior.»

Pasemos a estudiar con detalle este precepto:

a) *Antecedentes*

Por la consideración de gravamen que se asignaba al derecho arrendaticio, en el Proyecto de la Ley de 1935 se establecía, en caso de enajenación de fincas rústicas, la obligación de hacer constar al transmitente, bajo su responsabilidad, si estaban o no arrendadas. Pero tal prevención fue suprimida al modificarse en este punto el Proyecto en la Comisión de Agricultura de las Cortes, por lo que no llegó a tener efectividad, lo que hubiera significado un importante avance (10).

Tampoco se recogió este requisito en ninguna de las posteriores leyes que modificaron a la de 1935, ni el Reglamento de 1959.

Las medidas para evitar que el colono fuera burlado con transmisiones ocultas se articulaban en la Ley de 1935, entendemos que sin demasiada garantía, sólo a base de exigir una notificación del vendedor al comprador y de éste al arrendatario; pero esta obligación de notificar era puramente personal y su incumplimiento no suponía obstáculo alguno para que la transmisión tuviera entrada en el Registro de la Propiedad, por lo que se podía practicar la inscripción en todo caso y aunque la notificación se hubiera omitido.

(10) RAMÓN DE LA RICA en la Memoria presentada en 1935 a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ver una recensión bajo el título «Inscripción y registro de arrendamientos rústicos» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo de 1936, págs. 342 y ss.

Un antecedente decisivo lo encontramos en la regulación análoga de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 55 exige la notificación al arrendatario como requisito para inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición de la finca arrendada; si no se justifica su cumplimiento se originará un defecto subsanable que suspende la inscripción; caso de no estar alquilado el piso que se transmite, para que sea inscribible la adquisición deberá declararse así en la escritura bajo pena de falsedad en documento público.

En materia arrendaticia, la *ratio legis* de servir a finalidades sociales equivalentes debe ser la misma en el ambiente rural que en el urbano, por lo que era deseable un retoque para que el Registro igualase en el arrendamiento rústico las garantías existentes en el urbano.

b) *Supuestos y consecuencias*

El apartado «Uno» del artículo 91 impone la obligación de declarar en la escritura al transmitente de una finca rústica si ésta se encuentra arrendada o no y en este último caso, además, si no resulta la finca sujeta al condicionamiento del artículo 26 de la misma Ley, que ahora veremos. Como norma general, la adquisición no puede inscribirse en el Registro de la Propiedad si en el título transmisivo no consta tal declaración.

Analizando esta norma vemos que son tres los casos posibles:

1. *Finca libre*.—Si la finca no está arrendada ni lo ha estado en un período de seis años anteriores al otorgamiento, bastará con que el transmitente lo manifieste así en la escritura, bajo pena de falsedad, para que el adquirente pueda inscribir su título en el Registro de la Propiedad. Ya hemos dicho que en los casos de error o falsedad en esta declaración el adquirente puede resultar afectado, según dispone el artículo 74; pero también señalábamos que esta excepción será rarísima, por lo que la regla general en adelante será que el Registro de la Propiedad publicará la situación real arrendaticia de la finca rústica y por ello los asientos registrales asegurarán también la adquisición sin esta clase de cargas.

Así, pues, en este caso de libertad de la finca, la transmisión puede inscribirse en el Registro con sólo la declaración en tal sentido del transmitente que estará consignada en el título traslativo.

2. *Finca arrendada*.—Si en el caso de finca libre parece que más bien se mira a la seguridad del tercer adquirente, aquí las medidas son claramente protectoras de los derechos de adquisición que la ley reconoce al colono.

Ampliando y reforzando notablemente la regulación que contenía

el artículo 16 de la Ley de 1935, el artículo 91 de la nueva ley exige los siguientes requisitos:

1.º Acreditar al Notario que se ha notificado previamente al arrendatario el propósito de llevar a cabo la enajenación, indicando condiciones y precio, así como el nombre y circunstancias del futuro adquirente, para que aquél pueda ejercitar el tanteo en la forma determinada en los artículos 86 a 90 de la ley. Afinando demasiado, a nuestro juicio, se enmendó la redacción inicial del proyecto, al añadirle un inciso según el cual «el fedatario no la autorizará (la escritura) sin que se le acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación». Con esto, se dice, se ha pretendido evitar que, por el juego permitido por el reglamento y la práctica notarial de prometer que más tarde se acreditará la notificación, se intente eludir el derecho de preferente adquisición del arrendatario. Pero si este derecho se compone de dos fases y el colono puede ejercitar el retracto aunque no haya hecho uso del tanteo, es tanto como poner albarda sobre albarda exigiendo dos notificaciones, una la vista y otra la que vamos a ver.

2.º Notificar también de forma fehaciente (y «en todo caso», como dice el número dos del art. 91) la escritura de enajenación al arrendatario para que pueda ejercitar el retracto: también podría acudir al derecho de adquisición si las condiciones pactadas no coinciden con las contenidas en la notificación previa antes vista o ésta no se hubiese llevado a cabo.

La *consecuencia* principal resultante del número tres del artículo 91 es que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas deberá justificarse que se ha practicado la notificación que establece el apartado anterior (11). Esta justificación se hará ante el Registrador mediante copia autorizada del acta notarial correspondiente o documento fehaciente que contenga la notificación practicada, ya sea por transcripción o inserto en la propia escritura de enajenación o su copia, en términos que no dejen duda sobre el cumplimiento del requisito exigido.

Si el artículo 91 de la ley sólo tuviera como objeto defender los derechos adquisitivos del colono, habría que pensar que los anteriores requisitos no serían necesarios en aquellos casos en los que no existe la posibilidad del tanteo o retracto, que son:

— En las donaciones al cónyuge, ascendientes o descendientes del donante (art. 92, a).

(11) Obsérvese que dice «notificación», en singular, y referida sólo al «apartado anterior». Por eso creemos que al Registrador le basta para inscribir con que se le justifique la notificación de la venta ya realizada, sin precisar para nada la previa o del tanteo.

- En las permutas de fincas rústicas de extensión inferior a una hectárea de regadío o diez de secano, cuando se realizan con la finalidad de agruparlas o agregarlas a otra finca de alguno de los permutantes (art. 92, *b*).
- En el caso de que el arrendatario sea a la vez propietario de más de 20 hectáreas de regadío o de más de 200 de secano en el territorio nacional.
- Y en los contratos excluidos de la regulación de la Ley de Arrendamientos, enumerados en sus artículos 6.º y 7.º, así como los especiales del artículo 4.º que se rigen por el Código Civil.

Sin embargo, como también está en juego la seguridad del tráfico jurídico y el amparo del adquirente y, por otra parte, la redacción del artículo 91 no deja demasiados resquicios, creemos que incluso en los casos anteriores debe declararse que la finca está arrendada, aunque no haya lugar a los derechos adquisitivos del colono por las causas señaladas. De este modo podría inscribirse la transmisión en el Registro y el adquirente a la vez conocerá con certeza la situación de la finca.

En el período de enmiendas al proyecto se presentó una al apartado tres de este artículo en el doble sentido de que el cumplimiento del requisito de la notificación para inscribir debía exigirse «bajo la responsabilidad del Registrador» y en el de que, incluso acreditada la notificación, no se inscribiesen los títulos traslativos de la finca hasta transcurrido el plazo preciso para que el colono ejercitase, en su caso, los derechos de adquisición. Como motivación, alegaban los enmendantes que «el Registro de la Propiedad, como institución de Derecho público confiada a los Registradores, que son funcionarios públicos, debe controlar muy de cerca que se cumplan los fines queridos por la ley, cerrando el Registro y la protección que éste concede a los terceros adquirentes hasta que se acredite suficientemente y en el momento querido por la ley que no se han defraudado los derechos de preferente adquisición». Acertadamente, no prosperó la pretensión de cerrar el Registro durante el plazo de posible ejercicio de acciones por el colono, porque la inscripción no impide dicho derecho ni su ejercicio y por ello el aplazamiento del asiento no añadiría defensas o garantías al arrendatario.

Tampoco era preciso recalcar en un precepto especial una responsabilidad que el Registrador asume por principio de su actuación y que está declarada con carácter general en los artículos 18 y 300 de la Ley Hipotecaria.

3. *Finca recuperada en cultivo directo por el dueño.*—El artículo 26-1.º faculta al arrendador para oponerse a la prórroga del contrato y

recuperar la finca con tal que se comprometa, por plazo de seis años, a cultivarla de modo directo por sí, su cónyuge o descendientes, si son profesionales de la agricultura. Pues bien, en el caso de que se pretenda transmitir la finca antes de que transcurra el plazo indicado será preciso cumplir todos los requisitos de notificación reseñados antes, pues el artículo 91 de la ley equipara el supuesto al de la finca con arrendamiento vigente.

Si la terminación del arriendo por el cultivo directo del arrendador es anterior a esos seis años, se hará constar así en la escritura de transmisión bajo la responsabilidad del otorgante para que la finca se pueda considerar libre a todos los efectos y en especial para poder practicar la inscripción correspondiente.

c) Inscripción de la transmisión. ¿Cabe la anotación preventiva?

La práctica notarial y registral ya se habían anticipado a la norma del artículo 91 de la ley, pues en casi todas las transmisiones de fincas rústicas se venía haciendo constar, siendo procedente, la libertad de arrendamiento bajo la manifestación de los interesados.

En adelante habrá de hacerse siempre y por mandato legal, ampliando el campo al tener que expresar en el título que en los seis años anteriores no ha ejercitado el dueño el derecho que le confiere el artículo 26 y con ésta o parecida fórmula deberá constar también en la inscripción.

Cuando haya arrendamiento vigente y se acredite el cumplimiento de los trámites de notificación, se reflejará en la inscripción lo que a tal respecto resulte de la escritura de enajenación o de los documentos que se aporten para ser calificados por el Registrador.

¿Qué ocurrirá si se presenta al Registro un título traslativo sin acreditarse a la vez la notificación o no se exprese nada sobre la libertad arrendaticia de la finca? ¿Podría practicarse en estos casos una anotación preventiva hasta que se subsane el defecto?

Entendemos que sí, sin ninguna duda, por las siguientes razones:

1.^a Porque aunque la Ley de Arrendamientos Rústicos no la establece expresamente, tampoco la prohíbe. La ley sólo dice que no serán inscribibles en el Registro los títulos traslativos de fincas rústicas arrendadas, pero no dice que no puedan ser anotados preventivamente.

2.^a Porque el artículo 42, número 9, de la Ley Hipotecaria, que es aplicable con carácter general, dice que podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos el que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por falta de algún requisito subsanable y éste es, ni más ni menos, el supuesto contemplado.

3.^a Porque hay un paralelismo evidente con el arrendamiento urbano, cuya ley establece en su artículo 55 que la falta de justificación de la notificación constituye un defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva que se convertirá en inscripción si durante su vigencia se acreditare haberse practicado la notificación en debida forma.

Creemos por ello que es perfectamente admisible la práctica de una anotación preventiva por defecto subsanable, que se regirá por las normas comunes propias de dichos asientos:

- Contendrán las mismas circunstancias que se exigen en general para las inscripciones.
- En cuanto a su duración, habrá que estar al artículo 96 de la Ley Hipotecaria que dispone que la anotación preventiva por defectos subsanables caducará a los sesenta días de su fecha. Puesto que la Ley de Arrendamientos Urbanos da a su anotación una vigencia de ciento ochenta días naturales, parece que en esta comparación toca perder a lo rural; pero debe advertirse que el plazo de sesenta días de la Ley Hipotecaria puede prorrogarse por justa causa hasta ciento ochenta días (12); además, no son naturales sino hábiles, por lo que no entran los festivos en el cómputo y con esto su duración puede llegar a ser apreciablemente mayor.
- Si durante el plazo de vigencia o la prórroga en su caso se presentan los documentos acreditativos de haberse subsanado el defecto que originó la anotación, ésta se convierte en inscripción y el adquirente consolida el derecho anotado.
- Por el contrario, si no se subsana el defecto en los plazos indicados, caduca la anotación y podrá ser cancelada de oficio por el Registrador o a instancia de parte interesada.

C) OTRAS MANIFESTACIONES REGISTRALES EN LA NUEVA LEY

a) *Anotación por gastos y mejoras*

El capítulo VI de la Ley de Arrendamientos Rústicos regula los supuestos en los que el arrendatario puede resarcirse del importe de los gastos necesarios y de las reparaciones urgentes que haya realizado en el predio. Respecto a las mejoras útiles y sociales, una vez terminado el arrendamiento, el artículo 62 concede al colono, aparte de poder reti-

(12) Esta ampliación se obtiene mediante el procedimiento regulado en el artículo 204 del Reglamento Hipotecario.

rarlas de la finca si ésta no sufre deterioro, la facultad de exigir al arrendador, a elección de éste, que le abone el mayor valor que haya alcanzado la finca por causa de las mejoras o el coste actualizado de éstos. Una vez determinada la cantidad a reembolsar, podrá el arrendatario prorrogar el colonato hasta resarcirse, con facultad de subarrendar, o reclamar el pago de lo adeudado.

Respecto a estas cantidades que haya de pagarle el arrendador, el arrendatario tendrá, según el artículo 64 de la ley, los mismos privilegios y garantías que el acreedor refaccionario.

Según esto, tales créditos gozarán de la preferencia otorgada por el número 3 del artículo 1.923 del Código Civil por ser créditos refaccionarios anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles del deudor que hubiesen sido objeto de la refacción; y por el número 5 del mismo precepto si se trata de créditos no anotados, aunque éstos tan sólo respecto a otros distintos de los que le anteceden en la enumeración legal. Dichos créditos gozan, por tanto, de preferencia sobre las fincas que los originan y la concurrencia entre ellos, si fueren varios, se determina por las reglas del artículo 1.927 del mismo Código.

El artículo 64 de la Ley de Arrendamientos Rústicos completa la garantía específica del arrendatario en estos casos concediéndole la posibilidad de «pedir la anotación preventiva presentando contrato escrito o también en virtud de resolución judicial dictada en el expediente previsto en los artículos 61 y siguientes de la Ley Hipotecaria en los casos en que la finca estuviese sujeta a cargas o derechos reales inscritos y en el cual el arrendador tendrá el mismo tratamiento procesal que los demás titulares de derechos reales inscritos».

Se tratará, en definitiva, de la no muy usual anotación preventiva del número 8 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que se regula detalladamente por los artículos 59 a 64 de la misma ley y 155 a 160 de su Reglamento lo que nos releva de toda otra explicación (13).

b) *Hipoteca*

En principio son perfectamente compatibles el arrendamiento y la hipoteca sobre una misma finca, en cuanto que la garantía no interfiere en la posesión del colono. Así, pues, se puede hipotecar la finca arren-

(13) El último inciso del artículo 64 de la Ley de Arrendamientos pone a cargo del arrendatario las costas y gastos necesarios para obtener esta anotación preventiva. Aunque hubo enmiendas adversas, no se admitieron en atención a que si esta garantía es de interés exclusivo del arrendatario, es lógico que él sufrague dichas costas y más teniendo en cuenta que ya ha podido optar por la otra garantía consistente en la prórroga del arrendamiento hasta resarcirse.

dada y se puede arrendar la finca hipotecada; pero conviene hacer algunas puntualizaciones al respecto:

1. En cuanto al primer caso, la hipoteca que grava a una finca ya arrendada, durante su período de simple garantía, permite al colono continuar perfectamente sin alteración en el ejercicio de su actividad agraria, ya que no le afecta ni económica ni jurídicamente. Cuando llega el momento de la ejecución puede producirse un cambio de dominio y entonces el arrendatario puede:

- Continuar su arrendamiento con el nuevo dueño, si le interesa, y acogiéndose a la norma del artículo 74.
- O concurrir a las subastas, para adquirir la finca en los procedimientos marcados por la Ley Hipotecaria y las leyes procesales.
- O, por último, hacer uso del derecho de adquisición preferente que le concede el artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Rústicos por el mismo precio del remate y en los mismos plazos y formas establecidos para el retracto.

2. El arriendo posterior de la finca hipotecada puede suponer un evidente menoscabo de la garantía en perjuicio del acreedor, en cuanto que dicha finca disminuye de valor, pudiéndose entonces ejercitar por el titular de la hipoteca la llamada acción de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Se presume, *iuris tantum*, que hay propósito de disminuir el valor de la finca hipotecada cuando ésta se arrienda por una renta que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada. Entonces, el Juez puede declarar vencido el crédito, ampliar la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar otras medidas que considere convenientes (art. 219 del Reglamento Hipotecario).

c) *Limitaciones dispositivas al arrendatario que adquiere la finca*

El artículo 84-2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos establece que una vez ejercitado el derecho de acceso, por los medios determinados en el mismo precepto, «el arrendatario que adquiere la propiedad no podrá, salvo que lo haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. Si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad mientras no transcurra dicho plazo».

Lo que realmente se pretende es que el arrendatario que ha pasado a ser dueño de la finca permanezca cultivándola por un plazo suficiente

para evitar el fraude legal que supondría transmitir con especulación lo adquirido mediante un trato legal excepcional.

Ni las distintas normas legales que se han ocupado de la cuestión ni la jurisprudencia (14) han permitido fijar con certeza la verdadera naturaleza jurídica de esta limitación, para saber si se trata de una verdadera prohibición de disponer cuya infracción implicaría la nulidad de la transmisión o si sólo origina una posibilidad de resolución a instancia de parte, en cuyo caso el acto es válido hasta que se resuelva (15).

La cuestión tiene su importancia práctica: El Registrador deberá cerrar el Registro y rechazar esa transmisión si es nula por opuesta a una prohibición de enajenar o, por el contrario, podrá inscribirla si sólo produce una acción resolutoria ejercitable tan solo a instancia del antiguo propietario de la finca.

El número 3 del artículo 84 de la ley se inclina sin duda por la segunda solución, pues aunque inicialmente parece hablar de prohibiciones incumplidas por el arrendatario, el contenido principal de esta norma es que «entonces podrá el arrendador pedir la resolución del contrato originario (16), recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados».

El Registro es el instrumento idóneo para hacer cumplir este precepto: Al hacerse constar en la inscripción en favor del antiguo arrendatario que éste ha adquirido la finca en virtud del tanteo, retracto o acceso

(14) Pueden verse artículo 17 de la Ley de 1935, redactado de nuevo por la Ley de 1949; artículo 7 de la Ley de 1954 y artículos 17 y 99 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959; puede verse también el artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que dispensa de esta limitación en los casos de haberse venido a peor fortuna, excepción no acogida por las normas del arrendamiento rústico. En cuanto a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1950 dice que se trata de una condición resolutoria; la de 5 de febrero de 1955 entiende que hay nulidad y la de 30 de junio de 1960 la califica de prohibición temporal de enajenar. La Dirección General de los Registros y del Notariado si bien en Resolución de 30 de diciembre de 1946 afirmó que se trata de una prohibición de enajenar, en la de 1 de diciembre de 1949 consideró inscribible una escritura de hipoteca, pero estableciendo que el acreedor no podrá ejercitar su acción hasta transcurridos los seis años.

(15) La doctrina está dividida, como puede verse en el trabajo de TIRSO CARRERO «Tanteo y retracto arrendaticio», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, págs. 773 y ss. Este autor rechaza la nulidad absoluta o la prohibición de enajenar; dice que sólo produce la resolución del contrato a instancia de parte.

(16) El texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado* dice contrato «ordinario», cuando en realidad debía decir «originario», que es como aparece en el Proyecto y en la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados. En el Senado no se alteró este artículo. Sin duda, por error en la transcripción, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 28-IV, de fecha 31 de diciembre de 1980, al publicarse la aprobación definitiva del Congreso, tras estudiar las enmiendas del Senado, se deslizó la palabra «ordinario», que es errónea a todas luces.

comprendidos en el número 1.º del artículo 84, hay base suficiente para que sea efectiva la publicidad hipotecaria; basta con expresar el origen de la adquisición, sin que sea preciso que el Registrador señale en la inscripción que hay pendiente una condición resolutoria en los seis años siguientes, ya que ésta resulta del mismo texto del asiento y de lo dispuesto en la ley.

Los efectos de esta resolución alcanzarán no sólo a la transmisión o cesión de uso indebidas, sino también al contrato originario, y entendemos por tal al arrendamiento inicial o básico, por lo cual perderá todo derecho el ex arrendatario y recupera totalmente libre su propiedad el arrendador. Así se establecía expresamente en el último inciso del artículo 99 del Reglamento de 1959, su antecedente, al decir que en este caso el arrendador «podrá solicitar la anulación de la transmisión y disponer libremente de la finca». La ley puede proteger al arrendatario, pero no hasta el extremo de permitirle actuaciones fraudulentas, por lo que la sanción no puede ser más justa.

V. EL REGISTRO ESPECIAL DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

A) EN LA LEGISLACIÓN DEROGADA

Aunque hubo algunos precedentes registrales del arrendamiento rústico con finalidad fiscal, el registro especial de estos contratos con carácter solamente civil fue creado por la Ley de 1935.

En el artículo 56 se establecía que en cada Registro de la Propiedad se llevaría un libro especial para inscribir los arrendamientos de todas clases y aparcerías de fincas rústicas radicantes en el término de su respectiva demarcación. Y en el artículo 6.º se ordenaba que deberían ser inscritos en este Registro los títulos constitutivos de la relación arrendaticia, sin cuya inscripción no podrían los interesados utilizar los derechos y ejercitar las acciones reconocidas por la ley. Para facilitar esta registración obligatoria, se imponía a los funcionarios de toda clase una actuación de oficio ordenando el envío de los contratos al Registro de la Propiedad correspondiente.

Como fuente de primera mano para saber lo que se propusieron en este punto los redactores del Proyecto de la Ley de 1935, acudimos al testimonio del Registrador RAMÓN DE LA RICA (17). Nos dice que uno de los problemas planteados en la Comisión de Legislación de Reforma Agraria fue arbitrar un procedimiento de publicidad que permitiese atri-

(17) En la Memoria citada en la nota 10, pág. 346.

buir al arriendo efectos reales sin derrumbar la mecánica del sistema inmobiliario y para ello se pensaron distintas soluciones:

- La primera, decretar pura y simplemente la inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad. La combinación de las prórrogas indefinidas y del acceso a la propiedad por la vía del censo reservativo requerían un sistema público que homologase el derecho arrendaticio. Pero al ser voluntaria la inscripción en nuestro sistema hipotecario, no se podía adoptar esta solución, por imposible.
- Otra, diametralmente opuesta, consistía en crear un nuevo Registro destinado a los arriendos, concediéndoles efectos jurídicos. Pero al punto se tocaron las dificultades y los peligros: Este Registro, independiente del de la Propiedad, arrumbaría todo el sistema chocando con la legislación hipotecaria sin beneficio para nadie y tendría escasisima o nula efectividad práctica.
- Por ello se buscó un sistema armónico consistente en que los contratos de arriendo se inscribirían obligatoriamente; surtirían, una vez inscritos, verdaderos efectos reales. La inscripción, económica y con pocos requisitos formales, sería en un Registro especial que se conectaría con el Registro de la Propiedad, llevado por el mismo funcionario.

En base a estos propósitos se articuló un sistema que intentaba la coordinación entre los dos Registros, aunque el proyecto sufrió modificaciones, que lo desvirtuaron, en la Comisión de Agricultura de las Cortes.

La Ley de 1935 recogió sustancialmente el sistema en los artículos 56 a 65 y sus líneas eran:

1.º Si la finca arrendada estaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del arrendador, se extendía una nota de referencia a efectos de coordinar con el Registro especial.

2.º Si aparecía en el Registro a favor de persona distinta del arrendador, y para salvar la discordancia, se requería el consentimiento del titular registral o la presentación de un documento fehaciente que justificase la adquisición del arrendador, complementado por certificación de estar la finca catastrada o amillarada a su nombre. Como máxima garantía del respeto a los derechos inscritos, se disponía que las inscripciones así practicadas no perjudicarían al titular registral que no hubiese prestado su consentimiento.

3.º Finalmente, para adaptar el nuevo sistema al principio de

publicidad, se disponía que los Registradores tuvieran en cuenta, al expedir certificaciones de cargas los asientos vigentes en la Sección de Arrendamientos.

Tanto la ley como el reglamento regularon detalladamente el Registro especial incluso en su aspecto orgánico, pero la verdad es que no llegó a tener efectividad en la práctica. El propio LA RICA, uno de sus creadores, reconoce en el trabajo citado que el Registro de Arrendamientos prácticamente no se ha puesto en marcha ni ha funcionado. Quizá las especiales circunstancias sociales coincidentes con el nacimiento de esta normativa, influyeron de modo determinante para que no llegase a prosperar un sistema ideado con encomiable entusiasmo y plena buena fe, pero que fracasó lamentablemente.

La escasísima vitalidad del Registro especial acabó en la Ley de 23 de julio de 1942, la cual, después de declarar en su artículo 2.º la libertad de forma para estos contratos, disponía que no sería obligatoria en adelante la inscripción, pudiendo las partes sin ella utilizar los derechos y ejercitar las acciones dimanantes de la relación arrendaticia. Esta disposición, considerada como una medida acertada por varios autores (18), dejaba la inscripción en el Registro especial como meramente facultativa y carente de efectos específicos. De hecho, ya se podía considerar muerto el citado Registro, pues no era probable que en lo sucesivo acudiese contrato alguno a inscribirse.

Al derogarse ahora expresamente el Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959 que aún recogía, quizá por inercia, las normas del agonizante Registro especial, se ha certificado solemnemente su defunción. Ya no queda más que esperar la nueva regulación anunciada y que pasamos a intuir.

B) LA NUEVA REGULACIÓN

El artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Rústicos recién promulgada anuncia que «por Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, se organizará un Registro Especial de Arrendamientos Rústicos, el cual pasará a depender en los territorios autónomos de los Organismos correspondientes».

(18) Así, ADOLFO RODRÍGUEZ JURADO en *Comentarios a la legislación de arrendamientos de fincas rústicas*, 2.ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, página 74. Ver también ROCA SASTRE en la edición de 1948 de su *Derecho Hipotecario*, tomo III, págs. 60 a 64. Igualmente los trabajos de CARAZONY LICERAS: «Los Registros de la Propiedad y especial de Arrendamientos en la Ley de 23 de julio de 1942», y de VÁZQUEZ GUNDFIN: «La inscripción de las Arrendamientos Rústicos», publicados ambos en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1942, págs. 642 y 773, respectivamente.

En el proyecto se decía simplemente que una disposición con rango de Decreto «podría» organizar dicho Registro; esta facultad se ha tornado en deber, porque la ponencia estimó que de no organizarse este Registro especial podría resultar una laguna en la materia al derogarse las normas del reglamento que hasta ahora venían regulándolo. El informe de dicha ponencia termina diciendo, aunque no hacía falta aclararlo, que quedan vigentes las disposiciones de la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

A partir de ahí, hemos de reseñar que otras enmiendas presentadas adolecían de un acusado desenfoque porque contemplaban más bien un extraño registro puramente informativo, una ventanilla más, sin contenido jurídico alguno y carente de efectividad, por lo que resultaría inútil, si no perjudicial, frente al clásico sistema registral inmobiliario.

Así, se contemplaba en esas enmiendas un «registro local» encomendado a las Cámaras Agrarias o a las *non natus* Juntas Arbitrales y otros pensaban en un Registro centralizado en el Ministerio de Agricultura. Por fin, otra enmienda que seguía en la misma línea administrativa, pretendió, y esta vez obtuvo, que el Registro pensado pasara a depender de los organismos correspondientes de los territorios autónomos.

De poco valieron las acertadas palabras del diputado señor Díaz Fuentes que, al oponerse, decía que hay que plantearse una pregunta fundamental y es qué clase de Registro queremos: «¿Estamos hablando de un Registro de tipo administrativo que se encomendará a los organismos agrarios... o de un Registro jurídico? Más concretamente, ¿estamos hablando de la posibilidad de constituir el Registro Especial de Arrendamientos Rústicos como una Sección especial, incluso dentro del Registro de la Propiedad, lo que no sería una novedad absoluta porque tiene precedentes históricos?» Siguió diciendo que ésta es una cuestión de técnica registral y debe recordarse que el artículo 149, regla 8.ª, de la Constitución reserva al Estado la facultad de ordenación de los Registros y, por tanto, habrá que organizar el Registro Especial de Arrendamientos Rústicos con un cuidadoso miramiento a este precepto. Terminaba pidiendo la desestimación de la enmienda porque no dibujaba claramente el perfil del asunto y no contenía la solución a los problemas apuntados. Sin embargo, por un solo voto de diferencia, la enmienda prosperó y se ha introducido en la ley un inciso que, a nuestro juicio, puede enturbiar la esencia de un auténtico Registro jurídico de los arrendamientos (19).

(19) Al votarse la enmienda presentada por determinado grupo regionalista, el resultado fue el siguiente: votos emitidos, 287; a favor, 141; en contra, 140; abstenciones, 6. Véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 106.

Ya sólo nos queda esperar que la anunciada regulación nos depare un Registro verdaderamente jurídico, tal como lo entendía LA RICA (20), que, partiendo de que el arrendamiento debe surtir efectos reales, esbozaba así sus líneas maestras:

- El Registro de Arrendamientos Rústicos debe estar íntima y correctamente coordinado con el de la Propiedad para evitar toda contradicción entre ambos y para debida salvaguardia de los derechos inscritos en este último.
- La inscripción en el Registro arrendaticio, que puede constituir una Sección del de la Propiedad, debe surtir en cuanto a los contratos que se inscriban los mismos efectos que en la actualidad producen los arriendos en el Registro de la Propiedad conforme a la legislación hipotecaria.
- Ha de procurarse la mayor sencillez y economía de la titulación en cuanto sean compatibles con el mínimo indispensable de autenticidad y con el sostenimiento de la institución registral.

Ahora podemos añadir que el contrato tipo que se prevé en la nueva ley podría muy bien ser la base para esta inscripción sencilla y concorde de los arrendamientos rústicos. En efecto, podría presentarse dicho contrato tipo en varios ejemplares, confeccionados simultáneamente, al Registro de la Propiedad donde, una vez verificada su legalidad por el Registrador, se procedería a su inscripción en el libro especial, haciéndolo constar también en los correspondientes asientos de dominio de las fincas arrendadas. Entregados a los interesados sus ejemplares respectivos con nota de despacho, el Registrador remite la restante copia a un Registro central que puede establecerse en el IRYDA u organismos competentes y que proporcionará datos estadísticos y puede ser fuente informativa para todas las actuaciones de política agraria que se consideren precisas.

Situando el primer escalón en los Registros de la Propiedad se conseguirían estas ventajas:

- Garantía de legalidad de los contratos al ser examinados por un jurista competente que, con su calificación aprobatoria, otorga unos efectos apreciables en Derecho.
- Coordinación entre los Registros clásico y especial, con todas sus innegables ventajas y que, además, evita o repeticiones inútiles o discordancias perturbadoras.

(20) En el trabajo citado en la nota 10, especialmente en las págs. 350 y 351.

- Inmediatividad entre los interesados y la oficina del Registro, pues éste estará situado en el propio ámbito rural de las cabeceras de distrito y no en la capital administrativa, siempre lejana, no sólo en la distancia, sino más bien por los gastos que origina el desplazamiento o los más considerables de las gestorías.
- Y el traslado automático de los contratos desde el Registro de origen, donde se reflejan los datos en la inscripción, a un Registro Especial centralizado, lo que facilita la consulta global.

Si se corrigen las causas que motivaron el fracaso del intento de 1935 y se inyectan al nuevo Registro los suficientes incentivos jurídicos y fiscales, como economicidad, auxilios económicos y técnicos, efectividad jurídica a los contratos inscritos, sinceramente creemos que se podría conseguir un Registro especial útil para publicar con eficacia las relaciones arrendaticias en concordancia plena con el Registro de la Propiedad.

Otro cualquier tipo de Registro, de pura noticia, sin efectos jurídicos, y aislado en su ventanilla, aparte de originar un incremento de costosa burocracia, no atraería a nadie. Sería perfectamente inútil y además perturbador del tráfico inmobiliario (21).

(21) Ejemplos positivos de la colaboración entre los Registros especiales y el de la Propiedad los tenemos en España con las inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas y las de los montes.

Recordemos también que el Registro de fincas expropiables de la reforma agraria republicana fue confeccionado íntegramente por los Registradores de la Propiedad, quienes remitían los partes al Instituto, haciéndolo constar en los asientos de las fincas previamente, para su coordinación. En el archivo del IRYDA está a disposición de quien quiera comprobar la perfección jurídica y técnica de la labor realizada. ¿No vale como ejemplo a seguir?

El ejemplo negativo nos lo dan algunos países hispanoamericanos que, con motivo de reformas agrarias, han creado registros especiales paralelos. Dichos registros o se limitan a copiar las inscripciones del Registro de la Propiedad tradicional o hacen otras nuevas diferentes. Con ello, o hay una inútil dualidad de asientos o se muestra una discordancia que resulta mucho más peligrosa, por la confusión que produce.

Puede verse el trabajo de JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ «El futuro del Registro de la Propiedad en los países que han aprobado la reforma agraria integral», presentado al II Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1974; recogido en el libro *Ponencias y Comunicaciones*, de dicho Congreso, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, tomo II, págs. 177 y ss.

VI. CONCLUSION

Tras este examen de la faceta registral de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, hemos de terminar afirmando que el Registro de la Propiedad no es una vetusta institución sólo defensora de individualismos, sino un eficaz instrumento social al servicio de la seguridad jurídica, tan importante en toda comunidad.

También hay que admitir que para obtener una mayor efectividad convendría realizar determinados retoques, tanto en el sistema civil e hipotecario como en la propia normativa especial arrendaticia. Por su importancia social y económica, por tratarse de un derecho que limita de modo principal y perdurable al dominio de la finca, como un verdadero derecho real, el arrendamiento debe publicarse con todas sus consecuencias en el Registro de la Propiedad y sin alteración de los principios hipotecarios.

Recuérdese que las críticas a la actual regulación se han originado bajo prismas puramente privatistas, aduciendo que el arrendamiento es un derecho personal y por eso resulta anómalo que se le quiera conceder ficticiamente por vía registral una categoría que el contrato no tiene.

Puestas las cosas en sus justos términos, se pueden reafirmar también las posibilidades evidentes del sistema hipotecario para adaptarse a la necesidades actuales; con ello, a la vez que se asegura el tráfico jurídico, se atenderán debidamente a los fines agrarios y sociales.

Hemos de mentalizarnos con esas ideas que no deben considerarse contrarias al viejo armazón del Derecho privado, sino tan sólo reformadoras o más bien complementarias. Así se conseguirá mantener en toda su plenitud y reforzar la vigencia del Registro de la Propiedad, poniéndolo al servicio cada día más efectivo de la comunidad social a la que pertenecemos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS,
Registrador de la Propiedad

Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*

Las revisiones bibliográficas adolecen, por lo común, de la pretensión de demostrar su carácter objetivo. En realidad, dicen más de su autor que del objeto de que tratan. En este sentido son ejemplares las revisiones de ARNAUD (1) sobre los últimos trabajos de la investigación jurídica italiana, pues, desde el primer momento, excluye toda duda acerca de las conexiones con sus propios enfoques y sus criterios de selección. Esto es todavía más evidente cuando se participa en la investigación, ya que ello implica necesariamente una toma de posición. Y, en consecuencia, se acrecienta el peligro de parcialidad.

Quien se ha pronunciado contra una historiografía del Derecho aislada y en favor de ponerla en contacto con el presente (2), ve con agrado que, tanto en España como en Portugal, parece haberse logrado una ruptura. A finales de los años sesenta apenas se veía amenazado el monopolio de una medievalística centrada sobre España. Y se desatendía en buena parte la historia de los siglos XVI a XX, en especial los dos últimos, así como cualquier análisis con referencia al presente (3). GARCÍA GALLO, en 1974 (4), suponía con acierto que en los años setenta podría lograrse una reorganización de la disciplina, como primera tarea

(*) Esta revisión de la bibliografía de los últimos años, sobre las Edades Moderna y Contemporánea, ha sido publicada en *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* de Viena y traducida por MARIANO PESET.

(1) A.-J. ARNAUD: «Italiennes I-III», *Archives de Philosophie du Droit* (París), 18 (1973), 311-322; 21 (1976), 231-238; 24 (1979), 467-475.

(2) J.-M. SCHOLZ: «Historische Rechtshistorie», en Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt (Main), 1977, págs. 1-175.

(3) J. LALINDE ABADÍA: «La dernière décennie dans l'historiographie juridique espagnole», en *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Toulouse*, 18, 1-2 (1970), 365-377.

(4) A. GARCÍA-GALLO: «Cuestiones de historiografía jurídica», en *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid)*, 44 (1974), 741-742.

a realizar, no sólo respecto de la península, sino también en Latinoamérica, tan influida por él (5). Pero lo que no acertó a intuir —mas hoy está bien claro— es que con ello llegaría al final la era de GARCÍA GALLO, que había durado casi cuarenta años (6). Tras la muerte de MEREJA (1976) y de BRAGA DA CRUZ (1977), se rompe también en Portugal una larga etapa de comunidad y contactos, en cuyo centro estaba aquel historiador español. Prueba de ello es la actual polémica, en la que este último se ve alcanzado cada vez más, por más que la intenta evitar con ayuda de su *Anuario* (7). Hoy parecen reinstalarse en Portugal los defensores de una concepción tradicional, pero revelan su inseguridad en el método —incluso su desamparo— cuando tienen que recurrir a la ayuda de algún alemán, que se defiende contra la autorreflexión crítica y la actual historiografía (8).

Signos evidentes de la disolución de estructuras heredadas son el recién publicado *Manual de historia del Derecho español* (Madrid, 1979), de F. TOMÁS Y VALIENTE, y la *História das Instituições* (Lisboa, 1978-1980), de A. M. HESPANHA. Todavía volvieron a aparecer, en los años setenta, los otros conocidos manuales para estudiantes, con frecuencia confundidos fuera de la península con la investigación en estos países. En España, el *Curso* (Madrid, 10.^a ed., 1972), de GALO SÁNCHEZ; la *Historia general del Derecho español* (Madrid, 2.^a ed., 1977), de GIBERT, y, sobre todo, el *Manual de historia de Derecho español* (6.^a-7.^a eds., Madrid, 1977), de GARCÍA GALLO; en Portugal, la nueva versión —confiada a ALMEIDA COSTA— de la *História do Direito Português*, de BRAGA DA CRUZ, bajo el título *Apontamentos de História do Direito* (Lisboa, 1979). También aparecieron cuatro notables intentos de proporcionar

(5) En especial, A. GARCÍA-GALLO: *Metodología de la historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1970.

(6) Sobre el papel central de GARCÍA-GALLO, F. TOMÁS Y VALIENTE: «La historiografía jurídica en la Europa continental (1900-1975)», en *HID (Historia-Instituciones-Documentos*, Sevilla), 5 (1978), 463, y BEATRIZ BERNAL DE BUGEDA: «Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX» (Universidad Nacional Autónoma de México, ed.), en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, II, México, 1979, pág. 60.

(7) Véase en especial los ataques personales de J. M. PÉREZ-PRENDES a GARCÍA-GALLO: *Curso de historia del Derecho español*, 2.^a ed., Madrid, 1978, tomo I, y la respuesta de los directores del «Anuario», en *AHDE*, 47 (1977), 913; la controversia sobre el prólogo de M. PESET a A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, en especial la respuesta oficial de A. D'ORS, en *AHDE*, 48 (1978), 761-763, y también la reseña de los *Vorstudien zur Rechtshistorik*, por G. VILLAPALOS, que juzga falsamente mi contribución en la línea de una historia del Derecho jurista de GARCÍA-GALLO y silencia la crítica de los hermanos PESET frente a éste, en *AHDE*, 47 (1977), 886-888.

(8) HANS THIEME: «L'histoire du Droit et la Science Juridique» (Fundação Eng. António de Almeida, ed.), en *História do Direito e Ciência Jurídica. Homenagem póstuma a Guilherme Braga da Cruz*, Porto, 1977, págs. 55-80.

materiales a la enseñanza y vivificar la investigación, dentro de la tradición de EDUARDO DE HINOJOSA: sobresale por su originalidad, información y apertura al contexto extrajurídico la *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970, 2.ª ed., 1978), de JESÚS LALINDE ABADÍA, a que siguió, cuatro años después, su resumen *Derecho histórico español*; el *Curso de historia del Derecho español* (Madrid, 1972, 2.ª ed., 1978), de J. M. PÉREZ-PRENDES, destaca las cuestiones metodológicas, pero, a diferencia de la *Iniciación*, de LALINDE, apenas se ocupa de las edades moderna y contemporánea; la *História do Direito Português* (Lisboa, 1971), de N. J. ESPINOSA GOMES DE SILVA, cuya nueva reedición acaba de aparecer, y, finalmente, la *História das Instituições* (Lisboa, 1978), de M. DE ALBURQUERQUE.

Pero los trabajos de TOMÁS Y VALIENTE y de HESPANHA poseen un mayor relieve para una historia del Derecho orientada por la historia social, sensibilizada respecto al método y abierta a los siglos más cercanos. Implantan nuevas concepciones frente a las posiciones metódicas canonizadas por aquellos otros manuales, así como por otras vías o medios. Desde mi perspectiva, me interesa subrayar el peso decisivo que, por vez primera, logran los siglos postmedievales en sus páginas. En el caso de España, impulsan en la misma dirección los *Temas de historia del Derecho*, publicados no hace mucho por un grupo de historiadores sevillanos con destino a los alumnos: sobre ellos he de volver después con mayor detalle. Otra característica, aneja al cambio cronológico de su atención y más decisiva que su «superación del medievalismo» (TOMÁS, pág. 66), es su comprensión genérica del Derecho pretérito como historia social. HESPANHA precisa esta forma de hacer historia, enmarcada en la cuestión de «cómo funciona sociológicamente... o Direito» (página 56). TOMÁS Y VALIENTE distingue entre modos de producción del Derecho e historia de las instituciones, sin limitar ésta a una mera descripción técnica que pueda aislarse del contenido social coetáneo, que, sin duda, le sirve de explicación (págs. 25-31).

Con ello aparece en el campo visual la discusión metodológica de los últimos años. Es sintomático que la revista oficial de los historiadores del Derecho, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, sólo haya informado acerca de ella de modo insuficiente, a veces incidentalmente y las más con parcialidad. Las posiciones contrarias se publican más bien en otros lugares. En este portavoz, de quienes disponen además de otras garantías institucionales, se tiene por obligado continuar las concepciones formuladas por GARCÍA GALLO en los años cincuenta (9).

(9) A. GARCÍA-GALLO: «Historia, Derecho e historia del Derecho», en *AHDE*, 23, 1 (1953), 5-36.

Abandonó las orientaciones anteriores a la guerra, más abiertas a la historia general, pero no logró hacer olvidar las pérdidas sufridas, como la muerte de RIAZA o la emigración de ALTAMIRA, OTS y SÁNCHEZ ALBORNOZ. Su afirmación de una historia del Derecho sin conexión con la ciencia histórica ni con la jurídica, la basó —según él dice— en el progresivo desinterés de ambas disciplinas por las cuestiones historicojurídicas. Y, ciertamente, este aislamiento politicocientífico mejoró las oportunidades de implantación profesional; pero esta diferenciación, aceptada abiertamente, fue todavía más destructiva. En primer lugar, excluyó expresamente los métodos más recientes de la historia general, exclusión que moderó después un tanto, pero que mantiene en líneas generales (10); me refiero a la escuela de los *Annales*, que encontró en VICENS VIVES su más decidido defensor (11). En segundo lugar, subrayó la persistencia de las instituciones jurídicas y, en consecuencia, propugnó una historia del Derecho como «ciencia jurídica», que concentra predominantemente sobre el medievo y rechaza la historia moderna y contemporánea, así como la dogmática y la práctica del momento. Su «método institucional» deja la historia más reciente en manos de una técnica positivista y ahistórica. Tal inconsecuencia hace evidente el papel politicoso-cial de su decisión metodológica. Con este enfoque escamotea su historia al Derecho vigente, y de esta manera evita la crítica histórica, refuerza el sistema político; incluso deja la responsabilidad de una elaboración histórica del Derecho actual a una doctrina positivista, bien seguro de que ésta no había de criticar el sistema. En esta línea sea sienta todavía hoy, en términos generales, la historiografía del Derecho dominante en España. Recordemos en este sentido las viejas alabanzas de MARTÍNEZ GIJÓN y de ESCUDERO, y —más aún— la reiterada acentuación del texto jurídico por GIBERT y D'ORS, en quienes se echa en falta unas técnicas modernas de análisis textual (12).

Hubo que introducir las correspondientes correcciones en la relación entre Derecho e historia. Grandes avances se deben a LALINDE y su proyecto de una historia del Derecho como historia del pensamiento

(10) Por ejemplo, GARCÍA-GALLO y su aceptación, con reservas, de PARADISI, en *AHDE*, 44 (1974), 742 y sigs.

(11) M. y J. L. PESET: «Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España», en SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt (Main), 1977, páginas 176-262.

(12) J. MARTÍNEZ GIJÓN: «Ante una nueva exposición de conjunto de la historia del Derecho español», en *AHDE*, 32 (1962), 581-594; J. A. ESCUDERO: «En torno al objeto de la historia del Derecho (1969)», *Historia del Derecho-Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, págs. 15-65; R. GIBERT: *Historia general del Derecho español*, Granada, 1974, págs. 6ª y sigs., y, sobre todo, GIBERT: *El funcionario español de la época austriaca*, Madrid, 1970, págs. 6-7; A. D'ORS: «Sobre historiografía jurídica», en *AHDE*, 47 (1977), 799 y sigs., en especial, 806 y sigs.

jurídico, cercana a WIEACKER, que fue ya criticada por D'ORS como «sociologismo materialista», a causa de su apertura al contexto histórico (13). Análoga es la posición de PÉREZ-PRENDES, quien en su aportación fenomenológica, entiende la dogmática jurídica como una estructura cerrada, si bien dependiente de la época y de la sociedad; por lo demás, nos debe aún una demostración continuada hasta la historia del Derecho más reciente (14). Aquí estriba la novedad de TOMÁS Y VALIENTE, que considera el Derecho —aunque irreducible— como un producto del espacio y del tiempo; DE DIOS lo apoya con sus ideas sobre la función del Derecho en las sociedades históricas (15). La crítica más radical al programa de GARCÍA GALLO ha sido propuesta por PESET (16). Está especialmente legitimado para ello —como TOMÁS O CLAVERO, al que me he de referir después— por razón de sus numerosos estudios concretos sobre esta materia. En un análisis penetrante, histórico, científico y políticosocial, confronta aquella «solución jurídicista» de GARCÍA GALLO con las posibilidades que ofrecía una historia económica y social, representada por VICENS VIVES y DOMÍNGUEZ ORTIZ, posibilidades que un positivismo jurídico en la línea de aquel autor había eliminado. Junto con su hermano, historiador de la medicina, muestra las decisiones erróneas que deben evitarse si se quiere explicar el Derecho como un fenómeno histórico. Así, se refieren a la separación del Derecho vigente en favor de una medievalística —en parte, diletante— y contra la historia del Derecho de los últimos siglos; a su reserva frente a estudios amplios basados en archivo, contentándose con los documentos publicados; a la confusión entre el «Manual» y el tratado científico, así como la errónea identificación de la ley con el Derecho. En especial esta última deficiencia —aquella hipóstasis evidente del Derecho positivo— motiva que PESET reclame una historiografía jurídica en que se implanten las téc-

(13) A. D'ORS, pág. 806, núm. 8; J. LALINDE ABADÍA: «Anotaciones historicistas al jusprivatismo de la Segunda Escolástica», en *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno*, Milán, 1973, pág. 303; «Apuntes sobre las 'Ideologías' en el Derecho histórico español», en *AHDE*, 45 (1975), 123 y sigs.; «Notas sobre el papel de las fuerzas políticas y sociales en el desarrollo de los sistemas iushistóricos españoles», en *AHDE*, 48 (1978), 249 y sigs.

(14) PÉREZ-PRENDES en la segunda edición de su *Curso*, y en especial en «Notas para una epistemología histórico-jurídica», en *Revista de Historia del Derecho*, Granada, 1 (1976), 269 y sigs.

(15) TOMÁS Y VALIENTE: «Historia del Derecho e historia», en *Once ensayos de historia*, Madrid, 1976, págs. 159-181; «La historiografía jurídica...», en *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979; S. DE DIOS: «El Derecho y la realidad social. Reflexiones en torno a la historia de las instituciones», en *HID*, 3 (1976), 189-222, en especial 217 y sigs.

(16) M. y J. L. PESET: *Vicens Vives*, y el prólogo a A. PÉREZ MARTÍN: J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*; M. PESET, J. GUTIÉRREZ CUADRADO, J. TRENCHS ODENA: *Fuero de Ubeda*, Valencia, 1979.

nicas de la ciencia histórica, y con ellas, sus resultados sean válidos por su conexión con todos los datos socioeconómicos.

El esfuerzo metodológico del portugués HESPANHA es comparable, en principio (17). Por de pronto, no es accidental la valoración positiva que ambos hacen de la «Ecole des Annales», de la metodología francesa dominante en la Europa actual. La *História Social do Direito* o *História das Instituições*, de HESPANHA, no se inspira en concepciones basadas en el modelo liberal de estado de Derecho, en donde Derecho es igual a ley. Se interesa en mayor grado en la producción del Derecho a través de las decisiones judiciales, administrativas y doctrinales, incluso en sus niveles vulgares o populares. Se aparta de la «histoire événementielle» en el campo del Derecho y, en consecuencia, analiza las obras de los grandes juristas junto con autores pretendidamente de segundo rango. Para él, la problemática social coetánea o el conflicto político existente condicionan el Derecho de una época, lo que no significa en ningún caso la disolución de la esfera jurídica en una historia total. En busca de una dialéctica en el sentido de ALTHUSSER, se ocupa de la praxis jurídica, las específicas funciones del aparato jurídico en su totalidad dentro de un conjunto histórico. Quien, como HESPANHA, se interesa por la función social del Derecho, alcanza también a hacer plausible la historia como una introducción crítica al Derecho actual. O sea: legitima la historia del Derecho en las facultades de leyes.

Al igual que PESET y HESPANHA, CLAVERO ha abordado esta problemática del historiar; él la inserta más decididamente en una ciencia jurídica nueva (18). La necesidad de una mayor penetración histórica puede ilustrarse con el último *Manual de Derecho civil español* (19), que pretende una perspectiva histórica; pero al valorar el discurso codificador omite el contexto social coetáneo, utilizando criterios politicojurídicos actuales. En las últimas reflexiones metodológicas de CLAVERO aparece con nitidez lo que desde hace años propugna: una «ciencia jurídica integral» (pág. 51). En ella desempeñarían un papel decisivo los conocimientos historicojurídicos, ya que una adecuada comprensión histórica

(17) A. M. HESPANHA: *Análise do Discurso e História da Ciência Jurídica. Introdução Metodológica a um Tema de Direito Romano*, Coimbra, 1970; «O Direito e a História. Os caminhos de uma História Renovada das Realidades Jurídicas», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 17 (1971), 7-68; *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978; *Curso de História das Instituições*, I, Lisboa, 1978, págs. 3-88.

(18) B. CLAVERO: «La historia del Derecho ante la historia social», en *HID*, 1 (1974), 239-261, y, sobre todo, «Historia, ciencia, política del Derecho», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), 5-58.

(19) Véase mi crítica a J. L. DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I, 1, Salamanca, 1977, en especial págs. 227 y sigs., en H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, Munich, 1982, págs. 426 y sigs.

es el mejor instrumento de orientación. De este modo, se transforma la política jurídica en crítica social. Por ello, la historiografía jurídica debe explicarnos todos los ordenamientos normativos, sin omitir una teorización sociológica, como hizo la historia de los dogmas tradicional. En lugar de difuminarla en una historia total (PÉREZ-PRENDES), se esfuerza por absorber el espacio social en su totalidad en una «virtual ciencia histórica del Derecho» (pág. 46). CLAVERO, con el sociólogo italiano CERRONI, quiere liberar de especulación y de apologas a la ciencia jurídica, gracias a una historia del Derecho auténticamente orientada por la historia, al tiempo que legitima la existencia de la historia del Derecho. Muestra de este modo a los historiadores juristas de España un camino que desemboca en la colaboración con quienes trabajan en una teoría normativocrítica de la sociedad. Al mismo tiempo respalda —de ello es consciente— aportaciones análogas desde otros enfoques, tales como las de WIETHÖLTER, SIMÓN y yo mismo (20).

Las diferencias metodológicas señaladas, que aparecen de inmediato en los títulos contrapuestos de GARCÍA GALLO y CLAVERO, permiten comprender la incompatibilidad de los trabajos que a continuación siguen. Las divergencias son visibles en muchos contextos. Así, la discusión acerca de una nueva configuración de la enseñanza jurídica ofrece ocasión adecuada para debatir estas opiniones; con este motivo, D'ORS insulta a sus contrarios, calificándolos de anticristianos y marxistas, y moteja de comodidad intelectual la propuesta de TOMÁS Y VALIENTE para la investigación de la historia jurídica del XIX. A un tiempo aprovecha para pedir que todos los historiadores del Derecho juren sobre GARCÍA GALLO, como dirección única y exclusiva. Tales pretensiones de exclusividad han encontrado una reacción en los últimos años; la historia del Derecho administrada durante años desde el *Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, ha perdido influencia sobre algunos lugares. Signos evidentes de ello son las dos revistas nuevas de historia del Derecho de Granada y Sevilla, ya citadas en notas anteriores; su expresa apertura hacia la historia social y económica da testimonio de una ruptura con la tradición. También a este respecto puede aludirse a los activos centros de investigación fuera de Madrid, como Sevilla, Valencia, Salamanca, Barcelona y Zaragoza. Por el contrario, la situación en Portugal no es tan clara, debido a las conmociones políticas durante años. Allí, el *Instituto Jurídico da Faculdade de Direito*, en Coimbra, sigue siendo el

(20) J.-M. SCHOLZ: «Historische Rechtshistorie», en especial págs. 168 y sigs.

(21) Ministerio de Educación y Ciencia (ed.). El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores del primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rábida, Madrid, 1978; véase la reseña crítica de A. D'ORS, en *AHDE*, 48 (1978), 577-584

centro más importante para los especialistas. Aprovecho la oportunidad para hacer referencia a la biblioteca del *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*, de Frankfurt del Main, pues, fuera de España y Portugal, es la institución mejor dotada para investigar acerca de la historia del Derecho moderno y contemporáneo de ambos países.

Comenzaré por la enumeración de determinados instrumentos de investigación, con la referencia a una serie de repertorios bibliográficos, sugerencias metódicas y análisis previos. Con ellos, en los últimos años, se ha colocado la primera piedra para que la historia del Derecho peninsular de los siglos XVI a XX atraiga el interés que merece. Pienso en los repertorios comentados de fuentes legales y con la bibliografía correspondiente, referidos al Antiguo Régimen y al siglo XIX, preparados por PÉREZ MARTÍN, LASSO GAITE y el autor (22). En lo que se refiere a Portugal, me permito citar otra vez mis propios trabajos (23), así como sobre la jurisprudencia en ambos países (24). Para la ciencia jurídica de los siglos XVI a XVIII es útil la bibliografía razonada de HÖLTHÖFER (25). Además, preparo en este momento, para el *Handbuch*, de COING, una introducción a la literatura jurídica del siglo pasado, que abarcará España y Portugal. Junto a ella hay que citar a HESPAÑA y su bibliografía, publicada hasta ahora sólo en parte (26). Por último, PÉREZ MARTÍN piensa ultimar en pocos años una amplia exposición bajo el título de *Historia del Derecho español*.

Hay que reseñar algunos estudios politocoinstitucionales antes de entrar en los temas concretos del Derecho común, el Derecho patrio

(22) A. PÉREZ MARTÍN: *La legislación del Antiguo Régimen*, en A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*, págs. 7-276; J. F. LASSO GAITE: *Crónica de la codificación* (Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación); I, *Organización judicial*; II, *Procedimiento civil*; III, *Procedimiento penal*; IV, 1-2, *Codificación civil. Génesis e historia del Código*, Madrid, 1970-1979; la parte de España sobre la legislación civil y el proceso civil y mercantil del siglo XIX en el *Handbuch* de COING, III, 1 y 2, Munich, 1982, págs. 397-686 (España), 687-861 (Portugal) y 2403-2488 (España, Portugal), escrita por el autor de estas páginas.

(23) Mi contribución sobre la legislación portuguesa de los siglos XVI a XVIII, en COING: *Handbuch*, II, 2, págs. 282-309. Versión portuguesa, J.-M. SCHOLZ: *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos Sécs. XVI a XVIII*, Braga, 1976.

(24) Mi aportación a la jurisprudencia hispanoportuguesa de los siglos XVI a XVIII, en COING: *Handbuch*, II, 2, págs. 1271-1342. Versión castellana, «Colecciones de jurisprudencia y de dictámenes», en A. PÉREZ MARTÍN, J.-M. SCHOLZ: *Legislación y jurisprudencia*, págs. 277-336; portuguesa, J.-M. SCHOLZ: *Legislação e Jurisprudência*.

(25) E. HÖLTHÖFER: *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Spanien und Portugal*; COING: *Handbuch*, II, 1, en especial 153 y sigs. y 242 y sigs.

(26) A. M. HESPAÑA: «Bibliografía sumária de História do Direito Português», en *História do Direito*, págs. 165-220; «Introdução Bibliográfica a História do Direito Português», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 49 (1973), 47-133; 50 (1974), 1-106; Portugal, J. GILISSEN: *Introduction bibliographique à l'histoire du Droit et à l'ethnologie juridique*, s. 1., 1977.

y el Derecho liberal, este último bajo el paradigma de la aplicación de la ley. La innegable falta de homogeneidad que esta revisión bibliográfica lleva consigo no debe hacernos dudar, sin embargo, de que cada aportación contiene elementos acerca de la formación del Estado liberal y su consiguiente monopolio del Derecho. Retardos transitorios, que después se revelan como ventajas, o descentralizaciones estratégicas no deben engañarnos. A diferencia de las monografías de ESCUDERO —que deben nombrarse en primer lugar—, desde el inicio se han de conectar los conocimientos sobre la fisiología de la maquinaria estatal con el contexto social total, que, en definitiva, es lo que interesa. Para lograrlo debería valorarse la creación del Consejo de Ministros por el Real Decreto de 19 de noviembre de 1823, emanado de un poder centralizado —es decir, más eficaz—, conectándolo con el espacio de juego social de los súbditos, a que alude como «bien» de ellos. Aparte esta reserva, hay que resaltar los sistemáticos esfuerzos de ESCUDERO en reconstruir el aparato estatal que se va cristalizando. Sigue, en los años setenta, el estudio que inició en 1969 con sus *Secretarios de Estado y del despacho* (1474-1724). En sus cuatro volúmenes mostró a los investigadores extranjeros el complejo y diferenciado aparato de la monarquía española entre los Reyes Católicos y Felipe V. Fenómenos análogos están en la base de su estudio *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen* (Sevilla, 1975); también aquí se trata de una descripción externa de la creación de ministerios, esta vez durante los años de la reforma ilustrada y de las Cortes de Cádiz. Su última obra, en dos volúmenes, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado* (Madrid, 1979), vuelve de nuevo al XVIII, para descubrir en la Junta Suprema (1787-1792) el antecedente del Consejo de Ministros de 1823, incluso de la actual cabeza de la Administración. Ya antes, ESCUDERO se había ocupado del pasado más reciente en una especie de cala, de que esperamos más amplios resultados: me refiero a *La Real Junta Consultiva de Gobierno* (1825), aparecido en Madrid en 1973. Hay que mencionar que los amplios trabajos de ESCUDERO, en su mayoría, van acompañados de una voluminosa documentación.

Por razones de espacio, se me disculpará que prescinda de otras aportaciones a la historia del Derecho administrativo. El interés por este sector, indicado por LALINDE en 1970, se refleja ahora en algunos trabajos, que continúan los de GARCÍA DE ENTERRÍA. Una primera información ofrecen las actas de los *simposia* de historia de la Administración, que se publican regularmente desde 1967. Por su ambición analítica, merecen atención especial dos trabajos: J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, así como la aproximación histórica —aparecida en

el mismo año— de MARTÍN-RETORTILLO y ARGULLOL MURGADAS a uno de los problemas clave de la sociedad contemporánea española: la relación entre descentralización administrativa y organización política, desde Cádiz a la Segunda República (27). Asimismo, para época anterior hay que citar: *La burocracia castellana bajo los austrias* (Sevilla, 1976), de J. GARCÍA MARÍN, un análisis sobre la literatura política castellana de los siglos XVI y XVII, como estudio previo para investigaciones ulteriores más amplias y en las que el aspecto funcional se enlace con el contexto sociopolítico.

EL DERECHO COMÚN

Mientras GARCÍA MARÍN concede especial énfasis a la jurisdicción real, dos estudios de TOMÁS Y VALIENTE y de HESPANHA se centran en la práctica jurídica. En ambos se toca el tema del Derecho común, al que concederé la mayor atención. Con ellos, casualmente, a través de la polaridad de un tema español y otro portugués, se alcanza a delimitar una de las cuestiones más atractivas hoy en esta esfera de investigación. TOMÁS Y VALIENTE estudia a CASTILLO DE BOVADILLA, autor de una de las más conocidas prácticas procesales del XVI, presentándolo como un representante típico del *mos italicus*. Mientras que HESPANHA contrasta el mundo de los derechos sabios con la justicia laica del Antiguo Régimen, nivel que existe riesgo de perder desde un concepto de la historia del Derecho como historia de la cultura (28). No se necesita demasiada imaginación para comprender las perspectivas que con ello se abren; complementarían los estudios sobre estratificación social de los litigantes ante los tribunales superiores (29). El modelo del *ius commune*, antes

(27) S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, E. ARGULLOL MURGADAS: «Aproximación histórica al tema de la descentralización (1812-1931)», en *Descentralización administrativa y organización política*, I, Madrid, 1973.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE: «Castillo de Bobadilla (c. 1547-1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», en *AHDE*, 45 (1975), 159-238; A. M. HESPANHA: «Les magistratures populaires dans l'organisation judiciaire portugaise d'Ancien Régime», en *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto* (Nápoles, 9-13 abril 1980), en prensa.

(29) F. RANIERI: «Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Die Verwendung historisch-quantitativer Methoden bei der Auswertung der Notariatspraxis in der neueren Privatrechtsgeschichte», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Groningen-Bruxelles-The Hague, 44 (1976), 333-363; sobre todo, su «Versuch einer quantitativen Strukturanalyse des deutschen Rechtslebens im 16-18 Jahrhundert anhand einer statistischen Untersuchung der Judikatur des Reichskammergerichts», en RANIERI (ed.), *Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte*, Frankfurt (Main), 1977, págs. 1-22; también en el mismo volumen, P. C. TIMBAL: *L'exploitation des archives du Parlement de Paris; une methode et ses résultats*, págs. 23-35; RANIERI: «Die Heranziehung von quantifizierenden Methoden in der neueren Privatrechtsgeschichte. Gegenwärtige Lage und Perspektiven», en W. EHBRECHT (ed.), *Voraus-*

estático, lograría su dinamización social. Las consecuencias de este cambio de enfoque serían concluyentes, ya que habrá que estudiar el valor social de las sutilezas jurídicas, conforme enseña la moderna sociología del Derecho, que se ocupa del derecho de los privilegiados. A este respecto, deben tenerse en cuenta las investigaciones sobre México de GESSNER y los interesantes análisis del *slum* (favelas) de Río de Janeiro de SOUSA SANTOS (30).

Por desgracia, tales planteamientos están todavía lejanos. Para España vale lo que GARCÍA GALLO decía en 1979, en una reunión en Varenna: «Les historiens espagnols du Droit n'ont presque accordé aucune attention au Droit commun» (31). Los conocimientos sobre la recepción portuguesa del Derecho común y su práctica son igualmente escasos, como puede apreciarse en el artículo de BRAGA DA CRUZ sobre la jerarquía de las fuentes en los siglos XIII a XIX (32). Por lo demás, puede completarse con un pequeño trabajo especializado de J. A. DUARTE NOGUEIRA sobre el Derecho subsidiario en las *Ordenações Afonsinas*, así como otro de ESPINOSA GOMES DA SILVA en torno a un comentario de fines del siglo XVI a dicha recopilación (33). Es significativo que HESPAÑA, en su *Curso*, de 1978, tenga que hacer constante referencia al texto de BRAGA DA CRUZ de inicios de los años setenta, que se atiene más al Derecho legalmente fijado que al *law in action*. Ciertamente, existen aportaciones, limitadas a la forma, como las de GARCÍA GALLO sobre el *Speculum*, de PEDRO BELLUGA, o la de BARRERO GARCÍA de los repertorios y diccionarios en la transición entre la Edad Media y la Moderna, así como los importantes datos de PÉREZ MARTÍN acerca de los estudiantes del colegio español en Bolonia (34). Pero estas investigacio-

setzungen und Methoden geschichtlicher Städteforschung, Colonia-Viena, 1979, páginas 194-216.

(30) V. GESSNER: *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübinga, 1976; B. DE SOUSA SANTOS: «The Law of the Oppressed. The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», en *Law and Society Review*, Denver (USA), 12, 1 (1977), 5-126.

(31) A. GARCÍA-GALLO: «Le Droit local et le Droit commun en Catalogne, à Valence et Majorque», en *Diritto comune e Diritto locali nella storia del Diritto dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna*, 1979, Milán, 1980, pág. 229 (en español).

(32) G. BRAGA DA CRUZ: «O Direito Subsidiário na História do Direito Português» (separata de la *Revista Portuguesa de História*, 14), Coimbra, 1975, reseñado por mí en *ZSSR (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Weimar)*, Germ. Abtlg., 93 (1976), 522-526.

(33) J. A. DUARTE NOGUEIRA: «Algumas Reflexões sobre o Direito Subsidiário nas Ordenações Afonsinas», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 24 (1980), 279-297; N. ESPINOSA GOMES DA SILVA: *O Direito Subsidiário num Comentário às Ordenações Manuelinas atribuído a Luís Correia*, Lisboa, 1973.

(34) A. GARCÍA-GALLO: «El Derecho en el 'Speculum principis' de Belluga», en *AHDE*, 42 (1972), 189 y sigs.; A. M. BARRERO GARCÍA: «Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días», en *AHDE*, 43 (1973),

nes eruditas no han sido insertadas hasta el momento en la problemática esencial del *ius commune*. No son apropiados para llenar esta laguna —a la que no hace mucho se refiriera CLAVERO— los superficiales esfuerzos de sistematización de CARPINTERO en su «Mos italicus, mos gallicus, y el humanismo racionalista» (35) —que, por otra parte, dejan casi intacta la Península Ibérica.

CLAVERO es el primero que ha planteado con claridad el tema del Derecho común, como eje de las investigaciones historicojurídicas sobre la Edad Moderna. Ya se percibe esto en el volumen completo que dedicó a esta cuestión en los *Temas de historia del Derecho* sevillano (36). A un interés esporádico en círculos especializados, sucede una difusión de esta materia entre estudiantes, como prueban sus dos ediciones en los últimos tres años. No es fácil imaginar fuera de España lo que significa esta cesura para una historiografía jurídica centrada hasta el momento en el mundo hispánico y el impulso que puede desencadenar. No quiero decir que él pretenda una historia del Derecho que haga tabla rasa de las diferencias sociopolíticas en Europa. Frente a ello, el prólogo de CLAVERO, «Premisas culturales y sociales del *Ius commune* europeo», afirma que es algo nuevo para España, ya que ha merecido amplia atención en el extranjero. La remisión a esta concisa introducción —cuya lectura debe hacerse— me dispensa de insistir en una recapitulación de sus conclusiones. CLAVERO afirma en forma magistral cómo el discurso del Derecho común debe interpretarse en conexión con la transición de una sociedad feudal hacia otra burguesa; así descubre cómo los elementos del ordenamiento permiten —sin el riesgo de una revolución social— el establecimiento de un mercado nacional y la construcción de un poder político central. Me referiré, al menos, a algunos de sus trabajos previos, a través de los cuales se puede vislumbrar la dirección que deben seguir futuros estudios. Empezaré por el primer libro de CLAVERO, su voluminosa monografía acerca de los mayorazgos en Castilla; sobre la propiedad señorial, no eclesiástica (37). Con sus páginas logró algo sorprendente en el ámbito de los historiadores del Derecho: sus tesis provocaron controversia con los historiadores españoles más relevantes y obligaron a TUÑÓN DE LARA y FONTANA a reconsiderar sus modelos

311; A. PÉREZ MARTÍN: «Los Colegios de Doctores de Bolonia y su relación con España», en *AHDE*, 48 (1978), 5 y sigs., donde da las referencias de otros trabajos suyos, en especial el estudio en cuatro tomos, *Proles Aegidiana*, Bolonia-Zaragoza, 1978.

(35) *Ius commune*, Frankfurt (Main), 6 (1977), 108-171.

(36) B. CLAVERO: *Temas de historia del Derecho. Derecho común*, Sevilla, 1977, 2.ª ed. revisada y aumentada, 1979.

(37) B. CLAVERO: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974; véase mi recensión en *ZSSR*, Ger. Abtlg., 92 (1975), 343-350.

explicativos de la disolución del Antiguo Régimen (38). Lo que aportan las posiciones metodológicas de CLAVERO se confirma en este libro. Logró convencer, al menos, en parte, a la historia general de que no podía renunciar a los datos jurídicos con su estudio del mayorazgo como «institución concreta» en sus relaciones históricas, apoyado en las concepciones económicas y teóricas de KULA. Su principal idea de la revolución burguesa en los años treinta del siglo pasado, concebida como jurídica, supone una aportación para comprender la sociedad española en su totalidad, desde la Edad Moderna hasta nuestros días. Naturalmente, para ello no puede recorrer el camino trillado y descriptivo de la historia de los dogmas jurídicos, que todavía se percibe en forma erudita, de que es un ejemplo triste el escrito de ALBURQUERQUE acerca del Derecho portugués de represalias en los siglos xv y xvi (39). Al igual que HESPAÑHA comprende la ciencia jurídica portuguesa de los siglos xvii a xix (40) como una praxis social, CLAVERO no se deja seducir en su interpretación del mayorazgo por la terminología coetánea. Desvela las metáforas jurídicas como fórmulas culturalmente fijadas de unas relaciones de poder dadas, al igual que explica la prohibición de la usura y el rodeo a través de los censos consignativos, por medio de la tensa relación entre la desigualdad social y el equilibrio contractual (41). También ejemplifica la praxis científicojurídica como praxis social en su reciente artículo sobre el concepto de interés (42). Partiendo de un determinado círculo doctrinal, los juristas hispanos que por vez primera en el xvi publican en romance, los interpreta a través de las dificultades comunes que se encuentran en la traducción de los tópicos del *ius commune*. Las utiliza para entenderlos, en lugar de soterrar la ambivalencia de estas teorías, es decir, afirmar su coheencia o tildarlas como errores desde una actitud suficiente. A través de una exacta observación de sus relaciones textuales, halla la fuerza normativa o legitimadora que tienen las sutilezas jurídicas y su sentido social dentro de la época señorial. De este modo no cae en el peligro que acecha a menudo a orientaciones que pretenden

(38) Sobre el debate, B. CLAVERO: «Notas sobre publicaciones. Señorío y hacienda a finales del Antiguo Régimen en Castilla», en *Moneda y Crédito*, Revista de Economía, 135 (1975), 111-128; «Para un concepto de revolución burguesa», en *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, 13 (1976), 35-54; «Política de un problema. La revolución burguesa»; B. CLAVERO, P. RUIZ TORRES, F. J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN: *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, págs. 1-48.

(39) R. DE ALBURQUERQUE: *As Represálias. Estudo de História do Direito Português (Sécs. XV e XVI)*, 2 vols. publicados, Lisboa, 1972.

(40) A. M. HESPAÑHA: «Prática Social, Ideologia e Direito nos Séculos xvii a xix» (separata de *Vértice*, Coimbra, 1972, núms. 340-342).

(41) B. CLAVERO: «Prohibición de la usura y constitución de rentas», en *Moneda y Crédito*, 143 (1977), 107-131.

(42) B. CLAVERO: «Interesse. Traducción e incidencia de un concepto del siglo xvi», en *AHDE*, 49 (1979), 39-97.

renovar la historiografía del Derecho; en él, el contexto socioeconómico no es algo accidental adosado a las sutilezas jurídicas, sino que éstas son indicadores sociales. Sus premisas metodológicas se hallan presentes, por último, en otro escrito sobre la lucha metódica a fines del Antiguo Régimen (43). Trata de las preferencias de los ilustrados por aquellas cuestiones que para él significaban la subversión del ordenamiento común. La teoría del Derecho se muestra en su sustancia sociopolítica, porque CLAVERO excluye el camino más fácil —pero susceptible de error— de tomar opciones nacionalistas como tales o confiar en un mero reduccionismo económico.

Desde este ángulo, creo suficiente mencionar solamente recientes artículos sobre aspectos parciales del Derecho común. En primer término, las investigaciones sobre la denominada segunda escolástica de origen peninsular. Debe citarse a CARPINTERO, quien subraya su papel mediador entre el Derecho natural medieval y el iusracionalismo. Busca destacar la originalidad de estos autores, aislados de la realidad circundante, en especial en su estudio sobre VÁZQUEZ DE MENCHACA. Ya en otro lugar (44) me ocupé acerca de esta orientación sobre la «especulación jurídica» de aquel siglo. Merece leerse a LALINDE (45), quien ya en 1972-1973 reputaba cargada de ideología aquella euforia en torno a los autores hispánicos del XVI, elaborada desde la historia de las ideas. Ya que Alemania colaboró en esta tarea, deben recordarse en este momento las apreciaciones de LALINDE.

En materia mercantil, debe citarse la nueva edición de LÖBER: *Spanisches Gesellschaftsrecht des 16. Jahrhunderts* (46), junto a las aportaciones del grupo sevillano alrededor de MARTÍNEZ GIJÓN. Así, el artículo de GARCÍA ULECIA acerca de una forma híbrida del *contractus trinus*, que evitaba, en parte, al menos, la prohibición de la usura en la práctica comercial del siglo XVI (47). También dos monografías sobre

(43) B. CLAVERO: «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad (1789-1808)», en *AHDE*, 48 (1978), 307-334.

(44) F. CARPINTERO BENÍTEZ: «Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVII», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18 (1975), 263-305; «Mos italicus, mos gallicus y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», en *Ius Commune*, 6 (1977), 108-171; *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno - Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, 1977; véase mi reseña en *ZSSR*, Rom. Abtlg., 95 (1978), 512-516.

(45) J. LALINDE ABADÍA: «Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolástica», en *La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno. Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972*, Milán, 1973, págs. 303-375.

(46) B. LÖBER: *El Derecho de sociedades en la Escolástica española*, traducción y revisión de A. PÉREZ MARTÍN, Granada, 1979.

(47) A. GARCÍA ULECIA: «El contrato trino en Castilla bajo el Derecho común», en *HID*, 6 (1979), 129-185.

sociedades mercantiles: *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao* (Sevilla, 1979), de J. M. MARTÍNEZ GIJÓN, y —como complemento— C. PETIT: *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. 1737-1829* (Sevilla, 1980). Tal como expresa el subtítulo de MARTÍNEZ GIJÓN, se describen los criterios según los cuales estas sociedades se fundan, actúan, reparten sus ganancias y, por último, se liquidan. Aun cuando admite en su introducción la interdependencia entre economía y Derecho, se contenta con manejar la legislación y la doctrina. PETIT se acoge a esta decisión haciendo constar la situación de las fuentes (pág. 16), pero ello sólo justifica la específica dificultad existente, pero no una legitimación concluyente. Se trata, pues, de importantes trabajos preparatorios para el análisis histórico del campo de acción de la economía con atención a las estructuras jurídicas que la condicionan. Debería analizarse de antemano la progresiva juridificación de un mercado que se extiende paulatinamente.

En cuanto a la jurisprudencia, se encuentra todavía más atrasada la elaboración de sus materiales. Se va recogiendo los nombres de los eminentes juristas que sistematizaron la práctica judicial, en especial de Aragón, Cataluña y Valencia. En este sentido, mis trabajos sobre España y Portugal, realizados en otro momento (48). Con ello se dispone de información sobre el número y difusión de las colecciones de jurisprudencia, su carácter privado u oficial; conocemos el modo de trabajar de los «arrêstistes» españoles y portugueses; podemos situarlos en un contexto internacional —lo que falta hasta el momento es, por ejemplo, una interpretación cuantitativa de las decisiones judiciales—. Mis investigaciones sobre el valor del precedente o el deber de motivar las sentencias, pretenden allanar el camino para una investigación más profunda de la justicia. La masa de documentos podría atemorizar por sus dificultades técnicas. El ejemplo extranjero —en especial Francia y Alemania— anima, sin embargo, a intentar de inmediato estudios piloto. Pero sería ingenuo creer que estas colecciones elaboradas, que sólo recogen una parte de la jurisprudencia, representan la práctica judicial de ambos países en el Antiguo Régimen.

(48) Para completar la nota 24, J.-M. SCHOLZ: «Spanische Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des Ancien Régime», en *Ius Commune*, 3 (1970), 98-119; en español, «Colecciones españolas de Jurisprudencia y dictámenes en el Antiguo Régimen», en *Temis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, 29-32 (1971-1972), 211-229; «Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime», en *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, 1973, págs. 95-159; «Motiva sunt pars sententiae. Urteilsbegründung in Aragón (16-18 Jahrhundert)», en *Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, II, Florencia, 1977, págs. 581-598.

Por último, completaré las investigaciones citadas en torno al Derecho común, con otras relativas al tema de las universidades. Dejaré de lado obras de tipo general, como la de AJO GONZÁLEZ, quien en los últimos tiempos ha redactado un repertorio de fuentes y bibliografía de las universidades (49). Me interesa especialmente la enseñanza del Derecho. Es uno de los condicionamientos más importantes para el *status* social de los juristas, portadores de una cultura jurídica en latín que logra convertir las relaciones en conceptos, bajo fórmula de los derechos sabios. Antes de citar las investigaciones realizadas en España y Portugal, citaré las páginas del *Handbuch*, de COING, en donde se da una visión —aun cuando sea concisa— de las facultades jurídicas en la Península Ibérica (50). Leyendo a COING, se percibe una serie de relaciones internacionales, qué en el estudio de las fuentes locales no se destacan con facilidad. Pero este reproche no cabe hacerlo a PESET o a HESPAÑA, que deben figurar en primer término si se habla de aportaciones actuales sobre la forma jurídica de los siglos XVIII y XIX en ambos países. PESET, en una exposición ante oyentes alemanes (51), sintetizaba sus trabajos de los últimos años como intento de entender la función de las universidades españolas: la introducción de la ciencia jurídica europea, así como ser órgano de difusión de unas determinadas ideologías, dentro de concretas circunstancias políticas, económicas y sociales. El resultado de largos años de trabajos preparatorios fue publicado por los hermanos PESET en 1974. Su síntesis destaca las condiciones jurídicas y reales en las facultades de leyes y de cánones. Tratan asimismo exhaustivamente de las reformas de la enseñanza y de los exámenes en la época ilustrada y liberal (52). Sería de desear que continuaran su es-

(49) C. M. AJO GONZÁLEZ DE RAPARIEGOS y SÁINZ DE ZÚÑIGA: *Historia de las universidades hispánicas*, Madrid, 1957 y sigs., tomo X, 1977.

(50) H. COING: «Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm», en *Handbuch*, II, 1, Munich, 1977, págs. 3 y sigs., en especial 55-56, está a punto de aparecer la parte correspondiente a la Ilustración en el tomo II, 3.

(51) M. PESET: «Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärtem Absolutismus und liberaler Revolution», en *Ius Commune*, 6 (1977), 172-201.

(52) M. y J. L. PESET: *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974; cabe destacar, entre sus estudios previos, M. PESET: «Inéditos de Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) sobre el aprendizaje del Derecho», en *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia*, VI, 11 (1966), 49-110; «Correspondencia de Gregorio Mayans y Siscar con Ignacio Jordán Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez (1771-1780)», en *AHDE*, 36 (1966), 547-574; «La recepción de las órdenes del Marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia. Exceso de abogados y reforma en los estudios de leyes», en *Saitabi*, 19 (1969), 119-148; M. y J. L. PESET: «De la Universidad moderna a la contemporánea en España», «El sistema de enseñanza en la Universidad de Valencia y el Plan Blasco de 22 de diciembre de 1786», en *Actas del III Congreso de Historia de la Medicina*, III, Valencia, 1969, págs. 263 y sigs. y 295 y sigs.; M. PESET: «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los

fuerzo sobre las universidades de la segunda mitad del siglo XIX e incluso hasta el presente. No deben olvidarse las numerosas ediciones y estudios particulares sobre esta temática que han salido a luz gracias a los historiadores valencianos, en torno a MESTRE y los hermanos PESET. Por una parte, la publicación de dos volúmenes documentos muy interesantes para la Universidad de Valencia a inicios del siglo XVIII (53). Por otra, quisiera llamar la atención de los lectores alemanes sobre el proyecto MAYANS, hasta ahora poco conocido (54). Su impulso esencial se debe a MESTRE. El legado de GREGORIO MAYANS Y SISCAR (1699-1781), uno de los más renombrados juristas de su época, se ha conservado de forma única. Su elaboración es una de las más valiosas aportaciones de la historiografía española en nuestro campo. En primer lugar, hay que citar la correspondencia entre MAYANS y NEBOT —un abogado valenciano—, editada, anotada y con un estudio experto de PESET —una fuente inagotable para quienes se interesan en la jurisprudencia y la práctica de aquellos años. Cualquier especialista que conozca la notable correspondencia de MAYANS con extranjeros, encuentra también su gran interés por las reformas ilustradas en la Universidad y del Derecho españoles. Todo ello merecería también la atención de los especialistas extranjeros sobre este proyecto, que, por suerte, no parece vaya a interrumpirse. Con ello llegamos a los análisis de HESPAÑA, que iluminan las reformas universitarias de POMBAL, a través de un tratamiento lingüístico de los Estatutos de 1772, como paso previo para un ulterior análisis del discurso en el sentido de FOUCAULT (55).

siglos XVIII y XIX», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 62 (1971), 605-672.

(53) *Bulas, constituciones y documentos de la Universidad de Valencia (1707-1724). La Nueva Planta y la devolución del patronato*, edición y estudio preliminar de M. PESET, M. F. MANCEBO, J. L. PESET, A. M. AGUADO, Valencia, 1977; *Bulas, constituciones y documentos de la Universidad de Valencia (1725-1733). Conflictos con los jesuitas y las nuevas constituciones*, edición y estudio preliminar de M. PESET, M. F. MANCEBO, J. L. PESET, Valencia, 1978.

(54) A. MESTRE: *Ilustración y reforma de la Iglesia. Pensamiento político-religioso de don Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781)*, Valencia, 1968; MESTRE: *Historia, fueros y actitudes políticas. Mayans y la historiografía del XVIII*, Valencia, 1970; *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario. I, Mayans y los médicos*, transcripción, notas y estudio preliminar de V. PESET, Valencia, 1972; *II, Mayans y Burriel*, transcripción, notas y estudio preliminar de A. MESTRE, Valencia, 1972; *III, Mayans y Martí*, transcripción, notas y estudio preliminar de A. MESTRE, Valencia, 1973; *IV, Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico*, transcripción, notas y estudio preliminar de M. PESET, Valencia, 1975; V. PESET: *Gregori Mayans i la Cultura de la Il·lustració*, Valencia, 1975; J. C. STRODTMANN: *Gregorii Maiansii, generosi Valentini, vita (Wolfenbüttelae MCCLVI)*, texto latino-castellano, presentación de SALVADOR CARDONA, estudio preliminar y traducción de A. MESTRE, Valencia, 1974; M. y J. L. PESET: *Gregorio Mayans y la reforma universitaria. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España, 1 de abril de 1767*, Valencia, 1975.

(55) A. M. HESPAÑA: «Recomeçar a Reforma Pombalina? Da Reforma dos

LOS DERECHOS PARTICULARES

Una exposición sobre las más recientes investigaciones concernientes al Derecho común, debe continuar con las relativas al Derecho de los reinos, según la terminología de CLAVERO. En el caso de Portugal, junto al estudio citado de BRAGA DA CRUZ sobre el Derecho subsidiario, se encuentran los esfuerzos de ESPINOSA GOMES DA SILVA sobre las *Ordenações Manuelinas* del primer siglo XVI y las *Ordenações Filipinas* del siglo XVII, es decir, sobre las dos recopilaciones del Derecho portugués (56). Con referencia a los derechos particulares de Castilla, CLAVERO opina que deben entenderse como diferentes núcleos regionales para la integración de jurisdicciones nobiliarias, seculares, municipales o corporativas divergentes entre sí. Estas masas jurídicas, geográficamente distintas, prevalecerían en su aplicación frente al *ius commune* (57). Esta posición histórica contra una comprensión desde perspectivas federales de los denominados derechos forales, se aclarará cuando trate sucintamente de la discusión actual de los derechos históricos de una Cataluña autónoma o un País Vasco autónomo. En España, el estudio histórico acerca de los derechos forales se cruza con la actualidad política, cosa que no suele ser frecuente. Incluso ediciones como los *Fueros de Aragón*, de PÉREZ MARTÍN (58), están conectadas con la política cotidiana —independientemente de que tales publicaciones tengan o no esta motivación.

No es menester enumerar, ya que no hace mucho PÉREZ MARTÍN reunió las fuentes y la reciente bibliografía de los derechos particulares de Castilla, Vascongadas, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares y Valen-

Estudos Jurídicos de 1772 ao Ensino do Direito de 1972», en *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 19, 1-4 (1972), 5-34; «Forma e Valores nos Estatutos Pombalinos da Universidade (1772)», en *A História do Direito na História Social*, Lisboa, 1978, págs. 150-164.

(56) N. J. GOMES DA SILVA: *Algumas Notas sobre a Edição das Ordenações Manuelinas de 1512-1513*, Braga, 1977; *Sobre os Compiladores das Ordenações Filipinas*, Lisboa, 1977; «O Direito Subsidiário das Ordenações Filipinas num Comentário de António Leitão Homem», separata de la *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 24, 1-3 (1977).

(57) B. CLAVERO: «Notas sobre el Derecho territorial castellano (1367-1445)», en *HID*, 3 (1976), 141-165; *Temas de historia del Derecho. Derecho de los Reinos*, Sevilla, 1977, en especial págs. 7-14; también, G. PETIT: «Derecho común, Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, en prensa.

(58) *Fori Aragonum vom Codex von Huesca (1247) bis zur Reform Philipps II (1547) nach der Ausgabe Zaragoza 1476/1477, mit den handschriftlichen Glossen des Martín de Pertusa und mit Ergänzungen nach den Ausgaben Zaragoza 1542, 1548 und 1576*, edición facsímil e introducción de A. PÉREZ MARTÍN, Vaduz (Liechtenstein), 1979; *Las glosas de Martín de Pertusa a los Fueros y Observancias de Aragón*, transcripción y edición por A. PÉREZ MARTÍN, en preparación.

cia —ya citado en la nota 7—. En su lugar, quisiera mencionar algunos atractivos trabajos que completan aquel libro, tales como el estudio de EGEA y FERNÁNDEZ con GAY y ESCODA en relación a la eficacia normativa del Derecho catalán hasta la nueva planta (1714) (59), o la introducción de CLAVERO a su *Derecho de los reinos* (Sevilla, 1977), a que ya me he referido indirectamente. Junto a los mismos, *Los Fueros de Aragón*, de LALINDE, aparecido en Zaragoza un año antes; en esta síntesis desde la Alta Edad Media hasta el presente, el autor no se ve limitado por un interés local, como es habitual, sino conecta una amplia información con agudeza analítica. Aconsejaría la lectura del capítulo quinto, por ejemplo, que relata los ataques del Estado absoluto o liberal contra las normas que aún perviven en Aragón. CLAVERO lo explica con precisión en sus conclusiones de su *Derecho de los reinos*. Para ello se refiere a tres cuestiones: a la orientación castellana de la *Novísima recopilación*, de 1805 —última recopilación del viejo estilo—; a la subiguiente unificación jurídica bajo el signo de constituciones y códigos, y a una historiografía de los derechos forales, de la que aún hoy pocos se apartan, basada en negarlos o manipularlos.

No es momento de entrar ahora en el vivo debate sobre el Derecho foral en la España de 1980; preparo un informe para *Ius commune*, la revista de mi instituto. La historia del Derecho —o mejor, la historiografía—, gracias a la Constitución de 1978, desempeñará con seguridad un papel instrumental de primer rango. Por ello me permitiré exponer brevemente esta problemática. Para empezar, me valdré de una declaración oficial —entre las muchas que hay— de los llamados «foralistas», la del presidente de la Audiencia de Palma de Mallorca, que unía las garantías constitucionales a una dinamización de sus derechos históricos y su renacimiento (60). A nivel más profundo, debe consultarse quizá a ROCA y TRÍAS o la cauta defensa de LASARTE, que, al fin, se decide por la uniformidad del Derecho civil (61). Sin pretender prejuzgar la cuestión, considero de momento oportuna la precaución de CLAVERO, al confiar su análisis definitivo a una ciencia jurídica orientada en

(59) J. EGEA I FERNÁNDEZ, J. M. GAY I ESCODA: «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la Baixa Edat Mitjana fins al Decret de Nova Planta», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 249-294 y 505-586

(60) C. RODRÍGUEZ-AGUILERA: «El futuro de los Derechos forales o especiales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 231-236

(61) E. ROCA I TRÍAS: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 7 y sigs.; C. LASARTE: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980. Además, F. TOMÁS Y VALIENTE: «Los 'derechos históricos' de Euskadi», en *Sistema*, 31 (1979), 9 y sigs., con escasas correcciones en su *Manual*, págs. 472 y sigs

la histórica, por la que se esfuerza (62); piensa que sería contrasentido histórico una consagración a nivel constitucional de los llamados derechos históricos con renuncia a la soberanía legislativa ya alcanzada. Posiblemente, la cercanía del objeto en España vela un tanto un enfoque más general que atienda a la organización del discurso. No podemos excluir el que se trate de una variante de las anteriores estrategias de distribución del poder, pero su finalidad sigue siendo la estabilidad social. La nueva territorialización del poder en España es paralela a la actual discusión en Alemania sobre la «descodificación» entre los civilistas. Ambas sólo podrán dilucidarse mediante la amplia comprensión de la organización del discurso jurídico, renovado en cada momento. En el caso de España, la historia y la ciencia jurídicas podrían participar de forma decisiva, lo que a todos nos interesa.

EL ESTADO DE DERECHO BURGUÉS

Las actuales discusiones sobre los derechos civiles autónomos me deparan un pretexto para ocuparme del estado de la investigación del siglo pasado. A primera vista, se estructura en torno a la lucha por un Código Civil unitario —núcleo del sistema jurídico burgués—, al constitucionalismo y a la construcción juridicomaterial de un ordenamiento acerca de la propiedad adecuado al mercado. Es decir, la transición al Estado liberal bajo unas relaciones de producción capitalistas (63). Tal interpretación de la historia del XIX conduce directamente a las dificultades con que se encuentra la historiografía jurídica española que se ocupa de los dos últimos siglos. Estas son todavía mayores para Portugal, según veremos. En este campo, la tarea a realizar es inmensa, porque durante años se han despreciado estos temas; todavía no ha sido clarificada de modo suficiente una cuestión central en la discusión de aquel tiempo, como es la controversia sobre un Derecho privado uniforme o de tendencia federal. Quizá contribuya la distinción entre las esferas privada y pública, siempre presente. En el fondo, faltan conceptos teóricos que nos proporcionen la clave de aquel discurso. En vez de repetirlo, habría que descifrarlo. Con ello no pretendo criticar a quienes han renovado este campo en los años setenta, más bien quisiera animarles a no contentarse con lo conseguido. Los progresos alcanzados son visi-

(62) B. CLAVERO: «Historia jurídica y código político. Los Derechos forales y la Constitución», en *AHDE*, 50 (1980).

(63) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1979, págs. 401 y sigs. (417).

bles si se comparan las comunicaciones de GIBERT y D'ORS (64) al Congreso de Historia del Derecho en el año 1973 en Florencia, con los estudios posteriores de PESET, CLAVERO, TOMÁS Y VALIENTE, ROCA I TRÍAS, LASARTE y el reciente de SALVADOR Y CODERCH, de que luego hablaré. Su disponibilidad, sus estímulos y, por fin, sus incitaciones para un contraste, las agradece quien prosigue esta vía (65). Dejando aparte el resumen de ALEJANDRE GARCÍA y GACTO FERNÁNDEZ (66), con frecuencia las aportaciones para el estudio de la codificación son puntuales; por ejemplo, las ediciones de CASABÓ de algunos proyectos de Código penal de los años treinta del siglo XIX, o el trabajo de TOMÁS Y VALIENTE: *Los derechos históricos de Euskadi*, referido al País Vasco, que, sin embargo, reproduce en su *Manual* para exponer la problemática de la unificación del Derecho (67). Por otra parte, me remito en especial a la reciente investigación de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de Código Civil de 1851, en donde se cuestionan algunas ideas generalmente admitidas. Como era de esperar, a través de las instituciones jurídicas catalanas, logra descubrir las implicaciones sociales y económicas, superando la idea de que fue desechado aquel proyecto por un conflicto entre el unitarismo castellano y el particularismo foral. Se consigue, pues, en 1980 tambalear la fábula del afrancesamiento y orientación centralizadora de un puñado de juristas que participaron en el proyecto (68). Un día será posible la síntesis gracias a estas sondas, que pienso se facilitan mediante los trabajos previos, de archivo y de fuentes, de LASSO GAITE y mías, citadas en nota 22. Se trata de situar las innovaciones jurídicas en el centro de la construcción de la nueva sociedad burguesa.

Quien guste de enterarse de los últimos trabajos de historia constitucional, encontrará referencias en la bibliografía surgida en torno a la Constitución portuguesa de 1975 y la española de 1978. Provocaron

(64) R. GIBERT: «La codificación civil en España (1752-1889)», en *La formazione storica del Diritto moderno in Europa*, II, Florencia, 1977, págs. 907-935; A. D'ORS: «Los Derechos civiles regionales de la España moderna», *ibidem*, páginas 935-941.

(65) En especial, mis trabajos citados en nota 22; la parte referente a la ciencia jurídica en ambos países se halla en preparación. Otros estudios se citarán en las notas siguientes.

(66) J. A. ALEJANDRE GARCÍA/E. GACTO FERNÁNDEZ: *Temas de historia del Derecho. Derecho del constitucionalismo y la codificación*, 2 vols., Sevilla, 1978-1979.

(67) J. R. CASABÓ: *El proyecto de Código criminal de 1830*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978; *El proyecto de Código criminal de 1831*, de Sainz de Andino, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978; *El proyecto de Código criminal de 1834*, estudio preliminar y edición, Murcia, 1978. Véase el trabajo de TOMÁS Y VALIENTE citado en nota 61.

(68) P. SALVADOR Y CODERCH: «El proyecto de Código de Derecho civil en 1851 y el Derecho civil catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 79 (1980), 49-98, 313-372.

frecuentes ediciones de textos constitucionales y otros materiales complementarios de los siglos XIX y XX, así como algunas síntesis, en donde puede hallarse la bibliografía más reciente (69). Dan la impresión que se atienen en exceso a las normas, mientras omiten problemas que pueden verse —también aislados— a través de publicaciones de estos años sobre las cortes castellanas o aragonesas en relación a la disolución del Antiguo Régimen (70). En este sentido, interesa la lectura de las *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, de TOMÁS Y VALIENTE, aparecido en abril de 1977, en la revista *Sistema*, dedicada a las ciencias sociales.

El estado de la investigación acerca de la prehistoria del Código Civil portugués de 1867 es fácil de narrar. En general, se repiten sólo los datos más elementales. Otro tanto ocurre con la codificación en otros sectores. Una excepción es, no obstante, el análisis filosófico de aquel Código por F. J. VELOZO (71). Por lo demás, falta incluso reconocer su bibliografía, aunque ya BRAGA DA CRUZ intentó prepararla (72). Es sintomático que todavía no se conociera el proyecto ilustrado de un «Novo Código» (1778), que se encuentra en el Archivo Nacional y cuya edición preparo. También me ocupé de un libro de mediados del XIX, interpretando su teoría de la propiedad como estrategia burguesa, que más adelante se plasmaría en el Código Civil (73). Mi contribución al *Handbuch*, de COING —cita en nota 22—, presentará por vez primera una visión de conjunto sobre la legislación del pasado siglo, en especial la codificación.

Más difícil es juzgar la situación en España. Ante todo, hay que constatar cómo los historiadores más recientes han tomado consciencia de que ha cambiado el paradigma por la intervención del denominado «movimiento codificador» entre la Ilustración y el Código Civil de 1888-1889. Es un mayor estímulo para su estudio el que todavía no se haya terminado el proceso codificador del Derecho privado. Como dije, este

(69) Por ejemplo, M. ARTOLA: *Partidos y programas políticos*, 2 vols., Madrid, 1974-1975; E. TIerno GALVÁN: *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1936)*, Madrid, 3.ª ed., 1975; J. TOMÁS VILLARROYA: *Breve historia del constitucionalismo español*, Barcelona, 1978; J. SOLÉ TURA, E. AJA: *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, 1977, 2.ª ed., 1978; F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual*, págs. 436-464.

(70) Por ejemplo, J. M. PÉREZ-PRENDES: *Cortes de Castilla*, Granada, 1974; L. GONZÁLEZ ANTÓN: *Las Cortes de Aragón*, Zaragoza, 1978.

(71) F. J. VELOZO: «Na Iminência de um Novo Código Civil Português. Orientações Filosóficas do Código de 1867 e do Actual Projecto», en *Brotéria*, Lisboa, 83 (1966), 145-174.

(72) G. BRAGA DA CRUZ: *Código Civil Português. Exposição Documental*, Lisboa, 1966, págs. 13-52.

(73) J.-M. SCHOLZ: «Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6 (1976-1977), 339-461. La versión portuguesa está en preparación.

interés tiene fecha reciente. Hasta ahora era aconsejable recurrir a las exposiciones de la segunda mitad del pasado siglo. Un ejemplo puede demostrarlo; pienso en el proyecto de Código Civil de 1836, hasta hace poco inédito. Es significativo que el *Manual* de TOMÁS Y VALIENTE —por lo demás, bien informado— consagra sólo unas líneas a este proyecto, bajo el título de «La oscura etapa anterior a 1851». Todavía es más sorprendente, dado que este autor —siguiendo a CLAVERO— sitúa desde 1836 a 1843 los años clave de la revolución burguesa, es decir, de la formulación jurídica de un orden social (74). LASARTE prueba hasta qué punto esta carencia es sentida progresivamente, por lo que dice en su libro de 1980, muy recomendable y centrado en la codificación del Derecho civil y mercantil. Deplora no haber podido leer el original de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de 1851 —entonces en prensa—, ya que en él existían datos del de 1836 (75). Este último autor conocía este importante proyecto porque había podido verlo en el Archivo de la Comisión General de Codificación, en el Ministerio de Justicia (76). El detalle sería anecdótico, si no fuera porque también ROCA I TRÍAS se mostraba no hace mucho orgullosa —y, tristemente, con razón— de ser la primera que estudia la última fase de la codificación del Derecho civil a base del *Diario de Sesiones* de las Cortes (77). Debido a que durante años no se había trabajado, lo que es usual puede aparecer inusual.

El anterior desinterés por la historia de la codificación ha exigido un notable esfuerzo a quienes han iniciado su estudio. Aunque no parezca oportuno, comenzaré por citar la crónica de la codificación de LASSO GAITE, ya que gracias a él se ha organizado el Archivo de la Comisión de Codificación, el más importante para este tema (78). Casi al mismo tiempo analiza PESET los comienzos de la época de la codificación, insistiendo en una interpretación históricosocial. Análogos planteamientos a los de SALVADOR Y CODERCH sobre el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, poseían los tres trabajos básicos de PESET sobre los intentos de Código de MORA y JARABA (1748), las Cortes de Cádiz y el trienio liberal (79). Ha podido rellenar algunas de las más evidentes

(74) F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual*, págs. 404-406, 574-575; CLAVERO: «Política de un problema. La revolución burguesa».

(75) LASARTE: *Autonomías y Derecho privado*, pág. 69.

(76) SALVADOR: «Proyecto .. de 1851», en especial págs. 55 y sigs., 80 y sigs. y 90 y sigs.

(77) E. ROCA I TRÍAS: «La codificación y el Derecho foral», en *Revista de Derecho privado*, 1978, págs. 596-642, especialmente 597.

(78) Véase la nota 22, en donde detallo los distintos volúmenes de la *Crónica*.

(79) M. PESET: «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 48 (1972), 125-127; «Una propuesta de Código romano-hispano, inspirada en Ludovico Antonio Muratori», en *Estudios*

lagunas por sus conocimientos notables de la España ilustrada, especialmente sus estudios sobre MAYANS y sus aproximaciones sobre la relación del Derecho romanocanónico con el Derecho patrio (80), así como en sus numerosas publicaciones acerca de la Universidad absolutista y liberal. Cuantos han intentado una síntesis de la codificación —GACTO, LASSO, TOMÁS Y VALIENTE, LASARTE o yo mismo (81)—, se ven obligados a recurrir a sus trabajos. Otro tanto ocurre a quien utiliza un modelo explicativo más amplio; me refiero de nuevo a CLAVERO (82). En su artículo de 1979, «La idea de Código en la ilustración jurídica», subraya los aspectos metodológicos y normativos de la codificación, para distinguirla del orden del Derecho común, dominante en su tiempo. Analizando desde las coexistencias y secuencias de los enunciados coetáneos, CLAVERO reputa la recopilación de 1805 como un modelo contrapuesto, dominado por la doctrina. De modo que las normas codificadas se apartan por igual de la ciencia jurídica tradicional y de la historia. Sus ideas sobre los manuales de la segunda mitad del XVIII español, aquellas institutas tan esclareedoras (83), concuerdan con mi intento de análisis de discurso. En *Penser les Institutes hispano-romaines* (84) he intentado, en primer término, demostrar el desplazamiento de las estructuras del poder, desde las mencionadas institutas, aplicando sugerencias semiológicas de FOUCAULT y KRISTEVA. Me apoyo en la reorganización textual favorable a un Estado todopoderoso legislador, sin aceptar la contraposición semántica entre Derecho común y nacional; al igual que en mi último trabajo, *Unidad y diversidad en la codificación*, tampoco admito el discurso codificador del XIX. Se trata de valorar los argumentos a favor y en contra de una codificación centralizada como diferencias estratégicas, utilizando el mismo arsenal metódico. Ellas convergen y se dirigen a la estructuración del poder —tan llena de consecuencias— en una sociedad burguesa incipiente (85). Otros análisis futuros de este tipo alcanzarían a comprender lo que usualmente se denomina el movimiento codificador, en donde se recurre con excesiva facilidad a los contenidos codificados.

jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro, Valencia, 1974, II, págs. 217-260; «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, págs. 29-100.

(80) M. PESET: «Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII», en *AHDE*, 45 (1975), 273-339.

(81) Véase mis trabajos citados al final de la nota 22.

(82) *HID*, 6 (1979).

(83) También a este respecto, CLAVERO: *Disputa del método*.

(84) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8 (1979), 5-58.

(85) *Memoria del Segundo Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, págs. 705-712.

Existe una serie de trabajos en ambos países que contemplan las transformaciones materiales del mundo señorial a través de un nuevo concepto de propiedad, articulado por el Derecho. Pueden estructurarse en cuatro sectores. En primer lugar, se atendió a la significación funcional del nuevo ordenamiento de la sobre propiedad con los análisis de PESET, CLAVERO y míos, que, publicados en los *Itinerari moderni della proprietà*, de PAULO GROSSI, estudian la Península Ibérica durante el pasado siglo (86). También *O Jurista e o Legislador na Construção da Propriedade Burguesa-liberal em Portugal*, de HESPAHNA (87). Constituyen el segundo grupo las contribuciones críticas frente a la tesis de Moxó sobre la disolución del sistema señorial desde Cádiz, que ponen en discusión los conceptos historiográficos de la revolución burguesa en España. De nuevo es CLAVERO el principal contricante (88). En Valencia, un grupo de historiadores, principalmente PESET, profundiza en este momento la cuestión, concretándola sobre los datos valencianos del final del Antiguo Régimen. El tercer problema en torno a la tierra, el más importante factor económico de producción, se centra en la desvinculación de los mayorazgos a partir de las primeras Cortes liberales; el libro de CLAVERO sobre el mayorazgo castellano clarifica el establecimiento de un mercado para las tierras, que obedecía a los principios de la economía política clásica (89). Queda, por último, referirme a los estudiosos de la desamortización, que significa la reinversión de los bienes de manos muertas en bienes nacionales y su posterior venta a particulares. El tema ha sido abordado por numerosos historiadores españoles; desde el campo jurídico sólo ha participado TOMÁS Y VALIENTE (90). Quiero citar la *Aproximación a la desamortización en Portugal*, de T. MARTÍN MARTÍN, poco conocido (91). También el de *Análise Social*, que reúne comunicaciones del coloquio de 1979 sobre el XIX

(86) Además de mi artículo, «Eigentumstheorie als Strategie», M. PESET: «Derecho y propiedad en la España liberal», *Quaderni fiorentini*, 5-6 (1976-1977), 463-507; B. CLAVERO: «La propiedad considerada como capital. En los orígenes doctrinales del Derecho actual español», *ibidem*, págs. 509-548; también, M. PESET: «Acerca de la propiedad en el Code», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 52 (1976), 879-890.

(87) A. M. HESPAHNA: *História das Instituições*, II, Lisboa, 1979-1980, págs. 3-120; bajo la dirección de este autor se prepara una antología de las fuentes más importantes de los siglos XVIII y XIX.

(88) Véase B. CLAVERO: «Política de un problema», así como P. RUIZ TORRES: «Los motines de 1766 y los inicios de la crisis del Antiguo Régimen», y J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN: «La cuestión de los señoríos en el proceso revolucionario burgués. El trienio liberal», publicados conjuntamente en *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, págs. 1-48, 49-112, 113-158.

(89) B. CLAVERO: *Mayorazgo*.

(90) En especial, F. TOMÁS Y VALIENTE: «Recientes investigaciones sobre la desamortización. Intento de síntesis», en *Moneda y Crédito*, 131 (1974), 95-160.

(91) *Hispania*, 140 (1978), 595-616.

portugués, en donde destacan L. E. DA SILVEIRA: *A Venda dos Bens Nacionais (1834-43). Uma Primeira Abordagem*; M. DE FÁTIMA COELHO: *O Instituto Vincular, Sua Decadência e Morte. Questões Várias*; R. ROWLAND: *História da Propriedade e Comunidade Rural. Questões de Método*; M. DE FÁTIMA BRANDÃO y R. GRAÇA FEIJÓ: *O Discurso Reformador de Mouzinho da Silveira*. Con él termino mi revisión de las recientes investigaciones en torno a las más importantes medidas legales, que trastocan la economía y la sociedad del XIX español y portugués. En el *Handbuch*, de COING, resumiré estas cuestiones, bajo los siguientes epígrafes: la disponibilidad de la propiedad de la tierra, la reorganización del crédito territorial y la remodelación del derecho de familia y sucesiones (92).

Por último, es muy sintomático que TOMÁS Y VALIENTE, en su *Manual* de 1979, no se ocupe de la jurisprudencia del siglo pasado y pase como sobre ascuas por la ciencia jurídica. Se apoya en especial en los trabajos anteriores de PESET sobre la enseñanza jurídica de la primera mitad del XIX. Por ello, su juicio de la situación es fiable. Todavía en 1977, PESET admitió que faltaban análisis formales y del contenido de esta doctrina (93). No se ha escrito aún para España y Portugal un estudio decisivo en la línea de P. VON OERTZEN: *Die soziale Funktion des Staatsrechtlichen Positivismus* (tesis de doctorado, 1953, editada en Frankfurt, 1974), o de M. FIORAVANTI: *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco* (Milán, 1979), o incluso los estudios jurídicos sobre el Estado y la Administración de K.-H. LADEUR —elaborados históricamente—, referidos a Alemania (94). Representativa del nivel de investigación es la comunicación de GIBERT, tan citada en Alemania, sobre el influjo de JHERING en España. Estas páginas, así como su *Ciencia jurídica española*, son una mera reunión de datos externos, en el mejor

(92) Véanse mis páginas sobre la legislación civil especial en Portugal y España durante el XIX, en el *Handbuch*, de COING, III, 1, Munich, 1982, págs. 591-684.

(93) M. PESET: «Spanische Universität und Rechtswissenschaft», pág. 195; véase también los siguientes tres trabajos del mismo: «La enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)», en *AHDE*, 38 (1968), 220-375; «Universidades y enseñanza del Derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)», en *AHDE*, 39 (1969), 481-544; «El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las Facultades de Derecho», en *AHDE*, 40 (1970), 613-651.

(94) Especialmente, K.-H. LADEUR: *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur. Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität*, Giessen, 1978; «Vom Gesetzesevollzug zur strategischen Rechtsfortbildung», en *Leviathan Zeitschrift für Sozialwissenschaft* (Opladen), 7 (1979), 339-372; «Strukturwandel der Staatsrechtsideologie im Deutschland des 19. Jahrhunderts», en F. HASE, K.-H. LADEUR: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland*, Frankfurt-Nueva York, 1980, págs. 15-102.

de los casos una paráfrasis de las obras más salientes (95). Lo mismo puede decirse del escrito no acabado de BRAGA DA CRUZ, con motivo de la conmemoración del centenario de la aparición de la revista jurídica más importante de Portugal; sus defectos son análogos, pero, no obstante, contiene una información muy rica sobre la ciencia jurídica portuguesa (96). Son muchos los materiales que esperan una elaboración, como puede comprobarse en una primera lectura de las observaciones de GIL CREMADES, orientado hacia la filosofía del Derecho, o el número de los *Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»* dedicado al «Pensamiento jurídico español del siglo XIX» (97). No basta lo que escribe VALLET DE GOYTISOLO, con ocasión del segundo centenario del nacimiento de SAVIGNY, sobre la escuela histórica catalana, un resumen bien informado, pero de tipo antológico (98). Es de esperar que el volumen dedicado a SAVIGNY, de los *Anales* citados, estimule ulteriores profundizaciones de que tan necesitados andamos sobre la doctrina peninsular en los últimos ciento cincuenta años. Las *Notas sobre la introducción de la escuela histórica de Savigny en España*, de M. FIGUERAS (99), no lo logran, porque no cabe sustituir un análisis por una colección de datos. CLAVERO mostró no hace mucho, con su reedición de un texto de GIUSEPPE SALVIOLI, la trascendencia de conectar con el marco histórico (100). En conexión con la investigación internacional, recogida en el número 3-4 (1974-1975) de los *Quaderni Fiorentini*, mostró la versión española del «socialismo jurídico», como una revisión metodológica moderada de la ciencia jurídica liberal dominante. Procuraré mantener este nivel en mis futuros trabajos sobre la doctrina civil y procesal del siglo pasado, destinados al *Handbuch*, de COING. En ellos completaré también las lagunas que existen en la bibliografía española y portuguesa en el sector judicial.

Es probable que el lector se sienta un tanto desorientado con estas páginas. La historiografía del Derecho, institucionalizada en España

(95) R. GIBERT: «Jhering en España», en F. WIEACKER, C. WOLLSCHLÄGER: *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, 1960, págs. 40-67; *Ciencia jurídica española*, Granada, 1971.

(96) G. BRAGA DA CRUZ: *A Revista de Legislação e de Jurisprudência*, I, Coimbra, 1975, voluminoso estudio de 882 páginas.

(97) En especial, J. J. GIL CREMADES: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969; véase, *Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»*, Granada, 11, 2 (1971), 9-336.

(98) J. VALLET DE GOYTISOLO: «Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 78 (1979), 587-641, 771-819, y 79 (1980), 7-47, 279-311, 567-569.

(99) Publicado en *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX (= Anales de la Cátedra «Francisco Suárez»*, 18-19 (1978-1979), 371-393).

(100) G. SALVIOLI: *El Derecho civil y el proletariado*, estudio preliminar y edición de B. CLAVERO, Sevilla, 1979.

y Portugal, puede parecer de forma inversa a su sistema. Los lectores extranjeros interesados en la historia peninsular pueden echar de menos los nombres y valoraciones usuales en sus esquemas. Pero sería de menor interés, sin duda, describir las jerarquías establecidas y su discurso cuando una orientación científica, todavía limitada a pocas personas, se apresta a sustituirla. Estos nuevos enfoques me interesan en especial, ya que han roto el consenso que existía hasta hace poco tiempo. Quiero evitar dar una perspectiva que mañana mismo quedaría anticuada. Quien siga atento a las investigaciones en la península, en especial en la historia jurídica moderna y contemporánea, deberá entender la nueva praxis historiográfica en sus relaciones y diferencias. Como se ha quebrado el aislamiento de una historiografía pretendidamente autónoma, este sistema de intercambio requiere las pertinentes referencias, en especial a la llamada historia general. Se materializan en algunas obras clave, centros de investigación y colecciones... Aparte la información concreta que suponen, han abierto perspectivas que orientarán a esta historiografía jurídica, nuevamente reorganizada. Me permito enumerar, junto a la monumental *Catalunya dins l'Espanya moderna* (Barcelona, 1964, París, 1962), las obras de G. ANES: *Las crisis agrarias en la España moderna* (Madrid, 1970); J. FONTANA: *La quiebra de la monarquía absoluta* (Barcelona, 1971); J. A. MARAVALL: *Estado moderno y mentalidad social* (siglos XV a XVII), 2 vols. (Madrid, 1975); A. DOMÍNGUEZ ORTIZ: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español* (Barcelona-Caracas-México, 1976); M. ARTOLA: *Antiguo Régimen y revolución liberal* (*ibidem*, 1978); A. M. BERNAL: *La lucha por la tierra en la crisis del Antiguo Régimen* (Madrid, 1979), así como las varias aportaciones de M. TUÑÓN DE LARA. Respecto de Portugal nombraré a A. SILBERT: *Le Portugal méditerranéen à la fin de l'Ancien Régime* (París, 1968); M. HALPERN PEREIRA: *Livre Câmbio e Desenvolvimento Económico. Portugal na Segunda Metade do século XIX* (Lisboa, 1971); V. MAGALHAES GODINHO: *Estrutura da Antiga Sociedade Portuguesa* (Lisboa, 1971, 3.ª ed., 1977); M. VILLAVARDE CABRAL: *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no século XIX* (Oporto, 1976), y L. REIS TORGAL: *Ideologia Política e Teoria do Estado na Restauração* (Coimbra, 1979). Como instituciones, merecen atenderse los coloquios de Pau o las iniciativas de la Casa de Velázquez, por poner dos ejemplos. Como ya he dicho, no basta la lectura del *Anuario de Historia del Derecho Español*. Hay que añadir la revista histórica *Hispania* o *Recerques*, que desde 1973 aparece en Barcelona, como también las revistas *Moneda y Crédito* o *Sistema*, o la portuguesa *Análisis Social*, orientadas hacia las ciencias sociales. No basta contentarse con estas publicaciones nacionales; los *Quaderni*

Fiorentini, tan citados, parecen ser un punto de intercambio para las nuevas orientaciones historicojurídicas. También, muy especialmente, los *Annales. Economies. Sociétés. Civilisations*, en donde se dan cita los últimos adelantos históricos, no existiendo por el momento otras revistas europeas análogas. Con todo ello, se alinean estas nuevas orientaciones de la historia del Derecho en España y en Portugal,; sus representantes más avanzados ya han recorrido este camino.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte
Freiherr von Stein-Strasse 7
6 Frankfurt del Main (Alemania Federal)

La aparcería agrícola

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La aparcería agrícola en el Código Civil.*—III. *La aparcería agrícola en la legislación especial sobre arrendamientos rústicos anterior a la Ley de 1980:* 1. En la Ley de 15 de marzo de 1935: A) Aspectos generales. B) Diversos tipos de aparcería según la Ley de 15 de marzo de 1935.—2. En la legislación posterior.—IV. *La aparcería agrícola en los Derechos italiano y francés.*—V. *Estudio de la aparcería agrícola en la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos:* 1. El arrendamiento parciario.—2. Definición de aparcería.—3. Regulación de las aparcerías.—4. Forma, Duración.—5. Derechos y obligaciones de las partes. Revisión. Mejora.—6. Extinción.—7. Formas de acceso a la propiedad. Conversión. Expropiación.—8. Jurisdicción en materia de aparcería.—VI *Conclusiones.*

I. INTRODUCCION

Uno de los instrumentos jurídicos tradicionales para la explotación de la tierra en España es la aparcería, que ofrece multitud de variedades y matices.

La reciente publicación de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos (en adelante L. A. R.) sugiere el intentar llevar a cabo un estudio de esta institución, tal como es regulada en este texto legal. Un estudio adecuado de esta figura exige tener en cuenta los distintos textos legales, que desde el Código Civil hasta ahora, la han regulado.

Parece conveniente aludir a la naturaleza de esta figura para tratar de situarnos correctamente ante la situación jurídica que el contrato de aparcería engendra, cuya exacta conceptualización constituye uno de los problemas más debatidos de la doctrina jurídica, como reconocen entre otros ROCA JUAN y GULLÓN (1). La nueva L. A. R. introduce nuevos ingredientes al debate sobre la naturaleza jurídica de la aparcería, pues ha incluido en su articulado la figura del «arrendamiento parciario» que

(1) ROCA JUAN, J.: *Prólogo a Usos y costumbres en la aparcería de la provincia de Murcia*, de PÉREZ CRESPO, A. (1963), 8 GULLÓN, B.: *Curso de Derecho Civil* (1972), 327.

induce, como indica su nombre, a ver en ella elementos característicos del arrendamiento y de la aparcería.

II. LA APARCERIA EN EL CODIGO CIVIL

El artículo 1.579 del Código Civil, que se refiere a la aparcería, dice: «El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra».

Vamos a referir nuestro análisis a la aparcería de tierras, y eludiremos otros tipos de aparcería.

Lo primero a resaltar del artículo antes mencionado, es que el Código Civil recogió la aparcería como una modalidad de la explotación agraria (arrendamiento por aparcería), iniciando así juntos un largo camino legislativo; desde ese momento, la aparcería rústica unirá su suerte al arrendamiento rústico y, prácticamente, todas las referencias legislativas a aquella institución habrá que buscarlas en textos referidos a arrendamientos rústicos. Esta línea data de una época muy antigua (2). Aunque existe una opinión generalizada que sostiene que la aparcería es un contrato más antiguo que el de arrendamiento (3).

El Código Civil, además de incluirla sistemáticamente en los arrendamientos a la hora de definirla, como hemos visto, dice «el arrendamiento por aparcería de tierras de labor», con lo cual se le considera una variedad de arrendamiento (4).

Del artículo 1.579 del Código Civil hay que resaltar su confusa dicción. Es del todo incongruente que el código denomine a la figura arrendamiento por aparcería y luego remita a las normas reguladoras del contrato de sociedad para su regulación. Lo dispuesto por el Código viene a hacerse eco de las definiciones de los tratadistas anteriores y la razón puede estar en que el código alude a los medios más típicos de explotación de la tierra. Así en el Diccionario de Alcubilla se dice «la

(2) *Digesto*, 19, 2, 5, 6: .. Ya se entiende que hablamos de un colono que tomó en arriendo por dinero, ya que el colono aparcerero reparte con el propietario del fundo los daños y lucros como por derecho de sociedad.

(3) PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de droit civil*, 2.^a ed. (1949), 859.

(4) El Código Civil francés y el italiano de 1865 también se refieren a la aparcería en cuanto variedad del arrendamiento. El Código Civil francés le regula en el artículo 1.763 y el italiano de 1865 en el capítulo I, título 9, libro 3.

aparcería es una especie de arrendamiento o, más bien compañía o sociedad que tiene por objeto las haciendas del campo (5).

DURÁN Y BAS dice que es un contrato de arriendo según unos y de sociedad según otros, que está muy generalizado en Cataluña, rigiéndose por las prescripciones del Derecho romano y por usos y costumbres que suelen continuarse en todos los contratos (6).

La naturaleza jurídica de la aparcería ha dado lugar a diferentes posiciones doctrinales:

- a) Hay quien la entiende como una variedad del arrendamiento.
- b) Como un contrato de sociedad. Doctrina constituida como reacción a la anterior (7).
- c) Como un contrato de trabajo.
- d) Como un contrato parciario.

Reflexionemos, aunque sea muy brevemente, sobre cada una de las posiciones doctrinales.

Para los partidarios de la aparcería como contrato de cambio no es sino una variedad del arrendamiento por la cual los frutos que produce la cosa se distribuyen proporcionalmente entre arrendador y arrendatario (8). Para estos autores, la distinción entre ambas figuras radica en el canon o precio.

En este sentido ROSSI dice que en el arrendamiento el canon está preestablecido en una *pars quanta*, consistente en una suma cierta o una cantidad objetivamente determinada desde la perfección del contrato; en la aparcería el canon está fijado en una *pars quota*, es decir, sólo está preestablecido el criterio mediante el cual en un momento futuro se podrá alcanzar con certeza absoluta el importe del canon (9).

En el Código Civil español parece, *prima facie*, acogerse esta posición doctrinal si nos atenemos a la dicción del 1.579. mas si tratamos de diferenciar la posición jurídica del aparcero respecto a la del arrendatario se observa:

1.º No responde el aparcero, como lo hace el arrendatario, en los términos que establece el 1.575 del Código Civil. El arrendatario responde por casos fortuitos ordinarios y extraordinarios previsibles. Los

(5) MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: s. v. Aparcería. *Diccionario de la Administración Española*, 3.ª ed., 1 (1877), 524. También en el *Diccionario* de ESCRICHE se le da el mismo sentido. ESCRICHE, J.: s. v. Aparcería. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1 (1874), 569.

(6) DURÁN Y BAS, M.: *Memoria acerca de las Instituciones de Cataluña* (1883). 159.

(7) RIERA AISA, L.: s. v. Aparcería, de *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 2 (1950), 716.

(8) MOUTÓN Y OCAMPO, L.: s. v. Aparcería, en *Diccionario de Derecho Civil y Foral* (1904), 75.

(9) ROSSI, B.: s. v. Mezzadria, en *Nuovo Digesto Italiano*, 8 (1939), 453.

riesgos en la actividad que ejerce son de su cuenta. Sin embargo, el aparcero divide sus pérdidas y ganancias con el cedente (10).

2.º El artículo 1.576, al disponer que «no tiene el arrendatario derecho a rebaja de la renta cuando los frutos se han perdido después de estar separados de su raíz o tronco», no es de aplicación a la aparcería. La razón de la no aplicabilidad de este precepto al aparcero está en que hay una diferencia sustancial entre él y el arrendatario, ya que este último es el que soporta los riesgos de su actividad económica mientras que el aparcero las comparte, como reconocía POTHIER (11).

3.º El aparcero no puede ceder la finca. El Código Civil no recoge esta disposición, pero sí lo han hecho las leyes especiales, en atención a su carácter asociativo, basado en la confianza.

4.º El aparcero es conceptuado por algunos (12) como un simple servidor de la posesión. Según esta opinión ni es poseedor ni siquiera detentador. Carece de la independencia económico-jurídica indispensable como para que se le puedan predicar cualquiera de estos dos conceptos y ejerce la posesión de otro, siguiendo sus instrucciones, sin que los actos que realiza signifiquen tenencia o disfrute propios, sino tenencia o disfrute ajenos (discutible opinión en la que no podemos entrar ahora).

5.º Otra diferencia importante reside en las ganancias. Para que la parte alícuota de frutos percibidos por el propietario pudiera tener el carácter de precio, sería preciso que la parte de frutos fuera entregada por el aparcero al propietario. Ese desplazamiento no se produce porque para ello sería preciso que los frutos correspondieran en su totalidad al aparcero y que éste pagara al propietario: lo cual no sucede en la aparcería.

En conclusión, parece que la posición jurídica de arrendatario es distinta de la de aparcero, ya que el arrendatario es autónomo en el desarrollo de su actividad económica, carga íntegramente con el riesgo

(10) MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, 9 (1908), 541

(11) POTHIER, F. R.: *Oeuvres*, 3 (1835), 298.

Dice POTHIER: «El autor de las conferencias de París sobre la usura pretende que la reducción es debida al arrendatario por la pérdida ocurrida sobre los frutos, aunque estén apiñados y engranados; razona diciendo que los frutos o pendientes o separados en las granjas son igualmente de arrendador y arrendatario, porque son dos asociados. Ello no merece respuesta —dice POTHIER—: este autor, que no es jurisconsulto, confunde lo que es el contrato de arrendamiento rústico con el contrato de sociedad, con el cual este contrato no tiene relación. Es falso que los frutos cuando son percibidos sean comunes al arrendador y al arrendatario: el arrendatario es el único propietario, el arrendador tiene solamente un derecho de prenda que le es debido.

(12) PÉREZ TEMPLADO, J.: «La protección posesoria del arrendatario, del aparcero y del cooperador agrícola», en *Revista General de Derecho* (1952), 628.

de la actividad que desarrolla en los términos que establecen los artículos 1.575 y 1.576, mientras que el riesgo del aparcerero es compartido con el cedente.

Cierto predicamento tiene la opinión que ve la aparcería como un contrato de sociedad. El Código Civil, al establecer entre las fuentes reguladoras de esta situación, en primer lugar, las relativas al contrato de sociedad, da apoyo a esta posición doctrinal.

GUTIÉRREZ decía que en la aparcería el propietario pone en común las tierras y el mediero pone su trabajo (13). Lo que induce a ver en esta figura un medio jurídico de explotación directa por el propietario compartido con el aparcerero.

La cuestión de las pérdidas es la que parece corroborar esta tesis societaria, que ve en la aparcería una sociedad o cuasisociedad, o para decirlo con palabras de BASSANELLI «una figura concreta autónoma de sociedad» (14).

Esta posición doctrinal es más satisfactoria que la que ve en la aparcería una variedad del arrendamiento, pero no es explicativa de las relaciones que se dan entre cedente y aparcerero. Es más satisfactoria que la del arrendamiento porque más que cesión en el disfrute de los bienes o derechos hay una incorporación a la explotación; sobre la idea de cambio predomina la de asociación.

Sin embargo, aunque en la aparcería exista, como en la sociedad, *affectio*, no hay intención de originar una nueva persona jurídica a la que se transfieren bienes de los socios. No se constituye un patrimonio aparte con los bienes de los socios como en la sociedad, sino que los bienes siguen perteneciendo al propietario. Como dice CASTÁN, el propósito del cedente es sólo hacer partícipe al colono del goce de la tierra; ningún propietario al dar su tierra en aparcería se considera desprendido de su capital (15).

A mi modo de ver, en la aparcería no hay sociedad, aunque sí hay un cierto tipo asociativo, pero en éste la posición jurídica del aparcerero es la de un cooperador incorporado a la explotación pero subordinado al cedente.

Una opinión nada arraigada en España, concibe la aparcería como una relación de trabajo y consecuentemente, entiende al aparcerero como un trabajador subordinado. MESSINA matiza esta posición y entiende que la naturaleza asociativa de la aparcería se considera orgánicamente

(13) GUTIÉRREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 4, 2.ª ed. (1871), 406.

(14) BASSANELLI, E.: *Corso di diritto agrario*, Milano (1946), 147.

(15) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 4, 10.ª edición, revisada por FERRANDIS VILELLA, J. (1977), 284.

con el elemento trabajo, en cuanto el aparcerero debe ser siempre un socio de trabajo. Por ello, la aparcería, aunque lleva consigo una verdadera o propia prestación de trabajo, encuentra su título más que en el contrato de trabajo, en el de sociedad (16). Esta orientación no nos parece correcta respecto al Derecho español, aunque hay que hacer notar, que el artículo 108 de la L. A. R., al exigir que al aparcerero que aporte exclusivamente su trabajo personal, o éste y menos del 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital, se le pague el salario mínimo correspondiente al tiempo de su actividad, parece dar cabida a una suerte de relación laboral. Abordaremos posteriormente esta cuestión.

Por último, hay un sector doctrinal cada vez más mayoritario que ve en la aparcería un contrato parciario (17). Aparcería, según indica su mismo nombre, consiste en «ir a la parte». Un contrato, dice CASTÁN, por el cual una persona se obliga a ceder a otra el disfrute de ciertos bienes o ciertos elementos de una explotación a cambio de obtener una parte alícuota de los frutos o utilidades que aquéllos o éstos produzcan (18). Para BREGLIA el negocio con cláusula parciaria está entre los contratos de cambio y los contratos de estructura asociativa (19).

ENNECCERUS cree que en los negocios parciarios ambas partes no se agrupan para la adquisición y ganancia comunes, sino que una de ellas hace la adquisición y la ganancia para sí sola: dando sólo una parte de las mismas a cambio de las prestaciones de la otra, y a estos negocios sólo se les aplican algunos de los principios sobre el contrato de sociedad, principalmente los relativos al cómputo de las ganancias (20).

Este criterio no parece aplicable, a primera vista, conforme a la legislación especial española sobre arrendamientos rústicos, ya que el artículo 48 de la derogada Ley de 1935 aludía a la pertenencia (perteneciendo) a ambas partes en común y pro-indiviso de los productos de la finca cedida en aparcería hasta tanto se haya hecho la partición de los mismos... y el artículo 113. párrafo tres de la vigente Ley dice: que «Los frutos o productos separados, sobre los que el cedente y aparcerero tengan participación, se consideran bienes comunes de ambos » De

(16) MESSINA, G.: *Scritti Giuridici* (1948), 108

(17) En este sentido se puede ver: GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Loc. cit., supra*, nota 1. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 3 (1979), 280 y sigs. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I (1970), 553 y sigs. CASTÁN, J.: *Loc. cit., supra* n. 15, 610 y sigs., etc.

(18) CASTÁN, J.: *Loc. cit., supra*, n. 15, 614.

(19) BREGLIA, M.: «Questioni controverse in tema di contratto parziario», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 20, 1 (1922), 494.

(20) ENNECCERUS, L.; KIPP, TH.; WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, 2. *Derecho de Obligaciones*, 2, primera parte, 3.ª ed. por Ferrandis Villela, J. (1966), 676.

manera que sólo en cuanto en toda situación comunitaria hay un fondo asociativo podría estimarse el criterio.

En el Derecho español la aparcería no es un contrato de sociedad con sus caracteres, sino que es un contrato de tipo asociativo en el que existe cooperación en el esfuerzo y en los resultados. Estas características se podrán observar claramente cuando veamos cómo fue regulada por la Ley de 1935 y cómo ha quedado regulada por la ley vigente.

III. LA APARCERIA AGRICOLA EN LA LEGISLACION ESPECIAL SOBRE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS ANTERIOR A LA LEY DE 1980

1. EN LA LEY DE 15 DE MARZO DE 1935

A) Aspectos Generales

La necesidad de llevar a cabo alguna reforma en el articulado del código dedicado a los arrendamientos rústicos que permitiera estar más en consonancia con las nuevas orientaciones sociales no se hizo esperar. Así, en la *Gaceta* de 16 de junio de 1905, se publicó un Real Decreto del 14 del mismo mes, en el que se autorizaba al Ministro de Gracia y Justicia para presentar a las Cortes un Proyecto de Ley reformando los artículos 1.579 y 1.678 del Código Civil concernientes a la aparcería, al igual que el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la Exposición de Motivos de este Proyecto, se justificaba el por qué de la modificación de la aparcería: por ser una manifestación generalizada de la explotación agrícola que puede servir para solucionar la cuestión social relacionada con la agricultura, por la coincidencia del capital y trabajo en una acción común (21).

El proyecto no llegó a ser ley: La aparcería agrícola se reguló posteriormente en la Ley de 1935; pero la aparcería pecuaria continuó rigiéndose por el artículo 1.579 del Código Civil.

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 dedica a la aparcería su capítulo VIII que comprende los artículos 43 a 50.

El legislador de 1935 trató de regular la aparcería como si hubiera de ser la panacea que resolvería todos los problemas que en cuanto a la explotación de la tierra afectaban a España, por entender que significa

(21) Vid *Gaceta* de 16 de junio de 1905.

El artículo 1.579 reformado quedaría así: El arrendamiento por aparcería de predios rústicos se regirá por las estipulaciones de las partes y, en su defecto, por las reglas de esta sección y la costumbre local.

la unión del cedente y aparcerero en el cultivo de la tierra (22). La Ley de 1935 se dictó como consecuencia de lo dispuesto en la Ley de Reforma Agraria de 1932 en su Base 22, que decía: «Asimismo, los arrendamientos y las aparcerías serán objeto de otra ley, que se articulará con sujeción a los preceptos siguientes: regulación de rentas, abono de mejoras útiles y necesarias al arrendatario, duración a largo plazo...». Lo dispuesto en este párrafo de la Base 22 de la ley citada, fue cumplido por el legislador de 1935, pues dictó una nueva ley y se tuvieron en cuenta todos los criterios allí recogidos (23).

Lo que no cumplió el legislador de 1935 fue lo dispuesto en el párrafo final de la Base citada, en la que se decía: Para los efectos de esta ley, serán considerados como arrendamientos los contratos en que el propietario no aporte más que el uso de la tierra y menos del 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo». La redacción estaba clara: se trataba de excluir de la consideración de aparcerías a situaciones en que el cedente se limitaba a cobrar una parte alícuota de lo producido, y considerarlas arrendamientos a todos los efectos. Se pensaba que, si de cuenta del aparcerero corrían todos los gastos de la explotación, los riesgos y la dirección de la actividad agrícola era un verdadero arrendatario. La aportación mínima que debía de realizar el propietario para que se considerase que se trataba de una aparcería era de un 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo.

El legislador de 1935, como después veremos, se apartó bastante de esta directriz fijada por la Ley de Reforma Agraria.

El artículo 43, párrafo primero, define a la aparcería: «Por el contrato de aparcería el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o el de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alícuotas, equitativamente en relación a sus respectivas aportaciones».

B) *Diversos tipos de aparcerías según la Ley de 15 de marzo de 1935*

La confusa redacción del artículo 43 dio lugar a que la doctrina distinguiera dos clases de aparcerías, la denominada científica y la vul-

(22) Intervención del señor ALVAREZ ROBLES. *Diario de Sesiones del Congreso*. Extracto Oficial núm. 134, jueves, 6 de diciembre de 1934.

(23) La Base 22 de la Ley de Reforma Agraria de 1932 dice en lo concerniente a la materia que nos ocupa: Asimismo, los arrendamientos y las aparcerías serán objeto de otra ley, que se articulará con sujeción a los preceptos siguientes: regulación de rentas abono de mejoras útiles y necesarias al arrendatario en caso de venta de la finca, estableciendo como causa de desahucio la falta de pago o abandono en el cultivo. Tendrán derecho de opción y preferencia los arrendamientos colectivos, prohibiéndose el subarriendo de fincas rústicas.

gar (24). La expresión «el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente», da pie a que la doctrina hablara de una aparcería «vulgar», en la que el propietario sólo aporta el valor tierra y los demás elementos unidos a ella, pero sin tener intervención en el cultivo (25).

Aun siendo ésta la forma más extendida no es realmente aparcería, sino un arrendamiento de renta alícuota. Este tipo de aparcería contra-venía el párrafo último de la citada Base 22 de la Ley de Reforma Agraria que sólo calificaba de aparcería a los contratos en que el propietario intervenía con un mínimo de un 20 por 100 del capital de explotación. En las discusiones parlamentarias este tipo de aparcería sufrió ataques desde el punto de vista ético, pues supone que cuando aumenta la producción por esfuerzo del cultivador, el propietario ve incrementada su renta sin ningún riesgo, y sin ningún sacrificio tendente a la mayor producción (26).

Estamos, según parece, ante un contrato de arrendamiento solapado, en el que el aparcero no tiene derecho a la rebaja de la renta, ni a prórrogas, o sea, que su situación es bastante menos favorable que la del arrendatario, a pesar de lo cual el Tribunal Supremo, ha entendido que el concepto de aparcería no quiebra porque el cedente no intervenga en la explotación (27). El criterio de entender a estas aparcerías como verdaderos arrendamientos ha ido prosperando y en este sentido se manifestó el Congreso Sindical de la Tierra celebrado en Sevilla en 1948 (28).

La nueva ley se ha hecho eco —al parecer— de estas opiniones y ha adoptado el criterio consistente en la posibilidad de convertirlas en arrendamientos sobre la totalidad de la finca: cuando la aportación

(24) VÁZQUEZ GUNDÍN, E.: *Estudios prácticos de la nueva Ley de arriendos rústicos* (1941), 197. Según este autor en las discusiones parlamentarias de la Ley de 1935 se distinguieron tres clases de aparcería. La primera cuando el propietario percibe una parte alícuota de los frutos; la segunda, la aparcería según los usos y costumbres locales, y la tercera, aquélla en que, para que se considere cultivo directo, tiene que aportar una parte del capital o de los gastos de explotación. En nuestra opinión, las tres clases de aparcería antes citadas pueden resumirse en dos: aquéllas en que no hay más aportación del propietario que la tierra y las que sí la hay.

(25) CASAS-MERCADE, E.: *La aparcería y sus problemas*, 2.ª ed. (1956), 90.

(26) Véase intervención del señor ALVAREZ MENDIZÁBAL. *Diario de Sesiones del Congreso*. Extracto Oficial núm. 165. Martes, 26 de febrero de 1935.

(27) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1946.

(28) Estudios y Conclusiones del Congreso Sindical de la Tierra de Sevilla (1948). En el caso de que la aportación del cedente se limite a la cesión del suelo laborable, o bien cuando la aportación que haga del capital de explotación sea inferior al mínimo fijado, el contrato se entenderá que es de arrendamiento a todos los efectos legales.

del cedente no llegue a un 25 por 100 como mínimo del valor del ganado, maquinaria y capital circulante (29).

La otra variedad de aparcería que se ha dicho contiene el artículo 43 de la Ley de 1935 es la llamada aparcería «científica» que otros llaman «ideal».

A este tipo de aparcería se alude sobre la base del artículo 43 al decir: «Conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos». En este tipo de aparcería no hay cesión, sino concierto, es decir, incorporación del aparcero a la explotación (30).

La diferencia fundamental entre arrendamiento y aparcería es que en el arrendamiento el arrendador entrega la finca al arrendatario para que éste la cultive, mientras que en la aparcería el cedente puede o no entregar la finca al aparcero, pero en cualquier caso, debe aportar parte de los gastos que ocasione el cultivo, o sea, que cedente y aparcero deben actuar en conjunción.

El párrafo 2.º del artículo 43 dice: Para todos los efectos de la presente ley, el cedente de la tierra tendrá la consideración de cultivador cuando, además, participe cada año en el capital de explotación en una proporción mínima equivalente al 20 por 100 de la renta anual de la finca o aprovechamiento.

La Ley de 1935 se apartó claramente, como ya hemos dicho, de la Ley de Reforma Agraria de 1932. Y se apartó en un doble camino: estableciendo la posibilidad de concertar aparcerías en las que además de la tierra nada aportara el cedente y rebajando la aportación exigida del 20 por 100 del capital de explotación al 30 por 100 de la renta anual. Teniendo en cuenta que según la ley esa aportación sólo era necesaria cuando el cedente quisiera tener la consideración de cultivador directo.

Todo esto tenía gran importancia ya que según el artículo 11, párrafo último de la Ley de 1935 no había lugar a prórroga si el arrendatario se negare a transformar el contrato de arrendamiento en otro de aparcería, y que el régimen jurídico del aparcero era bastante más favorable que el del arrendatario, como ya hemos dicho antes.

La exigencia de capital era, pues, vital, pues ello evitaba que los propietarios encubrieran auténticos arrendamientos con el hecho de fijar la renta en una parte alícuota de los frutos, con lo cual el propietario obtenía mayores beneficios cuanto más trabajase el aparcero sin tener que exponer nada y limitándose a entregar la tierra.

(29) Vid. artículos 101 y 102 de la L. A. R.

(30) PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, 4, 2 (1946), 399.

Respecto a la exigencia de capital, la Ley de Reforma Agraria disponía que fuera el 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo; por el contrario, el legislador de 1935 no hacía referencia a los gastos de cultivo y exigía una aportación al capital de explotación del 20 por 100 de la renta anual de la finca o aprovechamiento en caso de querer ser considerado cultivador directo el cedente.

El legislador que empezó planteándose la aparcería como medio de reforma terminó utilizándola como medio para defender los intereses de los propietarios. El mismo GIMÉNEZ FERNÁNDEZ reconocía que se había prescindido del capital de explotación aportado por el propietario con lo cual se perjudicaba claramente al aparcero (31). Para comprender la importancia de la rebaja de aportación exigida al cedente para ser considerado cultivador directo hay que señalar que en la Ley de Reforma Agraria, con fines de incautación y expropiación, se barajó el concepto de cultivador directo, como medio de evitar la expropiación y para eludir la Ley de Acceso a la Propiedad de los arrendatarios que se preveía podría dictarse (32). Parece evidente que la introducción del concepto de cultivador directo para aquellos propietarios que hicieron una exigua aportación, como era el 20 por 100 de la renta anual, más que un medio de reforma agraria lo era de contrarreforma.

En este marco hay que comprender también la posibilidad, antes aludida, de convertir en aparcería todos los arrendamientos, que disponía el artículo 11 de la Ley que estudiamos. Si además de no tener el aparcero derecho a prórrogas, se abría al cedente la posibilidad de eludir la reforma agraria que se podía concretar en expropiación o acceso a la propiedad de los arrendatarios, lo cierto es que la ley posibilitaba el cambio de arrendamiento en aparcería y, con ello, resultaban más protegidos los intereses de los propietarios.

2. EN LA LEGISLACIÓN POSTERIOR

El artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940 sobre Arrendamientos Rústicos dice: «Si el propietario no quisiera continuar en aparcería el cultivo agrícola de una finca, podrá el aparcero optar entre el abandono al propietario del cultivo de la misma o su continuación como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación con todos los beneficios que le otorga esta ley».

(31) Vid. intervención del señor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ. *Diario de Sesiones del Congreso*. Extracto Oficial núm. 165. Martes, 26 de febrero de 1935. También intervención del señor MARTÍN Y MARTÍN. *Diario de Sesiones del Congreso* Extracto Oficial núm. 166. Miércoles, 27 de febrero de 1935.

(32) Vid. Base 5.ª de la Ley de Reforma Agraria de 15 de septiembre de 1932, en sus apartados 4, 5 y 12.

Recordemos que los artículos 11 y 49 de la Ley de 1935 regulaban el cambio del arrendamiento en aparcería y facultaban al arrendador para instar el cambio (33).

La Ley de 1940 da, pues, un giro radical y posibilita al aparcerero a convertirse en arrendatario, en caso de no querer continuar en aparcería el propietario. Al dictarse la Ley de 1940 se produjo una contradicción entre ésta y la Ley de 1935 que se resolvió por la disposición adicional cuarta de la Ley de 23 de julio de 1942 sobre Arrendamientos Rústicos que declaraba derogado el último párrafo del artículo 11 de la Ley de 1935. El artículo 7 de la Ley de 1940 adviene al ordenamiento jurídico sin tener antecedente alguno. Esta falta de antecedentes ha motivado que en torno a este artículo se hayan producido discusiones doctrinales (34).

Surge la pregunta de por qué el legislador ha posibilitado la conversión de la aparcería en arrendamiento. Hay quien lo fundamenta en la mayor capacidad económica del arrendatario sobre el aparcerero, lo que influiría en una más eficaz explotación que daría lugar a una mayor productividad del fundo. Entendiendo que la división proporcional a las participaciones pretende compensar al dueño por no recuperar toda la finca, y al aparcerero, compensarle de su falta de prórrogas, pero no satisfaciendo ni a uno ni a otro. Al primero por no devolverle toda la finca y al segundo porque se le permite disfrutar en arrendamiento de una finca que a veces le resultará antieconómica (35).

(33) Artículo 11, párrafo final, de la Ley de 15 de marzo de 1935. Tampoco tendrá lugar el derecho de prórroga si el arrendatario se negare a transformar el contrato de arrendamiento en otro de aparcería, ajustado a las prescripciones de la presente Ley, siempre que a tal efecto haya sido requerido por el arrendador con un año de antelación a la fecha del vencimiento del plazo contractual o de alguna de sus prórrogas. Artículo 49, párrafo final, del mismo texto legal. Cuando el contrato de arrendamiento como consecuencia del derecho que otorga al propietario el artículo 11 de la presente Ley, al llegar la prórroga se convierta en aparcería, su nueva ordenación será fijada por el pago de los interesados y, en su defecto, por el Tribunal, ajustándose éste a lo dispuesto en el capítulo VIII, con la única modificación de que en tal caso la aparcería deberá subsistir por un plazo igual al tiempo que hubiere durado el arrendamiento, si éste no se hubiere transformado, sin perjuicio del derecho del propietario a recabar para sí la explotación dicha, como en el arrendamiento, al llegar el término del contrato.

(34) Sobre este tema *vid.* SOTO NIETO, F.: «Conversión de aparcería en arrendamiento. Crítica a los principios doctrinales y jurisprudenciales», en *RGD* (1951), 73 y sigs. CAMPOY GARCÍA, A.: «Repercusiones prácticas del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940», en *RGIJ*, 187 (1950), 365. LEAL, F.: «Consideraciones sobre el artículo 7 de la L. A. R. de 28 de junio de 1940», en *RGLJ* (1944), 507 s.

(35) AGÚNDEZ, A.: «Examen crítico del artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940», *RDP*, 41 (1957), 35 y sigs.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1944 justifica el artículo 7 con la aspiración a que continúe en el fundo quien le trabaja (36).

La conversión de la aparcería en arrendamiento es una orientación seguida por la legislación francesa. MAZEAUD señala cómo los redactores del *Statut du fermage et métayage* influidos por las críticas dirigidas contra la aparcería han querido dar a las partes el medio para hacerla desaparecer reemplazándola por el arrendamiento (37).

El derogado Reglamento de Arrendamientos Rústicos (en adelante R. A. R.) de 29 de abril de 1959 en su artículo 49, párrafo 3, añadía un párrafo a lo dispuesto por la Ley de 1940 en relación a este tema disponiendo que «no puede el cultivador ampararse en este derecho cuando la aparcería duró ya el período máximo que para los arrendamientos fija el artículo noveno». Supone una limitación temporal de bastante consideración.

Volveremos posteriormente sobre este tema.

IV. LA APARCERIA AGRICOLA EN LOS DERECHOS ITALIANO Y FRANCES

En Derecho italiano la diferencia entre arrendamiento y aparcería no puede basarse, como muchos sostienen en Derecho español, en el canon arrendaticio. El artículo 1.639 del vigente Código de 1942 establece que el canon arrendaticio puede consistir en una cuota o bien en una cantidad fija o variable de frutos del fundo arrendado. Ya el artículo 1.619 del derogado Código de 1865 preveía que el canon pudiera pagarse mediante una parte de frutos aunque la aparcería era considerada como una forma particular de arrendamiento, o sea, un contrato de cambio (38).

Hoy día, además de la claridad del ya citado artículo 1.639 del Código vigente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran

(36) Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1944: El artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940 concede al cultivador aparcero opción para continuar como arrendatario y la eficacia de este derecho, que tiende a la continuidad en el fundo de quien lo trabaja, requiere ser pretendido durante la subsistencia de la aparcería.

(37) MAZEAUD, H. et L.: *Leçons de Droit Civil*, 3 (1960), 1076.

(38) Artículo 1.639. Codice Civile de 1942 (Canone di affitto). Il affitto può consistere anche in una quota ovvero in una quantità fissa o variabile dei frutti del fondo locato.

Artículo 1.619. Codice Civile de 1865. L'affittuario solo può conseguire la riduzione, se la perdita de frutti accade dopo che separati dal suolo, eccetto che il contratto assegni al locatore una quota dei frutti in natura...

unánimes respecto a la admisibilidad de un canon en metálico o especie en los arrendamientos rústicos. La diferencia entre arrendamiento y aparcería estriba, dice BASSANELLI, no ya en el carácter del precio, sino en la naturaleza misma de la relación, pues mientras en el arrendamiento, el arrendatario es autónomo en el ejercicio de su actividad, en la aparcería el uso es dependiente, porque la dirección corresponde al cedente (39). También el Tribunal de Casación ha acogido este criterio y ha declarado que el arrendamiento puede consistir en una cuota de frutos (40).

En el Código Civil vigente, la aparcería es un contrato asociativo, para el ejercicio de la empresa agraria, incluido en el libro del trabajo. El artículo 2.141 del Código Civil italiano dice: «en la mediería (*mezzadria*: aparcería por mitad) el cedente y el aparcero se asocian para el cultivo o actividades conexas con el fin de dividir por mitad los productos y los útiles. Es válido, sin embargo, el pacto con el cual algunos productos se dividen en proporciones diversas». El legislador italiano se refiere a la aparcería por mitad, lo que algunas regiones españolas se llama mediería; aunque admite otras proporciones en el reparto (41).

Dice CARRARA que el aparcero está subordinado a la dirección técnica del cedente, es decir: que el cedente sería empresario, pues organiza la producción, dirige la actividad y comparte los riesgos con el aparcero. Todo esto ha llevado a decir a CARRARA que la posición jurídica del aparcero es menos ventajosa que la del arrendatario (42). Una prueba de esto, es que la Ley de 15 de septiembre de 1967 ha prohibido en su artículo 3 la constitución de nuevos contratos de aparcería (43).

En el Derecho francés la regulación vigente sobre la aparcería está contenida en el Título I, del libro VI, del Código Rural, que está

(39) BASSANELLI, E.: «Affitto e mezzadria», en *Rivista di Diritto Agrario* (1942), 24.

(40) Sentencia de la Corte de Cassazione de 25 de marzo de 1942, en *Massimario Giuridico Italiano* (1942), 258.

(41) El Libro Quinto, Título II, Capítulo II está dedicado a la empresa agrícola, una de cuyas variedades es la aparcería (*mezzadria*).

Artículo 2.141 (Nozione). Nella mezzadria il concedente ed il mezzadro, in proprio e quale capo di una famiglia colonica, si associano per la coltivazione di un podere e per l'esercizio delle attività connesse al fine di dividerne a metà i prodotti e gli utili. E valido tuttavia il patto con il quale taluni prodotti si dividono in proporzioni diverse.

(42) CARRARA, G.: *I Contratti agrari* (1952), 165, 179 ss. y 415 ss.

(43) Artículo 3 de la Ley de 15 de septiembre de 1964 (Divieto di nuovi contratti di mezzadria). A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge non possono essere stipulati nuovi contratti di mezzadria. I contratti stipulati in violazione del divieto di cui al precedente comma sono nulli...

dedicado al Estatuto del Arrendamiento y de la Aparcería. Comprende los artículos 819 a 825, ambos inclusive. La conversión de la aparcería en arrendamiento está regulada por los artículos 862 a 870 del mismo cuerpo legal. La regulación de los arrendamientos es de aplicación a las aparcerías, salvo en algunos puntos concretos, como precio, control de la explotación, duración y conversión de la aparcería en arrendamiento (44).

El artículo 819 del Código Rural define la aparcería «el arrendamiento a colonato parciario o aparcería es el contrato por el cual el propietario de una heredad rural la entrega para un cierto tiempo a un arrendatario que se encarga de cultivarla: bajo la condición de dividir los productos con el arrendador» (45).

En la aparcería en Derecho francés la remuneración del arrendador (así se denomina al que entrega la tierra) no puede ser superior a un tercio de los productos obtenidos, salvo decisión contraria del tribunal paritario. También se dispone que el arrendatario no puede ser obligado a pagar además de su parte, ningún canon, prestación o servicio. Esta disposición es de orden público según establece el artículo 821 al final (46).

La dirección de la explotación era otorgada por la Ley de 1889 al arrendador que era el que decidía los cultivos, los vigilaba y vendía los productos. Hoy día, es al contrario, ya que se atribuye al aparcerero la dirección de la explotación, aunque hay que decir que es la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias las que lo entienden así porque los textos legales sólo indirectamente confieren la dirección al aparcerero (47). Esta ausencia de un texto legal claro, ha motivado que además de decir que la dirección de la explotación la tiene el aparcerero, se afirme que el arrendador puede estar asociado con el aparcerero en la dirección

(44) El Code sólo dedicaba a la aparcería dos artículos, el 1.763 y el 1.764. Los contratos de aparcería eran numerosos y diversos y estaban muy influidos por las costumbres regionales. La Ley de 18 de julio de 1884 unificó esta diversidad. La Ley de 13 de abril de 1946 regula la aparcería reconociendo a los aparcereros los mismos derechos que a los arrendatarios. El Código Rural recoge artículos de la Ley de 1889 y de la Ley de 1946.

(45) Artículo 819 del Código Rural: Le bail a colonat partiaire ou métayage est le contrat par lequel le possesseur d'un héritage rural, le remet pour certain temps á un preneur qui s'engage á le cultiver, sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur.

(46) Artículo 821 del Código Rural: Dans le bail á part de fruits ou métayage, la part du bailleur ou prix du bail ne peut étre supérieure au tiers de l'ensemble des produits sauf decision contraire du Tribunal paritaire. Les dispositions ci-dessus sont d'ordre public.

(47) Vid. Arrêt de la Section Civil de la Corte de Cassation de 6 de noviembre de 1974 en Juris Classeur Baux Ruraux, Fax 60-S-1 Vid SAVATIER, R.: «L'expérience française du nouveau statut des baux ruraux», en *Rivista di Diritto Agrario* (1956), 39 MEGRET, J.: *Baux Ruraux*, s. f.

de la explotación, según determinen las partes. Son las comisiones consultivas las llamadas a tener en cuenta quién participa en las cargas de la empresa y si el cedente participa de ellas, las comisiones consultivas le reconocen la dirección de la explotación. La tesis de una dualidad de titulares de la explotación parece imponerse cuando el cedente de la tierra participa en la explotación (48).

Los redactores del Estatuto del Arrendamiento y de la Aparcería, influidos por las críticas dirigidas contra la aparcería han querido dar a las partes el medio de hacerla desaparecer y reemplazarla por el arrendamiento. Así opina MAZEAUD (49). El antiguo artículo 862 del Código Rural era concluyente al decir que todo arrendamiento a colonato parciario debe ser convertido en arrendamiento si el propietario o el colono lo piden. La Ley de 30 de diciembre de 1963 ha modificado sustancialmente la redacción del artículo 862 que ha quedado así: «Todo arrendamiento a colonato parciario puede ser convertido en arrendamiento a la terminación del arriendo o de cada período trienal si el propietario o arrendatario lo solicitan por acto extrajudicial al menos dieciocho meses antes».

Como regla general se dispone que la conversión de la aparcería en arrendamiento no es obligatoria para el Tribunal salvo en ciertos casos limitativamente enumerados por la ley y que son los siguientes:

1. Cuando el propietario no cuida los edificios.
2. Cuando éste rechaza participar, al menos en proporción de su parte en los beneficios, en las inversiones, en ganado o material indispensable para la explotación.
3. Cuando el aparcerero es propietario de más de dos tercios del valor del ganado y del material.
4. Cuando una constante colaboración personal entre las partes no ha podido ser asegurada (50).

Mientras que por la antigua redacción la aparcería estaba condenada a su desaparición, la nueva redacción deja la apreciación de los hechos en manos de los Jueces que son los que tienen que decidir, aunque no

(48) BOBIN, G.: *Exploitation agricole et politique des structures* (1969), 123. MEGRET, J.: *Droit Rural, Institut des Hautes Etudes de droit rural et d'économie agricole*, 5, s. f., 4 ss.

(49) MAZEAUD, H.: *Leçons de Droit Civil*, 3 (1960), 1029.

(50) El antiguo artículo 862 del Código Rural decía: Tout bail á colonat partiaire doit être converti en bail á ferme si le propriétaire ou le colon en fait la demande. El artículo 862 del Código Rural dice: Tout bail a colonat partiaire peut être converti en bail à ferme á l'expiration du bail ou de chaque période triennale si le propriétaire ou le preneur en a fait la demande par acte extrajudiciaire au moins dix-huit mois auparavant.

cabe duda que el legislador no la ve con buenos ojos como se observa en las excepciones establecidas al poder discrecional de los Jueces. Si observamos los casos en que el legislador ordena la conversión de la aparcería en arrendamiento vemos que son supuestos en los que no se da una colaboración entre cedente y aparcero en la explotación del fundo.

V. ESTUDIO DE LA APARCERIA AGRICOLA EN LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

I. EL ARRENDAMIENTO PARCIARIO

En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos enviado por el Gobierno al Congreso se hacía una breve alusión a la aparcería que decía: «la presente ley tiene en cuenta que existe una gran variedad de situaciones y que las fórmulas por las que se rige presentan una diversidad extraordinaria, así como que esta institución tiene un gran arraigo en algunas regiones, siendo la costumbre su principal fuente de Derecho. De ahí que no se formule una legislación detallista y uniforme, que resultaría inviable al no ser posible dar cabida en ella a los múltiples supuestos que existen en la realidad».

La L. A. R. dedica a la aparcería los artículos 101 al 120, ambos inclusive. Todos estos artículos, salvo el 101, pertenecen al Título II de la Ley que lleva por título «De las aparcerías». El artículo 101 está encuadrado en el capítulo XI del Título I de la ley que se dedica a la regulación del arrendamiento parciario.

Dice el artículo 101-1.º de la Ley de 31 de diciembre de 1980 «cuando se ceda la tierra a cambio de una participación en los productos que se obtengan de la misma, si el cedente no aporta además de la tierra, el ganado, la maquinaria y el capital circulante o lo hace en proporción inferior al 25 por 100, el contrato se considerará como de arrendamiento parciario y se regirá por las normas establecidas para el arrendamiento en la presente ley con las modificaciones que se indican en los apartados siguientes de este mismo artículo».

En cuanto a la denominación, esta figura parece estar inspirada en el Derecho francés donde se habla de «*bail a colonat partiaire ou métayage*» (51). En cuanto al contenido de la disposición parece traer causa del párrafo final de la ya mencionada Base 22 de la Ley de Reforma Agraria de 1932, que disponía, como hemos dicho, que se con-

(51) Artículo 819 del Código Rural francés.

siderarán arrendamientos los contratos en que el propietario no aporte más que el uso de la tierra y menos del 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo. Se trataba de excluir de la consideración de aparcería a situaciones en que el cedente prácticamente se limitaba a cobrar una parte alícuota de lo producido. El legislador de la actual L. A. R. ha elevado el porcentaje a un 25 por 100 por debajo del cual no estaremos ante aparcería sino ante arrendamiento parciario.

Lo más importante del artículo 101 se recoge en el apartado 6 que dice: «el arrendamiento parciario se convertirá en arrendamiento ordinario sobre la totalidad de la finca si alguna de las partes lo pidiere dentro de los dos meses anteriores al comienzo del nuevo año agrícola. La renta en metálico será la usual en el lugar para fincas análogas y su actualización se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo treinta y ocho».

El legislador parece haber pensado que la aparcería tiene sentido en cuanto contrato asociativo en que las partes contribuyen proporcionalmente a los gastos para la obtención de una ganancia. En aquellos supuestos en que no se da ese mínimo asociativo, representado por el 25 por 100 que ha de aportar el cedente, no cabe hablar de aparcería, sino de un arrendamiento en que la cuota se paga en un tanto por ciento de lo producido y, por tanto, las disposiciones aplicables son las de los arrendamientos. El legislador, por último, como ya hemos dicho, ha posibilitado el cambio a arrendamiento ordinario si alguna de las partes lo pidieran. Estamos ante una sanción impuesta por el legislador cuando la aparcería pierde su carácter asociativo.

2. DEFINICIÓN DE APARCEÍA

El Título II de la L. A. R. de 1980 está dedicado, como ya hemos dicho, a la aparcería. Está estructurado en diez capítulos que examinaremos.

El capítulo I comprende los artículos 102 a 106 inclusive, y lleva por título «disposiciones generales».

El artículo 102-1 contiene la definición de la aparcería: «por el contrato de aparcería el titular de una finca rústica cede temporalmente para su explotación agraria el uso y disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos, aportando al mismo tiempo un 25 por 100, como mínimo, del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante y conviniendo con el cesionario en repartirse los productos por partes alícuotas, en proporción a sus respectivas aportaciones».

El cedente será considerado cultivador directo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1972 dice que cualquiera que

sean las aportaciones de los contratantes, si hay cesión temporal de finca rústica por el titular a una tercera persona para que la explote o disfrute, conviniendo en repartirse los productos en partes alícuotas proporcionadas a sus respectivas aportaciones, estamos ante una aparcería (52). Esta sentencia está dictada al amparo del artículo 43 del derogado R. A. R. de 1959 que no exigía ninguna aportación del cedente para que se considerara aparcería. Sólo a efectos de tener el cedente la consideración de cultivador se le exigía una aportación en el capital de explotación del 20 por 100 de la renta anual de la finca. Al concepto capital de explotación se le daba un sentido muy lato (53).

El legislador de la Ley de 1980 parece haber considerado correctas las exigencias planteadas por la Ley de Reforma Agraria de 1932 en su Base 22 en cuanto al capital de explotación y lo ha aumentado de un 20 por 100 a un 25. Ha reconocido igualmente la justicia de la preocupación de muchos diputados que elaboraron la L. A. R. de 1935 en relación al tema y ha exigido esta aportación al capital de explotación y gastos de cultivo. Se produce, pues, un cambio legislativo y a partir de este momento sólo se considerará aparcería a la que se ha llamado aparcería ideal o científica, donde se produce una incorporación del aparcerero a la explotación de la que el cedente es titular y, por lo cual, es considerado cultivador directo como dice el artículo 102. párrafo primero (54).

La llamada aparcería vulgar debía de considerarse aparcería: la Ley de Arrendamientos Rústicos la llama arrendamiento parciario, como ya hemos visto, y está regulada por las normas de los arrendamientos rústicos ordinarios y puede ser convertida en un arrendamiento ordinario si lo pide alguna de las partes. Parece que para el legislador, la aparcería es un medio correcto de explotación de la tierra siempre que ambas partes cooperen en tal sentido, mas si no es así y sólo sirve para que el propietario reciba una parte alícuota de beneficios, sin exponer absolutamente nada, es vista con recelo, como sucede en Francia e Italia, y por ello se regula por la legislación arrendaticia rústica.

(52) Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1972. Repertorio 3545.

(53) Artículo 43 del derogado R. A. R.:

3. Se entenderá comprendido en el concepto capital de explotación el valor de las plantaciones que en la finca existan, el de los edificios, construcciones e instalaciones en cuanto se aplique a la explotación dada en aparcería: el de aguas, cuando su alumbramiento o utilización haya ocasionado u ocasione gastos, así como el metálico, ahorros, simientes, piensos y forrajes, ganado de labor, aperos y maquinaria, medios de transportes, prestación o pago de jornales y cuanto de alguna manera contribuya a la obtención de los productos de la finca.

(54) *Vid.* lo dicho respecto a la aparcería en la Ley de 1935.

3. LA REGULACIÓN DE LAS APARCERÍAS

El artículo 106 dispone lo siguiente en cuanto a la regulación de las aparcerías: en defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial, y de costumbre, se aplicarán las disposiciones del presente Título y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en la presente ley, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza del contrato de aparcería. Respecto a la jerarquía de fuentes dispuesta por la L. A. R. hay que hacer notar que en el primer escalón normativo se encuentran los pactos. Exactamente igual sucedía en la L. A. R. de 1935 y en el R. A. R. de 1959, aunque en esas disposiciones se decía «por los pactos o condiciones que libremente estipulan las partes, en cuanto no se opongan a las normas de este capítulo».

Hay quien ha querido entender la supresión de la frase condiciones que libremente estipulan las partes, como un defecto de la ley y un atentado al principio de libertad contractual pues dicen que no se entiende afirmado el principio con la sola referencia a los pactos (55). Pensamos que esta opinión es inexacta porque el que las aparcerías se rijan por los pactos es la expresión más inequívoca de la importancia dada al principio de autonomía de la voluntad, y además, cuando en la Ley de 1935 y el Reglamento de 1959 se aludía a ambas expresiones se les atribuía un valor idéntico.

El segundo peldaño establecido por el artículo 106 son las normas forales o de derecho especial y de costumbre. Aquí se produce un cambio respecto a la legislación anterior (art. 44 de la L. A. R. de 1935 y R. A. R. 1959) ya que allí se decía: «en defecto de pacto expreso, o en lo que el pacto fuera insuficiente por los usos y costumbres locales o comarcales, cuando tampoco se opongan a las normas establecidas en este capítulo». Parece, *prima facie*, que la costumbre queda relegada a un lugar posterior y que se le anteponen las normas forales o de derecho especial.

Sin embargo, en la práctica las compilaciones forales que tienen normas relativas a la aparcería, que son las de Cataluña y Galicia, conducen a otro resultado: así en la Compilación catalana las aparcerías se regirán preferentemente por los pactos de los contratantes y, en su defecto, por los usos y costumbres de la localidad (56). En cambio la

(55) GARCÍA SEIJO; SUÁREZ BARCÁ y PARDO FABEIRO: «La aparcería agrícola en la Ley de Arrendamientos Rústicos». Ponencia presentada a las Jornadas sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos, Madrid, mayo de 1981

(56) *Vid.* artículos 337 a 339 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

Compilación gallega dispone que la «aparcería se regirá por el título de constitución y, en lo no previsto en él, por las normas de esta Compilación. Ambos se interpretarán teniendo en cuenta las costumbres del lugar» (57). De manera que la costumbre tiene sólo un valor interpretativo y con este valor está presente junto a los pactos y las normas de la Compilación en la regulación de la aparcería.

Diremos, para concluir, que en toda España, con la particularidad gallega, la costumbre ocupa el segundo lugar en la jerarquía normativa para regular las aparcerías. Cuando no exista costumbre allí donde haya legislación foral o derecho especial habrá que acudir a ellos. En ausencia de pactos, costumbres y normas forales o de derecho especial hay que acudir al título de las aparcerías de la L. A. R. y supletoriamente a las normas contenidas en ésta para los arrendamientos rústicos.

4. FORMA. DURACIÓN

En cuanto a la forma, el artículo 107-1 de la L. A. R. dispone: «En el contrato de aparcería, que deberá formalizarse por escrito, se hará constar el valor de las respectivas aportaciones de los contratantes, o los criterios para su valoración o, cuando menos, la indicación del porcentaje que representa la aportación de cada uno. Del propio modo se hará constar la participación en los productos». El apartado 3 del mismo artículo dice: «En los casos en que no figure en el contrato y faltase la prueba de la participación de las aportaciones y en los productos, o de sus circunstancias, se entenderá que rigen las acostumbradas en la localidad o en la comarca». Hay aquí una exigencia de forma escrita para el contrato de aparcería. Estamos ante una forma *ad probationem*, no *ad solemnitatem*, por lo cual la falta de forma escrita no motivará la nulidad del contrato sino que los contratantes podrán compelerse a llenar la forma escrita desde que hubiere intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez, con arreglo al artículo 1.279 del Código Civil. Con respecto a la forma de la aparcería merece resaltarse también su diferencia respecto a los arrendamientos rústicos, ya que el legislador de la L. A. R. ha dispuesto que éstos podrán convenirse con libertad de forma, pero la Administración competente establecerá, con las variaciones que para cada comarca se determinen, contratos-tipo para su formalización por escrito y las partes podrán compelerse al otorgamiento del contrato-tipo correspondiente. Para la aparcería no se dispone la existencia de estos contratos-tipo (58).

(57) Vid. artículos 59 a 83 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 2 de diciembre de 1965.

(58) Vid. artículos 20, 21 y 22 de la L. A. R. de 1980.

Otra cuestión a analizar es si, de la aparcería, nace o no una relación laboral. El artículo 102-2 dice «se presumirá, salvo pacto en contrario, que el contrato de aparcería no comprende relación laboral alguna entre cedente y cesionario; de pactarse expresamente esa relación se aplicará, además, la legislación correspondiente».

Con arreglo a este artículo no hay relación laboral; no obstante, como si el legislador tratase de desmentir su propia afirmación, se pronuncia en sentido contrario a través de una serie de preceptos. Así el artículo 108 dice lo siguiente: 1.º Cuando el aparcero aporte exclusivamente su trabajo personal deberá serle garantizado, en todo caso, el salario mínimo que corresponda al tiempo de su actividad que dedique al cultivo de las fincas objeto del contrato de aparcería y cumplirse, en general, lo previsto en la legislación laboral y de la Seguridad Social. 2.º Igualmente se procederá cuando lo que corresponda aportar al aparcero, además de su trabajo personal, sea inferior al 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante. 3.º En estos casos el aparcero tendrá derecho a exigir que se le pague semanalmente tal salario, sin perjuicio de que se considere, al hacer la liquidación de los frutos obtenidos, como cantidad percibida a cuenta de su participación en el caso de que le correspondieran productos valorados en cantidad superior a lo cobrado (59). Es evidente que el legislador ha pretendido evitar que al amparo de la aparcería se cobijen situaciones de gran injusticia para el que trabaja la tierra. Pero este loable intento podría ser un grave inconveniente para que los propietarios den sus tierras en aparcería.

Respecto a la duración de las aparcerías dispone el artículo 109-1 que «el plazo mínimo de duración de las aparcerías será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo».

Se establece un mínimo de duración pero no un máximo que queda a lo que hayan pactado los contratantes. Si la aparcería tiene una duración superior a un año será imprescindible el preaviso, con un año de antelación, para su extinción, y si éste no se produce hay prórroga por

(59) También el artículo 110 de la L. A. R. se refiere a la relación laboral que surgen entre cedente y aparcero:

1. En las aparcerías que el cedente aporte la tierra preparada y labrada por él, para que el aparcero mediante su trabajo personal la dedique a un determinado cultivo de carácter estacional e inferior a un año, la duración del contrato será la del cultivo que se trate, sin los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente o conversión en arrendamiento, regulados en los artículos 118 y 119 de esta Ley.

2. Sin perjuicio de la participación pactada, en todo caso le quedará garantizado al aparcero el salario mínimo aplicable al tiempo que dure el contrato por la actividad realizada y tendrá derecho a que el cedente se lo anticipe semanalmente a cuenta de lo que le corresponde en la liquidación final.

otra rotación de cultivo y así sucesivamente. El artículo 109-4 recoge una novedad importantísima: la posibilidad de conversión de la aparcería en arrendamiento al finalizar la duración del contrato, «recibido el preaviso por el aparcerero, éste podrá optar por el abandono al cedente del cultivo de la finca, o por su continuación como arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de esta ley». Esta disposición puede tener como consecuencia que no se constituyan más aparcerías, ya que a los propietarios no les va a convenir constituir una aparcería a cuyo término, el aparcerero pida la conversión en arrendamiento para poder permanecer en la tierra seis años contados desde la conversión más las prórrogas, deduciendo éstas el tiempo que hubiera durado la aparcería. Queda aquí una vez más patente cómo la aparcería es vista con prevención por el legislador que posibilita su cambio en arrendamiento, aunque esto podría determinar que apenas se constituyan nuevas aparcerías. Tenemos que hacer constar que a pesar de que vemos conveniente el que se posibilite el cambio de aparcería en arrendamiento, no encontramos justificado el introducir esta conversión precisamente cuando va a extinguirse la aparcería, porque ello impedirá que se constituyan aparcerías porque los propietarios tendrán graves inconvenientes en recuperar la tierra dada en aparcería. Respecto a las aparcerías existentes a la entrada en vigor de la ley hay que decir que se rigen en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior, de acuerdo con lo dispuesto por la disposición transitoria 1.^a-1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Es decir, se rigen por lo dispuesto en el artículo 49 del R. A. R. de 1959 que establece que no es aplicable a las aparcerías lo dispuesto para los arrendamientos en cuanto a duración. De ahí que las aparcerías existentes a la entrada en vigor de la ley están condenadas a la extinción.

5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. REVISIÓN. MEJORAS

El capítulo IV del título dedicado a las aparcerías lleva por título derechos y obligaciones de las partes. El artículo 111 dispone que «la determinación del tipo y clase de cultivo corresponderá al cedente, al aparcerero o a ambos según lo señalado en el contrato y, en defecto de pacto, se seguirá el sistema y método de cultivo más usual en la localidad o en la comarca salvo que otra cosa viniera impuesta por disposiciones legales o reglamentarias».

El artículo 112 dispone que la liquidación de los frutos obtenidos y su adjudicación a los contratantes se practicará en el tiempo y forma que exprese el contrato o, en defecto del mismo, de acuerdo con las

costumbres locales o comarcales. En defecto de pacto o costumbre, se practicará anualmente o al terminar la recolección del fruto.

Según el artículo 113-1: «todo anticipo que el cedente haga al aparcerero para que éste pueda realizar las aportaciones que le son propias según el contrato de aparcería, incluido el adelanto de jornales, tendrá, a efectos de prelación, la consideración establecida en el número 6 del artículo 1.922 del Código Civil». Recordemos que este último artículo dispone que con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

El legislador, tratando de proteger al aparcerero de posibles abusos por parte del cedente, dispone que el anticipo por el aparcerero al cedente a cuenta de la cosecha futura está prohibido, siendo nula y teniéndose por no puesta la cláusula que lo estableciera (art. 113-2).

En cuanto a los frutos o productos separados, sobre los que el cedente y aparcerero tengan participación, se considerarán bienes comunes de ambos, y ninguno de ellos puede retirarlos sin el consentimiento del otro, salvo pacto contrario (art. 113-3).

En ningún caso podrán ser adjudicados al acreedor del aparcerero o del cedente productos de la aparcería, sin estar previamente hecha la liquidación anual de la misma, limitándose el derecho del acreedor a la parte que en dicha liquidación le sea adjudicada a su deudor (artículo 113-4).

El artículo 114 dispone en su párrafo primero que «serán, en todo caso, de cargo del cedente el pago de los gravámenes, contribuciones, impuestos y arbitrios de todas clases que recaigan sobre la propiedad de la finca». Aunque la L. A. R. parece imponer taxativamente de lado del cedente estos impuestos, y no admitir pacto en contrario, sin embargo, creemos que será difícil evitar que se pueda convenir lo contrario y que estos impuestos recaigan sobre los aparcereros, pues el precepto se limita a afirmar algo innecesario, pues de los impuestos y gravámenes sobre la propiedad (ej.: hipoteca, censo) responde el propietario, pero nada impide que el aparcerero aporte una participación en tales gastos.

El artículo 114 en su párrafo segundo hace recaer en cedente y aparcerero, en proporción a su participación, los gravámenes, contribuciones, impuestos o arbitrios de todas clases que recaigan sobre los productos (60).

(60) El artículo 114-3 dice: Respecto de las cuotas por Seguridad Social y, en su caso, Cámaras Agrarias, se estará a lo que dispongan las disposiciones o estatutos que las regulen.

En relación a la revisión (capítulo V) del contrato de aparcería, en cuanto a la proporción en la distribución de los productos fijada en el contrato, no hay cambios importantes respecto al R. A. R.; podrá solicitarse en los casos de infracción de lo dispuesto para las aparcerías, en los de dolo y mala fe y en los de lesión superior al 15 por 100 de lo que debe corresponder a cada parte con arreglo a sus respectivas aportaciones (61).

Respecto a las mejoras en la aparcería (capítulo VI), hay una remisión casi absoluta a la regulación de las mejoras en los arrendamientos. En este sentido se sitúan del lado del cedente las obras, mejoras o inversiones que, por ley o resolución judicial o administrativa firme, hayan de realizarse precisamente sobre la finca dada en aparcería, a salvo de lo que se disponga en la ley o resolución. Interpreta así el artículo 116 en relación al artículo 48 de la L. A. R. El problema surge en la interpretación del artículo 115 respecto al artículo 49. Este último artículo sitúa del lado del arrendatario las demás inversiones o mejoras impuestas al empresario agrícola. En este artículo se parte de la base cierta de que el arrendatario es el empresario, sin embargo, en la aparcería puede suceder que el empresario sea el cedente, el aparcerero o ambos, según las facultades que se confieran a cada uno y según las aportaciones de cada parte. Parece lógico entonces que, quien fuere empresario en cada caso concreto, sea el que tenga que realizar las inversiones que le correspondan, y si ambos contratantes son empresarios, deberán realizarlas conjuntamente. Es una interpretación motivada por un vacío legal que puede originar ciertas dificultades de índole teórica y práctica.

Artículo 114-4: Los tratamientos obligatorios contra plagas o similares serán satisfechos por ambas partes de conformidad con lo que disponga la Ley que los establezca, y, a falta de ella o de pacto, uso o costumbre, en proporción a su participación en la aparcería.

Artículo 114-5: Ambos contratantes contribuirán en los seguros concertados por cualquiera de ellos, en proporción a los riesgos que efectivamente los afecten.

Sobre todas estas materias hay que tener en cuenta los siguientes textos legales:

- Texto Refundido de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria de 23 de julio de 1966 en su artículo 17 en lo concerniente a la cuota fija, pues la cuota proporcional ha sido suprimida por la disposición transitoria 1.ª, 1.ª a), de la Ley de 8 de septiembre de 1978, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuyos artículos 15, 16 y 19, entre otros, hay que tener en cuenta para esta materia.
- Respecto a la Seguridad Social hay que tener en cuenta el artículo 44-7 del Texto Refundido del Régimen Agrario de la Seguridad Social de 23 de julio de 1971. También el Real Decreto de 14 de septiembre de 1979 sobre Régimen Económico de las Cámaras Agrarias, en su artículo 20.

(61) *Vid.* artículo 45 del R. A. R., que se corresponde con el párrafo 1.º del artículo 46 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

En relación a las mejoras útiles, sociales y de adorno o recreo, se aplicarán las normas establecidas en esta ley para el arrendamiento (62).

6. EXTINCIÓN

El legislador ha llevado a cabo una enumeración de los casos que dan lugar a la extinción de la aparcería en el artículo 117 que dice:

1. Serán causas de extinción de las aparcerías las siguientes:
 - 1.^a La terminación del plazo pactado en el contrato o del que rija según la costumbre del lugar.
 - 2.^a Incumplimiento grave de las obligaciones del aparcero.
 - 3.^a Falta de entrega al cedente de la parte de los productos obtenidos que al mismo correspondan según lo convenido o los usos y costumbres locales.
 - 4.^a Deslealtad o fraude por parte del aparcero en la valoración o entrega al cedente de los frutos de la finca que le correspondan según contrato o en la de los gastos necesarios para su obtención (63).
 - 5.^a Cualquier otra causa que resulte del contrato o de los usos y costumbres locales, siempre que no se opongan a lo establecido en esta ley. En estos casos, sin embargo, el aparcero podrá optar por continuar como arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de esta ley.
 - 6.^a Las demás causas que provocan la extinción del arrendamiento (64).

(62) Artículo 116-1: Las mejoras existentes en las fincas explotadas en régimen de aparcería o incluidas en la misma se presume, salvo prueba en contrario, que han sido costeadas por la parte contratante a quien incumbe la realización, según lo establecido en los artículos 48 y 49.

Artículo 116-3: Respecto de las mejoras útiles y sociales y las de adorno o recreo se aplicarán las normas establecidas en esta Ley para el arrendamiento.

Artículo 116-3: Los gastos por deterioro que procedan del uso natural de las cosas serán pagados por los contratantes en proporción a su participación.

Artículo 48: Incumben al arrendador las obras, mejoras o inversiones que, por ley o resolución judicial o administrativa firme, hayan de realizarse precisamente sobre la finca.

(63) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1955, que considera equivalente a efectos legales los términos deslealtad y fraude, porque indican maliciosa conducta por parte del aparcero al entregar menor cantidad o dejar de hacerlo.

(64) *Vid.* artículos 82 y 83 de la L. A. R.

2. La muerte o invalidez del aparcero no producirá la extinción de la aparcería, que asumirán los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación. El cedente podrá en estos casos optar por la conversión de la aparcería en arrendamiento conforme al artículo 119 de esta ley.

En todo caso la aparcería subsistirá hasta la terminación del año agrícola corriente.

Respecto a lo dispuesto en este artículo para la muerte e invalidez hay que resaltar el cambio producido respecto al R. A. R. que en sus artículos 47-2 y 47-3 decía que en caso de muerte del aparcero, el propietario tiene derecho a «rescindir» el contrato, al igual que en los casos de invalidez total y permanente (65).

En relación a lo que dispone el artículo 117-5 respecto a la posibilidad del aparcero de continuar como arrendatario, no le veo justificación alguna a que si hay causas que motiven la extinción de la aparcería, se permita la conversión en arrendamiento. Por el contrario, lo que sí encuentro justificado es que si una vez muerto el aparcero, o bien en situación de invalidez, se obliga al cedente a continuar la aparcería, es razonable, como se hace al final del artículo que estoy comentando, el posibilitarle la conversión en arrendamiento, ya que de la aparcería se puede decir que es un contrato *intuitu personae* en que las condiciones personales de los contratantes se suelen tener más en cuenta que en los arrendamientos, y las relaciones del cedente con el nuevo aparcero pueden no ser tan satisfactorias como con respecto al fallecido o inválido.

7. FORMAS DE ACCESO A LA PROPIEDAD. CONVERSIÓN. EXPROPIACIÓN

El artículo 118-1 dice que el aparcero tendrá derecho en toda enajenación *inter vivos* de la finca rústica que explote en aparcería, de su nuda propiedad, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, a acceder a la propiedad de ella mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y adquisición preferente con los mismos

(65) Artículo 47 del R. A. R. de 29 de abril de 1959:

2) La muerte del aparcero da derecho al propietario para rescindir el contrato si no le conviniera la continuación del mismo por los herederos de aquél.

3) En caso de invalidez total y permanente del aparcero podrá el propietario solicitar la rescisión del contrato, y el Tribunal lo decretará siempre, a menos que los familiares del aparcero que hubieran vivido en su compañía anteriormente durante el curso del contrato puedan seguir llevando la finca y no tengan enemistad manifiesta con el propietario.

requisitos, condiciones y efectos que se establecen para el arrendatario en esta ley (66).

Son novedad respecto a la anterior legislación los derechos de tanteo y adquisición preferente que se conceden al arrendatario y, consiguientemente, el aparcerero. Respecto del derecho de adquisición preferente, propiamente dicho, se puede ejercitar cuando la finca objeto del arrendamiento o aparcería haya sido donada, aportada a sociedad, permutada, adjudicada en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa.

El artículo 118-2 dispone que «el tercer adquirente de la finca no viene obligado a continuar la aparcería, y, para ello, deberá preavisar de extinción al aparcerero, quien, en tal caso, tendrá los derechos que se deriven de la existencia de mejoras por él mismo en la finca y liquidación de productos, así como la posibilidad de optar por la conversión en arrendamiento que se regula en el artículo 119 de esta ley».

Hay un tratamiento distinto para los arrendamientos y para las aparcerías ya que la L. A. R. siguiendo el mismo criterio que la anterior especial arrendaticia ha consagrado el principio *emptio non tollit locatum* para los arrendamientos rústicos en el artículo 74 y esto no comprende a las aparcerías (67).

En este sentido el artículo 74 dispone que el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la L. H., quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador (es lo que se llama publicidad legal). Si se confrontan el citado artículo 118-2 y el 74 se observa la clara diferencia de que el comprador de una finca dada en aparcería no viene obligado a continuar en tal situación. Sin embargo, se da la posibilidad al aparcerero de convertirse en arrendatario con lo cual el adquirente de la finca deberá tener un arrendatario

(66) Respecto a esta materia hay que tener en cuenta el Capítulo IX del Título I de la L. A. R. de 31 de diciembre de 1980 en lo concerniente a los artículos 84 a 97 inclusive. También hay que tener en cuenta el artículo 110-1 del mismo texto legal.

El artículo 65 y las disposiciones transitorias 3.^a y 4.^a de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 también se refieren al acceso a la propiedad de los aparcereros.

(67) El Código Civil español recoge en su artículo 1.571 el principio *emptio tollit locatum* («venta mata renta»). Se apartó el Código español de lo dispuesto en el francés, belga e italiano de 1865 y alemán, en cuyo parágrafo 571 se recogió el principio encarnado en el aforismo *Kauf bricht nicht Miete*, o sea, el contrario al que rige en el Código español de «compra quita renta».

La legislación especial española, siguiendo la pauta marcada por la L. A. R. de 1935, ha recogido en su artículo 27 el principio *emptio non tollit locatum* (venta no quita renta). Así el derogado R. A. R. de 1959 decía en su artículo 27-1 que el tercer adquirente de la finca quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes del arrendamiento y no podrá rescindir el contrato que esté vigente al tiempo de la transmisión.

durante un tiempo mínimo de seis años desde la conversión más las prórrogas deduciendo de éstas el tiempo que hubiese durado la aparcería (art. 119-3). Por esta vía se llega a un resultado casi idéntico al establecido por el artículo 74, es decir, a la permanencia del aparcero en la finca aunque sea cambiando de consideración.

El capítulo IX del título que comentamos se refiere a la conversión de la aparcería en arrendamiento a la que ya nos hemos referido. Se dispone la mediación del IRYDA en caso de desacuerdo de las partes como trámite previo a la vía judicial. Se establece un mínimo de duración de seis años para los arrendamientos una vez efectuada la conversión y se exige para ésta que el aparcero reúna las condiciones para ser arrendatario (68).

El capítulo X (art. 120) está dedicado a la expropiación de fincas dadas en aparcería y dice que en este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 100 de la presente ley, considerando como renta a los efectos establecidos en el apartado I, a), de dicho artículo la que correspondería en caso de conversión del arrendamiento. Este artículo va a presentar grandes dificultades a la hora de ser llevado a la práctica, porque el artículo 120 se remite al 100 y, para calcular la indemnización del aparcero, la renta es un dato fundamental, que en este caso será la que correspondería en caso de conversión en arrendamiento; lo cual presenta una enorme dificultad, pues difícilmente habrá acuerdo sobre ella al no haber criterios objetivos de determinación (sólo un dictamen del IRYDA no vinculante), y tendrán que ser los Juzgados correspondientes los que resuelvan esta cuestión en bastantes ocasiones (69).

(68) Artículo 119-2: Si persiste el desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión ante el Juzgado competente.

Artículo 119-3: La duración del arrendamiento será como mínimo de seis años contados desde la conversión y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas que en esta Ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiere durado la aparcería. El aparcero dispondrá del tiempo que dure el arrendamiento para indemnizar anualmente al cedente del capital mobiliario mecánico y vivo aportado por éste.

Artículo 119-4: No procederá la conversión si el aparcero no reúne las condiciones exigidas por esta Ley para ser arrendatario.

(69) Artículo 100 de la L. A. R.:

1 En el supuesto de expropiación total o parcial del derecho del arrendatario, éste tendrá derecho frente al expropiante:

a) Al importe de una renta anual actualizada y además al de una cuarta parte de dicha renta por cada año o fracción que falte para la expiración del período mínimo o el de la prórroga legal en que se halle. Cuando la expropiación sea parcial, estos importes se referirán a la parte de renta que corresponda a la porción expropiada...

8. JURISDICCIÓN EN MATERIA DE APARCERÍAS

Las disposiciones reguladoras de la jurisdicción en materia de aparcerías están contenidas en el título III de la L. A. R., dedicado también a la jurisdicción sobre arrendamientos rústicos.

El artículo 121 dispone que «el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales de jurisdicción ordinaria». Con lo cual los litigios que se susciten sobre aparcerías se plantearán ante los Jueces de Distrito o ante los Jueces de Primera Instancia según que la cuantía del litigio sea inferior o superior a 50.000 pesetas. La cuantía litigiosa vendrá dada por la valoración de la aportación del litigante, si estuviere determinada, y, en su defecto, la valoración de la aportación que al mismo haya correspondido en la liquidación del año precedente, sin que existiere prueba escrita de la misma. En su defecto se estimará como de cuantía indeterminada (art. 124-2).

Se dispone por la L. A. R. la creación de unas Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos que tendrán ámbito comarcal y que estarán constituidas por un presidente, un secretario y por seis vocales, tres de ellos exclusiva y predominantemente arrendadores y los otros tres exclusiva o predominantemente arrendatarios (art. 121-5). Hay que señalar que hasta que no tengan lugar las próximas elecciones a Cámaras Agrarias, las Juntas Arbitrales estarán constituidas por seis vocales que lo sean de las Cámaras Locales radicadas en la comarca. El Presidente y el Secretario serán nombrados por la Administración de Agricultura correspondiente y el Secretario, que no tendrá voto, será Licenciado en Derecho (Disposición Transitoria 2.^a). Estas Juntas Arbitrales, de oficio o a instancia de parte, podrán intentar la avenencia en las cuestiones relacionadas con la aplicación de esta ley.

Este intento de avenencia previa en relación con las aparcerías será preceptivo para la incoación de los procedimientos que versen sobre la conversión de la aparcería o del arrendamiento parciario en arrendamiento, también sobre liquidación y adjudicación de los frutos en el contrato de aparcería (art. 121-3). Las Juntas Arbitrales decidirán también como trámite previo a cualquier contienda judicial y con carácter ejecutivo, sin perjuicio de recurrir a los Tribunales en las siguientes cuestiones sobre aparcerías:

1. El señalamiento de la cuantía en que ha de elevarse la participación del arrendatario cuando concurra el supuesto previsto en el artículo 101-2, de la presente ley (70).

(70) Artículo 101-2: Las mejoras realizadas por el arrendatario determinarán la elevación de la participación en proporción a la mayor productividad conseguida

2. La resolución de las discrepancias que surjan entre las partes sobre el valor de las aportaciones de los aparceros y su participación en los productos (art. 121-4, *c, d*), los juicios de embargo de bienes para pago de deudas nacidas de contrato de arrendamiento o de aparcerías, las de intervención de cosechas y las de aseguramiento de bienes agrícolas o pecuarios litigiosos, se sustanciarán por los trámites establecidos en la L. E. C. para el ejercicio de las acciones de esta índole (art. 130).

El juicio de desahucio no puede ser utilizado en los litigios sobre aparcerías, si nos atenemos a lo dispuesto por el artículo 128 en el sentido de que solamente se podrá utilizar en el supuesto de falta de pago de la renta o cantidades asimiladas. En los problemas que se susciten en torno a la aparcería habrá que seguir las normas del juicio de cognición, sea cual fuere el Juzgado competente (art. 131).

Los artículos 134-6, 135-2 y 136-1 se refieren también a distintas cuestiones de jurisdicción en materia de aparcerías (71).

VI. CONCLUSIONES

La L. A. R. de 31 de diciembre de 1980 ha llevado a cabo una regulación bastante pormenorizada de la aparcería en comparación con disposiciones anteriores. En esta regulación hay aciertos importantes como el de la creación de la figura del arrendamiento parciario con las consecuencias que ello implica respecto a la necesidad de una mayor aportación del cedente en la aparcería, en detrimento de la consideración del contrato de cambio.

por el mismo, según determinación de la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos, conforme al artículo 121, apartado 4

(71) Artículo 134-6: En los litigios para fijar la renta a la porción de fincas sobre la que ha de recaer el arrendamiento por conversión de la aparcería, las costas serán por mitad para ambos litigantes

Artículo 135-2: Cuando se inste una resolución judicial que haya de surtir efectos en el futuro, como en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento, denegación de prórrogas del arrendamiento de la aparcería, entre otros, podrá plantearse la acción inmediatamente con el fin de sustanciar el litigio antes de que se produzca la fecha en que debe alcanzar efectividad el pronunciamiento, aun cuando no se ejecute hasta que la misma llegue, y siempre que se mantenga las circunstancias que dieron lugar a la resolución.

Artículo 136-1: En los casos en que se discuta la cuantía de la renta, el arrendatario deberá consignar previamente ante el Juzgado la pactada, de la cual podrá disponer el arrendador. Tratándose de aparcería, si fuera conocida la participación del cedente, deberá hacerse la consignación de la figurada con los mismos efectos que la renta. Si no fuera conocida o determinada, el aparcerero consignará o pondrá a disposición del cedente lo que estime adecuado, pudiéndose hacer cargo de ello el propietario, sin que ello implique conformidad, y el Juez en la sentencia, atendiendo a las circunstancias del caso, prevendrá lo procedente en cuanto a lo que debe ser objeto de consignación.

Por otra parte, contribuye mucho a la confusión respecto a la naturaleza del contrato la obligación del cedente de garantizarle el salario mínimo cuando el aparcerero aporte sólo su trabajo. Se podría pensar que estamos ante un contrato de naturaleza laboral, aunque no es mi opinión, ya que entiendo a la aparcería como un contrato asociativo de los denominados parciarios. La necesidad de garantizar al aparcerero el salario mínimo hay que verla como un intento de protección social al que trabaja la tierra.

Considero correcta la conversión del arrendamiento parciario en arrendamiento ordinario porque en los arrendamientos parciarios no existe estructura asociativa y sí de cambio. A pesar de que los propósitos del legislador son fomentar la aparcería y el arrendamiento, no parecen muy convenientes, en bastantes hipótesis, las posibilidades de conversión de la aparcería en arrendamiento ya que, a partir de la vigencia de la ley que hemos comentado, disminuirán probablemente las aparcerías por cuanto al propietario de una finca que no quiera o no pueda, cultivar, podrá serle más útil enajenarla que constituir una aparcería eventualmente convertible en arrendamiento que supone una prolongada permanencia del arrendatario cultivador. Después de estudiar la L. A. R. pienso que ambas instituciones pueden caer en desuso y, sin embargo, fomentarse el que la tierra sea cultivada por su propietario y si no, sea transmitida a otro que pueda hacerlo.

Para concluir diré que estoy de acuerdo con ROCA JUAN en que la aparcería, a pesar de que ha sido puesta en discusión como medio jurídico de explotación de la tierra desde el punto de vista de su conveniencia económica, su validez, sin embargo, depende de las circunstancias concretas que en cada caso se presentan, de los pactos que la regulan y del modo de actuar el sistema. Cuando la aparcería agrícola se refiera a fincas verdaderamente productivas; cuando el desarrollo de la relación se lleve a cabo en una inteligente colaboración entre propietario y aparcerero, esta forma de explotación agraria conservará su importancia (72).

JOSÉ ANTONIO CORACHO
Profesor de la Universidad
de Murcia

(72) ROCA JUAN, J.: *Loc. cit.*, *supra*, n. 1.

VIDA JURIDICA

La Legislación Hipotecaria en el proceso histórico de las autonomías *

SUMARIO: I. *Justificación y delimitación del tema.*—II. *Las Leyes hipotecarias en el marco constitucional decimonónico:* 1. La necesidad de un nuevo ordenamiento jurídico inmobiliario y los primeros intentos de un Código Civil único.—2. La publicación de la primera Ley hipotecaria, como ley general, al margen de la «cuestión foral».—3. La publicación del Código Civil y la subsistencia de la Ley hipotecaria como norma vigente en todo el territorio español.—III. *La «ordenación de los registros e hipotecas» como competencia exclusiva del Estado en la Constitución republicana de 1931:* 1. Génesis del artículo 15, 1.º, en cuanto a este extremo.—2. Su desarrollo en los respectivos Estatutos regionales de autonomía.—3. Aspectos hipotecarios de la Ley catalana de «contratos de cultivo» y su declaración de inconstitucionalidad.—IV. *La «ordenación de los registros» como materia exceptuada de la competencia legislativa de las Comunidades autónomas respecto a los Derechos civiles, forales o especiales, en la Constitución de 1978:* 1. Origen de la expresión constitucional y su desarrollo estatutario.—2. Su interpretación.—V. *A modo de conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

La Constitución española de 1978, al determinar las respectivas competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia legislativa, atribuye a aquél, «en todo caso», la «ordenación de los Registros». Esta atribución, sin embargo, no se hace de forma aislada o escueta, sino que se hace como una de las excepciones que a las facultades legislativas de dichas Comunidades se otorgan en cuanto a la «conservación, modificación y desarrollo» de «los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149, 1, 8.ª).

Este planteamiento obliga, de entrada, a fijar el significado y el alcance de la expresión «ordenación de los Registros», que no carece de

(*) Comunicación presentada al Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza entre los días 29 de octubre y 1 de noviembre de 1981.

antecedentes en nuestro Derecho constitucional y que, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad —único aspecto que aquí vamos a tratar—, presenta una problemática muy especial, ligada íntimamente a la cuestión de si en tal «ordenación» hay que entender comprendido o no en ella la totalidad de nuestro Derecho hipotecario, ordenamiento jurídico ya de por sí de muy difícil delimitación y entendiendo que, hoy por hoy, sea quizá la única clave, para lograr tal fin, el examen del proceso histórico que ha culminado en la formulación de este apartado del precepto constitucional que nos ocupa.

Por otra parte, la inclusión de la ordenación del Registro de la Propiedad en el ámbito tradicionalmente polémico de la «cuestión foral», ¿quiere decir que pueden surgir conflictos a la hora de delimitar la aplicación territorial de nuestra legislación hipotecaria, hasta ahora de vigencia general en todo el Estado y cuya única fuente de producción han sido los órganos legislativos centrales? Ciertamente, nuestras Leyes Hipotecarias tuvieron su origen en un clima político-legislativo muy distinto del actual; nacieron bajo un signo en el que claramente predominaba la tendencia hacia la unificación y uniformidad del Derecho privado, que se reflejó como aspiración o meta a alcanzar en los propios textos constitucionales; hoy, por el contrario, tal ideal se ha desvanecido, pudiendo afirmarse que la Constitución del 78 garantiza expresamente el pluralismo regional en cuanto a regímenes jurídicos civiles respecta (1). Pues bien, en este nuevo marco, la pregunta que nos formulamos es la de si las razones que en su día justificaron que el ordenamiento jurídico inmobiliario-registral fuese, sin oposición alguna y con la adhesión de todos, de aplicación general en todo el territorio del país siguen hoy vigentes o han surgido otras nuevas que propicien un cambio de criterio.

Suscitar estos interrogantes y contribuir a su respuesta constituye el objetivo primordial de esta breve comunicación.

II. LAS LEYES HIPOTECARIAS EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DECIMONÓNICO

1. *La necesidad de un nuevo ordenamiento jurídico inmobiliario y los primeros intentos de un Código Civil único*

La primera etapa de nuestra legislación hipotecaria discurrió inmersa o integrada en la empresa encaminada a la formación de un Código Civil único.

(1) Vid. JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA: «Los Derechos civiles forales en la Constitución», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, julio-septiembre 1979, págs. 666 y ss.

Las Constituciones de 1812, 1837 y 1845 (2) proclamaron explícitamente el propósito de que un solo Código rigiese en la monarquía, para colmar así las aspiraciones político-legislativas de la época, que optaban abiertamente por la codificación, como medio para superar la defectuosa situación jurídica del país, «anclada en la tradición por un sistema normativo anacrónico, confuso y, en buena medida, contradictorio» (3).

Dentro de este genérico deseo de profunda reforma de la legislación española destacaba el anhelo por encontrar instrumentos legales adecuados para dar seguridad jurídica a la contratación inmobiliaria, anhelo que se hallaba suficientemente justificado por las grandes modificaciones económicas y sociales que se estaban produciendo y que podían resumirse en el tránsito de una sociedad estamental a una sociedad clasista y que, en nuestro caso, suponía el paso de una concepción de la propiedad de tipo feudal a una concepción de tipo liberal-burgués.

Punto de partida de este recorrido fue una propiedad en la que, frecuentemente, se asociaban dominio y jurisdicción; una propiedad, en gran parte, anquilosada en manos de los estamentos privilegiados; una propiedad atenazada por mayorazgos, fideicomisos y patronazgos de muy diversa índole y oscurecida por infinidad de cargas y gravámenes ocultos; una propiedad, en fin, regulada por un mundo disperso y caótico de normas que ofrecían muy pocas posibilidades a las imperiosas exigencias de seguridad y agilidad del tráfico y del crédito inmobiliario, en vertiginoso ritmo de crecimiento.

Hasta entonces, difícilmente podía hablarse de una propiedad y de un crédito territorial dinámicos. «Los bienes —nos dice LACRUZ BERDEJO— pasan de padres a hijos, e incluso no está socialmente bien visto desprenderse de las fincas. Para obtener dinero a costa de una finca, ésta no se vende: se impone un censo. Para colocar dinero con garantía de una finca, tampoco se pacta un préstamo con garantía hipotecaria: se compra un censo. Para arrendar, se pacta un censo enfiteutico» (4).

Muy pronto se fue dando respuesta a aquellas exigencias y se dictaron una serie de disposiciones tendentes a facilitar la mutación estructural de la propiedad inmobiliaria del «Antiguo régimen». Efectivamente, en las primeras décadas del pasado siglo fueron abolidas las jurisdicciones señoriales, inmensas propiedades se desamortizaron y desvincularon y fueron abrogados numerosos privilegios, carentes ya de justificación, como eran la prohibición de cultivar baldíos o la de cerrar las

(2) Artículos 258, 4.º y 4.º, respectivamente.

(3) ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ: *Derecho del constitucionalismo y la codificación*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pág. 15.

(4) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: «Economía y sociedad en la génesis de la Ley Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 396/97, mayo-junio 1961, págs. 645 y ss.

fincas o los establecidos en favor del Consejo de la Mesta. Como nos resume PESET, «una clase burguesa numerosa está deseosa de participar en la explotación del campo, de adquirir la propiedad de la tierra... las tierras pasarán a manos de los nuevos señores y éstos las explotarán de un modo muy distinto» (5).

Los resultados no tardaron en apreciarse: rápidamente se incrementaron las fincas disponibles, con el consiguiente aumento de las transacciones de la propiedad desvinculada; creció velozmente la superficie cultivada —entre 1818 y 1860 entran en cultivo unos cuatro millones de hectáreas, la quinta parte de la superficie cultivada de España—; la tierra se revalorizó y se hicieron precisas grandes inversiones; también las ciudades experimentaron un crecimiento notorio, se trazaron los grandes ensanches de las principales ciudades, se incrementaron las obras públicas y se asistió al nacimiento de la gran industria con el lógico encauzamiento de capitales hacia todas estas actividades (6).

Pues bien, este inicial progreso no podía consumarse si los inmuebles no podían venderse sin temor a una evicción o no se podían ofrecer como garantía firme a aquellos que quisieran prestar sobre los mismos y es aquí, en este gran proceso, donde hay que enmarcar el afán reformador del antiguo ordenamiento jurídico inmobiliario, centrado sustancialmente en el régimen de transmisión y gravamen de los inmuebles, materia englobada dentro de la reforma de la legislación civil.

Se pensó en la registración de tales transmisiones y gravámenes como un medio adecuado para lograr aquellas finalidades y en los primeros pasos más destacables de nuestra codificación civil, en los que imperó la tendencia unificadora de las diversas legislaciones civiles coexistentes, figuró el registro público como pieza clave del ordenamiento jurídico inmobiliario.

En cuanto a los gravámenes se refería, existía ya un precedente, el de las «Contadurías de Hipotecas», que constituía un sistema rudimentario de registración, establecido en virtud de la Pragmática de 31 de enero de 1768, de aplicación en todas las provincias de los antiguos reinos de Castilla y Aragón y posteriormente en Navarra, que en aquella época gozaba de autonomía legislativa, por acuerdo de sus Cortes, de 1817, interesándonos resaltar aquí, como puso de relieve OLIVER, que estas disposiciones no provocaron queja, reclamación, ni protesta alguna.

(5) MARIANO PESET: «Derecho y propiedad en la España liberal», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núms. 5/6, de 1976/77, página 479.

(6) Vid. LACRUZ: *Op. cit.*, págs. 647 y ss.

de modo que el planteamiento de los Oficios de Hipotecas se llevó a cabo sin grandes tropiezos ni dificultades (7).

Volviendo a esos primeros pasos codificadores, vemos que el Proyecto de Código Civil de 1836 hablaba de un «registro público» en el que se tomaría nota de las traslaciones de bienes inmuebles y de las hipotecas, so pena, en este caso, de perder el acreedor «el carácter de hipotecario y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal» (8).

Entre las Bases que la Comisión General de Codificación presentó, en 1843, para la redacción del Proyecto de Código Civil, figuraron las relativas al Registro público, sentando el principio de que la inscripción en el mismo sería constitutiva para cualesquiera derechos reales sobre inmuebles, otorgándosele los máximos efectos de publicidad jurídica (9). Refiriéndose a la importancia de estas Bases, diría OLIVER, que «de ellas se deriva lógica y naturalmente toda la moderna legislación, llamada hipotecaria, la cual no viene a ser en el fondo más que el desarrollo progresivo de los principios fundamentales contenidos en aquéllas» (10).

En 1848 se redactó el proyecto articulado de los títulos «De las hipotecas» y «Del Registro público», que, apartándose de la letra de las Bases, adoptó una posición transaccional, en el sentido de respetar las antiguas leyes en cuanto a la transmisión del dominio y demás derechos reales, respecto a las relaciones entre partes, si bien se hacía necesaria la inscripción en el Registro para que el derecho real constituido o transmitido surtiera plenos efectos respecto a tercero (11). Este mismo criterio prevaleció al presentarse el Proyecto completo de Código Civil, en 1851, cuyos Títulos XIX y XX del Libro III se ocupaban, respectivamente, de aquellas materias (12).

Este Proyecto de Código Civil implicaba la derogación de los denominados Derechos forales, ya que estaba presidido por un criterio unitario que le llevó a prescindir, prácticamente, de las instituciones y principios jurídicos no castellanos. El Gobierno abrió una consulta pública previa a la posible promulgación del texto y su resultado fue desalenta-

(7) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER: *Derecho Inmobiliario español*, Madrid, 1842-1896, pág. 289.

(8) Cfr. especialmente artículos 1.783 y 2.111. Los textos de las Leyes hipotecarias históricas han sido tomados de *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, ed. del I. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1974. Sobre el alcance de los preceptos hipotecarios del Proyecto de 1836, vid. RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ: *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Montecorvo, Madrid, 1980, págs 75 y ss

(9) Cfr. Bases 50, 51 y 52.

(10) *Ob. cit.*, pág. 29.

(11) Cfr. especialmente artículo 94.

(12) Artículos 1.782 a 1.889

dor. «El escaso entusiasmo despertado por la obra —dice GACTO— y la opinión contraria a él de juristas, organismos y corporaciones forales, para quienes el proyecto actuó de revulsivo que espoléó el espíritu foralista, determinaron que el intento quedara paralizado en esta fase» (13). A la vista de ello, el Gobierno no hizo suyo el proyecto, dando como razón fundamental «que la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas... en determinados territorios de la Monarquía aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicación y ejecución de todo Código general» (14). Desde este momento, destaca DE CASTRO, «el obstáculo máximo para la codificación es lo que se llamará la 'cuestión foral'» (15).

Este primer gran intento de codificación civil quedó así frustrado, por el momento, y, como consecuencia de ello, quedaron sin respuesta los apremiantes requerimientos que el progreso económico y social hacía en cuanto a la promulgación de nuevas normas referentes a los inmuebles, como objeto de tráfico y de crédito, nuevas normas que, esperanzadoramente, se habían ido gestando dentro de ese Código Civil único que habría de regir en todo el país.

2. *La publicación de la primera Ley Hipotecaria, como ley general, al margen de la «cuestión foral»*

La elaboración de un Código Civil se había detenido ante el obstáculo, por entonces insalvable, de la pluralidad de legislaciones existentes en los distintos territorios, pero dicho impedimento no podía alegarse para no regular aquellas materias que, por nuevas y comunes exigencias, reclamaban inaplazable atención. Este era el caso, entre otros, de la transmisión y gravamen de los bienes inmuebles, cuya falta de adecuada normativa dificultaba el progresivo desenvolvimiento de la vida social.

Ante esta situación, el Gobierno optó por ordenar a la Comisión de Codificación, en 1855, la formulación de un «proyecto de ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial», a la par que ordenaba —es de resaltar la coincidencia— el estudio de una reforma del Código de Comercio, materia esta última que, por similares razones de perentoriedad que el tráfico inmobiliario, había sido ya objeto de codificación en 1829, sin que se plantease oposición a su aplicación general (16).

(13) *Ob. cit.*, pág. 189.

(14) Real Orden de 12 de junio de 1851.

(15) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho civil (Introducción y Derecho de la persona)*, 5.ª ed., Madrid, 1970, pág. 44.

(16) Reales Decretos de 8 de agosto de 1855.

En el afán de evitar perjudiciales retrasos, entre los que figuraban la demora en la efectividad de una futura «Ley de Bancos», se llegó a proponer en las Cortes la posibilidad de autorizar al Gobierno para poner en vigor, con carácter provisional, los correspondientes proyectos de ley, en tanto eran discutidos en las Cámaras (17).

Tras múltiples vicisitudes, el 8 de febrero de 1861 recibía la sanción real nuestra primera Ley Hipotecaria, publicándose «desde luego como ley en la Península e Islas adyacentes» y siendo buena prueba de su favorable acogida el que el proyecto fuese aprobado por unanimidad en el Congreso de los Diputados y sólo con once votos en contra en el Senado (18). Respecto a su contenido, como es bien conocido, regulaba lo que pudiéramos denominar el sistema registral y, a su vez, el derecho real de hipoteca, siguiendo, en cuanto a criterio inspirador de fondo, aquel espíritu transaccional del Proyecto de 1851.

En lo que a los Derechos forales pudiera afectar, es de subrayar que la Ley Hipotecaria no hizo ninguna clase de reserva o excepción respecto a la generalidad de su aplicación, a diferencia, por ejemplo, de lo que poco tiempo después acontecería con otra de las leyes generales sobre materias especiales, la de «Matrimonio civil», cuya publicación se llevó a cabo, con carácter provisional, «sin perjuicio, además, de lo que se dispone por el Derecho foral vigente respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes» (19). Ello no quiere decir que nuestra inicial legislación hipotecaria, que, en ausencia de un Código Civil, hubo de abordar la regulación de numerosas materias, llegando a constituir, en el sentir común, un verdadero «Código de Derecho inmobiliario», no se hiciesen referencias genéricas y específicas a instituciones forales, aludiendo como inscribibles, en su caso, a «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias regidas por fueros especiales», como hacía en fórmula que ha venido repitiéndose hasta nuestros días, el Reglamento para la ejecución de la Ley de 1861 (20).

Finalmente, quiero poner de relieve el carácter innovador con que apareció la Ley del 61, tal como lo proclamó se celebre Exposición de Motivos, tratándose —como explican LACRUZ y SANCHO— «de un ordenamiento que creó nuevas facetas en el tráfico inmobiliario, no regula-

(17) *Vid. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* de 7 de junio de 1856, págs. 13852/53.

(18) *Vid. Real Decreto* de 8 de febrero de 1861. Las correspondientes discusiones del Proyecto y el resultado de las votaciones puede verse en *Leyes Hipotecarias...*, cit., págs. 131 y ss. del tomo I.

(19) Artículo 1.º de la Ley de 18 de junio de 1870.

(20) Artículo 2.º

das antes y respecto de las cuales tenía prácticamente —es decir, por el hecho de no existir otras normas, y sólo por él— una exclusiva de regulación» (21).

3. *La publicación del Código Civil y la subsistencia de la Ley Hipotecaria como norma vigente en todo el territorio español*

Tras el fracaso del Proyecto del 51, se va renunciando paulatinamente a la unificación de la legislación civil y se va abriendo paso la idea de compatibilizar la codificación con la permanencia de los ordenamientos forales, cuya realidad no podía negarse. Al más alto nivel legal, la Constitución de 1869 se hizo eco de la cuestión y añadió al lacónico precepto de su antecesora, que establecía que unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, el inciso siguiente: «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes»; texto reiterado luego por la Constitución de 1876 (22).

Mención aparte merece el Proyecto de Constitución de la I República, que organizaba la nación en forma federal y que, entre las facultades reservadas a los «poderes públicos de la Federación» incluía los «Códigos generales», sin prohibir, por otra parte, a los Estados la posibilidad de legislar en «los asuntos civiles» no reservados expresamente al poder federal (23).

Vigente la Constitución de 1876 se reanudó y se culminó la empresa de Codificar el Derecho civil bajo el nuevo signo de conservar las peculiares disposiciones de los territorios forales, sin que toda esta tarea afectase en absoluto al ámbito de vigencia general de la legislación hipotecaria.

En 1881 se presentó a las Cortes un Proyecto de Ley de Bases para la formación de un Código Civil, que seguía el criterio de mantener vigentes las instituciones forales muy arraigadas y no generalizables y quedando el Código Civil como único derecho supletorio, pues bien, en la Base 2.^a se hacía expresa mención de que «quedará en vigor la Ley Hipotecaria» (24), entonces ya en su versión de 1869. Este proyecto fue rechazado, fundamentalmente, por la insatisfacción que produjo a los foralistas. También el Proyecto de Bases de 1885, que se convirtió en la

(21) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. de A. SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 60.

(22) Artículos 91 y 75, respectivamente.

(23) Cfr. artículos 49, 50, 92 y 96

(24) Ley de Bases de 20 de octubre de 1881, proyecto publicado en la *Gaceta* de 24 de octubre de 1881, pág. 175.

Ley de Bases de 1888, con arreglo a la cual se redactó el Código Civil, daba por supuesta la vigencia de la legislación hipotecaria (25).

Los redactores del Código Civil, «entre separar lo sustantivo de lo adjetivo, en las leyes generales promulgadas hasta entonces, trasladando aquello al nuevo cuerpo legal, o bien conservar lo existente, aislado del Código Civil y en el mismo estado de mezcla, optaron por lo segundo, y así respetaron la Ley Hipotecaria, lo cual no quiere decir que ésta fuera por definición intangible, ni que el Código no tuviera fuerza para hacer en ella modificaciones, como de hecho las introdujo» (26). En efecto, el Código Civil modificó en ciertos aspectos la Ley Hipotecaria y, entre esas modificaciones, no fue la más pequeña la de dar carácter constitutivo a la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, pero no supuso variación alguna en cuanto al ámbito de aplicación de la ley especial, la cual, en sus versiones reformadas de 1909 y de 1944-46, siguió rigiendo en todo el territorio nacional y sin que tampoco los nuevos derroteros por los que habrían de marchar las legislaciones forales —Apéndice y Compilaciones— redujeran tal ámbito.

III. LA «ORDENACIÓN DE LOS REGISTROS E HIPOTECAS» COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA DE 1931

1. *Génesis del artículo 15, 1.º, en cuanto a este extremo*

Al advenimiento de la II República se abrió la posibilidad de que las regiones gozasen de autonomía, planteándose inmediatamente el tema de la competencia de éstas en materia legislativa y, en concreto, en lo referente a los Derechos civil e hipotecario.

En el «Anteproyecto de Constitución de la República Española», redactado en julio de 1931 por la «Comisión Jurídica Asesora» designada por el Gobierno Provisional, se citaba entre aquellas materias que el Estado español tendría competencia exclusiva, nunca delegable en las Regiones autónomas, «el Derecho civil, incluso el hipotecario, y salvo lo atribuido a los Derechos forales» (27), siendo ésta, a mi entender, la primera vez que en la historia de nuestras tareas constituyentes, se hace referencia expresa al Derecho hipotecario. El criterio de la «Comisión», al presentar el resultado de sus trabajos, no fue unánime y, entre los

(25) Proyecto publicado en la *Gaceta* de 24 de enero de 1885, pág. 231. *Vid.* especialmente Base XXVI.

(26) LACRUZ y SANCHO: *Ob. cit.*, págs. 60 y 61.

(27) Comisión Jurídica Asesora: *Anteproyecto de Constitución de la República Española, que eleva al Gobierno la...*, Madrid, 1931, pág. 25.

votos particulares que acompañaron al anteproyecto, figuraba el de Alcalá Espinosa, que se mostraba partidario de atribuir a la competencia del Estado la promulgación de determinadas leyes de bases, entre las que incluía las referentes al «Derecho inmobiliario» (28).

El Gobierno no hizo suyo aquel anteproyecto, pero ahí quedaban esas primicias, que habrían de ser tenidas en cuenta en proyectos sucesivos.

En agosto de aquel mismo año, la Comisión de Constitución de las Cortes, que asumió la tarea encomendada a la Comisión Jurídica mencionada en cuanto a la elaboración de un Proyecto de Constitución, presentó el mismo, utilizando idénticos términos para referirse al «Derecho civil, incluso el hipotecario», como materias sobre las que tendrían competencia conjunta el Estado español y las Regiones autónomas (29).

También la presentación de este proyecto fue acompañada de votos particulares, entre los que se hallaba el de los diputados Alomar, Xirau y Valle, en el que se aludía a nuestro tema, ya que se proponía que «podrá corresponder a las Regiones, a medida de su capacidad política, la legislación exclusiva y la ejecución directa en las funciones siguientes: ... 15. La regulación del Derecho civil y la legislación hipotecaria, salvo lo dispuesto en el número 1 de este mismo artículo», correspondiendo esta última salvedad a «las formas legales del matrimonio y del divorcio y la ordenación del Registro civil» (30).

En el trámite previo a su discusión, el proyecto motivó, a su vez, numerosas enmiendas, siendo de especial interés en nuestro caso la firmada por un grupo de diputados encabezado por Juarros. En ella se proponía que correspondiese al Estado y pudiese corresponder a las regiones, en la medida de su capacidad política, la ejecución, sobre las siguientes materias: «1.ª ... En cuanto a la legislación civil, las formas legales del matrimonio, *la ordenación de los registros e hipotecas* y bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos, personal, real y formal para coordinar la aplicación y conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España» (31). Aquí se habla por vez primera de «ordenación de los registros e hipotecas» y ya no se habla de legislación o Derecho hipotecarios, ni tampoco se alude explícitamente al Registro civil.

Esta enmienda habría de influir decisivamente en la definitiva redacción del precepto constitucional. Fue hecha suya por Alcalá Zamora,

(28) *Ibid.*, pág. 76.

(29) Artículo 15, 3.º D. S. de las Cortes Constituyentes de la República Española, Apéndice 4.º al núm. 22, de 18 de agosto de 1931.

(30) *Ibid.* Apéndice 14 al núm. 25, de 21 de agosto de 1931.

(31) *Ibid.* Apéndice 7 al núm. 36, de 10 de septiembre de 1931.

quien, como simple diputado y no en su calidad de Jefe del Ejecutivo, asumió su defensa ante el pleno de las Constituyentes, explicando las limitaciones que habían de imponerse a la competencia de las regiones, en materia de legislación civil, «que la representación catalana, llena de comprensión y buen sentido aceptó» y tratando de justificarlas, una a una, en base a estas razones: «... la unidad del Registro civil, que si no se recaba para la legislación del Estado podrá ser quemado pacíficamente en algunas provincias, como se quemaba bélicamente en otros tiempos por los guerrilleros carlistas; la unidad del sistema hipotecario, base del crédito territorial; la unidad...» (32).

Esta actitud de Alcalá Zamora contribuyó mucho a que la Comisión de Constitución aceptase un «dictamen de armonía», emitido con la aquiescencia de las minorías parlamentarias, proponiendo el texto que pasaría luego a la Constitución (33):

«Artículo 15. Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las Regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1.ª Legislación penal, social, mercantil y procesal y en cuanto a legislación civil, ... la ordenación de los registros e hipotecas...»

Este precepto es, obviamente, el antecedente inmediato y directo del que ahora nos ocupa. Con él quedaba abierta la posibilidad de que las Regiones autónomas, independientemente de su condición de forales o no, legislasen en materia civil sin otras excepciones que las señaladas, resaltando ROCA I TRÉAS al comentarlo que «la materia registral estaba unificada en España desde 1861, fecha de la primera Ley Hipotecaria... por lo que hubiese sido un problema dejar la legislación de la misma a las Comunidades autónomas, con los posibles fraudes que ello hubiese podido provocar» (34).

2. Su desarrollo en los respectivos Estatutos regionales de autonomía

Las perspectivas de autonomía regional que abrió la proclamación de nuestra II República provocaron, incluso al propio tiempo que se estaba elaborando el Texto constitucional, la redacción de numerosos proyectos de estatutos, que habrían de ser, si llegaba el caso, las leyes básicas de la organización político-administrativa de los respectivos terri-

(32) *Ibid.*, de 23 de septiembre de 1931, págs. 1088/89.

(33) *Ibid.*, de 24 de septiembre de 1931, pág. 1160.

(34) ENCARNA ROCA I TRÉAS: «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1 de 1979, pág. 15.

torios y de los cuales sólo fueron promulgados el catalán, de 15 de septiembre de 1932, y el vasco, de 4 de octubre de 1936.

Entre los proyectos de estatutos regionales que proliferaron hay que distinguir entre aquellos que se redactaron con anterioridad a la Constitución y los que fueron elaborados con posterioridad a la misma.

En los primeros es de hacer notar la coincidencia de que, al igual que acaeció en las primeras fases de la redacción del Proyecto de Constitución, se hablaba de legislación hipotecaria. Así, el de Navarra, de 15 de junio de 1931, atribuía al «Estado navarro» competencia en cuanto a la «legislación civil, hipotecaria, procesal y notarial» (35); el de Mallorca e Ibiza, de 23 de julio de 1931, reservaba al poder central «la legislación y ejecución directa» en las materias referentes a «legislación civil, inmobiliaria, penal, social y procesal, incluido el régimen de propiedades especiales excepto aguas y minas» (36), y el de Cataluña, denominado de «Nuria», de 11 de agosto de 1931, que, tras atribuir a la República la legislación y a la Generalidad la ejecución, «en cuanto a la legislación civil, las formas legales de matrimonio y a ordenación de Registro civil», confería a la Generalidad la legislación exclusiva y la ejecución directa en cuanto a «la regulación del Derecho civil y la legislación hipotecaria, con la excepción señalada en el apartado a) del artículo 11», que era precisamente el que acabamos de citar (37).

Una vez publicada la Constitución, los diferentes proyectos se adaptaron a la misma y, por lo general, respetaron su letra. Muchos de ellos, en cuanto a las materias que en el campo de la legislación civil quedaban reservadas a la competencia del Estado, hicieron remisiones expresas al artículo 15, 1.º, de la Constitución (38); otros, como pudo ser el gallego, de 19 de diciembre de 1932, matizaron la cuestión, hablando de «la adaptación del Registro de la Propiedad... en Galicia, sin contradecir los principios que informan la legislación general» (39), y algunos otros, como el plebiscitado en el País Vasco el 15 de noviembre de 1933, desbordando el texto fundamental, consideraban de competencia regional, en cuanto a «instituciones de Derecho privado»: «1. Derecho civil foral, escrito y consuetudinario en su totalidad y Derecho civil en ge-

(35) Artículo 13, 16.º Los textos de los Proyectos han sido tomados de *Documentos para la Historia del Regionalismo en España*, recop. de SANTAMARÍA PASTOR, ORDUÑA REBOLLO y MARTÍN ARTAJO, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

(36) Artículo 21, f).

(37) Artículo 11, a).

(38) Tal remisión se hizo incluso en alguno de los Proyectos de Estatutos de regiones que no gozaban de Derecho foral, al amparo de lo previsto en la Constitución, como pudiera ser el caso del de Valencia, de 20 de febrero de 1937 [artículo 5, b)].

(39) Artículo 14, c).

neral, con las salvedades establecidas en el apartado primero del artículo 15 de la Constitución. 2. Legislación hipotecaria y notarial. 3. Legislación de la propiedad rústica y urbana» (40).

En cuanto a los estatutos que adquirieron vigor, el catalán y el vasco, tanto uno como otro se remitían expresamente al apartado 1.º del artículo 15 de la Constitución a la hora de señalar los límites respecto a la competencia de los órganos regionales en materia de legislación civil (41) y el primero atribuía al «Tribunal de Casación de Cataluña» y el segundo al «Tribunal Superior Vasco» el conocimiento de los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo catalán o vasco, respectivamente, «que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad» (42).

3. Aspectos hipotecarios de la Ley catalana de «contratos de cultivo» y su declaración de inconstitucionalidad

Reconocida la facultad de legislar en materia civil a las Regiones autónomas, sólo la Generalidad de Cataluña llegó a ejercerla, y entre las leyes que se promulgaron figuró la de 11 de abril de 1934, denominada «de contratos de cultivo» (*Llei de contractes de conreu*) (43), que produjo un gran impacto social y que fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 8 de junio de aquel mismo año (44).

Esta disposición, a caballo entre la legislación social y la civil, planteó numerosos problemas en orden a su adecuación o no al texto constitucional, sin embargo, nos vamos a ceñir a aquellos aspectos relacionados con el Registro de la Propiedad.

Por una parte, se creaba en dicha ley un Registro especial «de Contratos de Cultivo», donde habrían de presentarse los documentos públicos o privados en que deberían hacerse constar tales contratos (45). Por

(40) Artículo 21, B).

(41) Artículos 11 y 2.º, b), 1.º, respectivamente.

(42) Artículos 11 y 3, respectivamente.

(43) *Boletín Oficial de la Generalidad*, de 12 de abril de 1934. En el artículo 1.º de la Ley se decía que se comprendían en la denominación de «contratos de cultivo»: los de «rabassa morta», aparcería, «masovería», arrendamiento de tierras y, en general, todos los actos y contratos, cualquiera que sea su denominación, por los que se ceda onerosamente el aprovechamiento de una finca rústica a persona distinta de su propietario, siempre que la explotación sea de naturaleza agrícola.

(44) Publicado en la *Gaceta* de 12 de junio de 1934. Puede verse también en *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, tesis doctoral de ROSA M.ª RUIZ LAPEÑA, Zaragoza, 1980, págs. 833 y ss., a cuya autora agradezco la colaboración prestada para este trabajo.

(45) Cfr. artículo 9.

otra parte, la ley concedía unos derechos de adquisición y de redención, según los casos, a los cultivadores, que podrían hacerse constar en el Registro de la Propiedad, una vez satisfecho el pago de la correspondiente primera anualidad, mediante la correspondiente anotación preventiva, «que se cancelará cuando se haya pagado el último plazo, para convertirse en inscripción definitiva» (46).

Planteado el recurso de inconstitucionalidad, alegó la Generalidad, en defensa de la creación de aquel Registro especial, que la Constitución no reservaba al Estado más que la ordenación de los Registros ya existentes y afectos a la Dirección General de los Registros y del Notariado y, en defensa de esa nueva anotación preventiva, que no se trataba sino de una lógica aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria que no tasaba el número de derechos inscribibles o anotables.

El Tribunal de Garantías Constitucionales, en los fundamentos legales de la sentencia, tomando ocasión de los puntos debatidos, sentó una muy valiosa doctrina para interpretar el alcance del precepto constitucional en cuestión: «La materia hipotecaria —dijo— está atribuida al poder del Estado en el párrafo 1.º del artículo 15 del Texto Constitucional, con la poco acertada denominación de «ordenación de los registros e hipotecas», en la que es forzoso entender comprendidas todas las materias tratadas en nuestra legislación hipotecaria, que, a pesar de este nombre concreto, abarcan algo más que la simple regulación de las hipotecas». Consecuente con esta premisa el Tribunal entendió, en lo referente a la creación del Registro de «contratos de cultivo», «instituido sin efectos hipotecarios ni jurídicos», que tal creación «no representa invasión de las facultades del Estado»; por el contrario, «instituyéndose en la 'Ley de Cultivos', bajo la denominación de anotación preventiva, una verdadera inscripción provisional, es menester entender que esa creación, como materia propia de la legislación del Estado, independientemente de las características con que la ley regional aparece regulada, sin que obste a ello la amplitud de los términos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario» (47).

Es también de singular interés el voto particular que acompañó a esta sentencia (48). En él se sostenía que «la Generalidad no puede establecer un sistema registral nuevo, distinto al del Estado; pero no hay, en cambio, ningún obstáculo que le impida crear derechos inscribibles». En cuanto al Registro especial, se estimaba que el mismo «no puede ceder en modo alguno los efectos que el de la Propiedad ordenado

(46) Artículos 48 y 59.

(47) Similar al artículo 7 del vigente Reglamento.

(48) Suscrito por diversos Magistrados, encabezados por don ALVARO DE ALBORNOZ.

por el Estado; pero ni dicha ley (la de 'Contratos de Cultivo') se los atribuye, ni hay en ella nada que pueda implicar una nueva ordenación de los registros e hipotecas, que es la materia reservada al Estado por la Constitución». Con relación a la anotación preventiva creada, se decía: «En la ordenación de los Registros hay un aspecto formal y otro que no lo es. Organizado el Registro, el dar efectos reales a una situación jurídica o a un negocio jurídico (con lo cual se eleva a la categoría de inscribible) es cosa del Derecho propiamente civil, que pueda configurar cada derecho de ese carácter y señalar su eficacia. Si dado el régimen de número abierto de nuestro sistema de derechos reales, los particulares mismos pueden crear un derecho distinto de los taxativamente marcados en la ley que sea inscribible, ¿por qué no ha de poder la legislación regional, en cuanto no atente contra el sistema ordenador del Registro, conceder en ciertas situaciones jurídicas encaminadas a crear un derecho de propiedad, la posibilidad de una anotación?».

IV. LA «ORDENACIÓN DE LOS REGISTROS», COMO MATERIA EXCEPTUADA DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS RESPECTO A LOS DERECHOS CIVILES, FORALES O ESPECIALES, EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. *Origen de la expresión constitucional y su desarrollo estatutario*

Tanto en el primer Anteproyecto de Constitución, redactado por la ponencia designada al efecto —que seguía las huellas de la Constitución republicana, en el sentido de que la legislación civil, salvo determinadas cuestiones, podía ser competencia de las Comunidades autónomas—, como el subsiguiente proyecto, tras la fase de enmiendas —que cambió el criterio inicial, atribuyendo al Estado la competencia sobre la legislación civil, salvo lo relativo a Derecho foral con determinadas excepciones—, o como el proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados —que, entre otras cosas, sustituyó la denominación de Derechos forales por la de civiles forales o especiales—, utilizaron la expresión «ordenación de los registros e hipotecas», tomándola indudablemente de la Constitución de 1931 y considerando siempre tal materia como excluida de la competencia de las Comunidades autónomas (49).

Fue en la Comisión de Constitución del Senado donde prosperó una enmienda *in voce* del senador Ballarín Marcial, que variaba el texto del

(49) Artículo 138, apartado 7; artículo 141, apartado 8. y artículo 143, 1, 8.º, respectivamente.

Congreso en este punto, atribuyendo a la competencia exclusiva del Estado: «La legislación civil común y la que regula los registros e instrumentos públicos. La legislación para conservar, modificar o desarrollar los sistemas civiles, forales o especiales corresponderá a las Comunidades autónomas donde estén vigentes. Serán en todo caso competencia del Estado las reglas sobre aplicación y eficacia de las normas, las de resolución de conflictos de leyes y las relativas a las formas del matrimonio» (50). Esta redacción que, como vemos, sustituía la expresión «ordenación de los registros e hipotecas» por la de «la (legislación) que regula los registros», fue aceptada por el pleno de la segunda Cámara (51).

La Comisión Mixta del Congreso y del Senado, sin embargo, al redactar el último proyecto, volvió al texto del Congreso, aunque haciendo en él ciertas modificaciones y sin aclaración o explicación alguna, suprimió la referencia a las «hipotecas» e introdujo, tomándola del Proyecto del Senado, la alusión a los «instrumentos públicos», resultando de todo ello el definitivo artículo 149, 1, 8.º, de la Constitución:

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso..., ordenación de los registros e instrumentos públicos...».

Los diferentes Estatutos de Autonomía que se han ido aprobando al amparo de la Constitución, al referirse al tema de las competencias, han proclamado explícitamente la exclusiva de las respectivas Comunidades en cuanto a la «conservación, modificación y desarrollo» de su Derecho civil peculiar —«Derecho civil foral especial, escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran el País Vasco», «Derecho civil catalán» y «Derecho civil gallego» (52)—, y han atribuido a sus respectivos órganos jurisdiccionales el conocimiento de los recursos sobre calificación de documentos referentes a su Derecho privativo, «que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad» (53).

2. Su interpretación

Dejando al margen los juicios y comentarios que pudiera motivar el precepto en su conjunto y limitándonos, por tanto, a nuestro punto,

(50) *Vid. Diario de Sesiones del Senado*, 12/13 septiembre 1978, pág. 2626.

(51) Artículo 149, 1, 8.º

(52) Artículo 10, 5; artículo 9, 2, y artículo 27, 4.

(53) Artículo 14, e; artículo 20, e, y artículo 22, e, respectivamente.

han abundado las opiniones en el sentido de que la Constitución no ha venido a alterar en nada una situación ya existente y consolidada.

Así, LÓPEZ JACOISTE nos habla de que la mención relativa a los registros e instrumentos públicos «no entraña novedad de fondo, pues tanto la legislación hipotecaria y notarial como sus respectivos reglamentos contaban y cuentan con aplicación general en toda España» (54). Tampoco la repetida expresión constitucional parece provocar especial extrañeza a DELGADO ECHVARRÍA, quien, si bien resalta que la mención de los instrumentos públicos, «tiende a cercenar las facultades que pudieran tener las Comunidades autónomas relativas al notariado», no hace, al comentar el precepto, otras alusiones a la «ordenación de los registros» que las relativas a su origen terminológico —«anacronismo mutuado de la Constitución republicana» y «enmienda de Ballarín»—, y a los Registros que hay que entender allí comprendidos —«de la Propiedad y Mercantil, Registro civil» (55)—. También LASARTE ALVAREZ destaca la idea o propósito del legislador constituyente de «sancionar (en el sentido de ratificar) una situación conocida desde hace largo tiempo y que, en pocas palabras, resumiría diciendo que se trata de resaltar que todas las regiones españolas estaban sometidas con anterioridad a la Constitución a unas mismas leyes sobre la materia» (56).

ROCA I TRIAS, sin embargo, no parece compartir enteramente esta opinión. Por un lado, parte de que en el nuevo Texto Constitucional, «las competencias del Estado se amplían al introducirse lo relativo a los registros e instrumentos públicos, aunque hay que decir —añade— que éste es un tema de Derecho administrativo, dado que, a través de los registros y de los instrumentos públicos, el Estado organiza la cuestión relativa a la fe pública»; por otra parte, interpretando la nueva redacción del texto, en la que ya no figura alusión alguna a las hipotecas, entiende que «esta expresión se refiere exclusivamente a la organización de la fe pública en el territorio español, pero no a la regulación de determinados tipos de derechos reales, como son las hipotecas, en cuyo caso, y a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1931, podrán corresponder a las Comunidades autónomas la creación o supresión de determinados tipos de derechos reales de garantía, siempre que se ajusten

(54) JOSÉ J. LÓPEZ JACOISTE: «Constitucionalismo y codificación civil», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, U. N. E. D., Madrid, 1978, pág. 605.

(55) *Ob. cit.*, pág. 660, reiterando esta postura en «La potestad legislativa de la Generalidad de Cataluña sobre el Derecho civil catalán», en *Jornadas sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, abril 1980, pág. 47.

(56) CARLOS LASARTE ALVAREZ: «Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978», en *Revista de Estudios Regionales*, vol. II, Sevilla, 1980, págs. 194 y 195.

a las condiciones de publicidad que, a través de la organización de los Registros, establezca el Estado» (57).

A mi entender, como apuntaba al principio, la cuestión a resolver es la de fijar el significado y alcance de la expresión «ordenación de los registros», ya que, si en ella consideramos comprendida toda la legislación hipotecaria, habrá que admitir que la Constitución de 1978 no ha supuesto cambio alguno respecto a la situación anterior y que tal ordenamiento debe seguir manteniendo su ámbito de aplicación general en todo el país, sin que disponga de otra fuente de producción que los órganos legislativos del Estado, tal como ha venido aconteciendo desde la promulgación de la primera Ley Hipotecaria en 1861.

Pienso que, efectivamente, es así y que en la repetida expresión queda incluida toda la legislación hipotecaria, como claramente se deduce del proceso que ha culminado en la consagración de tal fórmula en la Constitución vigente. En este caminar, podemos distinguir unos primeros momentos en los que se habla de «Derecho hipotecario» y de «legislación hipotecaria»; unas ocasiones posteriores, en las que se habla simultáneamente de «legislación hipotecaria» y «ordenación del Registro civil» y un tercer momento —que se inicia con la «enmienda Juarros», en el que se deja de hablar de «legislación hipotecaria» y de «Registro civil», para comenzar a hablarse de «ordenación de los registros e hipotecas», como expresión más amplia y comprensiva de las anteriores, tal como lo va a confirmar la interpretación auténtica, que de la expresión va a hacer Alcalá Zamora, quien se refiere a ella como salvaguardia de la «unidad del Registro civil» y de la «unidad del sistema hipotecario». Por si ello no bastase, el Tribunal de Garantías Constitucionales no pudo ser más explícito al referirse al tema, reconociendo que en tales términos «es forzoso entender comprendidas todas las materias tratadas en nuestra legislación hipotecaria», como tuvimos ocasión de ver.

Viniendo a la Constitución vigente, en nada quedan desvirtuados estos argumentos por el hecho de que se haya prescindido de la alusión expresa a las «hipotecas», ya que esta variación en la redacción se produjo sin motivación alguna y de modo circunstancial, por no decir anecdótico, al tomarse parcialmente el texto de la «enmienda Ballarín», cuya única finalidad, sin duda, en lo que a este apartado respecta, era la de introducir la referencia a los «instrumentos públicos», pero no la de excluir la materia relativa a «hipotecas», como se desprende del contexto de la enmienda, que no repetía la expresión ordenación de los registros», sino que utilizaba la de «(legislación) que regula los regis-

(57) *Ob. cit.*, págs. 29 y 31.

tros», que en nuestra patria no es otra que la que también regula el derecho real de hipoteca.

Tal como se entendió durante la vigencia de la Constitución de 1931, la reserva en favor del Estado de la facultad legislativa en materia de Registro de la Propiedad lleva consigo la imposibilidad de la creación por órganos no estatales de otros Registros públicos que produzcan efectos jurídico-civiles respecto al dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, sin que ello obste a que las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que nazcan o se configuren al amparo de «la conservación, modificación o desarrollo» de los correspondientes Derechos civiles, forales o especiales, puedan y deban acceder, en su caso, al Registro de la Propiedad, como ha venido sucediendo hasta ahora y es precisamente esa situación o relación jurídica básica la que ha de determinar el ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales de las respectivas Comunidades autónomas en cuanto a los recursos sobre calificación de documentos referentes a sus Derechos privativos que deban tener acceso a aquel Registro (58).

Como consecuencia de todo ello, no comparto la opinión de Roca y TRIAS de que se han ampliado las competencias del Estado en este tema, pareciéndome temeraria la afirmación, aunque sea hecha marginalmente, de que se trata de un tema de Derecho administrativo, aseveración hecha en contra del común sentir. Nadie niega que en nuestra legislación hipotecaria existen preceptos de carácter administrativo y no es ahora momento para entrar en su cuantificación o para marcar con nitidez la frontera entre el carácter civil o administrativo de buen número de ellos, pero ahí está ese «plus de eficacia sustantiva que el Registro concede a las relaciones inscritas» (59), como función primordial de aquel ordenamiento, de indudable matiz civil y cuya producción con carácter exclusivo se mantiene, como antes, en manos del legislador estatal.

Queda todavía un argumento, al que no puedo dejar de aludir y es el de que las mismas razones que justificaron e hicieron posible el nacimiento de una legislación hipotecaria, de ámbito general, al margen de la «cuestión foral» siguen siendo válidas y, si cabe, tienen mayor vigor. Hoy, como ayer, preconizar una diversidad de sistemas hipotecarios

(58) Vid. JOSÉ T. BERNAL-QUIRÓS C.: «Notas sobre las repercusiones en el campo registral y notarial de los Estatutos vasco y catalán de Autonomía», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 157, mayo 1980, págs. 364 y siguientes.

(59) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967, pág. 80.

sería atentar contra la base del crédito territorial, abrir amplias posibilidades al fraude y, en definitiva, obstaculizar el tráfico jurídico inmobiliario.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

1. Nuestra legislación hipotecaria vino a regular aspectos nuevos del tráfico jurídico inmobiliario en orden a su seguridad y agilidad, como respuesta a imperiosas exigencias sociales y nació y ha vivido al margen de la «cuestión foral», antes y después de la promulgación del Código Civil, sin que nunca se pudiese en duda su aplicación general en todo el país y sin que dispusiese de otra fuente de producción que no fuera los órganos legislativos del Estado.

2. Esta situación se mantuvo durante la II República, cuya Constitución previó la posibilidad de que regiones autónomas gozasen de competencia en cuanto a legislación civil, con excepción de ciertas materias, entre las que se incluyó «la ordenación de los registros e hipotecas», expresión «poco acertada», en opinión del Tribunal de Garantías Constitucionales, en la que se entendió comprendida toda la legislación hipotecaria, reguladora, sustancialmente, de la institución del Registro de la Propiedad y del derecho real de hipoteca y siendo el correspondiente precepto constitucional el antecedente claro y directo del vigente.

3. La Constitución de 1978, que ha configurado un marco de autonomía legislativa en lo civil más restringido que el de 1931 —«conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»—, ha mantenido en cuanto a la legislación hipotecaria el criterio tradicional, reservando, en todo caso, al Estado la competencia exclusiva en cuanto a «la ordenación de los registros», expresión en la que, igualmente, hay que considerar incluida toda la legislación hipotecaria, careciendo de relevancia la falta de alusión expresa a las «hipotecas» en el nuevo texto.

4. La atribución, con carácter exclusivo, al Estado de la «ordenación de los registros», lleva consigo, en cuanto al Registro de la Propiedad se refiere, la imposibilidad de que ningún órgano que no sea estatal pueda crear Registro o instituciones similares que doten de efectos jurídico-civiles al tráfico inmobiliario, sin que ello impida que las situaciones o relaciones jurídicas que puedan nacer o surgir al amparo de la nueva normativa —fruto de esa «conservación, modificación y desarrollo» de los Derechos privativos de las Comunidades autónomas—,

puedan y deban tener, en su caso, acceso a los libros del Registro, para alcanzar esa eficacia adicional de que disfruta lo inscrito.

5. Consiguientemente, sólo en la medida en que una situación o relación básica, que aspire a acceder al Registro de la Propiedad, se halle regulada por el Derecho privativo de una Comunidad autónoma, deberán los órganos judiciales de ésta conocer de los recursos sobre calificación de los respectivos documentos de que se trate.

PABLO CASADO BURBANO

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

NOTAS

Sobre la línea divisoria entre la ocupación y la accesión

OBSERVACIONES AL LIBRO «LA PROTECCION DE LA FAUNA
EN EL DERECHO ESPAÑOL», DE FERNANDO LOPEZ RAMON

SUMARIO: a) *Resumen del contenido del libro.*—b) *Comentario y valoración.*—
c) *¿Son en algún caso en nuestro Derecho la caza y la pesca fructus fundi
o adquisiciones por accesión?*—d) *La cuestión en cuanto a los manantiales sub-
terráneos descubiertos.*

a) RESUMEN DEL CONTENIDO DEL LIBRO

La tensión entre los derechos del dueño del terreno, del primer ocupante, de los reyes o entes públicos y de la feudalidad es característica común de la historia de todos los bienes faltos de dueño. Se detecta así esa tensión entre tales interesados, en la historia de la caza y la pesca, de las legislaciones especiales de enjambres de abejas huidos, de las cosas muebles encontradas y nunca antes poseídas, de las cosas derelictas, de los tesoros, de las cosas encontradas perdidas y no reclamadas por nadie, de las aguas subterráneas y yacimientos mineros descubiertos y de los inmuebles faltos de dueño (adquiribles éstos en algún caso también por accesión, y por ocupación en otros períodos históricos).

Constatando la aplicabilidad de dicho esquema histórico al caso concreto de la caza y la pesca, LÓPEZ RAMÓN se ha servido de él para estructurar un libro que busca apoyarse en los datos esenciales de la historia de dichos institutos para detectar y potenciar al máximo las posibilida-

des proteccionistas de nuestra fauna contenidas en las leyes de caza y pesca, especialmente a la luz del principio establecido por el artículo 45-2 de la Constitución de 1978 (1).

Abre el libro que comentamos una «Introducción», que constituye el primero de los cuatro capítulos que lo componen, y donde se explica el plan general de la obra. Comienza observando el autor cómo un planteamiento proteccionista de la fauna resulta novedoso a los juristas —incluso administrativistas— porque están habituados a estudiar en las leyes más bien la regulación del exterminio de los animales. Sostiene, sin embargo, LÓPEZ RAMÓN que para el estudio de la protección de la fauna no debe prescindirse de analizar lo que nuestra tradición jurídica ofrece, porque lo contrario supondría construir dicho estudio en el vacío. Se propone el autor como meta, así, el identificar, tras la exposición del significado jurídico de la protección constitucional de la fauna, las corrientes que caracterizan el material normativo relativo a la fauna salvaje.

En cuanto a la valoración del artículo 45-2 de la Constitución, que ordena a los poderes públicos velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales», realiza el autor algunas afirmaciones, como la de que, a la vista de los antecedentes inmediatos del precepto, es indudable que alcanza a la fauna; que será necesario en el futuro que el nivel de utilización racional de la fauna sea fijado por los poderes públicos, y que, pese a la prevista transferencia a las Comunidades Autónomas de la competencia legislativa sobre caza y pesca (art. 148-1-11.º de la Constitución), será necesario impedir que los principios de la acción pública sobre el medio ambiente difieran radicalmente de una región a otra. Por lo demás, el autor opina, invocando la autoridad de GARCÍA DE ENTERRÍA y frente a la doctrina tradicional, que las regulaciones de la caza y la pesca tienen carácter predominantemente público,

(1) Se trata del libro *La protección de la fauna en el Derecho español*, editado por el Instituto García Oviédo, Universidad de Sevilla, núm. 48, 1980, un volumen de 140 págs. El libro de FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, de quien tengo el gusto de ser amigo y compañero en la Facultad de Derecho de Zaragoza, apareció sólo algunos días antes que mi tesis doctoral, publicada por la Editorial Bosch de Barcelona, con el título *Ocupación, hallazgo y tesoro*, y en un volumen de 693 págs. *Vid.* en este último libro, para el concepto de bien «falto de dueño», que intento introducir en la doctrina, las págs. 28 a 30 y 32 a 34, y para algunas noticias históricas sobre diversas clases de bienes faltos de dueño, las págs. 140 a 142, 151 a 153, 158-9, 179 a 181, 534-5, 643-4 y 650, entre otras. Se comprenderá fácilmente, a la vista de estas noticias históricas, que es casi inevitable, al empezar a hablar de la ocupación en el Derecho vigente, señalar que para que ésta exista deben quedar excluidos los derechos del Estado o la adquisición por accesión. *Vid.* al respecto, también en mi libro, las págs. 495-6.

El libro de LÓPEZ RAMÓN cuenta ya con dos recensiones: de JOAQUÍN TORNOS MAS, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 26, julio-septiembre de 1980, págs. 519 a 522; y de L. TOLIVAR ALAS, en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, págs. 411 a 414.

habiendo otorgado a dicho carácter «carta de naturaleza» el mencionado precepto constitucional.

Señala LÓPEZ RAMÓN, en fin, siguiendo una idea de GARCÍA DE ENTERRÍA, los tres elementos históricos sobre que va a estructurar el libro: la teoría romana de las *res nullius*, que conduce a la afirmación del principio de libertad de caza y pesca; la vinculación de la caza y la pesca a la propiedad de los terrenos, y las concepciones regalianas de la caza y la pesca. Estos tres elementos históricos vienen, según el autor, matizados, modulados e interpretados por un cuarto criterio, característico de nuestro siglo y que sería el criterio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico: el criterio proteccionista de la fauna.

En el segundo capítulo del libro analiza el autor la concepción de los animales como *res nullius* y el principio de libertad de caza y pesca. Analiza la persistencia de la tradición romanista y las vicisitudes históricas de dicho principio de libertad, con atención especial a las diversas leyes de caza y pesca del siglo pasado. En estas leyes, aunque son conocidos los tenaces enfrentamientos en la época entre los partidarios de la vinculación de la caza y pesca a la propiedad de la tierra y los partidarios del principio de libertad, acabó prevaleciendo siempre, aunque con importantes limitaciones, este último criterio de la libertad de caza y pesca.

El autor propone, a continuación, la que denomina «relegación del concepto de *res nullius* al ámbito privado». Da cuenta de algunos intentos doctrinales y legislativos (Ley italiana de 27 de diciembre de 1977) de superar la teoría de la *res nullius* e incluir la fauna salvaje entre los bienes de dominio estatal, pero no se muestra partidario de esta solución para nuestro Derecho, alegando, principalmente, que el problema de la pertenencia de los bienes cada vez pierde más importancia frente al tema de la disciplina del uso de los mismos. Lo importante, para el autor, es que se entienda que de la calificación como *res nullius* de la fauna salvaje no puede derivarse ningún condicionamiento de principio al ejercicio de las potestades que los poderes públicos tienen atribuidas en la materia.

Seguidamente se propone LÓPEZ RAMÓN la cuestión de si existe o no un derecho subjetivo de los ciudadanos a cazar y a pescar. El autor niega primeramente que se dé un *ius hominis* preexistente al Ordenamiento positivo, cualquier derecho natural, innato o esencial de la persona, y después, analizando el artículo 45 de la Constitución y las leyes vigentes de caza y pesca fluvial, concluye que tampoco puede considerarse reconocido en ellas un derecho público subjetivo a cazar y a pescar. En conexión con esto, el autor defiende, frente a la doctrina mayoritaria, el carácter constitutivo de las licencias de caza y pesca, que no serían,

por tanto, simples actos de autorización reglados, caracterizados por no deberse negar al solicitante en presencia de los elementos que la propia ley señala en cada caso. Para sostener, en cuanto a la caza, esta teoría del carácter constitutivo de la licencia, LÓPEZ RAMÓN advierte, entre otras razones, que la misma surgió históricamente ligada a una concepción nobiliaria de la caza, de estirpe regaliana.

En el capítulo segundo de su libro pasa a estudiar el autor la vinculación de la caza y la pesca al derecho de propiedad.

Comienza LÓPEZ RAMÓN señalando que el *ius prohibendi* del dueño del terreno en Roma siempre se dirigió contra un concreto cazador o pescador, no frente a todos los posibles cazadores o pescadores, por lo que cabe afirmar que en el Derecho romano prevaleció siempre el principio de libertad de caza y pesca cuando entró en colisión con la propiedad privada. Según el autor, la vinculación de la caza y la pesca al derecho de propiedad se produjo históricamente a raíz de la Revolución burguesa de 1789 y tras la abolición de los privilegios de caza detentados por la nobleza. Se analizan en el libro las vicisitudes y avance de esta «visión propietario» de la caza a lo largo de las diversas leyes y normas del siglo XIX (y en la Ley de Caza de 1902), en el doble sentido de la exclusión para los terceros del ejercicio de la caza y la pesca en terrenos particulares «acotados», e incluso en el de —hasta la Ley de Caza de 10 de enero de 1879— no sometimiento del dueño cazador *in suo* a ningún tipo de limitación legal ni control.

Según LÓPEZ RAMÓN, esta «visión propietario» de la caza, su consideración como *fructus fundi*, ha resultado reforzada y consolidada en la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, especialmente en relación con los terrenos sometidos a régimen especial, que suponen, al parecer, en conjunto, mayor extensión que los terrenos de aprovechamiento cinegético común. En el caso de las reservas nacionales de caza, por ejemplo, a base de interponer la ley a la Administración entre los propietarios y los cazadores, aportando los medios necesarios para garantizar el rendimiento de la explotación, se consigue proporcionar a los primeros, con fondos públicos, rentas dinerarias importantes. Según el autor, donde con caracteres más agudos se manifiesta la dimensión «propietario» de la ley vigente es en la regulación de los terrenos sometidos a régimen de caza controlada y en la de los cotos de caza, concebida esta última en la ley no ya sólo para proteger a la propiedad privada en general, sino para proteger las propiedades de gran extensión. Se estudia también en este punto la posibilidad que el artículo 16-4.º de la ley reconoce al propietario o titular de un coto privado de solicitar al Ministerio de Agricultura «la agregación de fincas enclavadas, cuya superficie conjunta no exceda del 10 por 100 de la inicialmente acotada». El autor

crítica esta posibilidad, que supone una imposición forzosa de una situación arrendaticia y es, a su entender, un supuesto anómalo e insuficientemente regulado de expropiación forzosa. Termina LÓPEZ RAMÓN esta parte de la explicación de la Ley de Caza, afirmando —como lo había hecho en el capítulo segundo respecto de la calificación como *res nullius* de la fauna salvaje— que de la consideración de la caza por la ley como *fructus fundi* no puede derivarse ninguna limitación o condicionamiento de principio a las potestades interventoras de la Administración en los terrenos sometidos a un régimen cinegético especial. Invoca el autor, a estos efectos, el criterio constitucional de la necesaria «utilización racional» de los recursos naturales (art. 45-2 de la Constitución). Este mismo le parece el criterio aplicable y único límite admisible a las potestades interventoras de la Administración en cuanto a la pesca en aguas de dominio privado, a pesar de que la ley (art. 38-1.º de la Ley de Pesca Fluvial) considera ésta como «patrimonio» del dueño de las aguas, y parece limitar la posible intervención de la Administración a un mero control de policía. Aduce y explica LÓPEZ RAMÓN en apoyo de esta última tesis algunas decisiones jurisprudenciales, como la interesante Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de junio de 1942.

Un último dato, que recuerda el autor como especialmente significativo de hasta qué punto ha preocupado a nuestro legislador proteger los intereses de los dueños de los terrenos, es el de la cobertura penal de la caza y la pesca como *fructus fundi*. Aparte de otros delitos y faltas de parecido sentido contenidos en las legislaciones específicas de caza o de pesca, el artículo 507 del Código penal —precepto que parece va a desaparecer del nuevo Código penal— castiga, nada menos que como robo, el entrar a cazar o pescar en heredad cerrada o campo vedado.

En el cuarto y último capítulo del libro estudia LÓPEZ RAMÓN la pervivencia de elementos de corte regaliano en nuestras leyes de caza y pesca. El autor inicia el capítulo con una serie de referencias históricas a la época medieval y las posteriores. En la Edad Media, la caza y la pesca, con distintas modalidades y nombres según los países (*inforestatio*, *droit de garenne*...), tienen la consideración de regalías de la Corona; regalías sobre cuyo fundamento la doctrina moderna ha formulado diversas hipótesis, recogidas en el libro. En la misma Edad Media se dio un proceso generalizado de transformación de las regalías menores de la Corona en derechos señoriales, eclesiásticos y municipales. Estos derechos nacían generalmente como una concesión del rey a los señores, pero fueron desvinculándose de la persona y haciéndose hereditarios. La antigua regalía de caza y pesca subsiste, pero limitada únicamente a lugares determinados o a especies de animales concretas. A finales de la Baja Edad Media, en fin, se dieron una serie de intentos conducentes a convertir la

caza en un privilegio nobiliario, intentos que, de todos modos, parece no prevalecieron. La distribución de los derechos de origen regaliano sobre la caza y pesca entre el propio rey, los señores, laicos y eclesiásticos, y los municipios, junto con la vigencia en ciertos ámbitos del principio de libertad de caza y pesca, completaban el cuadro normativo en España cuando el Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811 abolió, en su artículo 7, entre otros, los privilegios de caza y pesca.

A continuación de esta explicación histórica, LÓPEZ RAMÓN afirma que ciertas normas y técnicas contenidas en nuestras leyes de caza y pesca —y cuyo estudio se inicia en este lugar— suponen una supervivencia del dominio eminente del Estado, de origen regaliano, y adelanta el autor la tesis general de la operatividad de estas técnicas en nuestro Ordenamiento, en tanto en cuanto se enmarquen en una política de protección de la fauna.

La concepción regaliana de la caza se manifestó primero, modernamente, en el ámbito municipal, y concretamente, según el autor, en el artículo 15 del Reglamento de 3 de julio de 1903, según el cual podía sacarse a subasta la caza existente en cualquier término municipal y otorgarse su concesión, tras lo que el arrendatario obtenía la declaración de vedado de caza para dicho término municipal. La posibilidad reconocida a los Ayuntamientos fue, sucesivamente, suprimida por la republicana Ley de Ayuntamientos de 31 de octubre de 1935; restablecida por la Ley de Régimen Local de 1955, y, finalmente, suprimida por la vigente Ley de Caza de 1970. Pero advierte el autor que no se ha eliminado realmente la posibilidad de realizar contratos sobre la caza de los bienes municipales, porque no parece que haya ningún inconveniente para que un coto local esté formado por terrenos de propiedad municipal. Para el autor, en fin, esta pervivencia regaliana, aunque sea un medio de obtener ingresos el municipio, no debe considerarse actualmente subsistente en tanto que contraría al interés público de protección de la fauna, constitucionalmente reconocido.

En cuanto a la pervivencia de elementos regalianos en institutos vinculados al Estado, se refiere LÓPEZ RAMÓN a los refugios de caza y a las reservas nacionales de caza. En cuanto a los primeros, no se ha creado ningún «refugio nacional de caza», lo que es de lamentar por tratarse quizá, según el autor, de la única institución auténticamente protectora de la fauna que ha previsto la Ley de Caza. También ha tenido muy escaso éxito la institución de los refugios de caza, no calificados como de «nacionales». De las «reservas nacionales de caza», que sí se han constituido en gran número, opina el autor que responden, en general, a un criterio de protección de la fauna y de su «utilización racional», aunque advirtiendo que el fin de protección parece estar en ellas

en función de la actividad cinegética y que, en todo caso, no debe tomarse en este sentido a las reservas nacionales como un ideal, como institución excepcional, cuando se trata simplemente de un mínimo y la exigencia de la «utilización racional» de la fauna se extiende a todo el territorio.

La técnica moderna de protección de la fauna consistente en prohibir la caza de determinadas especies, permanentemente, en todo el territorio nacional, la relaciona el autor con la antigua técnica de las *feraminae nostrae*, de los animales cuya caza se reservaba el emperador o el rey. En relación con esta protección de especies animales, estudia LÓPEZ RAMÓN el artículo 23-2.º de la Ley de Caza, la utilización al respecto de la Orden General de Vedas, la nueva vía iniciada por el Decreto de protección de especies de 5 de octubre de 1973 (sin el carácter temporal de la Orden General de Vedas) y, finalmente, las posibilidades que ofrecieron los primeros artículos de la vigente Ley de Caza, desaprovechadas por el desarrollo reglamentario posterior, de imponer la protección de toda especie animal cuya caza no hubiera estado expresamente permitida.

En relación con la pervivencia de elementos de corte regaliano en la pesca fluvial, estudia el autor los cotos de pesca en aguas de dominio público, que pueden constituirse por concesión de ICONA a la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas, a las sociedades deportivas de pesca y a los sindicatos de pescadores profesionales. Los otorgamientos de estos cotos pesqueros fluviales, continuación de los antiguos arrendamientos de pesca, son calificados por la jurisprudencia como concesiones administrativas sobre aguas públicas, y son, en realidad, manifestaciones de la existencia de un resto de *ius eminens* del Estado en materia de pesca. Pero según el autor, la vertiente conservacionista es muy pobre en la regulación de estos cotos, mantenidos, sobre todo, como una fuente de ingresos para la Administración.

Termina LÓPEZ RAMÓN su libro con una breve recapitulación sobre todo lo tratado en él, reconociendo que los ataques más graves a la fauna pueden provenir de actividades distintas de la caza y la pesca (métodos modernos de cultivo, de cría de animales, de la industria, contaminación de las aguas, etc...), y haciendo algunas sugerencias orientadoras para una futura legislación de protección de la fauna.

b) COMENTARIO Y VALORACIÓN

Con estas muy sucintas referencias a los problemas tratados por LÓPEZ RAMÓN en su libro y a sus opiniones, cabe hacerse una idea aproximada del contenido del mismo. En cuanto a su valor, cabe decir, ante todo, que el libro aborda un tema de importancia y con actualidad,

de interés tanto para civilistas como para administrativistas, y sobre el que resultaba hasta ahora muy escasa la información existente en la doctrina española. Los institutos de la caza y la pesca son, de entre los varios institutos jurídicos relacionables con la figura de la ocupación, los que parecen haber presentado históricamente siempre mayor importancia social y política (2), por lo que parece oportuna y muy útil la realización de un estudio como el que comento. Aunque el libro no tiene, por la intención de su autor, carácter de investigación histórica, lo cierto es que aporta a nuestra doctrina una muy amplia información histórica, que da valor al libro y que, si se maneja sin olvidar ese diverso carácter que le confiere la intención del autor, será probablemente muy provechosa para nuestra doctrina.

Me parecen, en fin, ejemplares en este libro, el progresismo sin ambigüedades manifestado en él por el autor, y su permanente preocupación —casi siempre fructífera, según mi impresión— por averiguar o detectar, más allá de las teorías y los preceptos jurídicos, la verdad social de los intereses y los conflictos.

Ahora bien, el defecto que, en mi opinión, cabe achacar al estudio de LÓPEZ RAMÓN, es el de estar excesivamente subordinado a la defensa de la idea —perfectamente justa, por lo demás, según me parece— de que es conveniente y necesario el máximo control e intervención de la Administración en tema de caza y pesca para la consecución de la adecuada protección de nuestra fauna. Para ser un libro jurídico, el estudio de LÓPEZ RAMÓN resulta, en mi opinión, excesivamente ideológico, y la obsesión ideológica llega a perjudicar un tanto el rigor y la claridad del trabajo, porque desdibuja los perfiles de las tesis combatidas en el libro o incluso los de las propias tesis sostenidas en él. Parece, por tanto, que al libro le sobra entusiasmo en la defensa de la intervención de la Administración y le falta casuística y descripción de las consecuencias prácticas a que conducirían las diversas concepciones generales y teorías.

Este defecto general del estudio que comento —que es defecto, en mi opinión, también de metodología—, se refleja en algunas exageraciones o dudosas valoraciones de los elementos normativos en presencia y también (y acaso tiene ello mayor importancia en el conjunto de la obra) en cierta deformación o falta de rigor en la presentación del esquema histórico que se ofrece como punto de partida para la explicación del Derecho vigente.

En el primer sentido, por ejemplo, me parece advertir, cuando el autor defiende la *publicatio* de los sectores de caza y pesca y el carácter

(2) En cuanto a la importancia social o política actual de los demás institutos jurídicos de la ocupación, importancia que parece mucho menor que la de la caza y la pesca, véanse las alusiones hechas en mi obra antes citada, págs. 168-9 (notas 68 y 69), 405 a 407 y 664-5.

predominantemente público de sus regulaciones, cierta exageración del papel del Derecho administrativo en el sector. Dice, por ejemplo, en una ocasión (3), que «la Administración pública interviene, con mayor o menor intensidad, en la determinación de quiénes pueden cazar o pescar y de qué, dónde, cómo y cuándo se puede cazar o pescar». Y en otro lugar se llega a decir que el Código Civil distingue en sus artículos 610 y 611 «el aspecto privado y el aspecto público del derecho». Pero no es difícil advertir que la intervención de la Administración pública en la determinación del quién, qué, dónde, cuándo y cómo de la caza o pesca es de relativamente poca intensidad, siendo que todas esas circunstancias de la caza o pesca (todos esos elementos del «supuesto de hecho» de la adquisición por ocupación del singular animal) vienen bastante rigidamente predeterminadas en las regulaciones específicas (leyes formales, en su caso) de la caza o pesca a que, por cierto, se remite el artículo 611 del Código Civil. Y, por otra parte, la necesidad de licitud de la ocupación se da también, como me he empeñado en demostrar y resaltar (4), en los supuestos de hecho de adquisición de las cosas y animales encontrados que contempla el propio Código Civil (arts. 610, 612, 614 y 615).

En fin, en este tema del carácter administrativo o civil de las regulaciones de la caza y pesca, siendo indiscutible e indiscutido que ambas contienen normas de Derecho civil y otras de Derecho administrativo, acaso será enfoque más fecundo (o previo, al menos) que el de determinar, en general, cuál de dichos Derechos predomina. el de señalar qué concretos actos o cuestiones, o clases de ellos, aparecen como dudosos a efectos de la determinación de la jurisdicción correspondiente y de los principios aplicables (5).

En cuanto a las discutibles valoraciones de los elementos normativos en presencia, de que acusaba antes al libro que comento, me parece ad-

(3) *Vid. La protección de la fauna.* ., págs 14 y 39.

(4) *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, principalmente págs. 32 a 34, 444 a 446 y 472 y sigs. La trascendencia de la licitud de la ocupación es, además de que, faltando, no se produce adquisición de la propiedad de lo ocupado sin dueño, que la lícita ocupación de lo «encontrado» (incluso inmueble, parece) y que tenga dueño es justo título a efectos de su adquisición por usucapción ordinaria.

(5) Hay que reconocer, con todo, que éste no era el tema del libro que comento y que sólo viene a ser para el mismo como un telón de fondo. Como ejemplo de cuestión dudosa y difícil en este tema, véase la recogida por LORENZO MARTÍN RE-TORTILLO en «La caza, ¿problema civil o problema administrativo? El plazo para la decisión del Jefe del Estado», en *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968, págs. 189 a 193.

Vid. también cómo MARTÍNEZ PEREDA ha criticado la creación por la Ley de Caza de 1970 de «infracciones administrativas» y la consiguiente «desjudicialización» (penal, en este caso) del tema. *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 188-9.

vertir una insuficiente atención de LÓPEZ RAMÓN al valor y significado de los artículos 609, 610 y 611 del Código Civil. Estoy de acuerdo con el autor —y acaso nadie ha sostenido realmente lo contrario (6)— en que de esos artículos no puede derivarse ningún condicionamiento de principio a las potestades interventoras de la Administración en nuestro tema. Pero sentado esto, conviene advertir que el Código Civil sí supuso la admisión con un sentido amplio y liberal del principio de la ocupación, y que los artículos 609 y 610 del mismo, más que establecer la calificación como *nullius* (como faltos de dueño por inexistencia del mismo) de los animales objeto de caza y pesca, establecieron —y esto sí que es norma— que siempre que la ley no lo prohibiese podrían dichos animales ser adquiridos por cualquiera mediante la ocupación. Podemos saber, no obstante, por el estudio de los antecedentes italianos del Código Civil (7), que sus autores no quisieron modificar el principio de prohibición de la caza libre en fundos privados que estaba vigente al promulgarse el Código (8); pero la amplia acogida de la idea de ocupación que el mismo representó contenía en realidad un mandato al legislador para que restableciera la libertad de caza como principio general. Otra cosa es que el restablecimiento de dicho principio, que, en efecto, pareció hacer el artículo 9 de la Ley de Caza de 1902, resultara casi sólo retórico a la vista de la ulterior regulación sustantiva del tema por dicha ley (9).

(6) Fuera de algunas polémicas concretas, como la de si la licencia de caza o de pesca tiene carácter constitutivo o declarativo, o la de si exista o no un derecho subjetivo a cazar y pescar, no conozco que nadie haya defendido y teorizado que, a partir de la calificación como *res nullius* de la caza y la pesca, deben reconocerse determinados condicionamientos de principio a las potestades de intervención de la Administración en el tema: al menos, no encuentro esta teoría en el libro que comento, con lo que las tesis insistentemente combatidas en el mismo resultan, a la vez, en ocasiones, un tanto difusas.

(7) Los autores del Código tradujeron literalmente del Código italiano de 1865 todo el título de la ocupación, pero excepcionalmente se dejó de traducir el párrafo segundo del artículo 712 de dicho Código, en que se reconocía la libertad de caza en terrenos privados, salvo prohibición expresa de sus poseedores. Se mantuvo, por tanto, el criterio contrario del artículo 9 (aunque véase también la importante excepción del art. 15) de la Ley de Caza de 10 de enero de 1879. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 204 y 536.

(8) Según el ya citado artículo 9 de la Ley de Caza de 10 de enero de 1879. Según el artículo 15 de esta Ley, no obstante, en los terrenos privados no materialmente amojonados, cerrados o acotados, no se requería el permiso escrito del dueño para cazar cuando estuvieran «levantadas» las cosechas.

(9) Regulación que siguió siendo en realidad la misma de la Ley de 1879: posibilidad de cazar libremente en terrenos privados ajenos si estaban levantadas las cosechas y si no estaban los terrenos cerrados o amojonados o «vedados» (novedad esta última de la Ley de 1902). *Vid.* arts. 9 y 15 de la Ley de Caza de 16 de mayo de 1902, y arts. 7, 8 y 9 del Reglamento de 3 de julio de 1903. El principio de libertad de caza está más claramente proclamado en la actual legislación: *Vid.* art. 8 de la Ley y art. 9 del Reglamento.

Estos datos, con todo, aparecen especialmente relevantes en la polémica sobre si existe o no un derecho a la caza y sobre si tiene o no carácter de acto reglado la concesión de una licencia de caza. Parece verosímil que, aunque la licencia de caza tuviera en su origen histórico carácter constitutivo del derecho que reconocía, ese carácter pasara a ser simplemente declarativo tras la promulgación del Código Civil. De ahí el buen sentido de la doctrina mayoritaria, de la que se separa LÓPEZ RAMÓN (10), cuando se inclina por el criterio liberal... efectivamente plasmado en el propio Código Civil.

También me parecen discutibles las consecuencias que LÓPEZ RAMÓN extrae de la Constitución en relación con determinadas cuestiones controvertidas, como el que suponga el artículo 45 del texto constitucional: «unos principios que, correctamente interpretados, excluyen la existencia de un derecho subjetivo de cazar y pescar» (11). O que niegue la preeminencia del principio de libertad de caza y pesca en nuestro Derecho, exagerando la importancia de la vinculación de éstas a la propiedad de la tierra o la de la corriente «regaliana» (12).

En fin, un límite que sí que tendrá siempre la Administración en materia de caza y pesca será, precisamente, el de no poder llegar mediante disposiciones o actos administrativos (otra cosa sería si se tratara de disposiciones de Derecho administrativo, pero con rango de ley) a derogar en la práctica al Código Civil (y leyes de caza y pesca), suprimiendo total o aun sustancialmente la posibilidad de cazar o pescar.

Vamos a hacer también algunas breves consideraciones sobre la opinión antes adelantada de que, en el libro comentado, el autor ha incurrido en cierta falta de rigor en la presentación del esquema histórico que ofrece como apoyatura de sus argumentaciones sobre el Derecho vigente.

En una investigación o estudio que pretenda ser histórico dogmático (y si no lo pretende conviene que los límites del estudio que pueda parecerlo estén expresamente reconocidos y puntualizados) me parece que

(10) Vid. LÓPEZ RAMÓN: *La protección de la fauna*, pág. 52.

(11) En este tema, lo que parece que sí será siempre cierto es que cualquier persona que reúna los requisitos previstos (cualesquiera que sean) para solicitar la licencia de caza no podrá estar en situación más desventajosa, ni más ventajosa, que otra persona que también los reúna (igualdad ante la ley, en última instancia); lo que significa que si por la necesaria «utilización racional» de los recursos cinegéticos, la Administración debe restringir el número de licencias, al menos, el sorteo objetivo y con garantías será una exigencia conceptual del sistema y siempre tendrán esas personas, en principio, el «derecho» a participar en ese sorteo. LÓPEZ RAMÓN parece soslayar este aspecto de la cuestión (véase la pág. 60 de su libro), que a mí me parece sustantivo y esencial. Para la afirmación que transcribo en el texto, véanse las págs. 44 y 58 de este mismo libro.

(12) Vid. en el libro comentado, en cuanto a la pesca, las págs. 126-7, y en cuanto al problema en general, la pág. 128.

conviene precisar en lo posible hasta qué punto las ideas o las concepciones corresponden a los juristas (a la doctrina) y hasta qué punto, implícita o explícitamente, a la obra de los legisladores o incluso a la práctica judicial o administrativa.

En este sentido, parece que el libro de LÓPEZ RAMÓN peca de cierta simplificación, porque da a entender que el principio de libertad de caza y pesca «deriva» necesariamente de la teoría romana de que la caza y la pesca son *res nullius* y que, por otra parte, las regulaciones favorables a los dueños de los terrenos, porque limitan el principio de libertad de caza y pesca, se pueden reconducir a la idea de que la caza o la pesca son frutos del fundo. Esta explicación me parece que corresponde más al resultado social de las diversas regulaciones históricas de la caza y la pesca, que a las explicaciones dogmáticas vigentes entre los juristas de las diversas épocas.

En realidad, parece que para los juristas de todas las épocas y de todos los países con un Derecho de origen romano, está fuera de duda que los animales objeto de caza y pesca son *res nullius*. Las teorías que hayan considerado la caza o la pesca propiedad del Estado, o de dominio público, o accesiones o *fructus fundi*, serán enormemente minoritarias en el conjunto de nuestra muy homogénea tradición jurídica en este tema: teorías, pues, marginales y casi anecdóticas. La tricotomía sobre la que LÓPEZ RAMÓN ha estructurado su libro —tradición romanista, vinculación de la caza a la propiedad de la tierra (*fructus fundi*) y elementos regalianos— parece que le ha llevado, por una parte, a exagerar la importancia (al menos, doctrinal) de los dos últimos elementos diversos del romano y, por otra parte, a contraponerlos en términos demasiado absolutos, estableciendo una conexión absoluta (y no explicada como tal conexión lógica) entre concepto de *res nullius* y principio de libertad de caza y pesca, y tendiendo a excluir al concepto de *res nullius* de las adquisiciones de los propietarios de la tierra, la feudalidad, los reyes o entes públicos, etc... Sin embargo, esta exclusión está probablemente injustificada porque parece que, en realidad, la dogmática y la terminología romanistas (*res nullius*) tuvieron las explicaciones doctrinales de cualesquiera regulaciones de la caza y la pesca, y que estas regulaciones, cuando han limitado el principio de libertad, lo han hecho, con frecuencia, en el sentido de «reservar» la posibilidad de adquirir por ocupación (siempre dogmática romana, por tanto) al dueño del terreno, o incluso al señor feudal, o al rey, o al ente público correspondiente (acaso entonces para que éste pudiera obtener ingresos permitiendo cazar o pescar en el lugar). La dificultad de concebir un derecho de propiedad de alguien sobre el singular animal salvaje aún no atrapado ha propiciado

probablemente esta forma de explicar las diversas regulaciones históricas de la caza y la pesca.

En particular, conviene advertir, en relación con el tercero de los elementos de la tricotomía de LÓPEZ RAMÓN (elemento regaliano), que las regulaciones regalianas y las que otorgaban derechos a la feudalidad, más que elaborar una teoría completamente nueva en lo conceptual, parece que han adaptado en muchos casos su diverso contenido (destinatario de los bienes faltos de dueño, ya no el primer ocupante) al concepto de la *res nullius* (13). La idea de pervivencia de elementos regalianos en nuestra actual legislación de caza y pesca me parece sugestiva, pero sin que deba considerarse *a priori* incompatible conceptualmente dicha pervivencia sobre los derechos a cazar o pescar con la consideración como *res nullius* de los singulares animales objeto de caza o pesca.

Por otra parte, debe precisarse que no parece que exista en la tradición jurídica española ningún precedente de la idea de que la caza y la pesca habrían de considerarse de dominio público o pertenecer al Estado como bienes patrimoniales: la posibilidad apuntada, aunque como una curiosidad, por LÓPEZ RAMÓN (14), de que pudiera reconocerse un tal precedente en el artículo 1-1.º de la Ley de Mostrencos de 1835, no puede admitirse en absoluto (15).

(13) Se ha sostenido así que ciertos hallazgos, por ser *nullius*, pertenecían al príncipe, o que pertenecían a éste o a los señores dichos hallazgos porque se presumían derelictos o abandonados. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 158-9, 164, 202..., etc.

(14) *La protección de la fauna...*, págs. 37-8 y 101. Siguiendo una idea que atribuye a GARCÍA DE ENTERRÍA, el autor considera también posible que las regalías de la Corona sobre la caza y la pesca en España, y en la Alta Edad Media, tuvieran su justificación en «el concepto germánico de los bienes vacantes o mostrencos, cuya titularidad se atribuye al rey, en contraposición a la ausencia de titularidad propia de las *res nullius* romanas». *Vid.* la pág. 94 del libro comentado.

(15) Es completamente insostenible que los «semovientes», a que aludía el artículo 1-1.º de la Ley de Mostrencos de 1835, pudieran ser los animales objeto de caza y pesca. Una mera ojeada a la legislación histórica de los mostrencos persuade de que ese precepto aludía a las reses «mostrencas» o perdidas de los ganados, o si se quiere, a los animales perdidos no reclamados, en general. Incluso literalmente ello es claro porque, refiriéndose el precepto a semovientes «sin dueño conocido», implícitamente reconoce que se trata de animales encontrados de los que suelen estar poseídos y tener dueño. Si pudiera encontrarse algún texto en que a la caza se la denominase «bien mostrenco» habría que considerarlo completamente excepcional, como lo es la dicha utilización del similar término francés de *épave*, que he señalado en la pág. 181 de mi libro.

Más todavía: según he explicado en mi tesis, la Ley de Mostrencos de 1835, y parece que todavía la vigente Ley del Patrimonio del Estado, califican impropia-mente —aunque parece que sin precedentes en nuestra tradición jurídica— como «ocupación» a la adquisición directa *ex lege* por el Estado de los muebles e inmuebles (sólo éstos la vigente LPE) mostrencos o faltos de dueño.

En esta ocasión, por tanto, ni siquiera el mismo término «ocupación» quedó como separado y contrapuesto a adquisiciones por el Estado de bienes faltos de dueño. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 212-3 y 634 a 636.

En relación con el segundo de los elementos de la tricotomía que estructura el libro comentado, cabe también advertir que parece que los intereses de los dueños de los terrenos han sido históricamente defendidos no tanto por la teoría del *fructus fundi* (o de la accesión) como por la «teoría» que propugnaba una mera limitación de la posibilidad de caza y prohibición a los extraños (prohibición, además, que les impedía adquirir lo cazado). O sea, sin llegar a cuestionar verdaderamente la teoría de las *res nullius* (16). En otro sentido, puede todavía relativizarse una contraposición doctrinal demasiado tajante y absoluta entre la idea de ocupación y la de accesión (mejor que adquisición de frutos del fundo): en el sentido de que, como afirmaba al iniciar este artículo, y aunque se encuentren a veces resistencias en la doctrina a admitir que del carácter *nullius* de una cosa no se derive necesariamente su inmediata ocupabilidad, no es rara en el Ordenamiento la adquisición por accesión de *res nullius* (bienes faltos de dueño, mejor) (17).

No se puede, en fin, salvo si se es consciente de realizar un esquema histórico muy simplificado, afirmar que de la teoría romana de las *res nullius* «deriva», sin más, el principio de libertad de caza y pesca: este principio, o su falta o limitación, en cada caso, serán uno de los aspectos concretos de cualquier posible regulación de la caza y pesca; pero habrá que conocer cada concreta regulación para saber el posible ámbito de dicho principio de libertad. Así, por ejemplo, para conocer hasta qué punto pasó a existir dicho principio con la promulgación del Código Civil, habrá que conocer, como sugería antes, el Derecho inmediato anterior, el modelo que el legislador copiaba (Código Civil italiano) e incluso el ambiente de la época en cuanto a la recepción de las nuevas ideas (18).

Por otra parte, la declaración de la Ley italiana de 27 de diciembre de 1977 (artículo 1) de que la fauna salvaje constituye parte del patrimonio indisponible del Estado, no puede sino considerarse revolucionaria desde el punto de vista dogmático y contraria a una tradición milenaria. Así la consideraba, en efecto, CENDÓN, cuando era inminente en Italia la mencionada reforma. Pero hasta entonces, según afirma y justifica este mismo autor, la consideración de que incluso los animales salvajes que viven en vedados y reservas son *res nullius*, era prácticamente unánime en la doctrina y la jurisprudencia italianas. Vid. de este autor, *Proprietà riserva e occupazione*, Jovene Editore, Università di Camerino, 1977, nota 7, págs. 22-23 y págs. 146 a 148. La mención de esta reciente ley italiana la hace LÓPEZ RAMÓN en la nota 34 de la pág. 36 de su libro. En nuestro Derecho, en fin, pertenece al Estado la población piscícola de las aguas, a que se refiere el artículo 38, 2.º párrafo, de la Ley de Pesca Fluvial de 1942.

(16) Así he señalado también que ocurrió en tema de manantiales subterráneos descubiertos: Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 643-4.

(17) Vid. explicada esta misma cuestión, en relación con la adquisición por el dueño del lugar de su parte del tesoro, en la pág. 373 de *Ocupación, hallazgo y tesoro*.

(18) Véanse, por ejemplo, para todo ello, las páginas 405 a 407 de mi tesis, *Ocupación, hallazgo y tesoro*. En cuanto a la historia de la caza, reunió mucha información DE LOS MOZOS en la primera parte de su artículo, «Precedentes históricos y aspectos civiles del derecho de caza», RDP, 1972, págs. 286 a 296.

c) ¿SON EN ALGÚN CASO EN NUESTRO DERECHO LA CAZA Y LA PESCA
«FRUCTUS FUNDI» O ADQUISICIONES POR ACESIÓN?

Por lo demás, hay cierta verdad, desde el punto de vista dogmático, en la afirmación de que de la teoría romana de la adquisición de *res nullius* (o del concepto de ocupación a que responde nuestro Código, al menos) se «deriva» la necesidad de un principio de libertad de ocupación. Se trata de que como la ocupación supone la adquisición de la propiedad por el «primer ocupante», por el que «llega primero» a la cosa o animal vacante y falto de dueño, mediante un acto o hecho destinado al apoderamiento de los mismos o capaz de provocarlo, esa razón de prioridad absoluta en que viene a consistir la esencia de la mejor noción de ocupación queda un tanto desvirtuada cuando alguien (dueño del terreno, por ejemplo) tiene el monopolio de la ocupación de los animales susceptibles de caza o pesca. Aunque no se puede negar que esa previa exigencia de «título» en el adquirente se incluye en el supuesto de hecho legal de una adquisición que es para el Derecho ocupación, no debe dejar de señalarse esa especie como de «impureza» en el funcionamiento de una tal ocupación. Parece muy útil incluso interrogarse sobre si ese monopolio para la ocupación en favor del dueño del terreno no llega acaso a transformar realmente la adquisición en una accesión sobre la caza sometida a la *conditio iuris* de su aprehensión («llegar primero»: estricta ocupación).

Vale la pena detenerse en esta cuestión, que sólo he dejado levemente apuntada al explicar en mi tesis el concepto de ocupación (19).

Obsérvese que, en definitiva, la cuestión que nos proponemos es la de determinar si es o no cierto que, como parece suponer LÓPEZ RAMÓN, la caza (20) llega a constituir un *fructus fundi* cuando se suprime para

(19) En la pág. 496, concretamente. Me refiero allí a la posible adquisición por accesión del dueño del lugar y a la del titular de un aprovechamiento que también suponga facultad exclusiva de cazar en cierto sector o terreno. En lo que sigue me centro siempre en el primer supuesto y prescindo del segundo, aunque parece que para éste la cuestión, en efecto, se plantea de un modo paralelo. La tesis a considerar sería, en este segundo caso, si la adquisición de la titularidad del aprovechamiento suponía ya una adquisición de la propiedad sobre la caza que viviese en el terreno correspondiente, pero adquisición sometida a la *conditio iuris* de que se consiguiesen cazar dichos animales. Tesis, como explico en el texto para el caso del dueño del terreno cazador en monopolio, muy improbable, incluso si se atribuyera por el Derecho (lo que no es el caso: art. 50 de la Ley de Caza) al titular del aprovechamiento la propiedad de lo cazado furtivamente por los que no tuviesen el derecho de caza.

(20) La cuestión que planteo en el texto, se plantea de igual modo para la pesca que se realice en un coto de pesca en aguas de dominio público concedido por la Administración, de modo que el titular concesionario goce de la facultad de excluir que los demás pesquen en el sector correspondiente. Y parece que, en

los extraños la libertad de cazar allí y en beneficio de una facultad en exclusiva del dueño o de los dueños del terreno o terrenos (21). ¿Es o ha sido alguna vez históricamente en nuestro Derecho la caza un *fructus fundi*, o mejor, una adquisición por accesión? (22).

Pienso que la respuesta debería ser afirmativa (23) para aquellos casos en que se atribuyó al dueño del terreno lo cazado furtivamente por un tercero (Ley 17, tít. 28 de la Partida 3.^a, y art. 8 del Decreto Real sobre caza de 3 de mayo de 1834), o incluso la caza caída en el fundo desde el aire o llegada herida fugitiva al mismo (art. 7 de dicho Decreto

buena teoría, dicha cuestión debería plantearse y resolverse del mismo modo incluso en aguas de dominio privado, si no se reconocía la libertad de todos de pescar en las mismas. Pero aquí el artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley de Pesca Fluvial de 10 de febrero de 1942, va más lejos, y desviándose de la declaración de nuestro Código Civil (art. 610) de que carecen de dueño los animales que son objeto de la caza y pesca, establece que «la pesca en aguas de dominio privado, mientras permanezca en ellas, es patrimonio del dueño de las mismas».

Como, según se deduce del propio tenor literal de la frase («mientras permanezca...») y de su comparación con el anterior artículo 37, «la pesca» no es el derecho a pescar, sino los mismos peces no pescados aún, hay que concluir que éstos son ya propiedad del dueño de las aguas.

Es ésta una declaración de consecuencias —supuesto que las tenga— poco claras y criticable, más cuando el precepto no se limita a aguas privadas «cerradas», sino que da por supuesto que los peces podrían pasar de unas aguas privadas a otras de distinto dueño o de dominio público. En estas condiciones (y aun sin ellas), la afirmación del artículo 38 parece que reposa en un error conceptual, puesto que no hay ninguna razón decisiva para distinguir a estos efectos a los peces de los animales libres objeto de caza que vagan por terrenos privados. Tanto éstos como aquéllos están vacantes de posesión (salvo los primeros, si, como en ciertos criaderos o piscifactorías, resultan perfectamente controlables y muy fácilmente apresables) y no son susceptibles de goce mientras no se cacen o pesquen. Además, el permiso dado a un extraño por el dueño de las aguas privadas para que pesque en ellas y sin expresa «reserva» de su propiedad sobre los animales que se hayan de pescar, indudablemente habría que entender conllevaba el derecho del pescador autorizado a obtener la propiedad de lo que pescase. Resultaría artificioso y poco realista reconocer en un supuesto así una derelicción de los animales como condicionada a que los pudiera pescar el extraño autorizado. Finalmente, no podría justificarse tampoco una disposición como la del artículo 38 de la Ley de Pesca de 1942, por el falso principio de que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella» (art. 350 del Código Civil). *Vid.* sobre este último precepto, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 370-371.

(21) Véanse los párrafos de las fuentes romanas en que la caza es denominada *fructus fundi* y que ha recogido LÓPEZ RAMÓN DE GARCÍA GARRIDO: se trata de textos situados, en su mayoría, en sede de usufructo y no dirigidos a explicar el modo de adquisición de la caza. *Vid.* *La protección de la fauna...*, nota 75, pág. 62.

(22) DE LOS MOZOS afirma que el acto de acotamiento «territorializa» la caza, que deviene pertenencia del fundo. *Vid.* «Precedentes históricos...», RDP, 1972, página 303.

El artículo 43-1, k), de la vigente Ley de Caza, se refiere a la «caza ajena» para aludir a los animales no cazados todavía que viven en un fundo vecino. *Vid.* al respecto, MARTÍNEZ PEREDA: *Sanciones y responsabilidades en materia de caza*, páginas 128 a 132.

(23) Así lo he indicado en mi tesis, págs. 376 y 496.

Real de 1834) (24). Pero no es para este excepcional supuesto para el que nos interesa especialmente resolver el interrogante que formulamos, sino, como indicaba ya, para el supuesto en que consigue aprehender el animal el propio dueño del terreno que goza del monopolio de la caza allí. En nuestro Derecho vigente, puesto que el principio general es que los terrenos, incluso privados, sean de aprovechamiento cinegético común (art. 8-1.º de la Ley y art. 9 del Reglamento) (25), la cuestión interesa sólo en supuestos «excepcionales», como, principalmente, en el de terrenos particulares cercados, en que efectivamente se prohíbe la caza a los extraños (art. 19 de la Ley), y, en casos y en distintos grados, en las diversas clases de cotos de caza (privados y locales, sobre todo) (26).

Pues bien, en mi opinión, no es indefendible que el cazador en monopolio (dueño del terreno) adquiera por accesión la caza, pero con su adquisición sometida a la *conditio iuris* de la aprehensión del animal, cuando precisamente el Derecho le reconozca la adquisición de la propiedad, incluso de lo cazado furtivamente por otro en su terreno. Así ocurría, por ejemplo, en el régimen del Decreto Real de caza de 3 de mayo de 1834, para la caza por el dueño en sus terrenos privados cerrados (no «abiertos»: art. 4, *a contrario*). Nótese que, en un caso así, devenía indiferente a efectos de la adquisición el que el animal fuera cazado por el dueño del terreno legitimado para cazar o por un intruso, con lo que el hecho de la aprehensión del animal podía pensarse, en efecto, que no

(24) La adquisición a que me refiero en el texto, reconocida por los artículos 7 y 8 del Decreto Real sobre caza de 1834, correspondía no exactamente al dueño, sino a éste o al arrendatario: o sea, acaso al poseedor legítimo del fundo. Esto permitiría dudar, como indico en mi tesis, si se trataba de una ocupación atípica o —como parece preferible— de una adquisición por accesión, pero en favor del poseedor y no del propietario. *Vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, nota 1, págs. 496 y 505.

(25) Parece que también, en general, cabe reconocer en nuestro Derecho (artículos 609 y 610 del Código...) el principio de que es lícito ocupar cosas o animales encontrados en propiedad ajena (privada o pública), si por las demás circunstancias del hallazgo lo encontrado resulta lícitamente ocupable. Las varias e importantes normas de sentido contrario (con diversos sentidos: art. 351, art. 417, art. 426, art. 19 de la Ley de Caza...) no pasan de ser, por tanto, excepciones a dicho principio general.

(26) Se trata, ciertamente, de excepciones en sentido formal, aunque parece que los diversos territorios sometidos a regímenes cinegéticos especiales suponen, en conjunto, mayor extensión que los sometidos al régimen cinegético de aprovechamiento común. Cuando el ámbito del problema que planteo fue, al menos formalmente, mayor, fue con la vigencia de la Ley de Caza de 1879: importaba, en principio, para toda la caza en terrenos privados. Pero aun entonces, es dudoso si no seguía siendo formalmente el principio general el de libertad de caza, porque hay que notar que la posibilidad de cazar en la generalidad de los terrenos públicos es ya para los cazadores posibilidad de cazar en terrenos ajenos. O sea, que podría sostenerse (aunque resultase un tanto artificioso y aunque es cierto que no todas las personas son propietarias de tierras) que cualquier cazador podía cazar en los terrenos propios y en los ajenos que no fueran particulares.

era sino una *conditio iuris* de la previa e inevitable adquisición por accesión del animal. Relevancia ésta, por otra parte, que convenía reconocer a la estricta ocupación del animal, porque incluso considerando prohibida e ineficaz la caza en el terreno para la generalidad, la concreta pieza de caza atrapada cabría pensar que hubiera podido también morir de vieja sin que nunca (y tampoco por esa muerte) la adquiriese el dueño del terreno.

Ahora bien, ese razonamiento, que hubiera podido realizarse para la caza en terrenos privados y cerrados bajo la vigencia del Decreto Real de 3 de mayo de 1834, parece que, en primer lugar, resultaba mucho más difícilmente sostenible desde el momento en que hubiese habido más de una persona que hubiese podido cazar lícitamente en el terreno cerrado (por tener permiso del dueño, por ejemplo) (27), y, por otra parte, acaso era de todos modos la explicación menos consistente de esa adquisición de la caza por el dueño del terreno cazador en monopolio, porque también cabía reducir el juego del principio de accesión estrictamente a lo cazado furtivamente por un extraño, y considerar adquiridas por ocupación (impropia o impura, si se quiere) las piezas cazadas por el propio dueño del terreno, lo que estaba más en consonancia con toda la tradición jurídica romanizada, que ha asociado siempre la caza a la ocupación. Piénsese que si en nuestro Derecho de caza vigente fuera adquirido por el dueño del terreno mediante la accesión lo cazado furtivamente por extraños, la dudosa interpretación que consideramos no sólo chocaría con nuestra tradición jurídica, sino con los artículos 610 del Código Civil y 22 de la Ley de Caza, que, recogiendo esa tradición, consideran siempre adquirida la caza por ocupación, sin más distinciones.

En fin, ya se ve entonces que en nuestro Derecho vigente es indudable que la caza se adquiere siempre por ocupación, incluso en terrenos cercados o acotados, no sólo porque así lo declaran el Código Civil (artículo 610) y la Ley de Caza (art. 22), sino porque, coherentemente con éstos, el artículo 50 de la Ley de Caza (en relación con los arts. 31-8, 42-f) y 43-b) de la misma Ley) ordena que sea decomisada la caza viva o muerta que se ocupe a quienes ilícitamente hubieran cazado en terrenos ajenos cerrados o acotados (28). Aunque no existe ya la posibilidad reconocida en el Derecho romano de que el cazador extraño ilícito (contra

(27) En tal caso, parece que la caza del singular animal sería algo más que una mera *conditio iuris*, y que habría que reconocer en el supuesto o un sistema mixto (accesión-ocupación) de adquirir por el dueño del terreno, o más bien, ya una verdadera ocupación, aunque «impura».

(28) El cazador intruso no adquiere la propiedad de las piezas ilícitamente cobradas, por lo que al serle decomisadas, se le priva sólo de la posesión y no de la propiedad: *Vid.* el artículo 22, 1.º, de la vigente Ley de Caza, y para la cuestión, en la doctrina italiana, que ha debatido este punto. CENDÓN: *Proprietà riserva e occupazione*, núm. 9, págs. 33 a 39.

la prohibición expresa del dueño del terreno) retuviese, indemnizando en su caso por los daños, la propiedad de lo cazado (29), esta solución del comiso de las piezas ilícitamente cazadas salva también perfectamente el principio de que la caza es adquirida mediante la ocupación. En ningún caso, en nuestro Derecho, la caza o la pesca son rigurosamente *fructus fundi*, ni pertenencias, ni adquisiciones por accesión. Únicamente cabe reconocer que en ocasiones la ocupación funciona como impura o impropia, en el sentido de que el que «llega primero» a la cosa o la «ocupa» es el único que podía adquirir haciéndolo, pero sin que por ello, a la vista de nuestra tradición jurídica y de los fundamentales preceptos antes vistos, el abatir o apoderarse del animal pueda llegar a considerarse mera *conditio iuris* de una diversa adquisición.

d) LA CUESTIÓN EN CUANTO A LOS MANANTIALES SUBTERRÁNEOS
DESCUBIERTOS

La misma duda o cuestión que hemos planteado para la caza en terrenos privados y cerrados bajo la vigencia del Decreto Real de 3 de mayo de 1834, se plantearía en el Derecho vigente para los descubrimientos no casuales (obtenidos mediante búsquedas dirigidas a tal fin) de manantiales subterráneos descubiertos, si se acepta la idea —no indefendible— de que la atribución que el Ordenamiento (art. 418 del Código, art. 22 de la Ley de Aguas) hace de la propiedad del manantial al «alumbrador», debe entenderse referida sólo al buscador hallador y no al alumbrador por casualidad (30).

Con este presupuesto, la situación sería similar a la estudiada más arriba en relación con el dicho Decreto Real de 1834, porque en fundos privados sólo el dueño, en principio, podría investigar aguas subterráneas (art. 417), y porque parece que habrían de adquirirse por accesión los manantiales subterráneos que descubriera ilícitamente un buscador extraño (como cazador furtivo...), así como los que descubriera un extraño casualmente (realizando excavaciones con otra finalidad), a los que, por hipótesis, no alcanzaría la declaración del artículo 418 del Código.

(29) Vid., por ejemplo, la información que LÓPEZ RAMÓN ha tomado de GARCÍA GARRIDO: *La protección de la fauna...*, nota 17, págs. 28 y 61. También, sobre el *ius prohibendi* del dueño del terreno en el Derecho romano, vid. DE LOS MOZOS: *Precedentes históricos...*, pág. 288.

Nótese que, en nuestro Derecho, el cazador intruso no sólo no adquiere la propiedad de lo cazado, sino que es sancionado penal o administrativamente (arts. 31-8, 42-f), 43-b), de la Ley de Caza).

(30) Vid. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 649.

Así las cosas, y siempre con la señalada premisa, para los buscadores descubridores de manantiales subterráneos (únicos a quienes alcanzaría el art. 418), la ocupación sería «impura» no sólo en el sentido, más propio, de que el adquirente o «primer ocupante» debería haber sido buscador, sino también en el de que debería ser dueño del terreno o persona autorizada por él (31). La duda entonces sería, como sabemos, si el artículo 418 se limitaba a establecer una *conditio iuris* de la adquisición en todo caso por accesión del manantial subterráneo descubierto, o si, por el contrario, se trataba de una ocupación «impura» coexistente con la adquisición excepcional por accesión del manantial subterráneo descubierto por un buscador extraño sin permiso (32). Los artículos 407-6.º y 408-3.º del Código Civil probablemente no son argumento en favor de la primera posibilidad, porque parece que han de entenderse referidos sólo a las aguas subterráneas ocultas o no descubiertas todavía (33).

Ahora bien, si, como parece preferible, se piensa que el artículo 418 del Código (y art. 22 de la Ley de Aguas) no distingue, y que alcanza también a los descubrimientos casuales de manantiales subterráneos, entonces para éstos la ocupación sucederá sin necesidad de «ser buscadores» (por hipótesis) ni dueño del terreno o persona autorizada por él (adquiere también el extraño descubridor casual): supuesto, pues, de propia ocupación, que no constituirá la excepción a un sistema general de accesión, sino que será la misma norma general (art. 418), puesto que tampoco el dueño del terreno que se proponga investigar aguas subterráneas *in suo* necesita darse licencia a sí mismo (adquirirá, en su caso, por propia ocupación) (34). Sólo el buscador extraño, que requiere para poder adquirir la licencia del dueño del terreno, necesita entonces

(31) Digo que es más propio el primer sentido de la «impureza» de la ocupación, porque en este caso se trata de lo que hace el propio primer ocupante para llegar a adquirir (ser buscador o no...), mientras que en el otro caso (ser el dueño del terreno o autorizado por él...), se trata más bien de circunstancias previas o extrínsecas a lo que él mismo hace, aunque en todo caso estamos ante elementos del concreto supuesto de hecho de una adquisición por ocupación lícita. Piénsese que siendo necesario para la adquisición por el «primer ocupante» de animales objeto de caza o pesca, el haber obtenido previamente licencia de caza o pesca, siempre la adquisición del cazador o pescador se basa en «algo más» que la estricta ocupación. Pero parece poco útil señalar por eso la inevitable «impureza» de la ocupación de la caza y la pesca.

(32) Al tratar esta cuestión en mi tesis no consideré la primera de las dos posibilidades apuntadas, que me parece, como explico en el texto, muy difícilmente defendible (*vid. Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 648 a 650). Con todo, la opinión social común tiende probablemente a ver como más justificada la pertenencia de las aguas subterráneas al dueño del terreno que al alumbrador.

(33) *Vid.*, al respecto, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, pág. 648.

(34) Ya he explicado que parecen irrelevantes aquí los artículos 407-6.º y 408-3.º del Código Civil.

«algo más» que la estricta ocupación (cuestión de licitud), y faltándole dicha licencia, su descubrimiento dará lugar a una excepcional adquisición por accesión del manantial subterráneo en favor del dueño del terreno (35).

El alumbrador de las aguas subterráneas, a diferencia del mero derecho de aprovechamiento del «dueño» («aguas privadas») de una corriente de agua que es realmente de dominio público, tiene verdaderamente la plena propiedad del manantial o corriente subterránea descubierta: bien inmuebles, entonces, adquirido por ocupación, pese a que la norma general en nuestro Derecho es la pertenencia al Estado de los bienes inmuebles faltos de dueño (*vid.* arts. 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado, que no derogan esta anterior regulación especial del descubrimiento de manantiales subterráneos). Bien inmueble, por otra parte, que pasará a constituir una propiedad enclavada en otra de distinto dueño (el terreno, privado o de dominio público), cuando no sea el alumbrador el mismo dueño del terreno (*vid.* art. 334-8 del Código Civil y art. 71 del Reglamento hipotecario).

El carácter de plena propiedad privada sobre el manantial subterráneo descubierto parece que debe predicarse no sólo de la adquirida por el alumbrador, sino también de la adquirida por el dueño del terreno en el caso del alumbramiento por un buscador extraño sin licencia (el dueño del terreno viene a ocupar la posición que hubiera tenido, de haberlo, un «primer ocupante» adquirente del manantial).

No obstante, y aunque el párrafo primero del artículo 22 de la Ley de Aguas permitiría dudarlo, parece que si el adquirente del manantial subterráneo descubierto («primer ocupante» o dueño del terreno) no construye acueducto para conducir las aguas por los predios inferiores, dejándolas «abandonadas a su curso natural» (art. 22 de la L. A. y artículo 419 del Código), las aguas (la corriente, y desde su origen) se harán de dominio público y los dueños de los predios inferiores (y el del

(35) Esta es, en efecto, la explicación del conjunto de los supuestos posibles que consideré preferible en mi tesis *Vid. Ocupación hallazgo y tesoro* pág. 650. Sobre la diferencia entre la plena propiedad privada adquirida por el alumbrador de aguas subterráneas y el carácter de mero derecho de aprovechamiento que tiene la «propiedad» de las llamadas «aguas privadas», ha llamado oportunamente la atención LACRUZ, *vid. Elementos de Derecho civil. Derechos reales*, vol. 1.º, páginas 265 a 268.

El profesor GUAITA había calificado ya en una ocasión (aunque sin destacarlo suficientemente en el conjunto de su argumentación) como ocupación la adquisición por el alumbrador del manantial subterráneo: *Vid. Derecho administrativo especial*, tomo V, Zaragoza, 1970, pág. 173. Para el conjunto de la explicación del autor sobre el tema de las aguas subterráneas y bibliografía sobre el mismo, véanse las páginas 159 a 195. Véase también sobre el tema, por último, el importante estudio de ALEJANDRO NIETO titulado «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *RAP*, núm. 56 (1968), págs. 9 a 92.

predio mismo del que surgen las aguas) adquirirán el derecho de aprovecharlas (art. 22 L. A.).

La total o parcial falta de toma de posesión (construcción de acueducto) de la corriente subterránea descubierta parece suponer así una derelicción de la misma, que la convierte en bien de dominio público. Para reconocer en la práctica cuándo se ha producido ya esta derelicción «por omisión», habrá que estar a la voluntad del alumbrador adquirente, concediéndole lógicamente un plazo razonable para que realizando las obras oportunas entre en posesión de su manantial subterráneo descubierto.

La rápida construcción de acueducto será normal en la práctica en el caso del investigador hallador, que es en quien principalmente pensó el legislador, como sabemos por la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866; pero siendo casual el alumbramiento del manantial subterráneo cabe en algún caso que el alumbrador, acaso inicialmente ignorante de su adquisición, pretenda construir acueducto mucho tiempo después del alumbramiento: en teoría es bastante defendible que pueda hacerlo, incluso en la medida en que fuera posible, tras la adquisición de derechos por usucapión por los dueños de predios inferiores, siempre que la tardía toma de posesión de la corriente de agua (limitándose a una parte del caudal) respetase dichos derechos.

Según esta explicación, como se ve en el párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de Aguas y en el correspondiente artículo 419 del Código Civil, parece establecerse en la adquisición por ocupación del alumbrador la condición resolutoria de que falte la toma de posesión de la corriente subterránea descubierta y adquirida.

La toma de posesión de la corriente mediante el correspondiente acueducto por el dueño del terreno no alumbrador o un tercero le permitiría, en teoría, adquirirla por usucapión en treinta años (art. 1.959), pero como parece que cabe presumir que el alumbrador es consciente de sus derechos, el que tolerase dicha toma de posesión de la corriente por otro, acaso permitiría pensar en una inmediata adquisición por ocupación de la corriente alumbrada y derelicta o, mucho más probablemente, en que dicha corriente se hacía desde entonces de dominio público, con la consiguiente posibilidad del Estado o de los dueños de predios inferiores de reclamar que las aguas alumbradas fueran abandonadas por el ocupante «a su curso natural» (art. 419).

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Breves reflexiones sobre el reformado artículo 1.324 del Código Civil

SUMARIO: A) *La recuperación de soberanía por el Código Civil.*—B) *Su posible aplicación a todos los regímenes matrimoniales.*—C) *¿En qué momento ha de producirse la confesión de privaticidad? La posible rectificación de una inscripción ya consolidada por la vía del artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria.*—D) *Ámbito temporal. Aplicación retroactiva.*—E) *Efectos:* 1. Fuerza derogatoria. 2. Alcance de la derogación. 3. Efectos: entre cónyuges; frente a terceros; herederos voluntarios; herederos forzosos; acreedores; tercer adquirente; frente al Fisco. 4. Modo de practicar la inscripción.

Aparece ya como práctica consagrada, el iniciar cualquier disertación del tipo de la presente tratando de hacer una justificación de los motivos que han llevado al autor o autores a centrarse en los problemas concretos en ella planteados, por un lado, y por otro, haciendo un programa, resumen, esbozo, o como quiera llamársele, de las tesis que a lo largo del mismo se proponen exponer. Vamos nosotros a prescindir, si quiera sea por esta vez, de esta práctica tradicional. En cuanto al primer punto o justificación de los móviles, pues éstos aparecen claros para cualquiera que tenga que enfrentarse, al tratar de llevarlos a la práctica, con los nuevos textos legales surgidos de la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Y en cuanto al segundo, porque, como se puede deducir ya del título que hemos dado al trabajo que nos ocupa, si hubiéramos de formular alguna conclusión, la primera sería la imposibilidad de formular tesis alguna que se presente como incontestable. Por el contrario, nos limitaremos a plantear nuestras meditaciones per-

sonales sobre un aspecto concreto de la reforma, dejando para estudios más fundamentados y estudiosos de mayor altura, el pretender su definitiva resolución.

No pretendemos decir que sea ésta la sola cuestión conflictiva que puede plantear la reciente reforma del Código Civil, ni siquiera la más importante. Por el contrario, este tipo de problemas doctrinales puede multiplicarse prácticamente hasta el infinito, y es misión del jurista —y, en particular, del jurista práctico—, el plantear estas cuestiones y, en la medida de lo posible, sentar las bases para su resolución.

Por razones prácticas y de limitación de espacio, vamos a centrarnos en el nuevo régimen económico-matrimonial, y dentro de él, en un artículo —el 1.324— que se presenta como especialmente controvertido y de trascendencia dentro del ámbito registral. ¿Qué efectos hay que atribuir a la confesión hecha por un cónyuge de que los bienes adquiridos son de la pertenencia exclusiva del otro? ¿Ha sido derogado tácitamente el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario? ¿Cómo debe practicarse la inscripción?

Será nuestro propósito a lo largo de la presente exposición, y así desde ahora lo confesamos, asumir la defensa de las normas hipotecarias sobre la materia, para —sin desconocer la jerarquía normativa en este campo del Derecho civil común y hasta tanto se produzca la necesaria modificación del Reglamento Hipotecario— procurar la conciliación de los preceptos de Derecho civil e hipotecario, en la medida en que dicha conciliación se nos presente como posible.

A. LA RECUPERACION DE SOBERANIA POR EL CODIGO CIVIL

Nos encontramos en presencia de una norma —artículo 1.324—, de una ley sustantiva —Código Civil—, que en una primera lectura parece querer reglamentar una materia regulada hasta entonces prácticamente en exclusiva por una ley adjetiva —Reglamento Hipotecario—: la atribución de naturaleza privativa o ganancial a los bienes adquiridos por esposos sujetos al régimen económico matrimonial de gananciales, y como lógica secuela, el modo concreto de formular su inscripción, el reflejo que a dicha naturaleza privativa o ganancial debía darse en los libros registrales.

El Reglamento Hipotecario había actuado en este punto como necesario complemento de una normativa sustantiva que se ocupaba insuficientemente de la materia. En efecto, sólo una norma, el artículo 1.407 del antiguo texto civil, regulaba la cuestión. Este precepto, junto con las normas de los artículos 1.335 y 1.458, que prohibían las donaciones

y compraventas entre cónyuges, llevaron a sentar la conclusión de la inmodificabilidad absoluta de la naturaleza privativa o ganancial que, derivada del origen de su adquisición y por aplicación imperativa de las normas legales sobre clasificación de una y otra clase de bienes, debía a éstos atribuirse. Con ello, el Reglamento Hipotecario aparecía como formulador de un principio que no aparecía expresamente consagrado por el texto legal sustantivo, además de ocuparse de regular la única materia que en realidad debía haber considerado como propia de su ámbito: el modo de formular la inscripción. Hasta tal punto era ello así, que el artículo 96 del Reglamento Hipotecario regulaba en exclusiva una cuestión netamente civil: la legitimación para la realización de actos dispositivos.

En el nuevo régimen, el Código Civil recupera el protagonismo que nunca debió perder en esta materia: se ocupa expresamente de regular los efectos de la confesión de privaticidad. Y respetuoso con la misión que es propia del Reglamento Hipotecario, no se ocupa para nada del modo de practicar la inscripción. Pero es precisamente este respeto, unido al hecho de no haberse producido coordinación entre las reformas civil e hipotecaria, el que ha causado el germen de la confusión.

De ahí que debamos sentar una primera premisa aclaratoria, derivada de dicha recuperación de soberanía: vuelve a ser competencia del Código Civil el regular la presunción de ganancialidad —artículo 1.361—; el efecto que sobre dicha presunción tiene la confesión realizada por un cónyuge de que los bienes adquiridos son de la pertenencia privativa del otro —artículo 1.324—, y la legitimación para la realización de actos dispositivos —artículos 1.375, 1.320, etc.—. Y quedará reservada a la normativa hipotecaria exclusivamente el regular el modo de practicar la inscripción —artículo 95-2, *in fine*, del Reglamento Hipotecario.

Si logramos demostrar, como es nuestro propósito, que la contradicción entre los artículos 95-2 del Reglamento Hipotecario y 1.324 del Código Civil es más aparente que real, ello traerá, como lógica consecuencia, la derogación del artículo 96 del Reglamento Hipotecario y la simple modificación del artículo 95-2 para adaptarlo al tenor del nuevo artículo 1.324. Pero de ello nos ocuparemos más adelante.

B. SU POSIBLE APLICACION A TODOS LOS REGIMENES MATRIMONIALES.

Como ya hemos apuntado, la norma hipotecaria que regulaba la materia, así como el precepto de Derecho sustantivo que era su base —artículo 1.407—, aparecían únicamente referidos a supuestos planteados

en el régimen de la sociedad de gananciales. Por el contrario, el nuevo artículo 1.324 aparece situado en el capítulo I («Disposiciones generales») del título III («Del régimen económico matrimonial»). ¿Significa ello que su contenido es de aplicación a cualquier régimen económico matrimonial? Tres son los regímenes previstos y regulados por el Código Civil: gananciales, régimen de participación y separación de bienes. Junto con la previsión de poder pactar cualquier otro régimen de naturaleza distinta —artículo 1.315—, como régimen totalmente nuevo o como simple modificación de los que ya son objeto de previsión legislativa.

De los tres regímenes que llamaremos privilegiados —por ser objeto de atención preferente por el legislador—, sólo al de gananciales parece aplicable la *ratio* del 1.324. En efecto, para atribuir naturaleza privativa a un bien adquirido en régimen de separación de bienes o participación, basta la comparecencia como adquirente del cónyuge a quien ha de atribuirse en titularidad exclusiva. Sin perjuicio de que, en su caso, y en el momento liquidatorio, o al abrirse la sucesión o probarse el fraude, se realicen las compensaciones en metálico que sean pertinentes. Pero en tal tipo de regímenes no hay una presunción de ganancialidad que pueda destruirse por prueba en contrario —confesión—, que es la finalidad particular del artículo 1.324.

Por ello, sólo al régimen de gananciales típico, a las variantes del mismo previstas en capítulos o a cualquier otro régimen que atribuya naturaleza común a las adquisiciones a título oneroso constante matrimonio parece de aplicación la norma del 1.324. Su lugar estaría quizá de un modo sistemáticamente más correcto, tras la norma del artículo 1.361 —como precepto paralelo al 1.407 de la anterior regulación—, con la posibilidad de su aplicación analógica a cualquier régimen pactado de naturaleza similar.

C. ¿EN QUE MOMENTO HA DE PRODUCIRSE LA CONFESION DE PRIVATICIDAD? LA POSIBLE RECTIFICACION DE UNA INSCRIPCION YA CONSOLIDADA POR LA VIA DEL ARTICULO 40, D), DE LA LEY HIPOTECARIA

Otro punto concreto planteable se refiere al momento en que debe producirse la confesión de privaticidad para que surta sus efectos típicos. En principio, del tenor literal del artículo 1.324 no puede inferirse ninguna aclaración sobre el particular; el precepto se limita a decir: «para *probar*... que determinados bienes... *son propios*». Aparece, pues, referida esta posibilidad de realizar la confesión, produciendo ésta siem-

pre sus efectos propios, tanto al momento de realizar la adquisición como a cualquier momento posterior.

Es de observar aquí el contraste entre esta formulación legal y la del artículo 1.335: «Podrán los cónyuges atribuir la condición de gananciales a los bienes que *adquieran...*». Sólo en el momento de la adquisición se ofrece la posibilidad de realizar esta atribución con efectos vinculantes.

No obstante, parece que esta misma solución ha de aplicarse al caso del artículo 1.324, que dicho precepto está pensando sólo en las confesiones realizadas en el momento adquisitivo. En primer lugar, porque del precepto no se deduce nada en contrario, como ya hemos visto, y porque en el caso de admitirse, y caso de haberse practicado ya la inscripción, la confesión operaría como un título traslativo de dominio, solución contraria a su naturaleza. En segundo lugar, por razones de lógica y sistemática y por motivos fiscales. Por razones de lógica y sistemática, pues en tal supuesto —atribución posterior de naturaleza privativa por confesión a un bien inscrito como ganancial— nos encontraríamos ante un supuesto de rectificación de inscripción erróneamente practicada por defecto en el título, materia propia de regulación hipotecaria y perfectamente prevista y regulada por el artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria. Y, por otro lado, por cuanto éste sería un camino fácil para eludir la tributación fiscal a que están sujetas las ventas y donaciones entre cónyuges, como todas las transmisiones, tras preverse su posibilidad por el artículo 1.323.

Puede argumentarse en contra que el hecho de que el momento idóneo para realizar la confesión, y al que se refiere el artículo 1.324, sea el adquisitivo, no prejuzga el que no quepa posteriormente pedir una rectificación del registro, diciendo precisamente que en la escritura no se hizo constar —por error— que la procedencia del precio era privativa, o se hizo cualquier otra manifestación —también por error— que no correspondía con la realidad. Si ello aparece dudoso cuando ha comparecido como adquirente un solo cónyuge —precisamente el beneficiado posteriormente por la confesión— sin manifestar nada sobre el destino del bien, debe mirarse con mayor precaución cuando la compra se ha efectuado por los dos cónyuges o por uno solo diciendo que compraba para su sociedad conyugal. En el ámbito fiscal, razones de presunción de fraude llevarían a investigar la posible sujeción al Impuesto de Transmisiones o Sucesiones y Donaciones de tal manifestación. En el ámbito hipotecario y registral, estas mismas razones se muestran como suficientes para denegar la rectificación pretendida, pues aparece manifiesto que lo que se pretende no es una rectificación, sino el encubrimiento de una transmisión y, por ende, de una operación registral. De ahí que sea en

tal supuesto aconsejable, cuando menos por razones de prudencia, que el Registrador exija cualquier otra justificación —independiente de la simple manifestación por los interesados y como protección a posibles terceros perjudicados— de que tal error se produjo realmente.

D. AMBITO TEMPORAL. APLICACION RETROACTIVA

¿Las confesiones de privaticidad realizadas con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981 e inscritas conforme a lo dispuesto en el artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario, quedan sujetas a lo dispuesto en el artículo 96 del Reglamento Hipotecario —necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de ulteriores actos dispositivos— o puede serles de aplicación la nueva normativa derivada del artículo 1.324?

Examinado el texto de la reforma, no se encuentra ninguna norma de Derecho transitorio que resuelva la cuestión. Parece por ello de aplicación la regla general derivada del artículo 2-3.º: «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». El principio general aplicable resulta, por tanto, el de irretroactividad en la aplicación de los efectos derivados del artículo 1.324.

Frente a este principio general, ¿cuál puede ser el influjo resultante de las diversas teorías dirigidas a la suavización del rigorismo de dicho principio general y, en concreto, de la aplicación de la teoría de los grados de retroactividad? Recordemos sus diversas escalas:

- Retroactividad de grado máximo: llevaría a la aplicación radical y a todos los casos del artículo 1.324, incluso respecto a efectos ya consumados con anterioridad. Parece insostenible.
- Retroactividad de grado medio: la nueva ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, cuyos efectos, aunque iniciados bajo dicho régimen, se terminan de desarrollar en el tiempo en que rige ya la nueva normativa. Lleva también a la aplicación del nuevo 1.324, pero veamos cómo. Situación —confesión de privaticidad— realizada en el ámbito temporal del régimen anterior, que ha producido bajo dicho régimen ciertos efectos —por ejemplo, la inscripción conforme al 95-2—, pero algunos de los cuales se realizan ya bajo la nueva normativa —la disposición—. A estos últimos efectos sería ya aplicable la nueva regulación, que, como veremos más adelante, y siempre en nuestra particular opinión, lleva a la derogación no expresa del artículo 96 del Reglamento Hipotecario y, por tanto,

como consecuencia, a la innecesariedad de nuevo acto dispositivo por parte del cónyuge confesante.

- Retroactividad de grado mínimo: la nueva ley se aplica a situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a efectos totalmente producidos bajo el imperio de la nueva legislación. Aplicada al caso presente, trae como consecuencia la posible vigencia del régimen derivado del artículo 1.324 respecto de sociedades de gananciales ya existentes con anterioridad a la reforma, pero sólo en cuanto a confesiones de privaticidad producidas con posterioridad a su entrada en vigor.

Parece ésta la solución aplicable. En primer lugar, porque, como hemos dicho, y por imperativo del artículo 2-3, la irretroactividad de las leyes es el principio general, por lo que las posibles matizaciones de dicho principio han de ser interpretadas restrictivamente. Y, en segundo lugar, por la posible aplicación analógica de la disposición transitoria 1.^a del Código Civil: «Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo...», así como de la declaración general: «Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo...». Ciertamente que la reserva al cónyuge confesante de facultades dispositivas no puede estimarse como un verdadero derecho subjetivo. Pero ¿no parece asimismo lógico y consecuente con el principio de seguridad jurídica, que la confesión realizada por un cónyuge bajo el régimen del artículo 95 y, por tanto, en la creencia de que únicamente produciría los efectos derivados del artículo 96 —necesidad de codisposición—, produzca precisamente ese tipo de efectos y no otros diferentes?

• • •

Cuestión distinta es la referente a qué normativa resulta aplicable a las confesiones de privaticidad producidas con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 1.324, pero presentadas a inscripción con posterioridad a esta fecha. Parece que el momento determinante de la productividad de efectos ha de ser aquél en que se produce la confesión, prescindiendo del dato meramente formal del asiento del título correspondiente en el libro Diario, en parte, por la posibilidad de retrasar maliciosamente dicha presentación, atribuyendo así al acto de la confesión efectos que no tenía en el momento de producirse y que quizá el confesante no quiso atribuirle —por tanto, por una exigencia de segu-

ridad jurídica, a la que ya nos hemos referido—, y, en parte, también por la recuperación de soberanía, tantas veces aludida, del Código Civil sobre la normativa hipotecaria.

En cuanto al momento en que tal confesión ha de entenderse producida, ha de ser el de su reflejo en la escritura pública correspondiente, pues sólo en tal momento puede tenerse constancia fehaciente de la fecha—en aplicación del artículo 1.218 del Código Civil.

o o o

Otro punto controvertido es el relativo a si es posible que sobre bienes inscritos con sujeción al artículo 95-2 del Reglamento Hipotecario en el régimen anterior, se pueda producir una nueva confesión del cónyuge del titular, pretendiendo que ésta surta los efectos propios del artículo 1.324 en su nueva regulación.

A ello se oponen: por un lado, la formulación del artículo 2-1 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «en el Registro se inscribirán: ... los títulos traslativos o declarativos del dominio...», y la confesión, como hemos visto y veremos, no puede ser considerada como un título traslativo, y el hecho de que las previsiones de rectificación del artículo 40, *d*), se refieren a supuestos en que se ha producido error del título, del Registro, etc., y no a casos en que la inscripción se ha practicado de una manera perfecta, si bien con sujeción a un régimen legal diferente. Y, por otro, el hecho de que las disposiciones transitorias, tanto de la legislación civil como hipotecaria, no han previsto directamente tal posibilidad.

A favor de tal posibilidad, quizá pueda aducirse el argumento de que la aseveración del carácter privativo puede entenderse como un título declarativo del dominio de los que habla el artículo 2-1, entendido tal precepto en un sentido muy amplio. O la posible aplicación analógica del artículo 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario, entendido también en su sentido más amplio, por cuanto tal confesión, sin ser prueba plena del carácter privativo—según trataremos de exponer más adelante—, refuerza, sin embargo, tal carácter, en el sentido de producir la innecesariedad del consentimiento del cónyuge confesante para realizar actos dispositivos respecto a bienes de esta naturaleza.

E. EFECTOS

Hechas estas consideraciones previas, pasamos a centrarnos en la problemática fundamental que encierra la interpretación del artículo 1.324, y que es la siguiente:

- ¿Deroga dicho precepto las disposiciones todavía vigentes de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario?
- ¿Qué alcance debe atribuirse a tal derogación?
- ¿Qué efectos derivan de la nueva redacción de los artículos 1.324 y 1.361?
- ¿Cuál es el modo más correcto de practicar la inscripción respecto a los actos adquisitivos realizados con tal aseveración de privaticidad?

Cuestiones todas ellas íntimamente relacionadas, pues precisamente del sentido que demos al artículo 1.324 derivarán sus efectos, y según entendamos o no derogado el artículo 95, la inscripción y sus efectos serán unos u otros completamente diferentes.

• • •

1. FUERZA DEROGATORIA

En este punto concreto hay que distinguir, al menos en nuestra particular opinión, dos diferentes aspectos del problema, que frecuentemente se presentan como una cuestión única y, por tanto, induciendo a la subsiguiente confusión. Por un lado: ¿Tiene la reforma del Código Civil fuerza suficiente para derogar la normativa hipotecaria? Por otro: ¿Ha sido en realidad propósito del legislador provocar tal derogación?

La fuerza derogatoria del Código Civil sobre preceptos del Reglamento Hipotecario es clara y basada, cuanto menos, en una triple vía de argumentación:

- En primer lugar, por la fuerza derogatoria de toda ley posterior en relación a las leyes anteriores, derivada de la aplicación del artículo 2-2 del Código Civil.
- En segundo lugar, por la primacía del Código Civil —dentro siempre del respeto a la Constitución— sobre todas las demás leyes que constituyen el Derecho civil común —artículo 1.976—, y, en particular, de toda ley sustantiva —Código Civil— sobre la legislación adjetiva —hipotecaria—. Debemos recordar, en este punto, la tantas veces citada recuperación de soberanía por parte del Código Civil sobre una materia impropia regulada hasta entonces por la legislación hipotecaria. Los artículos 95 y 96 desarrollaban la insuficiente normativa del artículo 1.407. Regulada esta materia con mayor precisión por los artículos 1.361-1.324, deben éstos prevalecer sobre las normas hipotecarias.

- Y, en tercer lugar, y en íntima conexión con el punto anterior, por la supremacía jerárquica de toda ley —Código Civil— sobre las normas de mero carácter reglamentario —Reglamento Hipotecario—, principio articulado en la L.R.J.A.E. —artículos 26 y 27.

Aparece sentada, pues, como primera premisa, el hecho de que el Código Civil, caso de haberlo pretendido, tiene jerarquía normativa suficiente como para derogar las normas del Reglamento Hipotecario. Pero cuestión completamente distinta es que tal derogación fuera en realidad el propósito de la reforma. Es nuestra particular opinión, en este punto, que no se ha producido una ruptura total con la doctrina hasta entonces recogida por los textos hipotecarios, sino una simple modificación de la misma.

Los argumentos de Derecho positivo en que aparece fundamentada tal opinión pueden ser los siguientes:

- En primer lugar, el paralelismo entre el anterior artículo 1.407 y el reformado artículo 1.361 del Código Civil.

Decía el artículo 1.407: «Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Dice el artículo 1.361: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Sólo aparecen dos diferencias, que, sin temor a equivocarnos, nos atrevemos a calificar de simple matiz. El cambio de «reputar» por «presumir» y de «bienes del matrimonio» por «bienes existentes en el matrimonio». Pero no es éste el punto concreto que pretende desarrollar el artículo 1.324, sino el modo de probar que los bienes pertenecen privativamente al marido o a la mujer —segunda parte del precepto—, y esta parte precisamente no ha sufrido modificación.

Si el punto de partida es el mismo: presunción *iuris tantum* del carácter ganancial de todos los bienes del matrimonio, salvo prueba en contrario. Y el valor de la confesión como medio de prueba es también el mismo: el que deriva de la aplicación de los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil, que no han sufrido modificación tras la reforma. No es muy aventurado suponer que la conclusión a la que se llegue no puede ser sustancialmente diferente.

- Como segundo argumento, nos encontramos con otro punto de paralelismo: el existente entre el artículo 1.324 del Código Civil y el 95-2 del Reglamento Hipotecario.

Decía el artículo 95-2: «Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo...». De la segunda parte de dicho precepto nos ocuparemos posteriormente.

Dice el artículo 1.324: «Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola...».

Empezaremos encontrando un punto positivo en la redacción del artículo 95-2. Resuelve claramente la cuestión referente a que el momento idóneo para producir tal confesión es precisamente el momento adquisitivo. Punto éste que, como hemos dicho, no aparece suficientemente claro en el texto del artículo 1.324, si bien nos hemos inclinado por su resolución en idéntico sentido.

Aclarada esta cuestión, el presupuesto de hecho de la norma es el mismo: la aseveración —dice el artículo 95-2— o confesión —dice el 1.324—, realizada por un cónyuge en el momento adquisitivo de que un bien concreto —1.324— o el dinero invertido en su adquisición —95-2— es de la pertenencia exclusiva del otro cónyuge.

Sobre esta base única, la conclusión a la que se llega es diferente. O por decirlo más exactamente, el artículo 1.324 aporta una solución respecto a la naturaleza de tal bien, mientras que el artículo 95-2 se limita a ocuparse de la cuestión relativa a la naturaleza que resulta de la inscripción.

Ante esta falta de inmediata solución, ¿qué norma debía ser aplicable en el régimen del artículo 95-2? Ya lo hemos apuntado en más de una ocasión: los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil, relativos a la confesión extrajudicial. Y lo que dicen dichos artículos es precisamente lo que dice el artículo 1.324 actual: la confesión hace prueba exclusivamente contra su autor —1.232—; la confesión es suficiente como medio de prueba únicamente en las relaciones entre los cónyuges —artículo 1.324.

La segunda parte de dichos preceptos, relativa a los efectos frente a herederos forzosos y acreedores, llega, como no podía ser de otro modo partiendo de idéntica base, también a la misma conclusión:

Dice el artículo 95-2: «... sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes».

Dice el artículo 1.324: «... pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores».

La manifestación del artículo 1.324, junto con la del 1.361 —que no olvidemos sigue manteniendo la presunción de ganancialidad—, presenta un evidente paralelismo con la del artículo 95-2. La confesión por sí sola destruye la presunción de ganancialidad de los artículos 1.361-

1.407 en las relaciones *inter partes* entre los cónyuges; pero es insuficiente para destruir tal presunción en las relaciones con terceros —herederos forzosos y acreedores—, dice el artículo 1.324, cualquier tipo de terceros, dice el 95-2.

Y es precisamente en este punto: quiénes son los *no* afectados por la confesión como medio de prueba, donde encontramos la primera diferencia importante entre los artículos 95-96 del Reglamento Hipotecario y el 1.324. Sólo herederos forzosos y acreedores pueden desconocer los efectos de la confesión en el régimen del artículo 1.324. Mientras que en el régimen de los artículos 95-96, a ellos se añade otro sujeto no afectado por la confesión: el adquirente. Y precisamente por ello, por la falta de efectos frente al adquirente de la confesión, el artículo 96 exigía la concurrencia de ambos cónyuges para la realización de ulteriores actos dispositivos.

Y ante esta primera reforma introducida por el régimen del artículo 1.324, no podemos dejar de manifestar nuestro aplauso. Porque es ahora, por primera vez, cuando la confesión entre cónyuges se equipara verdaderamente en sus efectos a cualquier confesión extrajudicial: produce efectos *contra* el confesante y, por tanto, frente al adquirente, a quien dicha confesión necesariamente ha de beneficiar y nunca perjudicar. No aparece como necesaria ninguna nueva declaración en la que el confesante se limitaría a reiterar sus manifestaciones, pues por imperativo legal —artículo 1.232—, ya no puede volver atrás respecto a las mismas.

— Como tercer argumento, nos encontramos esta vez con un punto de diferenciación: el existente entre los artículos 1.355 y 1.324.

Dice el artículo 1.355: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, *atribuir* la condición de gananciales...».

Sin embargo, el artículo 1.324 sólo dice: «Para *probar entre cónyuges*...».

Debemos fijarnos en tal precisión terminológica. En el régimen del artículo 1.355 es suficiente la aseveración de los cónyuges para que a un bien se le atribuya con carácter definitivo naturaleza ganancial. Y ello responde, en perfecta lógica jurídica, a la presunción de ganancialidad del artículo 1.361. Sin embargo, no existe ningún precepto equivalente para la atribución de carácter privativo. La confesión opera como un simple medio de prueba *inter partes*, insuficiente, por tanto, para *atribuir* carácter privativo de manera definitiva.

- Otra vía argumental puede ser la siguiente: si la confesión de privaticidad es por sí sola suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, de manera que actúa como medio de prueba plena frente a todo tipo de terceros, incluso los afectados negativamente por tal confesión —herederos forzosos y acreedores—, y de manera también que la defensa concedida a éstos se limita a reconocerles la posibilidad de impugnar tal confesión probando la existencia de una transmisión entre cónyuges en fraude de sus derechos.

¿Para qué es entonces necesario que se exprese en el texto del artículo 1.324 que quedarán siempre a salvo sus derechos? Si sus derechos se limitan a la posibilidad de impugnar tal confesión en el caso de que prueben ser fraudulenta, ¿no aparecen ya suficientemente protegidos por los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil, sin necesidad de reiterar tales afirmaciones fuera de su contexto?

De ser ello así, el artículo 1.324 hubiera producido los mismos efectos si se hubiera limitado a decir: «Para destruir la presunción de ganancialidad será medio de prueba suficiente la confesión de los cónyuges, y en el caso de que posteriormente se pruebe que no corresponde con la realidad, se entenderá realizada una transmisión entre ellos, pudiendo en tal caso herederos forzosos y acreedores utilizar en defensa de sus derechos las acciones previstas en los artículos 1.290 y siguientes y 655 del Código Civil».

Sólo en el caso de que el tenor del artículo 1.324 fuera éste o similar, se podría entender derogado el artículo 95-2, y además necesariamente modificados los efectos que a la confesión extrajudicial se reconocen con carácter general en los artículos 1.231 y siguientes del Código Civil. Pero como hemos pretendido exponer, la redacción del artículo 1.324 no parece que deba interpretarse en tal sentido o, por lo menos, hay que reconocer que se presta a otra interpretación diferente.

Si se piensa que cuando la confesión no se corresponde con la realidad de los hechos debe, no obstante, estimarse como válida y entender realizada bajo la forma de confesión una donación del bien mismo o del dinero invertido en su adquisición; parece que lo que se pretende es aplicar la teoría de la simulación. Pero para que pueda estimarse existente tal figura técnica es preciso que se den una serie de requisitos, que con GARCÍA AMIGÓ podemos sistematizar así:

- Existencia de un negocio exteriormente normal, pero sólo aparente.
- Existencia de otro negocio, verdaderamente querido, pero no manifestado.

- Acuerdo simulatorio.
- Finalidad de provocar una creencia en terceros.

¿Puede en realidad estimarse que la confesión sea un negocio transmisivo exteriormente normal? La confesión es una simple manifestación de hechos, no un negocio transmisivo, y, por tanto, no puede servir de título para la adquisición. Recordamos en este sentido cómo la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1961 —también citada por GARCÍA AMIGÓ: *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1979— exige que en el negocio simulado se cumplan, cuando menos, unas mínimas exigencias de forma, y sigue diciendo: «... no tiene un carácter de generalidad que permita admitir la simulación como normal cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la ley previene para la institución que regula.. », en este caso, la donación por la vía del artículo 1.323.

- Como última vía argumental, no podemos dejar de recordar la ausencia de una derogación expresa de los artículos 95-96, por lo que éstos han de conservar, cuando menos, un valor interpretativo ante una norma —1.324— cuya redacción se presta a confusión. Sin perjuicio de que tal derogación se produzca en lo sucesivo, y por los argumentos ya expuestos, ésta debería revestir la forma de una modificación, más que la de una simple derogación. Sobre el alcance de esta modificación nos ocuparemos en el punto siguiente.

* * *

2. ALCANCE DE LA DEROGACIÓN/MODIFICACIÓN

Es la conclusión a la que hemos pretendido llegar a lo largo de esta exposición, que el artículo 95 debe entenderse revisado en aspectos concretos por el artículo 1.324, y el artículo 96, totalmente derogado por la recuperación de soberanía que sobre la materia de legitimación para la realización de actos dispositivos se ha operado por el Código Civil, y por lógica coherencia con el artículo 1.232. El nuevo régimen derivado de la coexistencia de estos preceptos debe ser el siguiente:

- Presunción de ganancialidad.
- Destrucción de dicha ganancialidad como efecto derivado de la confesión en la relación *inter partes* entre los cónyuges. Con la lógica consecuencia de no poder el confesante desconocer los

efectos de dicha confesión en aquello que le sea perjudicial —artículo 1.232.

- Dicha confesión, por sí sola, no destruye la presunción de ganancialidad en las relaciones cónyuges-terceros —herederos forzosos y acreedores—, a quienes puede perjudicar. Por tanto, frente a éstos, no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien.
- Innecesariedad de concurrencia del cónyuge confesante para la realización de actos dispositivos, como lógica consecuencia derivada del punto 2.

Por tanto, y como conclusión:

A.—Mantenimiento, en todos sus puntos, del tenor literal de los artículos 1.324 y 95-2, dando a éste una nueva interpretación, que pudiera ser la siguiente:

«Cuando en la adquisición por cualquiera de los cónyuges, asevere el otro que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del adquirente sin acreditarlo, se inscribirá a nombre de éste, y se hará constar dicha circunstancia, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de tales bienes respecto a herederos forzosos y acreedores, quienes podrán desconocer los efectos de tal confesión, a no concurrir otro medio de prueba.»

B.—Derogación del artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

* * *

3. EFECTOS

3.1. *Entre cónyuges*

Son los que derivan de la aplicación de los efectos generales de la confesión extrajudicial, y, por tanto, entre otros:

- Produce efectos de prueba plena frente al confesante.
- Queda éste, por tanto, excluido de toda facultad de administración y disposición en relación a dicho bien.
- No puede volver contra el contenido de su confesión, salvo que pruebe haber incurrido en error de hecho —artículo 1.234.
- Por tanto, y como consecuencia, el cónyuge a quien beneficia la confesión queda legitimado para la realización de cualesquiera actos de administración y disposición, sin el concurso del confesante.

3.2. Frente a terceros

a) *Herederos voluntarios*.—Las mismas consecuencias que, como efectos derivados de la confesión, hemos establecido en el párrafo precedente, son aplicables a los herederos voluntarios del confesante.

- Si la confesión se ha realizado en el ámbito de una transmisión formalizada en escritura pública, por imperativo del artículo 1.218, *in fine*: «... también harán prueba contra el confesante y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieren hecho los primeros».
- Si la transmisión y, por consiguiente, la confesión aparecen documentadas en forma privada por imperativo del artículo 1.255: «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes».

b) *Herederos forzosos*.—En el caso de que con posterioridad a la transmisión, y antes de la liquidación, se pruebe el carácter privativo de bien, no se plantea ningún problema. Parece plenamente de aplicación en este punto el artículo 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario, consolidándose, por tanto, el carácter privativo del bien.

En el caso de que no se produzca tal prueba con anterioridad al momento liquidatorio —pensemos en el supuesto típico de liquidación, fallecimiento de uno cualquiera de los cónyuges—, es precisamente este momento liquidatorio en el que se concede a los herederos del cónyuge confesante la posibilidad de impugnar esta confesión en cuanto perjudique a sus legítimas.

En este supuesto, y partiendo de la base de que quede demostrado el carácter ganancial del bien, nos encontramos con dos posibles vías alternativas:

- Aplicación de la normativa de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil: inclusión en el activo ganancial del bien en cuestión como de naturaleza ganancial. Esta solución era la exclusivamente aplicable en el régimen anterior.
- Aplicación del artículo 1.035 del Código Civil: «el heredero forzoso —cónyuge viudo—, que concorra con otros que también lo sean a una donación, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste... *por cualquier título lucrativo*». Con la consecuencia de la subsiguiente aplicación del artículo 1.045, es decir, la

sustitución del bien por la parte del valor del mismo que deba adjudicarse al caudal relicto del causante como ganancial, pero sólo a efectos de computación.

Ateniéndonos tan sólo a lo hasta ahora expuesto, parece que la primera solución debiera ser la aplicable cuando quede demostrado el carácter ganancial del bien. Hemos pretendido exponer que la simple confesión no es título suficiente para entender realizada una donación entre cónyuges, máxime cuando éstos cuentan ahora con la vía perfectamente lícita del artículo 1.323. Y que debe atribuirse a tal bien una naturaleza que no puede calificarse como definitivamente privativa o ganancial, hasta que tal carácter no se consolide por prueba o falta de impugnación.

Sin embargo, aparece también revestida de fuertes argumentos la tesis segunda, argumentos basados principalmente en la valoración de la voluntad del causante como ley primera en toda sucesión, y en el hecho de que los herederos forzosos pueden ser calificados estrictamente de tales tan sólo en relación a su legítima, y sólo en cuanto a ésta se hallarían, en consecuencia, legitimados para desconocer las manifestaciones de su causante.

c) *Acreeedores*.—Debemos partir de una precisión terminológica: la de que es precisamente el momento adquisitivo aquel en que debe producirse la confesión de privaticidad para que ésta surta los efectos típicos previstos por el artículo 1.324, y que las confesiones posteriores aparecerán, en todo caso, articuladas por la vía del artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, o incluso del 95, *in fine*, del Reglamento Hipotecario. De ahí que más que de acreedores anteriores o posteriores a la confesión, deba aplicarse la denominación de anteriores o posteriores a la adquisición.

También en este punto, como en el apartado anterior, hemos de partir de una primera distinción. Si la confesión del carácter privativo del bien se corresponde con la realidad, se aplica el artículo 95, *in fine*, y, por tanto, los acreedores aparecen privados de toda posibilidad de impugnación. Hemos de fijar nuestra atención precisamente en el supuesto contrario.

La cuestión de la naturaleza de los medios de acción o garantías que el artículo 1.324 concede a los acreedores perjudicados por la confesión de privaticidad, se nos presenta como lógica consecuencia del alcance que a tal confesión hayamos previamente atribuido.

c') Si se considera que la confesión de privaticidad sea medio de prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad *inter partes*

—los cónyuges— y frente a terceros, y que en el caso de que se pruebe que dicha confesión no se corresponde con la realidad de los hechos, hay que entender realizada por parte del cónyuge confesante y a favor del beneficiado por la confesión una donación de la mitad del bien —si hubiera debido ser ganancial— o de la totalidad —caso de ser privativo del confesante.

c'') O si se considera como medio de prueba suficiente para destruir la presunción de ganancialidad no respecto al bien adquirido, sino al dinero invertido en su adquisición, con lo cual lo que se habría realizado sería una donación de la parte del precio de dicho bien que fuera en realidad ganancial o privativo del confesante.

En ambos casos, la defensa concedida a los acreedores no puede ser otra que el ejercicio de la acción rescisoria, para lo cual y para que ésta prosperase, deben concurrir, cuando menos, estos requisitos:

- Demostrar que se ha producido una transmisión de valor del cónyuge confesante al beneficiado por la confesión a título totalmente gratuito (prueba que no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer, pues el cónyuge presuntamente donatario podrá enervarla demostrando la existencia de deudas gananciales o del otro cónyuge a su favor con derecho a reintegro, compensaciones de este valor recibido con entregas de bienes o prestaciones de servicios, etc.).
- Probar que si se ha producido una transmisión a título oneroso, el cónyuge beneficiado con ella ha sido cómplice en el fraude —artículo 1.297.
- La subsidiariedad de la acción, es decir, que dicho acreedor carece en el momento de ejercitarla de cualquier otro medio para lograr la satisfacción de su crédito —artículos 1.291-3 y 1.294.
- Que en el momento de realizarse la transmisión fraudulenta, el cónyuge confesante quedó privado, como efecto de ella, de cualesquiera otros bienes que pudieran servir de garantía patrimonial artículo 643, *in fine*—. Es decir, la prueba de la subsidiariedad reviste un doble carácter, que la donación realizada a favor del otro cónyuge fue de tal naturaleza, que privó al cónyuge donante/confesante de cualesquiera otros bienes que pudieran servir de garantía a los acreedores, y que dicha carencia de bienes se mantiene en el momento del ejercicio de la acción.
- Que el origen de su deuda era anterior a su adquisición —artículo 643—. Sólo aparecen legitimados los acreedores por deudas anteriores al momento adquisitivo.
- Que la acción para impugnación de la transmisión fraudulenta

se realice antes del transcurso de cuatro años desde la fecha de ésta (la transmisión) —artículo 1.299—, lo cual supone un evidente acortamiento frente al plazo de quince años, a contar desde el momento en que ésta era exigible, que para el cobro de su deuda concede al acreedor el artículo 1.964.

En cuanto a los efectos derivados del ejercicio de la acción rescisoria son distintos, según partamos de cada uno de los presupuestos c') o c'') examinados. Por aplicación del artículo 1.295, y en el primer caso, podría llegar a admitirse una anotación de embargo por el importe de la deuda y sobre el bien mismo —una vez demostrada la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos examinados, ejercitada la acción de rescisión, y previa constancia registral de su carácter ganancial, por exigencias del tracto—. En cambio, siguiendo la segunda postura sólo podría pedirse la devolución del dinero concreto donado al otro cónyuge para la adquisición del bien y de sus intereses legales, y sólo admitiendo la aplicación del principio de subrogación podría pedirse una anotación sobre la parte del bien correspondiente exactamente a dicho valor donado.

c''') Si se estima que la confesión no es medio suficiente para destruir la presunción de ganancialidad, por lo que respecta a los acreedores:

- Podrán obtener una anotación de embargo sobre el bien, tanto si las deudas causa del mismo son gananciales o privativas de cualquiera de los cónyuges, pues no se ha prejuzgado todavía el carácter privativo o ganancial del bien.
- No será necesaria una previa rectificación de la inscripción para dar al inmueble carácter privativo del confesante o ganancial, pues al no prejuzgarse su naturaleza quedarían, en todo caso, cubiertas las exigencias del tracto.
- Serán los cónyuges los que deberán probar —correrá de su cuenta la carga de la prueba— que el carácter del bien no se corresponde con la naturaleza de la deuda.
- El plazo para el ejercicio de la acción para exigir el cobro de su deuda será el de quince años.
- Estarán legitimados para pedir la anotación todos los acreedores sin necesidad de tener que probar la anterioridad o posterioridad de su deuda con relación al momento en que se produjo la adquisición con confesión de privaticidad. Lo cual parece hallarse más en la línea del tenor literal del artículo 1.324, que habla

sólo de acreedores, sean de la comunidad o de uno de los esposos, sin distinguir categorías entre ellos por razón del momento temporal en que tuvo origen su deuda.

d) *Tercer adquirente*.—Será aplicable al tercer adquirente la doctrina derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta que el cónyuge beneficiado por la confesión aparece, como ya hemos visto, investido de plenas facultades dispositivas.

Si la inscripción se ha practicado correctamente, haciendo constar el carácter no definitivo de la naturaleza del bien, el adquirente no podrá invocar la protección registral, siendo por ello aplicable la doctrina estrictamente civil reflejada en los artículos 1.291-3 y 1.297 del Código Civil. Serán, por tanto, rescindibles únicamente las adquisiciones sucesivas si se hubieran realizado en fraude de acreedores, y se presumirá tal fraude cuando la adquisición se hubiere realizado a título gratuito.

3.3. *Frente al Fisco*

Nos planteamos en este punto la posible aplicación analógica al caso presente de la disposición del artículo 64-3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Como sabemos, este precepto contempla el supuesto de las adquisiciones realizadas por los ascendientes a favor de sus hijos menores, presumiendo la existencia de una transmisión lucrativa a favor de éstos por el importe del valor de los bienes o derechos transmitidos, a menos que se pruebe a satisfacción de la Administración, la previa existencia en su patrimonio de bienes suficientes para realizarla.

Hemos de resolver la cuestión en sentido negativo de la posibilidad de aplicación analógica del citado precepto. Recordando las tesis de CASTÁN (*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*), es aplicable en este punto el artículo 1.090 del Código Civil: «las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales...», de aplicación también en el ámbito fiscal por imperativo del artículo 16 —hoy 3-3— del Código Civil.

NARCISO DE FUENTES recuerda en este punto la vigencia del artículo 9-1 de la Constitución: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». 3: «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales...».

Preceptos todos ellos de los que los citados autores deducen la tesis negativa acerca de la posible aplicación analógica de las normas fiscales

en general, y como consecuencia, nosotros, la del artículo 64-3. De ahí que ante la simple confesión de privaticidad no pueda presumirse la existencia de una donación entre los cónyuges, sin perjuicio de que si resulta probada su voluntad de encubrir una transmisión, ésta deba declararse sujeta a tributación.

* * *

4. MODO DE PRACTICAR LA INSCRIPCIÓN

Cabe, por lo menos, sostener tres diferentes posturas al respecto:

a) Practicar la inscripción del bien como simplemente privativo, sin hacer ninguna referencia al 1.324, ni al hecho de que tal carácter privativo resulta únicamente probado por las aseveraciones de los cónyuges. Esta tesis sería únicamente sostenible en el caso de que se estimara que la confesión es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad incluso frente a herederos forzosos y acreedores —todo tipo de terceros—, lo que se halla en evidente contradicción con el texto del 1.324.

b) Relacionar en el contexto de la inscripción que la privatividad resulta exclusivamente de la confesión de los cónyuges, sin hacer referencia alguna a tal hecho en la fórmula final de inscripción. Sin embargo, razones de utilidad aconsejan que a tal circunstancia se haga alguna referencia, siquiera sea somera, en la fórmula final de inscripción para facilitar su rápido conocimiento por quienes manejen los libros registrales.

c) Hacer constar en la inscripción que el carácter privativo «resulta únicamente de la confesión del cónyuge del titular registral», o que «se inscribe como privativo según su confesión, sin que tal inscripción por sí sola perjudique los derechos de herederos forzosos y acreedores», o «prejuzgue su naturaleza privativa o ganancial por lo que respecta a herederos forzosos y acreedores».

Se ha dicho que cualquiera de estas fórmulas puede considerarse como equivalente, por ser aplicable el razonamiento de que manifestado que el carácter privativo resulta sólo de la confesión, las demás consecuencias que se formulan con mayor o menor precisión en cada uno de los textos propuestos tienen su fundamento en la ley y gozan de publicidad independiente de la que puedan proporcionarles los libros del Registro.

Los argumentos que pueden apoyar la necesidad de hacer estas referencias o salvedades en las inscripciones son también diferentes para

cada una de las tesis que hemos apuntado como explicativas de la naturaleza y efectos del 1.324. Así, para quienes consideran que el carácter privativo es definitivo, y sólo cabe la rescisión por fraude, éstos podrían ser:

- Artículo 51-6 del Reglamento Hipotecario: : « .. copiándose literalmente las condiciones suspensivas, rescisorias, resolutorias y revocatorias establecidas en aquel... ».
- Art. 37-1 de la Ley Hipotecaria: «. . las acciones rescisorias, resolutorias y revocatorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro... ».

Para nosotros, que hemos pretendido sostener la no derogación del artículo 95-2, los argumentos serían:

- Artículo 95-2: «... se hará constar dicha circunstancia... ». Dicho artículo establecía también en el régimen anterior tan sólo la necesidad de que se hiciera constar que el exclusivo fundamento de la privaticidad eran las aseveraciones de los cónyuges: la práctica de hacer constar que «no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial» era un simple uso, fundado en razones de utilidad y practicidad, sin ningún fundamento positivo, imperativo.
- Por exigencias del principio del tracto registral. Aquí sí que encontramos alguna diferencia entre los textos propuestos. La simple manifestación de que el carácter privativo resulta sólo de la confesión parece menos correcta —desde este punto de vista del tracto— para la posible anotación posterior de embargos por deudas gananciales o privativas del otro cónyuge.

San Mateo, enero de 1982.

MARÍA CONSUELO RIBERA PONT
Registrador de la Propiedad
Notario

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

Por TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. EN TANTO SE MANTUVO —ENTRE LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1975 Y 1981— LA PROHIBICIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES, NO ERA INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CAPITULACIONES EN LA QUE, AL DISOLVERSE Y LIQUIDARSE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES —COMO CONSECUENCIA DE SUSTITUIRSE ESTE RÉGIMEN POR EL DE SEPARACIÓN— EL MARIDO DECLARA Y LA MUJER RECONOCE QUE EL ÚNICO BIEN EXISTENTE EN EL MATRIMONIO ERA PRIVATIVO DEL PRIMERO Y COMO TAL SE LE ADJUDICA.

Resolución de 23 de julio de 1979 (B. O. del E. de 20 de agosto de 1979).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Torrelavega por su Notario don Alfredo García-Bernardo y Landeta el 23 de junio de 1977, los esposos doña María Luz García Román y don Manuel Trapaga Pardo modificaron el régimen económico matrimonial, por mutuo acuerdo, sustituyendo el sistema de gananciales por el régimen de separación de bienes, liquidando y disolviendo la sociedad de gananciales; el único bien existente en el matrimonio es el piso 4.º, letra C, del número 11 de la calle de Ruesga de Torrelavega, adquirido por compraventa constante ma-

rimonio e inscrito como ganancial; y los cónyuges comparecientes pactan la disolución de la sociedad de gananciales, que liquidan, adjudicando al marido la referida finca, reconociendo la esposa que el dinero con que se pagó el precio de la misma era de propiedad exclusiva del marido, siendo, por consiguiente, privativa del marido;

Presentada en el Registro de Torrelavega primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por estimarse que, tanto la posibilidad de renunciar a los gananciales obtenidos que autoriza el artículo 1.394 del Código Civil, según lo interpreta la doctrina, como la facultad que diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros conceden a los interesados en la liquidación de la sociedad de gananciales para calificar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio, no pueden extenderse al supuesto de que aquella liquidación tenga su causa en la disolución resultante del otorgamiento de capitulaciones después de contraído el matrimonio, ya que lo contrario implicaría admitir un cómodo procedimiento de burlar la prohibición de donación entre cónyuges que establecen los artículos 1.334 y 628 del citado cuerpo legal.

Siendo dicho defecto insubsanable, no procede practicar anotación preventiva de suspensión, que tampoco ha sido solicitada.

La afirmación que hacen los cónyuges otorgantes en orden al carácter privativo de la finca puede hacerse constar a través de una nota marginal, que la situaría en la posición contemplada en la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario; nota que no se practica por renuncia expresa del presentante.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el artículo 1.394 del Código Civil no es aplicable al supuesto de hecho calificado, ya que, si bien, este artículo reflejaba el principio de inmutabilidad de los regímenes económico matrimoniales, este principio ha sido derogado por los artículos 1.316 y 1.319 y siguientes de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975, que consagra la mutabilidad de los regímenes económico-matrimoniales; que la interpretación del artículo 1.394 ha de hacerse de acuerdo con el nuevo principio, de lo que se deduce que tanto la sociedad de gananciales como los gananciales pueden hoy renunciarse durante el matrimonio cuando se disuelva dicha sociedad por pactarse un régimen diverso; que de todas formas en la escritura calificada la esposa no renuncia a los gananciales, sino que reconoce que el piso no es ganancial, que es privativo de su esposo; que no es aceptable la limitación que hace el Registrador de las facultades particionales y liquidatorias de los cónyuges, puesto que contraría abiertamente el artículo 1.058 del Código Civil, asignando al calificador una competencia superior a la de los Jueces en materia contenciosa y que en el supuesto contemplado no se rompe el tracto sucesivo, aunque el bien, inscrito como ganancial, se inscriba como privativo de uno de los cónyuges al extinguirse la sociedad;

El Registrador informó que la nota denegatoria recurrida se basa en el reconocimiento de un solo defecto insubsanable, consistente en que la inscripción que se pretende supondría admitir un medio de conculcar la prohibición de donación entre cónyuges establecida por el artículo 1.334 del Código Civil; que la alusión a Resoluciones de la Dirección

General que facultan a los interesados en la sociedad de gananciales para calificar el carácter de los bienes del matrimonio, así como el artículo 1.394, no significa, de ningún modo, que supongan un obstáculo a la inscripción, sino, por el contrario, que ésta no procede a pesar de tales Resoluciones y de lo preceptuado por tal artículo; que la doctrina de la Dirección General, que faculta a los interesados para determinar el carácter de los bienes en la liquidación de la sociedad conyugal no puede aplicarse a los supuestos de liquidación constante matrimonio ni, especialmente, en el caso de separación convencional que autoriza la reforma de 2 de mayo de 1975; que, efectivamente, las numerosas Resoluciones de la Dirección General de las que se deduce de manera concluyente la facultad de los interesados en la liquidación de la sociedad para calificar —aun contra la presunción del artículo 1.407— la naturaleza privativa o ganancial de los bienes del matrimonio se han producido siempre en caso de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, es decir, en supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales conectada a la partición de la herencia del cónyuge causante; que no existe una sola Resolución que afirme la libertad de los consortes para calificar el carácter de los bienes cuando ambos son los interesados en la liquidación, pudiéndose incluso afirmar que la Dirección General niega esa facultad en los casos en que la liquidación se produzca en vida de ambos cónyuges, siendo decisivas a este respecto las Resoluciones de 11 de marzo de 1957 y 18 de junio de 1975; que la manifestación que la esposa hace en la escritura calificada no puede destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.407, ya que equivale a una simple confesión no acompañada de otros medios de prueba, mediante la cual puede eludirse la prohibición legal de donaciones entre cónyuges, y así resulta del artículo 1.232 del Código Civil; que el artículo 1.394 del Código Civil no puede servir de base a la inscripción pretendida, aun admitiendo, a título de hipótesis, que la confesión por la mujer de que la finca pertenece a su esposo implica, en realidad, una renuncia a los gananciales obtenidos; que este supuesto, que es rechazado por el propio Notario, supondría una vía diferente para obtener idéntico resultado que con la calificación de la finca como privativa, por lo que debe ser igualmente desechado; y que la aseveración por la esposa de que el precio de compra del piso era privativo del marido sólo puede hacerse constar registralmente a través de una nota marginal, con lo que la finca pasaría a la situación contemplada en la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario;

El Presidente de la Audiencia pidió informe al Notario recurrente, pese a no ser preceptivo, informe que fue emitido por el fedatario;

Y confirmó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por este funcionario, excepto en lo relativo al carácter del defecto que ha de estimarse subsanable;

Tanto el Notario recurrente como el Registrador se alzaron de la decisión presidencial;

Y la Dirección General (1) acordó que, con revocación parcial del auto apelado, procede confirmar íntegramente la nota del Registrador de acuerdo con la siguiente:

(1) VISTOS los artículos 3, 1.058, 1.320, 1.334, 1.364, 1.394, 1.395, 1.407 y 1.708 del Código Civil, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 11 de marzo de 1957, 18 de junio de 1975 y 29 de septiembre de 1978.

Doctrina de la Dirección General.—Uno de los problemas surgidos a raíz de la reforma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975 es el de la interpretación de los preceptos afectados y no modificados por dicha ley, los cuales han de armonizarse, en la medida de lo posible, y en espera de su revisión, con las innovaciones introducidas por aquélla, ya que, si bien la citada ley no ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, introduce una normativa cuya trascendencia, no limitada a los artículos expresamente modificados, se acrecienta por las consecuencias que en cadena lleva aparejada, al afectar a toda una serie de preceptos como, entre otros, el 1.334 (donaciones entre cónyuges) o el 1.394 (renuncia a la sociedad de gananciales), que han de obligar a una profunda modificación de nuestro cuerpo legal, y resolver así las evidentes contradicciones que hoy se dan, debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas;

Es precisamente en este contexto de transición y armonización donde se sitúa el problema que plantea este recurso, en el que se ha de decidir si es inscribible la adjudicación de un piso que figuraba inscrito al amparo del artículo 95, número 1, del Reglamento Hipotecario, y que se hace al marido en escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se disuelve y liquida la sociedad de gananciales a la par que se pacta la separación de bienes, y en la que el marido declara y la mujer reconoce que el piso es privativo de aquél por haberlo adquirido con dinero de su exclusiva pertenencia;

El artículo 1.320 del Código Civil, en su nueva redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975, permite a los cónyuges en todo momento modificar el régimen económico matrimonial, y la modificación consistente en la sustitución del sistema de gananciales por el de separación de bienes lleva consigo la extinción de aquél, según ha declarado la Resolución de este Centro directivo de 29 de septiembre de 1978, por lo que se puede proceder a la liquidación y consiguiente adjudicación de los bienes;

Siendo aplicables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.395 en relación con el 1.708 del Código Civil, a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas establecidas para la partición de herencia y singularmente, en este caso, el artículo 1.058, la escritura de liquidación en la que se hace uso de la facultad que este último artículo concede puede tener eficacia enervatoria de la presunción establecida por el artículo 1.407, siempre que su contenido no se oponga a normas de derecho necesario;

Si la prohibición de donaciones entre cónyuges, cuya nulidad sanciona el artículo 1.334 del Código Civil, había de ser interpretada antes de la reforma de 1975 en un sentido estricto, en este momento de transición habrá de serlo habida cuenta que se ha admitido la mutabilidad del régimen económico matrimonial y superados los obstáculos clásicos procedentes de las limitaciones de capacidad que afectaban a la mujer, de la *unitas carnis*, de los influjos o captaciones de voluntad, y de los posibles perjuicios o fraude a terceros, peligro este último que puede conjurarse por los medios ordinarios que el Código Civil establece;

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que esta prohibición de donaciones entre esposos no es norma aplicable exclusivamente cuando el régimen es el de gananciales, sino que igualmente tiene su apli-

cación en el sistema de separación de bienes, por lo que, al menos, en tanto subsista dicha norma prohibitiva, sigue siendo actual la reiterada doctrina de este Centro acerca del valor que tiene el reconocimiento o confesión por uno de los esposos sobre el precio de adquisición del inmueble por parte del otro, máxime en este caso en que tal confesión tiene lugar *a posteriori* y respecto de un inmueble que se inscribió como ganancial al amparo de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que, de no aparecer plenamente probado su carácter privativo, justifica la postura adoptada por el funcionario calificador, en tanto puede envolver una donación que no está permitida hoy día.

COMENTARIO.—1. La Resolución de 23 de julio de 1979 se dictó en el período de tiempo comprendido entre las reformas de 1975 y 1981 cuando se habían permitido ya las capitulaciones durante el matrimonio, pero continuaban prohibidas todavía las donaciones entre cónyuges. Podría eludir todo comentario simplemente diciendo que es una resolución ya carente de interés, porque su problema ha desaparecido del mapa jurídico español en cuanto ambas cosas se encuentran permitidas ya. No obstante, creo conveniente hacer algunas breves consideraciones sobre la cuestión para preguntar si restan aún algunas dudas sobre ella y si no será un exceso de simplificación afirmar que los artículos 1.323 y 1.324 ahora vigentes conceden una libertad absoluta en orden a la determinación de la naturaleza de los bienes del matrimonio y son intercambiables entre sí y con el 1.355.

El caso contemplado por esta Resolución se encuentra a caballo de dos cuestiones que si bien cabe estimarlas distintas, tienen aspectos confluyentes: una es la posibilidad de que la aseveración de la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento hipotecario no se realice en la misma escritura de adquisición sino posteriormente; otra es determinar si ante la calificación registral, los cónyuges que liquidan la sociedad conyugal por capítulos *post nuptias* tienen la misma plena libertad para atribuir carácter privativo o ganancial a los bienes del inventario, que la jurisprudencia ha atribuido a la actuación conjunta del cónyuge viudo y los herederos del premuerto, lo que en definitiva no es sino un aspecto de la interpretación coordinada de los nuevos artículos 1.323, 1.324, 1.355 y 1.361 del Código Civil.

2. En cuanto a la primera cuestión, ROCA SASTRE mantenía que la aseveración de privatividad había de ser posible (la estima imposible si pretende actuar sobre bienes efectivamente gananciales o efectivamente privativos), personal (emanar del mismo cónyuge no adquirente o de apoderado especialmente facultado para ello) y oportuna. Y sólo estima oportuno el aseveramiento cuando se produzca en la adquisición por parte del otro cónyuge, y no lo será cuando tenga lugar antes o después. Ahora bien, este último requisito le extrae de la literalidad del artículo 95, 2.ª, del Reglamento que exige que la aseveración sea sincrónica al acto adquisitivo. Es verdad que existe un fuerte contraste entre la regla 3.ª del artículo 95, que en un apartado segundo permite justificar con posterioridad a la inscripción el carácter privativo y hacerlo constar por nota marginal, y la regla 2.ª que no contiene norma paralela para el supuesto de aseveración de privatividad; pero de todas maneras el criterio de ROCA, aunque seguido en general por la práctica, no ha dejado de

estimarse excesivamente riguroso aun antes de las últimas reformas del código (2).

El Registrador también se aparta de la tesis de ROCA SASTRE, puesto que transige con hacer constar por nota marginal la aseveración de privatividad con lo que la finca quedaría inscrita a favor del marido, pero no con el carácter ganancial como anteriormente, sino como privativa meramente confesada, o sea, sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición.

3. La admisión de los capítulos *post nuptias* y la proliferación de liquidaciones *inter vivos* de sociedades conyugales vinieron a agudizar el problema de las aseveraciones, reconocimientos y confesiones de privatividad de determinados bienes del inventario matrimonial y en ocasiones del bien único inventariado. Insensiblemente el problema de la aseveración tardía de privatividad venía a confluir con el de la plena libertad de liquidación de sociedades conyugales con motivos de las capitulaciones en las que el régimen legal de gananciales se sustituía por el de separación.

Los posibles abusos de tal plena libertad que de un lado parecía cuadrar bien con la también absoluta admisión de donaciones y contratación entre cónyuges últimamente consagrada, no dejaba, por otro lado, de presentar algunos roces con un sistema jurídico patrimonial que en otros sectores, como el sucesorio, se mantenía casi intacto y algunas discordancias con el Derecho comparado que, en general, se ha mantenido más prudente que el legislador español en ciertos aspectos.

Después de la última reforma del Código Civil la cuestión de la aseveración, confesión y reconocimiento de privatividad, que debe empezar por plantearse si estas tres cosas son intercambiables y lo mismo, hay que plantearse en torno a la interpretación de los nuevos artículos 1.323, 1.324, 1.355 y 1.361 principalmente.

4. Pero como todo ello excedería del ámbito de este comentario, como al final diremos, nos vamos a limitar a ligeras referencias a la jurisprudencia, doctrina y posibles planteamientos en torno al caso planteado.

La Resolución de 11 de marzo de 1957 declaró no inscribible la enajenación por una viuda de bienes adquiridos durante su matrimonio aseverando el marido que el precio de la adquisición era parafernial porque la confesión no hace prueba contra su autor cuando por ella puede eludirse el cumplimiento de las leyes (art. 1.232, 2.º, del Código Civil) porque las donaciones entre cónyuges son nulas (art. 1.334), y porque la doctrina de los actos propios sólo se refiere a los lícitos, por lo que la confesión de parafernialidad del precio no es válida ni suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407, ante el peligro de involucrar una donación entre cónyuges y de que con la sola voluntad de uno de ellos queden alterados los derechos que le corresponden a la sociedad conyugal o los atribuibles a los herederos del otro en el momento de la disolución.

(2) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo IV, 1.ª, págs. 52 y ss. Para centrar el problema de estas inscripciones a favor de uno de los cónyuges sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial derivadas de la aseveración del otro cónyuge, deben consultarse también las páginas 49 y ss., 87 y ss., y especialmente 91 y ss.

VALLET criticó duramente la Resolución de 11 de marzo de 1957 en esta Revista (3), por entender que tergiversó la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 a pesar de pretender apoyarse en ella. Por una complicada serie de razonamientos lógicos demuestra la incorrección de los silogismos que pretenden relacionar tanto el artículo 1.232, 2.º, como el *venire contra factum proprium*, con la eventual posibilidad de vulnerar la prohibición de donaciones entre cónyuges, razonamientos lógicos que completa, además, con un profundo estudio de las diferencias entre confesión judicial, confesión extrajudicial y reconocimiento de relaciones jurídicas, sobre la base de los trabajos de FURNO, y sobre todo con razonamientos de jurisprudencia de sentido común y naturaleza de las cosas demostrativos de lo negativo que es que los herederos voluntarios del confesante, aseverante de la parafernalidad, tengan que consentir y puedan impugnar la aseveración hecha por su causante. Naturalmente esta posición de VALLET tiene indudables conexiones con su tesis de que el artículo 1.334 no declaraba nula la donación entre cónyuges, sino revocable durante el matrimonio y convalidada como *mortis causa* al fallecimiento de uno de los cónyuges.

La Resolución de 18 de junio de 1975 vino a disponer que la aseveración, hecha por los hijos herederos de la esposa una vez disuelto el matrimonio, de que los inmuebles discutidos pertenecían privativamente al sobreviviente, unida a la circunstancia de no haber sido incluidos en la partición de aquélla, es suficiente para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; porque la doctrina de la Resolución de 11 de marzo de 1957 deja de tener eficacia una vez disuelta la sociedad conyugal ya que ha desaparecido el peligro de que a través de la confesión se hubiese podido alterar el régimen económico del matrimonio o darse una donación entre cónyuges prohibida, y en el caso contemplado aparece el enlacc preciso y directo a que se refiere el 1.253 del Código Civil para mostrar que se está ante una presunción de hecho capaz de destruir la del artículo 1.407.

La tercera de las resoluciones citadas en el Vistos es la de 29 de septiembre de 1978, posiblemente posterior a la iniciación del recurso que nos ocupa, en el que la cuestión planteada tiene coincidencia parcial con el caso resuelto por dicha resolución. Ambos recursos han de situarse en el período de transición entre las reformas de 1975 y 1981 en el que había que intentar resolver las evidentes contradicciones que se daban debido a la coexistencia de artículos dictados en épocas diversas y concretamente los que permitían las capitulaciones *post nuptias* y consiguientemente la sustitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes, con los que continuaban prohibido los contratos y las donaciones entre cónyuges. En la Resolución de 1978 la cuestión se centraba en si cuando se pactaba la sustitución del régimen de gananciales por el de separación, la liquidación de la sociedad de gananciales con efectos de pretérito (respecto a los gananciales anteriores) era imposible por mero acuerdo de los cónyuges, era obligada, aunque un cónyuge se opusiese, o era potestativa habiendo dicho acuerdo. Esta cuestión aparece también en nuestro caso, como demuestra el tercer considerando y por

(3) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957 en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones», números 350-351 de esta Revista, julio-agosto de 1957, pág. 477.

ello me remito a mi comentario a aquella resolución (4) para no incurrir en repeticiones. Pero a pesar de tal coincidencia parcial hay importantes diferencias: ahora no se interfiere la circunstancia de haber existido antes de las capitulaciones *post nuptias* una separación personal judicial, testimonio de cuya resolución exigía el Registrador; y por otro lado, en el caso de la Resolución que ahora comento el argumento de la posibilidad de una donación entre cónyuges prohibida adquiere mayor realce que en el otro, por cuanto la posibilidad casi se transforma en presunción de hecho al adjudicarse a uno de los cónyuges el único bien del matrimonio como consecuencia de un reconocimiento tardío de privatividad del precio de su adquisición.

Debemos recordar aquí que el argumento del peligro de la donación entre cónyuges prohibida, incluso en el régimen de separación, fue el más eficazmente esgrimido a raíz de la reforma de 1975 para rechazar la libre liquidación y adjudicación de los gananciales anteriores como consecuencia de la sustitución del régimen legal por el de separación en capitulaciones durante el matrimonio. Argumento que se reforzaba aún más cuando en vez de liquidación o junto a ella se articulaba una aseveración o confesión tardía de privatividad. Fue más tarde, cuando la estadística de capítulos *post nuptias* demostró que debían instalarse más bien en el campo de las separaciones personales de hecho que en el de los «extravíos del cariño» (*ne mutuato amorem invicem expoliarentur*) y que en el del fraude a terceros o fiscal, cuando la crítica a la libertad absoluta de capitulaciones durante el matrimonio se orientó hacia los argumentos esgrimidos en otros países que han mantenido la homologación de los capítulos *post nuptias* como residuo de la separación de bienes judicial obligatoria, vigente en el sistema de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y como garantía del cónyuge más débil, más influenciable o menos preparado para la controversia de separación de bienes.

5. Sería mantenerse en la superficie del problema creer que la libertad de capitulaciones *post nuptias* y la derogación de la prohibición de donaciones y contratos entre los cónyuges suponen estación término de la evolución jurídica de este tema del Derecho económico matrimonial. Sólo por vía de ejemplo apuntaré cómo DE LOS MOZOS (5) aconseja tener cuidado en no confundir ideología y Derecho ni las tendencias inspiradoras del Derecho de familia —de indudable uniformidad en todos los países de Occidente—, con los principios sistemáticos de cada legislación, no tan uniformes. Y en este sentido señala la conexión que ha de existir entre el régimen económico matrimonial y el sistema de sucesión legítima. Tanto la liberalización de las capitulaciones efectuadas durante el matrimonio, como la liberalización en materia de contratación entre cónyuges responden a la consagración del principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer y consiguientemente del marido y la esposa, principio de libertad del que se deriva el de independencia; pero como estos dos no son los únicos que hay que tener en cuenta cuando se trata de estructurar el matrimonio y la familia, no es capricho de criticar la reforma de 1981 el preguntarse si se han tenido en cuenta todas las consecuencias últimas de admitir la plena validez e irrevocabilidad de las

(4) En el núm. 539 de esta Revista, julio-agosto, págs. 897 y ss.

(5) JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *La reforma del Derecho de familia en España*, boy, Valladolid, 1981

donaciones entre cónyuges (en vez de estimarlas solamente revocables como el Code —art. 1.096—, la Compilación catalana —art. 20— o la tradición romano-castellana anterior al Código Civil).

La Resolución de 23 de julio de 1979 ya justificaba la prohibición de las donaciones entre cónyuges más que en la idea de unidad conyugal —idea hoy vencida por la de igualdad e independencia de los cónyuges—, en la evitación de fraudes a legitimarios y terceros. Por ello, DE LOS MOZOS no encuentra justificada la apreciación de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1981, consistente en alegar que ya estaban autorizadas antes por diversas legislaciones forales sin que haya presentado inconvenientes importantes su admisión en las mismas, y no la encuentra justificada porque la relación entre el régimen económico conyugal y la sucesión *mortis causa* es diferente en el Código Civil y las legislaciones forales, llegando a insinuar este autor que la supresión total y absoluta de la prohibición más que una obligada derivación del principio de igualdad supone una cierta «maximalización» y en el fondo más bien una trivialización del susodicho principio (6).

6. En cuanto a la plena liberalización de los capítulos *post nuptias*, la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 apreció como único de la antigua prohibición, el peligro del influjo psicológico de un cónyuge sobre el otro y lo desecha diciendo simplemente que la admisión de aquéllos es lo tradicional en las regiones de Derecho foral sin que haya planteado graves problemas «sirviendo, por el contrario, de cauce para resolverlos pacíficamente», frase ésta que acaso piense en la utilización de las capitulaciones posteriores al matrimonio como medio de resolver los problemas económicos derivados de las separaciones de hecho. DE LOS MOZOS afirma que la mutabilidad del régimen económico es también consecuencia inevitable de los principios que inspiraron la reforma y la nueva estructura de la familia, aunque estima criticable el que no se haya exigido el requisito de la homologación judicial —como en las legislaciones francesa e italiana—, requisito que trata de defender no sólo los intereses de terceros, sino los del posible cónyuge más débil o sufrido, o menos informado, que en el caso concreto tanto puede ser el marido como la mujer, y que prueba que no era arcaico aquel motivo del doloso influjo psicológico.

El Código Civil no ha exigido homologación judicial para las capitulaciones *post nuptias*, probablemente no sólo por atender al principio de libertad de los cónyuges, sino por las dificultades que la doctrina ha encontrado en las legislaciones en las que se exige, y así en la italiana, en la que además de las derivadas de una incorrecta formulación legislativa (si la autorización se refiere también a las primeras capitulaciones que alteren un régimen legal y si el no obtenerla produce nulidad o mera inoponibilidad frente a los tutelados por la intervención judicial) estudian los autores como fundamental cuáles serán los intereses que el Juez ha de tener en cuenta para conceder o denegar la autorización (¿los de cualquier posible tercero? ¿El interés general de la familia? ¿La defensa del cónyuge económica o psicológicamente más débil?) (7).

(6) Posiblemente el legislador de 1981 también se creyó obligado a sacar de la mujer la espina que tenía clavada por el Rey Sabio cuando puso límites a las donaciones del esposo a la esposa y no a las de ésta a aquél justificando la diferencia en que las mujeres son naturalmente codiciosas y avariciosas.

(7) PAOLA-MACRI: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milán 1978 págs. 57 y ss.

De todas maneras no cabe desconocer que, tanto antes como después de desaparecer la prohibición de donaciones entre cónyuges, en una escritura otorgada en los términos en que lo fue la autorizada por el señor García Bernardo objeto del recurso, cabe encontrar cierta contradicción interna si es que su contenido esencial está correctamente reflejado en el primer resultando: cuando en una disolución de comunidad de cualquier tipo se habla de adjudicar un bien a uno de los comuneros, se trata de una adjudicación en pago de su haber en la comunidad y, por tanto, no está muy claro que a la vez se diga que el dinero con el que se pagó el precio de adquisición de la finca era propiedad exclusiva del marido porque entonces, por el principio de subrogación real, la finca fue privativa desde su adquisición y no tenía porqué entrar en la sociedad de gananciales a disolver y en nuestro caso no había ningún ganancial que adjudicar por disolución de la sociedad de gananciales; y sólo cabe hablar en términos muy impropios de adjudicación de la finca privativa del marido como privativa que siempre fue. Desde el punto de vista práctico, en definitiva, en casos como éste, lo que se hace es una solicitud al Registrador con triple alternativa, para la inscripción con carácter privativo: primero, porque lo era desde la adquisición, lo que resulta de una confesión tardía de privatividad; si no se accede a esto, por adjudicación en una disolución de gananciales; y si se encuentra también inconvenientes para ello, a través de una implícita renuncia a la participación ganancial que ha de acrecer al otro partícipe, o sea, en último término a través de una donación entre cónyuges. Pero se olvida un tanto, al proceder así, que todas estas figuras negociales son muy distintas en su esencia y pueden tener muy diferentes efectos desde múltiples puntos de vista en cuanto nos salgamos del ámbito de la relación *inter partes* de los propios esposos (8).

7. La nota de calificación estimó el defecto insubsanable (aunque el texto del *B. O.* diga por error subsanable), aunque brinda la posibilidad de hacer constar por nota marginal el reconocimiento y afirmación en orden al carácter privativo de la finca. El Presidente de la Audiencia le califica de subsanable, por estimar —aunque no aclara esto el resultando— que cabía aportar documentación suficiente para justificar el carácter privativo del precio de adquisición. La Dirección parece que le estima insubsanable, ya que confirma íntegramente la nota del Registrador y revoca parcialmente el auto apelado. Pero es criticable el silencio sobre

(8) Como demostración de las dificultades que ha de encontrar la interpretación del artículo 1324 al ponerlo en correlación con las aseveraciones o reconocimientos de privatividad, podemos fijarnos en el artículo 179, 2.º, del Código italiano, reformado en 1975. Tratándose de inmuebles o muebles registrables, para que resulten privativos de un cónyuge los adquiridos a costa de otros privativos, además de declarar esto en el acto de adquisición, es necesario que el otro cónyuge sea parte en el mismo. Aunque ha originado dudas el término *parte*, parece claro que el cónyuge no adquirente no sólo debe estar presente en el acto, sino que ha de hacer una expresa declaración, aunque no de renuncia al beneficio de la presunción de ganancialidad, ni una declaración de voluntad, sino una declaración de ciencia de contenido no negocial que, cuando no coincida con la realidad, podrá ser desvirtuada judicialmente por el cónyuge que la hizo, aunque naturalmente salvos los derechos de terceros (*). Por ello, los autores recomiendan la mayor diligencia a los Notarios para que procuren que la declaración corresponda con los presupuestos legales, aunque me creo que esta diligencia será más inútil en el supuesto de subrogación real con dinero privativo que en otros casos del 179 (bienes de uso estrictamente personal o necesarios para el ejercicio de la profesión del adquirente). A la vista de esta normativa no debemos considerar tan clara la identificación de las aseveraciones de privatividad con la confesión de que habla el artículo 1324, ni tampoco conveniente que aseveración, reconocimiento y confesión tengan un campo de actuación ilimitado para estar en todo caso protegidos por el parágrafo del artículo 1323.

(*) V. DE PAOLA y A. MACRÌ: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978, págs. 135 y siguientes.

la naturaleza del defecto en los considerandos, ya que el auto apelado por ambas partes disienta en este punto de la nota del Registrador. Y acaso también sea criticable el estimarlo insubsanable, pues si el último considerando justifica la postura del Registrador en no aparecer plenamente probado el carácter privativo del inmueble, no parece lógico cerrar el paso a la subsanación mediante tal prueba plena.

8. Parecería lógico que, puesto que comenzamos afirmando que la cuestión planteada puede seguir presentándose después de la reforma de 1981 y su solución no es tan clara como parece por haber desaparecido la prohibición de donaciones entre cónyuges, entrásemos en la serie de problemas que presentan la interpretación integradora de los artículos 1.323, 1.324, 1.346, 3.º; 1.347, 3.º; 1.355, 1.361 y concordantes del Código reformado. No hay duda de que todos tenemos la obligación de contribuir a que el nuevo Código pueda ser acomodado a una realidad jurídica vivida y con la menor distorsión posible, sin mengua del total respeto a los principios nuevos que el Código ha decidido consagrar; pero esto, en definitiva, no es sino un urgente comentario a una Resolución que resolvió un caso que en vigor la reforma de 1981 no puede volver a repetirse en términos totalmente idénticos ni desde luego ser resuelto en igual forma.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINA RAMÍREZ RAMÍREZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NULIDAD DEL MISMO Y DE LA ADJUDICACION POR SER DEFECTUOSO EL REQUERIMIENTO JUDICIAL DE PAGO, AL NO CUMPLIRSE EN EL ESCRUPULOSAMENTE LAS PREVENCIÓNES LEGALES, PREVISTAS PARA QUE PUEDA LLEGAR EFECTIVAMENTE A SU DESTINATARIO. SUBROGACION EN EL DEBITO HIPOTECARIO: CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Doña María Cristina P. P. formuló demanda contra la Caja de Ahorros..., don Martín P. A., don Juan Pedro A. F. y don José O. G., alegando que se había visto sorprendida por la adjudicación de unos locales comerciales de su propiedad, en la calle Balmes en ejecución hipotecaria del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y que el requerimiento judicial de pago al deudor hecho por la entidad acreedora lo había sido al domicilio en la calle Muntaner, de la primitiva dueña de los locales, a pesar de que se había producido una subrogación de la deuda hipotecaria, al haber adquirido la actora tales locales asumiendo el pago de la hipoteca y comunicando tal adquisición por medio de carta a la entidad acreedora. Además, el requerimiento judicial de pago no cumplía todas las formalidades legales, por lo que habría de tener lugar la nulidad del procedimiento judicial sumario.

La parte demandada contesta negando que de la carta en cuestión resultase la adquisición de los locales por la demandante, y entendiendo que el requerimiento judicial realizado fue en forma legal en el domicilio fijado por el deudor en la escritura de constitución de hipoteca.

El Juez de Primera Instancia número uno de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda, declarando la nulidad total y absoluta, desde su inicio, del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley

Hipotecaria, así como también las diligencias de requerimiento de pago, de subasta y actas de remate, de cesión del mismo, el auto judicial, las inscripciones registrales que se hubieran practicado al amparo del testimonio de dicho auto, al igual que la que hubiere motivado el mandamiento de cancelación de la hipoteca que grava las fincas objeto del procedimiento. En su consecuencia, ordena la cancelación de tales asientos registrales. También declara que procede reintegrar al cesionario del remate las cantidades consignadas en pago del mismo, y requerir a la Caja para que, a su vez, y a tales efectos, reintegre y consigne en la mesa del Juzgado las cantidades que haya percibido como consecuencia del repetido procedimiento en cuanto se refiere a las fincas objeto de la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando íntegramente la del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por uno de los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que la resultancia fáctica apreciada en la instancia, de la que ha de partirse para la resolución de este recurso por no haber sido impugnada en el mismo por el cauce procesal adecuado del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consiste esencialmente: A) Por escritura pública de seis de agosto de mil novecientos sesenta y seis la Caja de Ahorros Provincial de la Diputación de Barcelona concedió a la sociedad anónima denominada «Inversiones Balmes doscientas cuarenta y tres, S. A.», un préstamo de veintitrés millones de pesetas garantizado con la hipoteca que se constituyó en la misma escritura, quedando gravados entre otros dos locales comerciales de la planta segunda, escalera B (puertas primera y segunda, respectivamente), del inmueble situado en los números doscientos cuarenta y tres, doscientos cuarenta y cinco y doscientos cuarenta y siete, de la calle de Balmes de la ciudad de Barcelona, señalándose en la misma escritura (estipulación octava), de conformidad con el artículo ciento treinta de la Ley Hipotecaria y doscientos treinta y cinco de su Reglamento, como domicilio de la entidad deudora la calle Muntaner, número doscientos setenta de la misma ciudad: se consigna, además, la expresa reserva a la Caja acreedora, en cuanto a las ventas que la deudora realice de los locales que se gravan, el derecho a prestar o no su conformidad en orden a la subsistencia de la obligación personal de la prestataria, a efectos del artículo ciento dieciocho de la Ley Hipotecaria; debiendo la firma deudora comunicar a la acreedora los nombres de los futuros adquirentes de cada local, pudiendo la misma dar o no su conformidad a la proyectada transmisión; el adquirente del local y los sucesivos terceros poseedores amortizarán a partir de entonces el capital del préstamo satisfaciendo al efecto la correspondiente anualidad mixta de amortización del capital, intereses y comisión, que se pagará en cuatro fracciones el primer día de cada trimestre. B) Por carta de diez de octubre de mil novecientos sesenta y siete don Manuel Rovira-Ferrer, en unión de don Juan Saladriga Altares, comunicaron a la Caja acreedora su deseo de cargar los vencimientos del préstamo hipotecario expresado en la cuenta corriente número once mil trescientos setenta y tres, deseo

que atendió la acreedora girando desde entonces los recibos trimestrales a la cuenta dicha hasta primero de enero de mil novecientos setenta y tres (documentos obrantes a los folios seis a treinta y ocho de los autos), hecho del cual la sentencia recurrida (considerando IV) deduce que «se operó una consentida subrogación en la deuda». C) Por escritura pública de dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y dos la entidad deudora Inversiones Balmes transmite los locales comerciales hipotecados mencionados en el presedente apartado A) a doña María Cristina Plágaro Pérez, viuda de don Manuel Rovira-Ferrer, deduciendo del precio total, un millón cien mil pesetas, el importe de la hipoteca por un total de quinientas cincuenta mil pesetas, suma que la compradora retuvo, siendo de observar que en supuestos como el que es objeto de esta litis es habitual que la entidad acreedora consienta la venta, incluso por documento privado, de los locales o pisos gravados, sin más que el adquirente comunique a la misma la cuenta corriente o libreta de ahorro a la que en lo sucesivo han de cargarse los recibos de amortización e intereses correspondientes al piso o local transmitido (folio ciento noventa y siete de los autos). D) Impagado en julio de mil novecientos setenta y tres el correspondiente recibo de intereses y amortización, la Caja acreedora instó procedimiento judicial sumario a tenor del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria, a cuyo efecto y para practicar el requerimiento que el artículo citado, regla tercera, apartado tres, exige se practique al deudor de los inmuebles hipotecados, después de una primera diligencia inestructuosa verificada el veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y cinco en el domicilio señalado en la escritura de hipoteca calle Muntaner, doscientos setenta, se llevó a cabo nueva diligencia de requerimiento siete días después en el mismo lugar, en la que se hace constar respecto de la deudora Inversiones Balmes que «hallándole, le hice el requerimiento ordenado, por lectura íntegra y entrega de la oportuna cédula y las copias simples acompañadas y con las demás prevenciones legales, en la persona de quien dice ser vecino de éste y llamarse don Lucas Rubio Ortega, mayor de edad, quien enterado firma, doy fe», y siguen dos firmas ilegibles. E) Con fecha quince de enero de mil novecientos setenta y seis el Juzgado de Primera Instancia número dos de Barcelona dictó auto adjudicando los inmuebles objeto del procedimiento al cesionario del rematante don Pedro Angulo Ferrer, los que fueron demandados en unión de la Caja acreedora en el presente procedimiento, habiendo comparecido después de la fase alegatoria el actual recurrente don José Olivier Genovés, que había sido emplazado en concepto de arrendatario de los locales objeto del procedimiento hipotecario a que se ha hecho anterior referencia; recurrente que tomó en arriendo ambos locales en uno de noviembre de mil novecientos setenta y tres, y que, ante la enajenación judicial de aquéllos, ejercitó derecho de retracto, al que dio lugar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número siete de Barcelona de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y siete; cuestión que ha quedado fuera de la presente litis, según hace constar la sentencia recurrida al final de su segundo considerando. F) Frente a dicha sentencia, que confirmó íntegramente el fallo de la de primer grado, se formula el presente recurso de casación impugnando la nulidad total y absoluta del procedimiento judicial sumario del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria

a que se contrae el recurso y la declaración de nulidad de las diligencias de requerimiento de pago practicado en dicho procedimiento el veintiocho de febrero de mil novecientos setenta y cinco, subasta y remate de las fincas y cesión de este remate al señor Angulo Ferrer y nulidad de las inscripciones registrales consecuentes.

Considerando que el primero de los motivos de casación, formulado por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo ciento treinta de la Ley Hipotecaria en relación con las reglas tercera y cuarta del artículo ciento treinta y uno del mismo Cuerpo legal, que impone como requisito indispensable para el ejercicio de la acción hipotecaria a través del procedimiento judicial sumario la fijación de un domicilio por el deudor, en la escritura de constitución de hipoteca, para la práctica de los requerimientos y las notificaciones; motivo que dada su formulación y lo actuado en el mismo procedimiento, tal como resulta apreciado por la sentencia recurrida, no puede ser acogido, ya que: A) En la escritura de constitución de hipoteca de seis de agosto de mil novecientos sesenta y seis consta el domicilio que el deudor señaló conforme al precepto legal que se estima inaplicable; B) La sentencia recurrida no impone, como erróneamente considera el recurrente, obligación alguna a la Caja acreedora de investigar domicilio alguno del deudor hipotecario, sino que claramente se limita en su cuarto Considerando a expresar su convicción de que la diligencia de notificación por cédula del previo requerimiento de pago a Balmes doscientos cuarenta y tres, S. A., «se practicó en el domicilio escriturado Muntaner doscientos setenta»; C) En definitiva, ante el supuesto debate de que habla el recurrente acerca de si el requerimiento de pago se hizo o no en el domicilio adecuado, la sentencia recurrida, resolviendo este punto litigioso, se pronuncia por estimar que en ese extremo dicho acto de comunicación judicial se hizo efectivamente en el lugar adecuado, es decir, en el domicilio fijado conforme al artículo ciento treinta, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria; que es el mismo que figura en el Registro a los efectos de las reglas tercera y cuarta del artículo ciento treinta y uno; sin entrar, dada la formulación del motivo que se estudia, en si el acto procesal que se practicó en el mentado domicilio reunía o no los requisitos legales, materia del segundo de los motivos que seguidamente se examina, por todo lo que el primero debe ser desestimado.

Considerando que el acto de comunicación de resoluciones judiciales, uno de los aspectos de la notificación en sentido amplio, que nuestra Ley Procesal Civil denomina «requerimiento», tiene como base común con los demás actos de comunicación, por un lado, el efecto sustantivo fundamental de que desde su verificación comienza a producir efectos el acto comunicado, pero puntualizando que todos los actos judiciales de comunicación de resoluciones se rigen por el principio de la recepción y no por el principio del conocimiento efectivo; y, por otro lado, desde el punto de vista procesal, se trata de actos dotados de una forma predeterminada en la ley (art. doscientos sesenta y dos de la citada), formalidades que no pueden omitirse ni subvalorarse cuando ello impida que las resoluciones a comunicar lleguen a conocimiento de su destinatario, todo lo que significa que si bien el acto de comu-

nicación surte efecto sin que sea necesario que llegue forzosamente a conocimiento del mismo destinatario, ello es con la condición indispensable de que se hayan cumplido escrupulosamente los requisitos legales, y así, cuando no sea posible que la diligencia se entienda personalmente con el destinatario de ella y haya de practicarse mediante cédula, se exige para su validez, salvo que el notificado se dé por enterado en el juicio, que se cumplan los requisitos que especifica el artículo doscientos sesenta y ocho de la Ley Procesal Civil, a menos de ser ineficaz, y, como tal, nula, de no cumplirse aquéllos (art. doscientos setenta y nueve de la misma ley).

Considerando que dentro de las notificaciones en sentido amplio o actos de comunicación, la especie denominada «requerimientos» ha de reunir para su validez los requisitos que expresa el artículo doscientos setenta y cinco de la Ley Procesal y en ellos, como establece el artículo doscientos setenta y seis, párrafo segundo, «se admitirá la respuesta que diere el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia» y estas formalidades y las generales a que se ha hecho referencia constituyen no un formalismo *ad probationem*, y menos requisitos de puro y facultativo trámite, ya que al tratarse de que desde que se cumplan obtengan las resoluciones judiciales sus importantes efectos, han de estimarse requisitos *ad substantiam* y como tales esenciales para la validez de acto procesal, en este recurso, en el procedimiento judicial sumario regulado en el artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria «ninguno de sus trámites puede ser alterado entre las partes» (artículo ciento veintinueve, párrafo primero), expresión legal que refuerza el carácter de orden público y de cumplimiento estricto de las comunicaciones judiciales ordenadas en el mismo, entre las que se halla lo dispuesto, en las reglas tercera y cuarta de tan repetido artículo ciento treinta y uno, que respectivamente imponen un requerimiento de pago al deudor y también al tercer poseedor de las fincas hipotecadas, y que si aquél no se practicó mediante acta notarial «se acreditará en los autos en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula», para las que el artículo doscientos sesenta y ocho de la precitada Ley Procesal establece (art. doscientos sesenta y ocho, párrafo segundo) que se haga constar en los autos «el nombre, estado y ocupación de quien reciba la cédula», «su relación con la que deba ser notificada» y la obligación que adquiere de entregársela, y previendo que, de no hallarse presente el destinatario, se entregará, en el caso contemplado de ser la destinataria una persona jurídica, en primer lugar a su criado, mayor de catorce años (denominación que ha de incluir por clara analogía a los porteros, conserjes y puestos análogos), y, en segundo lugar dice la ley que, «si no se encontrare a nadie» en los locales, «al vecino más próximo que fuere habido».

Considerando que, teniendo en cuenta la normativa legal expuesta en su aplicación al caso *sub judice*, se llega a la desestimación del segundo de los motivos de este recurso formulado al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se acusa la infracción por interpretación errónea del artículo ciento veintinueve de la Ley Hipotecaria, en relación con las reglas tercera y cuarta del artículo ciento treinta y uno de la misma, en cuanto que, como ya observaran las sentencias de instancia, la dili-

gencia de notificación y requerimiento obrante al folio ciento setenta y siete de los autos aparece redactada con manifiesta negligencia y en forma contradictoria, puesto que, por un lado, señala que halló al destinatario, y, por otro, que entregó la cédula a persona «que dice ser vecino», citando a continuación un nombre y apellidos, diciendo que es «mayor de edad», y omitiendo su ocupación y todo dato, como el de documentos personales, que acrediten la identidad del requerido y sus relaciones con la entidad que había de recibir directamente la notificación; con lo que se infringió paladinamente lo dispuesto en el artículo doscientos sesenta y ocho de la Ley Procesal, que fue, por tanto, correctamente aplicado por la sentencia recurrida al interpretarlo de acuerdo con su objetivo fundamental, que es dotar de las formalidades esenciales precisas a un requerimiento cuya verificación es esencial para no originar, como ocurrió en el caso debatido, la total indefensión en el procedimiento judicial sumario en que recayó, tanto del deudor como del tercer poseedor de los bienes hipotecados, impidiéndoles, como ya declaró la Sentencia de esta Sala de veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, tanto intervenir en la subasta conforme autoriza el artículo ciento treinta y uno, regla cinco, como satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas, y liberar los bienes ejecutados; actos cuya trascendencia jurídica no es preciso resaltar al suponer nada menos que dar a los bienes una trayectoria dominical diferente, lo que origina la nulidad del procedimiento en que se cometieron tan graves anomalías; sin que obste desde luego que erróneamente se afirmase en el auto de adjudicación declarado nulo que se habían observado las prescripciones legales.

Considerando que por afinidad de materia deben ser estudiados conjuntamente los motivos tercero y cuarto del presente recurso, en los que también al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número uno, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo mil doscientos cinco del Código Civil en relación con los artículos mil doscientos tres, número dos, y mil doscientos seis del mismo Cuerpo legal y la doctrina jurisprudencial que establecen las sentencias que cita, según la cual el consentimiento del acreedor en la subrogación de la deuda no puede ser presunto, aunque pueda bastar que lo manifieste en cualquier forma y momento, y no se presume porque ha de constar de modo cierto e indudable; motivos en cuyo desarrollo se parte de un hecho que la sentencia recurrida no admite, cual es que no hubo asentimiento de la Caja acreedora para que en el lugar del primitivo deudor hipotecario se colocase otro, cuando dicha sentencia en su cuarto considerando examina unos hechos, que considera probados, de los que se deduce que fue consentida por la acreedora la subrogación, principalmente deducidos de los folios ciento noventa y siete y ciento noventa y ocho de los autos, por lo que estos motivos, al partir de un supuesto no admitido por la Sala de Instancia, han de decaer, ya que los hechos aducidos fueron inequívocos en el sentido de transmitir la deuda, y así lo corroboró definitivamente la conducta procesal de la Caja acreedora, que se conformó con ambas sentencias de instancia, aunque era en ellas condenada a pasar por la nulidad del procedimiento hipotecario que instó; lo que evidentemente supone al menos un consentimiento *a posteriori* del acreedor, que consta de modo

cierto e indudable, dejando así al descubierto la verdadera característica de la delegación de deuda que es, como la doctrina científica ha puesto de relieve, la parte activa que en la operación toma el deudor primitivo, asumiendo el riesgo de la operación frente al delegatario o acreedor; todo ello sin entrar en la cuestión de si lo que se operó fue una novación propiamente dicha o simplemente una mera transmisión de la misma deuda; apreciación que, por otra parte, ha de basarse en hechos a apreciar por la Sala de Instancia, según ya se deduce de la Sentencia de esta Sala de veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Considerando que el motivo quinto del recurso formulado al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número siete, de la Ley Procesal Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas; resultante, según se dice, de la equivocación evidente del Juzgador al interpretar las escrituras públicas de seis de agosto de mil novecientos sesenta y seis y dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y dos, no puede ser estimado en razón a que: A) Parte el recurrente en su razonamiento de la validez del procedimiento judicial sumario seguido por la Caja acreedora contra los bienes inmuebles poseídos por la demandante; premisa falsa, puesto que como se ha visto las infracciones procesales en él cometidas determinaron su nulidad definitiva; B) La cuestión que el recurrente intenta plantear acerca de la legitimación registral de la actora es realmente ajena a tal nulidad procedimental motivada por hechos ocurridos al margen del desarrollo y efectos de los derechos sustantivos implicados; C) Las escrituras públicas esgrimidas como documentos auténticos carecen de tal carácter, tanto por haber sido tenidas en cuenta por el Tribunal *a quo*, como porque las mismas no revelan equivocación alguna de aquél, sino todo lo contrario, ya que se parte en la sentencia recurrida de la validez del señalamiento del domicilio del deudor hipotecario verificado en la escritura de hipoteca de mil novecientos sesenta y seis, y, en cuanto a la de transmisión de los bienes hipotecados de mil novecientos setenta y dos, ya se ha dicho que no es esencial que haga constar el consentimiento expreso del acreedor cuando, como en este caso, consta posteriormente en virtud de actos inequívocos; D) Con todo ello, por último, se está interpretando dicha escritura de mil novecientos setenta y dos a través de razonamientos y deducciones que desvirtúan totalmente, según la reiterada doctrina de esta Sala, su carácter de documento auténtico.

Considerando que en el motivo sexto y último de este recurso, al amparo asimismo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número uno, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la violación por falta de aplicación del artículo ciento dieciocho de la Ley hipotecaria, motivo que ha de ser sin duda desestimado porque, en primer lugar, en él se plantea una cuestión que no fue planteada en la fase alegatoria del proceso en primera instancia; en segundo lugar, porque, después de aducir tal violación por falta de aplicación del expresado artículo de carácter sustantivo, el recurrente en el mismo motivo se apoya en la doctrina del litis consorcio pasivo necesario de carácter procesal, con lo que falta la precisión y claridad que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo mil setecientos veinte e incide en la causa de inadmisión señalada en el artículo mil setecientos veintinueve, número cuatro, de la misma ley, que en este momento es causa de desestimación del motivo,

y con él de la totalidad del recurso, todo ello no obstante la vigencia de la doctrina sentada en las Sentencias de esta Sala de quince de marzo de mil novecientos treinta y cinco, diez de enero de mil novecientos cuarenta y cinco y dieciocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro en torno a la viabilidad del recurso de casación por infracción de ley en supuestos como el estudiado, y en otras como la de veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y cinco en que se presupuso dicha viabilidad, por conducir, en definitiva, una y otra doctrina a la desestimación del presente recurso.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1980).

Hechos—Don Prudencio S. S., dueño de una finca en el término municipal de Tauste, la divide para formar varias independientes, vendiendo una de ellas a don Santos A. L. en escritura pública de 3 de noviembre de 1948, pactándose en la escritura que la venta se hace por sus linderos y con la extensión que se le señala, de forma tal que si por cualquier circunstancia el comprador no tuviera dentro de la misma tal extensión superficial, o se viera privado de parte de ella por cualquier título o resolución judicial, podrá tomar la diferencia de extensión que le falte hasta completar la extensión que se le transmite por esta escritura, por la linde que crea más conveniente de las que lindan con el resto de la finca del vendedor.

Otra de las parcelas resultantes de la indicada división fue vendida por don Prudencio S. S. a don Angel L. N., en escritura de 5 de diciembre de 1950. Y por escritura de 2 de marzo de 1951 don Santos A. L. compra a don Prudencio S. S. otras parcelas procedentes de la misma finca matriz.

Al fallecimiento de don Santos A. L. sus herederos otorgan escritura de partición en la que agrupan las distintas fincas pertenecientes a su padre, adjudicándose en sus respectivas hijuelas diferentes porciones segregadas de la finca resultante de tal agrupación.

Los herederos de don Angel L. N., por considerar que en dicha agrupación se había incluido parte de la finca que su padre compró a don Prudencio S. S. en 1950, formulan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros, contra los herederos de don Santos A. L. en la que, entre otras cosas suplican se dicte sentencia declarando que es nula la agrupación de las fincas que se hace en la escritura de herencia y, por tanto, la inscripción que tal agrupación causó en el Registro de la Propiedad, así como las inscripciones derivadas de ella; declarando igualmente que los campos que se describen y que vienen siendo detentados por los demandados en la forma y modo que se individualiza en el suplica, corresponden en plena propiedad a la comunidad hereditaria que forman los demandantes y que en consecuencia condene a los demandados a hacer entrega inmediata de dichos campos, dejándolos enteramente libres y a su disposición, reconociéndolos como tales

propietarios y quedando además, obligados a entregar a los actores los frutos percibidos a partir de 25 de noviembre de 1975.

La parte demandada se opone y a su vez formula demanda reconvenicional en la que suplica se dicte sentencia por la que, desestimando la demanda, se absuelva de ella a los demandados, y por vía de reconvencción se declare que la finca reivindicada forma parte de la que fue adquirida por don Santos A. L., causante de los demandados reconvinientes, mediante escritura de 30 de noviembre de 1948 y, por tanto, dicha finca perteneció a aquél y hoy a sus derechohabientes, los demandados, dividida entre ellos en la forma que se indica en el suplico de la demanda, careciendo de valor y eficacia la escritura de 5 de diciembre de 1950 a favor de don Angel L. N., en cuanto a la finca reivindicada se refiere; que en caso de no proceder los pronunciamientos anteriores, y alternativamente con ellos, don Santos A. L. y sus sucesores los demandados, han adquirido por prescripción las fincas objeto de la acción reivindicatoria; y que en caso de no proceder ninguno de los pronunciamientos anteriores y estimarse, en cambio, la demanda, los demandados tienen derecho a hacer suya la finca reivindicada, abonando a los actores su valor como tierra de secano a razón del precio que consta en la escritura de 1950 o, en otro caso, a retener la posesión de la misma finca hasta tanto los actores abonen a los mismos demandados la diferencia entre el valor de la finca como de secano y su actual valor como finca de regadío.

El Juez de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros dictó sentencia por la que hizo el siguiente pronunciamiento: Fallo: Que estimando parcialmente la demanda, debo declarar y declaro que es nula la agrupación de las fincas que se hace en la escritura de herencia de 17 de diciembre de 1969 y, por tanto, la inscripción que tal agrupación causó en el Registro de la Propiedad, así como las inscripciones derivadas de ella y que se detallan en el suplico de la demanda, declarando igualmente que los campos que se describen y que vienen siendo detentados por los demandados en la forma y modo que se individualiza, corresponden en plena propiedad y dominio a la Comunidad Hereditaria que forman los demandantes. Y en consecuencia debo condenar y condeno a los demandados a que hagan entrega de dichos campos a los demandantes, así como que se les entreguen los frutos de las fincas desde el 21 de noviembre de 1975. Y estimando parcialmente la reconvencción formulada por los demandados, debo facultar y faculto a los mismos a retener la posesión de la tan repetida finca hasta el momento mismo en que los actores hayan satisfecho el importe de los gastos realizados por los demandados en nivelar y convertir en regadío el tan repetido inmueble, cuyo importe se fijará en ejecución de sentencia, desestimando, en consecuencia, todos los demás pedimentos de la reconvencción.

Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

La parte demandada interpuso recurso de casación, alegando, entre otros los siguientes motivos:

Violación por no aplicación del artículo 473 del Código Civil puesto que suponiendo que la finca reivindicada fuese la vendida a don Angel L. N., estaría dentro de la superficie y linderos de la finca vendida a don Santos A. L. y, por tanto, nos encontramos ante una colisión de

títulos y por aplicación del artículo 1.473 del Código Civil debe prevalecer y quedar subsistente la compra efectuada por don Santos A. L., ya que su escritura de 30 de noviembre de 1948 fue inscrita en el Registro el 7 de febrero de 1949, en tanto que la escritura de compra a favor de don Angel L. N. de 5 de diciembre de 1950 es posterior a aquella inscripción y, por tanto, fue inscrita más tarde en el Registro.

Violación de los artículos 1.949, 1.957 y 1.960 del Código Civil, porque en virtud de la escritura de 30 de noviembre de 1948, don Santos A. L. entró en posesión de la finca reivindicada a título de dueño y, como tal, quieta, pacíficamente, pública e ininterrumpidamente la vino poseyendo hasta que por la escritura de herencia de 17 de diciembre de 1969 pasó a poder de sus hijos, en cuyo momento había mediado ya el plazo prescriptivo de dominio de diez años y, por tanto, había adquirido ya la finca por prescripción.

Con carácter *ad cautelam* y sólo para el caso de que no prosperasen los motivos anteriores, el recurrente alegaba también que la sentencia infringía el artículo 451 del Código Civil, pues aceptando que la posesión de los demandados se ejercitó de buena fe, les condena, no obstante a la devolución de frutos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto, en base, entre otras, a las siguientes consideraciones:

No existe violación del artículo 1.473 del Código Civil ni de los artículos 38 y 79 de la Ley Hipotecaria, porque lo vendido en la escritura de 1948 al causante de los recurrentes no comprendía la finca reivindicada, pues lo que dicha escritura decía, y no más, era que, de no tener la finca que se vendía la cabida pactada, podía el comprador tomar lo que faltase de la finca matriz. Y lo que el mismo vendedor transmitió al causahabiente de los demandados en escritura de 2 de marzo de 1951 tampoco fue la finca reivindicada, sino otras parcelas delimitadas en un deslinde practicado por el vendedor y otro colindante extraño a la litis y que forman la misma finca que ambas partes, en un acuerdo de deslinde de 1975 aceptaron y fijaron como pertenecientes a los recurrentes reivindicantes. Todo lo cual indica que la finca reivindicada no se vendió realmente ni en 1948 ni en 1951, con la consecuencia de su no acceso registral ni en 1949 ni en 1954. En cambio sí se operó esa efectiva transmisión de la finca restante —del común vendedor— a favor del causante de los recurridos, por la escritura de 5 de diciembre de 1950, inscrita en el Registro de la Propiedad en 31 de octubre de 1953; razón por la cual no puede hablarse de la entrada en juego de los artículos citados como infringidos.

Tampoco existe violación de los artículos 1.949, 1.957 y 1.960 del Código Civil ya que al no haber transmisión jurídica de la finca (resto o parte de la común segregada en 1948), aunque los compradores causahabientes las ocuparan, por entender que les legitimaba para ello la cláusula del contrato —que les autorizaba a tomar más tierra por defecto de cabida— es claro que lo hicieron así sin título —artículo 1.957 del Código Civil— a los efectos de la prescripción ordinaria alegada.

Finalmente, el artículo 451 del Código Civil, según el cual el poseedor

de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, ha sido rectamente aplicado por la Sala de Instancia, que estima existir buena fe en los poseedores recurrentes, bien que sólo hasta la fecha del 21 de noviembre de 1975, porque desde tal día dicha posesión es legalmente interrumpida al dar los poseedores su aquiescencia y ratificar el acuerdo de deslinde, desapareciendo con ello la situación subjetiva de buena fe como presupuesto de la legítima apropiación de los frutos en cosa ajena.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE BIENES EMBARGADOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—En juicio ejecutivo seguido por I. D. R. P. A. Y. M. S. A. contra don Alfonso L. P. se embargaron, como de la propiedad de este último un tractor, determinadas máquinas agrícolas, el fruto de ocho hectáreas de trigo de una finca, un rebaño de ovejas de cuatrocientas cabezas y determinado número de cabezas de ganado de cerda.

Don Emilio L. A., propietario de la finca rústica donde se hallaban instalados los bienes embargados, presentó demanda de tercería de dominio contra I. D. R. P. A. Y. M. S. A. y don Alfonso L. P. solicitando se dicte sentencia declarando que los bienes embargados son propiedad del demandante y, en consecuencia, ordenando el alzamiento y cancelación del embargo trabado.

Don Alfonso L. P. se allana a la demanda, mientras que la sociedad I. D. R. P. A. Y. M. S. A. se opone y el Juzgado de Primera Instancia de Torrijos dictó sentencia estimando en parte la demanda, al declarar que don Emilio L. A. es propietario del tractor y ordenar el alzamiento del embargo en cuanto al mismo, y absolviendo a los demandados del resto de las pretensiones contra ellos deducidas.

Don Emilio L. A. interpuso recurso de apelación y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—Tras rechazar el primer motivo del recurso que alegaba violación del artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque dicho precepto es de índole puramente procesal y por ende no puede servir de fundamento a un recurso de casación afectante al fondo de la cuestión debatida. Y desestimado también el segundo motivo que alegaba error de hecho en la apreciación probatoria, designando como documento auténtico el acta de la diligencia de embargo, demostrativa de que todos los bienes, en el momento de su traba, se encontraban dentro de la finca propiedad del tercerista, porque esta realidad ni fue debatida en el litigio, ni desconocida por la sentencia recurrida; el Tribunal Supremo analiza a fondo el motivo octavo del recurso, para rechazar después, también todos los demás:

El motivo octavo del recurso aduce error de derecho en la apreciación de la prueba, al entender que la resolución de instancia, cuando reconoce al ejecutado, atendida la confesión judicial que prestó en el

juicio ejecutivo, la cualidad de arrendatario de la finca donde se encontraban los bienes embargados, violó, por inaplicación los artículos 1.232, 1.º, del Código Civil y 580, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mas al argumentar así no tiene en cuenta el recurrente que si bien es cierto que la confesión judicial prestada por uno de los demandados hace prueba contra él, pero no contra los demás que no se encuentren en el mismo caso, no lo es menos que, como estableció la Sentencia de 6 de marzo de 1972, «cuando la confesión judicial prestada por el colitigante no es más que uno de los varios elementos tenidos expresamente en cuenta por el órgano jurisdiccional de instancia para sentar sus conclusiones, no hay ningún obstáculo para que lo confesado sea ponderado y valorado por el mismo juzgador, en combinación con los demás elementos aludidos, para formar su convicción por el resultado que ellos y todas las probanzas arrojen al respecto». Y dado que esto es lo que en este caso ocurre, pues la sentencia recurrida sienta la conclusión que trata de impugnarse conjugando la confesión judicial del ejecutado con otros elementos probatorios, no puede llegarse a otra consecuencia que la de la procedente desestimación del motivo del recurso aquí analizado.

Todos los demás motivos alegados por el recurrente tienen la común fundamentación, basada en las presunciones establecidas en los artículos 38-1.º de la Ley Hipotecaria y 449, 464 y 1.250 del Código Civil de que al recurrente, dada su cualidad de dueño y titular registral de la finca en que se encontraban los bienes muebles embargados, le asiste, al par que la presunción legal de la posesión de dicha finca, la de igual carácter respecto a los bienes muebles y objetos radicados dentro de ella. Pero todos ellos deben ser rechazados, pues las presunciones en que el recurrente pretende ampararse, carecen de operancia en el supuesto concreto aquí sometido a la decisión de los órganos jurisdiccionales, toda vez que la sentencia recurrida reconoce y atribuye al ejecutado la cualidad de arrendatario y cultivador directo de la finca, siendo inherente a dicha cualidad la facultad de situar en dicha finca los elementos conducentes a su explotación, entre ellos la maquinaria agrícola para su adecuado laboreo y el ganado que posibilite su mejor aprovechamiento y es obvio que aquellas presunciones legales de posesión no pueden favorecer al propietario no poseedor frente al poseedor directo no propietario de la finca.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Don Juan R. B. presentó demanda contra don Ramón E. M. y don Ramón E. S. en la que suplicaba se dictase sentencia declarando, entre otras cosas que la finca número 25 de la calle de la Feria, en Cardona, propiedad del actor, no se halla afecta a servidumbre de luces y vistas, ni de otra clase, a favor de la finca número 16 de la calle Escasany, propiedad de los demandados, ni a favor de persona alguna, y condenando a éstos a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a que a su costa tapien y cierren las aberturas y ventanas que la casa

propiedad de los demandados tiene en su parte de atrás y cierran la terraza existente en el tercer piso de la citada casa con valla de obra de albañilería de dos metros de altura a fin de evitar que desde dicha terraza puedan tenerse vistas sobre el predio del actor.

Los demandados se opusieron a la demanda, alegando que las citadas aberturas, excepción hecha de las de la planta tercera, existen desde tiempo inmemorial al igual que las de las demás casas de la calle Escasany ya que por estar la villa de Cardona ubicada en las inmediaciones del castillo, en una ladera de montaña, las casas de la calle Feria se construyen, desde tiempo inmemorial, de forma que su altura no tape o prive de luces y vistas a las de la calle Escasany, sitas a nivel superior; forma de construir que ha sido recogida por las Ordenanzas o normas de construcción de Cardona. Y tras alegar los fundamentos de Derecho que consideraban aplicables solicitaron del Juzgado se dictase sentencia absolviéndoles de la demanda principal en todas sus partes y formularon demanda reconventional pidiendo se declarase que la casa propiedad del demandante no goza del derecho de medianería sobre la de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia de Berga dictó sentencia estimando la demanda principal y rechazando la reconventional, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Los demandados interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia del Tribunal Supremo razona la desestimación del recurso en base a las siguientes consideraciones:

El primer motivo que aduce el recurrente es error de hecho en la apreciación de la prueba, dimanante de documento auténtico demostrativo de la equivocación evidente del juzgador, citando al efecto, con ese carácter una sentencia de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona dictada en un procedimiento anterior entre las mismas partes. Pero tal motivo es improsperable, pues aparte de que carecen de tal condición a los efectos postulados, las actuaciones judiciales de toda índole, es manifiesto que por su extensión y límites, aquella jurisdicción no puede resolver cuestiones sobre el derecho del dominio o los derechos reales limitados de goce, cuyo conocimiento viene atribuido a la jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en los artículos 51 de la Ley Procesal, 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 2.2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y así lo tiene recordado la doctrina jurisprudencial, preceptos y doctrina a la que se atuvo la propia sentencia invocada por los recurrentes.

Tampoco puede prosperar el motivo segundo del recurso, que alega violación del artículo 1.240 del Código Civil, pues la ponderación de la prueba de reconocimiento judicial, no está sujeta, en nuestro ordenamiento positivo, a reglas jurídicas y por ello tiene declarado esta Sala que aquel precepto y el 1.241 del propio Código Civil no contienen regla alguna de valoración probatoria.

El motivo tercero del recurso alega infracción por aplicación indebida del artículo 283, en relación con la Disposición Transitoria Sexta de la

Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, sosteniendo que el Derecho foral catalán, anterior a la obra compiladora, aplicable para decidir la controversia por tratarse de una situación nacida con señalada anterioridad al 21 de julio de 1960, admitía la usucapion de las servidumbres de luces y vistas. Pero, aun sin parar mientes a que se trata de cuestión nueva en el recurso, la impugnación tiene que decaer por cuanto que: Primero) Informada la Compilación «por el cariño y el respeto a las instituciones cuyo contenido exteriorizan», sus preceptos, según proclaman el preámbulo y el párrafo segundo del artículo primero, al remitirse a la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, constumbres y doctrina, en la labor interpretativa de su texto, sería insólito que la categórica disposición de su artículo 283, párrafo inicial, y de las normas segunda y tercera, que constituyen preceptos capitales sobre el particular, declarando no usucapibles las servidumbres de luces y vistas, salvo cuando se trate de lucerna, así como la del artículo 293, que establece el principio fundamental, en materia de vecindad, de que nadie podrá tener luces y vistas sobre el predio vecino, si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor, y de que no podrá abrirse ventana ni constituir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno una «androna» de la anchura fijada por las ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, se hallarán en pugna con añejas leyes o prácticas consuetudinarias. Segundo) El criterio restrictivo tradicional de las *Consuetuts* de Barcelona y en general de todo el Derecho de Cataluña al respecto de la apertura de ventanas y huecos, de no existir servidumbre que los autorice, cuando el propietario de la pared no lo sea del suelo al cual mire la abertura, sentir recogido por la doctrina científica, y que aparece sancionado en la Ordenación once, en la cuarenta y uno y en la sesenta y seis de las Ordenaciones de Santacilia. Tercero) En análogo sentido hace la doctrina cita de otras fuentes, tales como el Código de las Costumbres de Tortosa, las Costumbres de Gerona, las Ordenanzas de la Comarca de Valls y las prácticas observadas en el Valle de Arán.

Y finalmente tampoco puede tener éxito el motivo cuarto que aduce violación del artículo 1-3.º del Código Civil, por tanto, según se sostiene, en la villa de Cardona rige una tolerancia que se ha convertido en costumbre, derivada de un antiquísimo sistema de construir dentro del recinto amurallado, de manera que las fincas superiores abren huecos para luces y vistas libremente sobre los predios inferiores por exigirlo así razones topográficas de edificación en la falda de la colina; tesis inaceptable, pues el precepto invocado menciona la costumbre en el único aspecto de fuente jurídica supletoria, *praeter legem*, que como tal sólo opera en defecto de ley aplicable y así lo corrobora el artículo segundo, párrafo dos, al proscribir la costumbre *contra legem*, en razón de lo cual no vendría permitido acudir a una práctica consuetudinaria radicalmente opuesta a los textos de la Compilación, afanada, según dicho queda, en recoger la tradición jurídica catalana manifestada también en las antiguas costumbres de las que sus preceptos son eco, y por otra parte, como a tal fuente secundaria no le beneficiaría la máxima *iura novit curia*, habrá de «resultar probada» para admitir su eficacia normativa, y así expresamente lo impone aquel precepto del Código Sustan-

tivo y lo tiene declarado la doctrina legal, requiriendo la cumplida demostración de su existencia y alcance. Pero ocurre que en el presente caso tanto la Sala sentenciadora, como el Juez de Primera Instancia, afirman categóricamente que ha resultado improbadamente la supuesta costumbre, aserto no combatido por la vía idónea y al que han llegado por entender que faltan los elementos indispensables para tenerla por existente como pauta de comportamiento y entre ellos el uso general, uniforme y constante descartado por un elemento de juicio tan relevante como es la certificación del Ayuntamiento de Cardona, que después de indicar que «en todas las obras modernas no se admiten ventanas que miren al predio vecino, ni otras aberturas», añade que «existen efectivamente casas que teniendo mayor altura en su fachada posterior que la casa con fachada a la calle inferior paralela, las aberturas miran directamente y sin androna sobre el tejado vecino, pero no son la mayoría, ni actualmente se permiten, salvo avenencia por escrito entre los propietarios afectados».

S. S. Q.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL INTERES PUBLICO DE UNA INDUSTRIA NO EXCLUYE LA EXIGENCIA DE RESTITUIR EL QUEBRANTO QUE PUEDAN SUFRIR LOS PREDIOS VECINOS. LA PROHIBICION DE LAS INMISIONES POR HUMOS PUEDE SER INDUCIDA DEL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1980).

Hechos.—Una central termoeléctrica expelía humos y gases en un grado de concentración altamente nocivo, causando daños en la vegetación de la zona; los propietarios perjudicados la demandan y obtienen la correspondiente indemnización, y además la central es obligada a poner los remedios necesarios para no continuar produciendo daños con los contaminantes.

Doctrina de la sentencia.—El problema de las inmisiones por humos, gases y emanaciones tóxicas y el resarcimiento de los daños causados por la *inmissio in alienum*, concreto aspecto de las relaciones de vecindad, son resueltos en el Derecho comparado, Código Civil italiano y portugués, entre otros, acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad en las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, criterios a los que también responde la Ley 367, párrafo 1.º, de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra; y si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1.902 de dicho Cuerpo legal, y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe, pues regla fundamental es que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina».

A la luz de estas pautas orientadoras es manifiesto que el ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario, el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva; por lo que toca a la cuestión de si el perjudicado puede reaccionar contra la causación del deterioro, instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo, es clara la respuesta afirmativa a fin de evitar la prosecución del menoscabo patrimonial, pues la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y la jurisprudencia declara que la protección de los derechos no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya ocasionados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

En los casos de comportamiento ilícito continuado o permanente, no ha dejado de sostener la doctrina científica el criterio de que el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total, ya que si *prima facie* parece justo iniciar el cómputo del tiempo para la posible reacción contra el acto antijurídico el de su plena efectividad e incluso el de su cesación, la solución opuesta, limitando con rigor el ejercicio del derecho de resarcimiento, fraccionaría de manera artificiosa la prescripción.

El motivo quinto atribuye a la sentencia impugnada el vicio de exceso en la jurisdicción, por invadir la correspondiente a la Administración Pública, y tampoco puede obtener éxito, dado que en esta zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, aspectos que es preciso separar y en atención a cuya diversidad ha de entenderse que tanto el artículo 15 de la Ley de 22 de diciembre de 1972, de protección del ambiente atmosférico, al atribuir a la Administración la exclusiva competencia en orden a «la determinación de las medidas correctoras que se hayan de imponer a cualquiera de los focos emisores», como los artículos 1, 2 y 3 del Decreto de 6 de febrero de 1975, que reiteran esa competencia administrativa, aluden en locuciones de gran amplitud a la «defensa contra la contaminación atmosférica» y «perturbación irresistible del equilibrio ecológico general», problemas que por su generalidad y explícita referencia a los poderes e intereses públicos no pueden equipararse a la lesión patrimonial y al postulado resarcimiento a causa de inmisiones dañosas en fundos determinados, cuyos titulares demandan la condigna indemnización y el remedio de la actividad ocasionadora del menoscabo.

EL EJERCICIO DE LA ACCION REDHIBITORIA IMPONE AL COMPRADOR LA DEVOLUCION DE LA COSA (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Los vicios redhibitorios, que, como la etimología de esta palabra indica, de *redhibere*, devolver, llevan aneja, al deshacer la venta, la devolución no sólo del precio, sino también de la cosa objeto del contrato. La consecuencia es que la rescisión o resolución de la venta en estos supuestos lleva aneja la devolución del precio por parte del vendedor, y la de la cosa adquirida por el comprador. El ejercicio de la acción redhibitoria impone, en principio, al comprador la devolución de la cosa, sufriendo en algún caso su pérdida el vendedor.

DISTINCION ENTRE NEGOCIO SIMULADO Y NEGOCIO CELEBRADO EN FRAUDE DE LEY (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Aunque la sentencia recurrida analiza el contrato celebrado entre las partes calificándolo de negocio en fraude de ley, tal calificación no es admisible, por existir una clara distinción entre negocio simulado y negocio celebrado en fraude de la ley, en cuanto que aquél, supuesto contemplado en la litis, fue sólo querido aparentemente, pues lo que se pretendía en realidad era celebrar el negocio encubierto, mientras el acto en fraude de la ley es en sí querido y lo único que pretendían los interesados es evitar la aplicación de una norma dictada para otro negocio, respetando su letra, pero contraviniendo su espíritu.

EN EL PRECONTRATO NO SE DEJA DIFERIDA LA VINCULACION CONTRACTUAL, SINO SU EFICACIA INMEDIATA (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1980).

Hechos.—A doña María Jesús le interesaba la compra de un piso, que don Elías estaba dispuesto a vender, pues éste estaba gestionando, a su vez, la compra de una vivienda más próxima a su lugar de trabajo. Firmaron así, pues, las partes un documento privado por el que don Elías se compromete a vender su piso, en el momento que lo deje libre, a doña María Jesús por el precio de 580.000 pesetas, mediando una entrega de dinero en concepto de arras. Como posteriormente el vendedor se negó a entregarle el piso, la compradora lo demanda. Aunque la Audiencia absuelve al demandado, el Supremo acoge el recurso y confirma la sentencia de primera instancia que estimaba la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Sabido es que las motivaciones que impelen a los contratantes a la configuración más o menos provisional de sus acuerdos por el cauce de los llamados precontratos, estipulando obligaciones recíprocas que más tarde fijarán definitivamente y con más o menos solemnidad jurídico-formal, son generalmente de carácter pragmático o de conveniencia; bien porque en aquel momento no se disponga del objeto

contractual o de numerario preciso, bien por razones personales varias que al pronto aparecen como obstáculos o inconvenientes, pero no de tal entidad que no puedan ser salvados, justamente mediante el recurso práctico del precontrato y la estipulación de someter la eficacia plena del convenio a la concurrencia de determinadas circunstancias o al transcurso de un período de tiempo, como presupuestos no de la esencial vinculación contractual ya acordada y consentida, sino de su eficacia y puesta en vigor inmediata, que dejan diferida en tanto no sea exigida por las partes según lo pactado, y todo ello sin necesidad de prestar un nuevo consentimiento.

Es patente la equivocación del juzgador de instancia al calificar la cláusula contractual controvertida como una condición, perteneciente al grupo de las meramente potestativas o dependientes de la exclusiva voluntad del deudor, prevista en el artículo 1.115 del Código Civil, con la consecuencia de la nulidad de la obligación, error derivado de la incorrecta interpretación de dicha cláusula al atenerse exclusivamente a su equívoca dicción literal y olvidar la intención de los contratantes, que de todos modos se plasma en la frase conflictiva del contrato al decirse que «se comprometen a vender el piso en el momento en que lo deje libre», es decir, no «si lo dejo libre» o «cuando yo quiera dejarlo libre», sino cuando por tener ya el otro piso cuya compra gestiono, pueda dejarlo libre por desaparecer el obstáculo que en ese momento impedía la efectividad inmediata de la venta pactada: todo lo cual funda la calificación de la cláusula no como una condición exclusivamente potestativa —*merum arbitrio in ipsa et mera voluntate*—, sino como un plazo o subordinación de la eficacia contractual a un momento futuro, aunque indeterminado.

CONCURRENDO ACCIONES DE RESARCIMIENTO ORIGINADAS EN UN CONTRATO Y, A LA VEZ, EN UN ACTO ILÍCITO EXTRA CONTRACTUAL, EL PERJUDICADO PUEDE OPTAR ENTRE UNA U OTRA (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que nuestro Código Civil, al igual que otros extranjeros, distingue entre daños derivados de incumplimiento de contrato y daños derivados de culpa extracontractual, según que la indemnización de daños exija una conducta antijurídica causante de los daños por infringir lo acordado en un contrato o por infringir el principio general *alterum non laedere*, y pudiendo situarse modernamente al lado de esas dos fuentes de responsabilidad la derivada de riesgo creado por ciertas actividades peligrosas, que no es necesario que vaya precedida de un obrar contrario a derecho, y a veces ni siquiera de un obrar; no obstante esa separación de campos de resarcimiento de daños, se ha declarado por esta Sala que los artículos 1.101 y 1.902, sancionadores, respectivamente, de la culpa contractual y de la extracontractual en el Código Civil, responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora comprendida en el concepto genérico, que a la de indemnizar asigna el artículo 1.106 del propio Código; en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y, a la vez, en un acto ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causan-

te del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, sin que ello suponga poder exigir en ningún caso dos responsabilidades, sino simplemente elegir entre una u otra de las acciones que tienen el mismo fin; si bien el principio general es en estos supuestos la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad extracontractual, ya que existiendo obligación derivada de contrato se ha declarado que no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, este principio tiene excepciones derivadas de la doctrina de la unidad de concepto de culpa civil; estas excepciones se acentúan cuando el principio citado de unidad de culpa civil ha de compaginarse con los principios procesales de instancia de parte o dispositivo del proceso civil, porque el juzgador ha de atenderse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1.902 y 1.903 citados, no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato.

La responsabilidad directa del empresario se funda en el incumplimiento de deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, y que al ser responsabilidad directa no exige que junto a la empresa se demande también a su dependiente, sin perjuicio de que aquélla pueda repetir contra éste lo que hubiere pagado.

Los socios de una sociedad colectiva estarán obligados personal y solidariamente con todos sus bienes por los daños debidos a actos ilícitos de sus dependientes cuando se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía; habiéndose inscrito en el Registro Mercantil la Sociedad de Responsabilidad Limitada después de ocurrido el hecho causante de los daños reclamados, su constitución no perjudica a terceros, como es la entidad demandante.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: HA DE ATENDERSE A LA VOLUNTAD BILATERAL (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La operación de interpretación de los contratos ha de atender a la voluntad bilateral o común de ambas partes, quedando, por tanto, excluida, como regla general, la mera voluntad interna de cualquiera de ellas o de las dos, que puede servir, no obstante, para concretar aquella voluntad común; de modo que desde un punto de vista jurídico, la voluntad interna de un contratante no tendrá efecto si por su declaración o manifestación el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna, dirección objetivista que conduce a que en casos de discordancia de interpretación sean los Tribunales los que hayan de pronunciarse acerca del sentido que ha de darse a los pactos convenidos.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR VARIOS HECHOS CONTINUADOS (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Los daños cuya indemnización se reclama son consecuencia de varios hechos continuados —en este caso, un número indeterminado de explosiones o voladuras que iban ocasionando daños en los inmuebles de los demandantes—, y por razón de cuya solución de continuidad, entre los factores con causa de los daños, cabe entender que la reclamación formulada es por los perjuicios originados en el año inmediato anterior a la fecha de la presentación de la demanda, determinando en su virtud que se haya producido un perjuicio, derivado, en definitiva, de una sola actividad, surgida de la actividad en la referida cantera, y sin posibilidad por ello de cómputo de inicio del plazo de prescripción hasta la producción de ese resultado, ya que el entender lo contrario significaría el apoyarse en el supuesto arbitrario de la discontinuidad de los elementos integrantes del daño causado, como si fuera posible fraccionar en etapas o hechos diferentes la serie continuada de los mismos que originó el daño, toda vez que se llegaría al absurdo que quien por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta acaso digno de encomio, hubiese dejado pasar el plazo de inicio de una de las circunstancias concadenantes, cooperantes y en manifestación de concausa del resultado dañoso cuya indemnización se reclama, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males que la impericia, el abandono o la negligencia de un tercero tuvieran a bien conferirle, quedando éste facultado y libre para seguir de continuo obrando de una manera imprudente y perjudicial, aspectos ambos que pugnarían abiertamente con los más elementales principios de justicia y equidad.

LA JURISDICCION CIVIL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACION POR DAÑOS QUE UN PACIENTE HACE A UN MEDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1981).

Hechos.—Un niño de seis años fue operado de las amígdalas en una residencia de la Seguridad Social. Pero el médico extirpó además la campanilla, con lo que le ha quedado al paciente dificultad para pronunciar las palabras. El padre demanda al médico y al Instituto Nacional de Previsión, que son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Sin desconocer la relación entre Seguridad Social y personal a su servicio, en cada centro dependiente de la misma, como no menos entre Seguridad Social y beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, lo que no cabe entender y configurar, en consecuencia, es el que entre éstos y el personal que les asiste se dé lugar a una relación que lo sea contractual y, en su consecuencia, los resultados de cada una de las prestaciones recibidas, si lo son dañosas por culpa, negligencia o imprudencia del que las presta, no dejará de tener la cualidad de un extraño para el que los sufre, dando lugar a una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción por culpa extracontractual o aquiliana, que sanciona el

artículo 1.902, y en su caso el 1.903, del Código Civil; sin perjuicio, claro es, de los conflictos que puedan surgir de la propia normativa reguladora de la Seguridad Social, cuyo conocimiento es propio y exclusivo de la jurisdicción laboral.

Por el Instituto Nacional de Previsión se denuncia la violación del artículo 1.º del texto articulado de la Ley de 21 de junio de 1972, en cuanto en dicho precepto se atribuye a la jurisdicción laboral el conocimiento de toda clase de pleitos sobre Seguridad Social; la referencia que hace el indicado precepto a los pleitos sobre Seguridad Social lo son en relación a su propia normativa, mas sin que puedan incluirse los que tienen su origen en supuesto de responsabilidad civil en la que han incurrido funcionarios afectos a dicha Seguridad o en el desempeño de funciones que dicha Seguridad les tiene encomendados y que se regulan por preceptos de Derecho civil; es decir, cuando la materia del asunto del que deben conocer los Tribunales no está fundamentada en normas jurídico materiales de Seguridad Social, el corolario no puede ser otro que el de que dicho conflicto es competencia de la jurisdicción civil.

EL CONYUGE VIUDO NO PUEDE POR SI SOLO RENUNCIAR AL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL QUE SE OTORGO CUANDO EXISTIA LA SOCIEDAD CONYUGAL (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1981).

Hechos.—Don Camilo tomó en arrendamiento, en estado de casado, un local de negocio para instalar allí su zapatería. Ya viudo, don Camilo renunció a su derecho de arrendamiento, percibiendo una indemnización del propietario del inmueble. Su hija demanda la nulidad de tal convención. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Los derechos derivados del contrato arrendaticio pertenecían a la sociedad conyugal formada por el demandado y su esposa, la que por fallecimiento de ésta quedó disuelta, y el patrimonio integrante de esa sociedad de gananciales, al no haberse practicado la consiguiente liquidación de la misma, quedó en situación de comunidad, la que ha de subsistir en tanto dicha operación se lleve a efecto, situación comunitaria que la jurisprudencia de esta Sala reconoce, y esta comunidad hereditaria se rige, en cuanto al régimen de administración, por el regulado por las normas que regulan la comunidad de bienes, según los artículos 661, 394 y 398 del Código Civil, pues el primero ordena que los herederos suceden al difunto en todos los derechos y obligaciones, y los otros dos mandan que para la administración y disfrute de la cosa común indivisa serán obligatorios los acuerdos de la mayoría, de lo que se deduce la errónea declaración de la sentencia recurrida, la que tras manifestar ser un acto de administración la renuncia arrendaticia, afirma que el marido, aun cuando se haya producido la disolución de la sociedad ganancial, continúa siendo el administrador de ella si no se ha efectuado la liquidación de la misma, pues tal supuesto no puede darse en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, por lo que el demandado no estaba capacitado para por sí solo y sin el concurso de sus hijos llevar a cabo la renuncia al derecho de arrendamiento del local, adquirido me-

dianste contrato otorgado cuando existía la sociedad conyugal, ya que para ello era necesario el consentimiento de la mayoría, que previene el párrafo 2.º del citado artículo 398 del Código Civil.

NO SE EXTINGUE EL AVAL POR PRORROGA DE LA OBLIGACION CUANDO AQUELLA VIENE IMPUESTA POR DISPOSICION LEGAL (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente al aval, por su propia esencia y naturaleza de garantía de pago, le alcanzan las normas de la fianza, sin embargo, en el supuesto sometido a debate jurídico no es de aplicar la norma de extinción de dicha garantía por prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador, ya que el artículo 1.851 se contrae a la prórroga voluntaria que el acreedor concede, y no a la que al tiempo del concierto de la correspondiente obligación viene impuesta por disposición legal con independencia y aun contra la voluntad del acreedor, y por sola manifestación de voluntad del deudor, cual es el caso de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento urbano.

SON TERCEROS PROTEGIDOS LAS PERSONAS QUE TRAIGAN SU DERECHO DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Los títulos no inscritos en el Registro Inmobiliario pueden y deben ser estimados cuando las personas a quienes perjudican no ostenten frente a ellos otros inscritos, pues la Ley Hipotecaria sólo garantiza a los que contratan bajo la garantía del Registro.

La alusión a los terceros protegidos por el Registro se refiere no a cualquier persona, sino a las que traigan su derecho de los asientos del Registro, cuando para éstos se deriva algún perjuicio por la no inscripción de los derechos opuestos.

LA PRESCRIPCION EXTINTIVA DEBE TENER UN TRATAMIENTO RESTRICTIVO (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Contemplando a la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, se advierte que está llena de sentido e interés social y obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter que late en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor y a examinar todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica, atendiendo al preferente interés social subyacente en favor del perjudicado, a quien se quiere proporcionar un efectivo y seguro, de cuyo propósito resulta la conclusión de que no debe perjudicar a la víctima una aplicación técni-

camente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo.

LA ANTIJURIDICIDAD SE DA TAMBIEN EN ACTOS LICITOS NO REALIZADOS CON LA PRUDENCIA QUE EL CASO REQUERIA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La relación o juicio de antijuridicidad, aludido en la jurisprudencia de este Tribunal como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual, no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una determinada norma jurídica, cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia; de ahí que la antijuridicidad, como requisito de esta clase de responsabilidad, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas, sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos; o desde otro punto de vista, algunos Códigos extranjeros, como el austriaco, el alemán y el suizo, y también el italiano y el portugués, identifican la antijuridicidad de una conducta con la ilicitud o injusticia en el obrar, incluyendo en ella no sólo lo que es *contra ius*, sino además lo no justificado (*non iure*), y aunque nuestro Código Civil, siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1.902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—LA NOTIFICACION DEL DESEO DE LOS COLONOS DE QUERER PRORROGAR EL CONTRATO HA DE PRECEDER A LA DEL ARRENDADOR DE QUERER CULTIVAR DIRECTAMENTE, POR LO QUE NO HACE FALTA ESTA SI AQUELLA NO TIENE LUGAR (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1980).

El padre del actor dio en arrendamiento las fincas de su hijo, siendo éste menor, y pasados seis años sin haber solicitado la prórroga la arrendataria, el propietario pide el desahucio ante el Juzgado de Tarancón. Opuso la demandada que se trataba de dos contratos y no de uno solo, hallándose el primero en situación de prórroga, ya que el propietario incumplió su obligación de negar el derecho de prórroga legal, según el

Reglamento vigente. El Juez desestimó la demanda, pero la Audiencia de Albacete revocó aquélla.

No prospera el recurso de revisión. El derecho de prórroga del contrato ha de ejercitarse en tiempo y forma y notificarse al arrendador con un año de anticipación, pues de no hacerlo así se tendrá por terminado el contrato al expirar el plazo mínimo de seis años o el superior pactado, a menos que se pruebe que el arrendatario omitió la notificación por haber hecho el arrendador la suya de recuperar la finca para el cultivo directo, pues en los demás casos es tan rigurosa la obligación de preaviso del colono, que basta su incumplimiento para que éste pierda toda facultad para continuar en la posesión de las parcelas arrendadas y el arrendador queda en plena libertad para disponer de ellas, lo que lleva a concluir que la notificación tiene la trascendencia de un elemento constitutivo del derecho a la prórroga, y de ser omitido finaliza el arrendamiento en los términos expuestos, siendo indiferente que el arrendador muestre o no su voluntad contraria a la prórroga, ya que en razón a la reciprocidad de tales obligaciones, requiere que para exigir el cumplimiento de las del contrario se hayan observado las propias. Por otra parte, la tácita reconducción que alega la recurrente no es aplicable a los arrendamientos regidos por la legislación especial, que dispone supuestos de prórroga, gobernados por formalidades particulares, aparte de tratarse de cuestión nueva no planteada en la instancia. La tesis de la novación modificativa, mantenida por los recurrentes, tampoco puede admitirse, ya que existe identidad en las fincas arrendadas, según la sentencia recurrida, y la renta simplemente ha sufrido una mutación parcial, lo que no comporta base para presumir la existencia de negación novativa, que el Tribunal descarta con rotunda apreciación que no ha sido desvirtuada.

DESAHUCIO.—PROCEDE POR HABER TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO CONTRACTUAL Y EL DE PRORROGA LEGAL DEL MISMO, SIN QUE SE PRUEBE LA PRORROGA VOLUNTARIA (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1980).

Cumplido el plazo legal y su prórroga, sin que el arrendatario abandone la finca, se demanda el desahucio ante el Juzgado de Toledo, que da lugar a la misma, ratificándola en apelación la Audiencia de Madrid.

No tiene éxito el recurso de revisión. El error de derecho sólo se comete cuando se infringe un precepto legal, no reconociendo a una prueba la eficacia que la ley le concede, por lo que la falta de mención de tal precepto constituye omisión de uno de los requisitos esenciales que se contienen en el artículo 1.720 de la L.E.C. para su viabilidad, lo que le hace incidir en causa de inadmisión. La argumentación del recurrente carece de fundamento, por cuanto transcurridos doce años de duración del pacto locativo, que hacía permisible la permanencia del arrendatario en las fincas, la situación de posesión arrendaticia que se mantuvo quedó libre de toda condicionalidad en relación a la posibilidad de ejercicio por el arrendador de la acción de desahucio, ya que no se ha probado el concierto de prórroga voluntaria y no existe precepto legal alguno que

autorice, pasados los seis años de duración legal y otros seis de posible prórroga, a una nueva por seis años más, tesis que, carente de base, se sostiene en el recurso.

DESAHUCIO.—EL EMPLEAR EL PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO EN LUGAR DEL ORDINARIO PUEDE DAR LUGAR A SU ESTIMACION O NO, PERO NUNCA CONSEGUIR UN RESULTADO CONTRARIO A LA LEY, POR LO QUE NO SE PUEDE HABLAR DE FRAUDE DE LEY (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1980).

Transcurrido el plazo legal sin que los arrendatarios hagan uso del derecho a prorrogar el contrato de arrendamiento, ya que no hicieron el preaviso correspondiente, ejercita la propietaria su acción ante el Juzgado de Villanueva de la Serena, que dio la razón a la actora, confirmando íntegramente la Audiencia Territorial de Cáceres.

No triunfa el recurso de revisión. La identificación de la finca en la demanda ha sido hecha en período de prueba por documento de reconocida autenticidad por los recurrentes. Tampoco puede admitirse el fraude de ley por aplicación indebida de las normas que regulan la tramitación del juicio de desahucio, alegando que la limitación del área de conocimiento que impone al juzgador imposibilitó el análisis de una serie de extremos que por su complejidad requerían ser decididos por otras vías procesales, al ser obvio que no apreciada por la sentencia recurrida la existencia de tal complejidad, se hace por los recurrentes supuesto de la cuestión, aparte de que el ejercicio del desahucio por los trámites del juicio peculiar podrá conducir a la estimación o no del mismo, pero nunca llegar a la consecución de que con dicho ejercicio se persiga un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico. La condena en costas impuesta por la Sala sentenciadora queda al arbitrio de la misma, según el Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sin que quepa impugnar en casación el uso que hacen los Tribunales de tan prudente arbitrio, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, por lo que es indudable que la Audiencia, al imponerlas, apreciando temeridad en la interposición de la apelación hizo debida aplicación del precepto legal indicado.

APARCERIA.—SE HA EXTINGUIDO EL CONTRATO TANTO SI SE CONSIDERA ARRENDAMIENTO COMO APARCERIA. POR OTRA PARTE, NO SE HA DEMOSTRADO LA NOVACION ALEGADA Y LA CONSIGUIENTE TRANSFORMACION DE LA APARCERIA EN ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1980).

Se dio una finca en aparcería por cinco años en 1960. Terminado este plazo, se siguió en la explotación sin pacto expreso. En 1970, el aparcero se traslada a Madrid; y fallecido en 1973, continuó su viuda en la posesión de la finca, intentando la conversión de la aparcería en arrendamiento, por lo que se demanda la extinción de la aparcería y el abandono de la finca por la demandada, la cual alega la transformación de la aparcería

en 1966 en arrendamiento, pagando la renta en dinero desde entonces. El Juez de Peñarada desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid dice que el único contrato existente entre las partes es el de aparcería, que declara extinguido.

No se admite el recurso de revisión. El único tema jurídico que se debatió en el pleito fue el de la naturaleza del contrato, siendo seguro que en 1960 se celebró un contrato de aparcería por cinco años, que, en contra de lo que se pretende en el recurso, es el único título que justifica la entrada en posesión del marido de la recurrente, que fue admitido y reconocido por ella en su contestación a la demanda, por lo que el debate no se refiere al origen de la relación, sino a una posible transformación novatoria, que se trata de justificar con unas transferencias bancarias hechas en concepto de renta por el aparcerero, que solicitó la prórroga del arrendamiento, según él; pero estas transferencias no son suficientes para demostrar la novación, porque no siempre era igual el importe de la misma y además no consta la intención de novar ni la incompatibilidad de obligaciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.204 del Código Civil, en la jurisprudencia de este Tribunal de que se hace eco la sentencia recurrida, lo que impide la aplicación del artículo 1.546 del Código Civil, como pretende el recurrente, que sostiene que se está en presencia de un arrendamiento cuando la prueba practicada en la instancia acreditó que se trataba de una aparcería. La sentencia recurrida basa su decisión en la no existencia de novación del contrato de 1960 y la expiración del término del mismo no sólo si se considera como una aparcería, sino también si se estima que se trata de un arrendamiento con su prórroga legal, según pretende la recurrente.

DESAHUCIO.—LA FACULTAD DE RESCINDIR LA APARCERIA POR MUERTE DEL APARCERO NO TIENE PLAZO DE CADUCIDAD NI ADMITE TACITA RECONDUCCION (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1980).

El demandante, dueño de la mitad indivisa de una finca, la dio en aparcería, habiendo fallecido en 1975, dejando viuda e hijos que convivían con él en la finca, el aparcerero. No interesando al actor la continuación del contrato con los herederos, efectuó en 1976 un requerimiento, notificando la rescisión del contrato y que debían dejar libre la finca, por lo que ante la resistencia de los ocupantes, se demanda la resolución ante el Juzgado de Vich, que declaró haber lugar al desahucio pretendido y la Audiencia de Barcelona confirmó íntegramente.

No prospera el recurso de revisión. La facultad de rescindir la aparcería con motivo de la muerte del aparcerero, según el artículo 47 del Reglamento de Arrendamientos, no tiene plazo de caducidad ni admite la aparcería tácita reconducción, pudiéndose únicamente admitir en tales casos una renuncia a tal facultad de rescisión, si el transcurso del tiempo fuera unido a hechos de los que pudiera deducirse la clara voluntad de renuncia, lo que en el presente caso no se ha probado, apreciando los hechos reconocidos por la parte demandada, el contenido de los documentos aportados y el resto de la prueba practicada, según razona la sentencia

apelada, ya que son los propios demandados los que descartan la celebración de un nuevo pacto de los propietarios con la viuda e hijos del cultivador, y tampoco se infiere del hecho de haber satisfecho a los propietarios la porción de frutos correspondiente, pues aparte de que tal pago corresponde al año agrícola fenecido en 1975, es decir, el mismo en que falleció el masovero, en todo caso habían de ser aplicadas las enseñanzas jurisprudenciales en punto a que en tanto prosiga la posesión del aparcero o de sus herederos, han de abonar la contraprestación correspondiente para evitar enriquecimiento injusto, sin que ello signifique el enervamiento de la causa de desahucio ni el concierto de un nuevo contrato.

RESOLUCION DEL CONTRATO.—*TRANSCURRIDO EL PLAZO CONTRACTUAL O EL MINIMO LEGAL, DE NO HABER EJERCITADO SU DERECHO DE PRORROGA EL ARRENDATARIO, QUEDA LIBRE DE TODA CONDICIONALIDAD LA FACULTAD DEL ARRENDADOR DE RECUPERAR LA FINCA* (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1980).

Fue arrendada una finca en 1970, y vencido el plazo contractual, se solicitó la resolución del contrato ante el Juzgado número 3 de Málaga. El demandado alega que el contrato no tenía plazo, por lo que había de durar seis años, con prórroga de otros seis, dada la cuantía del arriendo, habiendo reconocido la entidad arrendadora en 1976, en carta remitida notarialmente, que se encontraba en vigor el contrato. Esta tesis es recogida por el Juez, pero la Audiencia de Granada revoca esta resolución y declara resuelto el arrendamiento.

No triunfa el recurso de revisión. Eliminada de la legislación especial arrendaticia la tácita reconducción, vencido el plazo contractual o el mínimo legal del pacto locativo, de no haber ejercido el arrendatario su derecho de prórroga, la facultad de recuperar el arrendador la finca queda libre de toda condicionalidad, facultad que adquirida por el arrendador en 1976 requiere, para pretender operada su renuncia, un acto que inequívocamente la signifique o sea la constancia de la voluntad del arrendador de la concesión de prórroga legal, no reclamada oportunamente por el arrendatario, pues la carta de 1976, si bien en expresiones aisladas podía ser indicativa de una manifestación favorable a la continuidad del pacto locativo, dada la finalidad de la carta de advertir al arrendatario de la improcedencia de las obras realizadas, no es dable concederle el alcance pretendido. Dicha carta ha sido tenida en cuenta e interpretada acertadamente por la Sala, por lo que conforme a reiterada jurisprudencia, no puede apreciarse el error de hecho señalado que habría de serlo sin tener que acudir a analogías o deducciones.

DESAHUCIO.—LA IRRETROACTIVIDAD DEL ARTICULO 2 DEL CODIGO CIVIL SE CONTRAE A LAS LEYES Y NO A LAS SITUACIONES MODIFICATIVAS DE HECHOS Y JURIDICAS QUE SE PRODUZCAN DURANTE LA VIGENCIA DE AQUELLAS (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1980).

La finca arrendada fue sustituida por otra, en virtud de la Concentración Parcelaria, falleciendo luego la arrendadora, subrogándose sus hijos en la titularidad de la finca, que litigaron con los colonos sobre la cuantía de la renta, elevándola el Juez competente, y después solicitan la recuperación de la finca para su cultivo directo por espacio de seis años. El Juez de Tarancón estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio, lo que confirmó la Audiencia de Albacete.

Se desestima el recurso de revisión. En la sentencia recurrida, según el recurrente, no se tiene en cuenta que al producirse la revisión de renta y dejar de estar sometido el arrendamiento al régimen de los protegidos, se hallaba en prórroga legal, conforme al artículo 84 del Reglamento vigente, y no podía ser modificado por el hecho de pasar a regirse el arrendamiento por otras normas que, de acuerdo con el artículo 2, número 3, del Código Civil, no podían actuar con efecto retroactivo sobre la relación jurídica que comenzaba entonces a regir, de una parte, porque si, a tenor de lo normado en el artículo 83 del Reglamento, para que un arrendamiento pueda tener carácter de protegido, se requiere que la renta no exceda de 40 quintales métricos de trigo y, además, que el arrendatario cultive directamente la finca; por consecuencia, de haberse acordado la revisión de la renta por Sentencia firme de 25 de marzo de 1977, no procede mantener efectivamente las prórrogas que se hubieren producido con causa en la precedente situación de arrendamiento protegido, ya que faltando el antecedente no puede darse el consiguiente y no pueden concederse privilegios de protección temporal cuando han desaparecido las circunstancias que la determinaban, y, de otra parte, debido a que la irretroactividad, sancionada en el artículo 2 del Código, se contrae a las leyes y no a las situaciones modificativas de hecho y jurídicas que se produzcan durante la vigencia de aquéllas, que es el supuesto contemplado.

REVISION DE RENTA.—ES CORRECTA LA FIJACION HECHA POR EL JUEZ DE INSTANCIA AL NO SEÑALAR EL CONTRATO LA CUANTIA DE LA RENTA (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1980).

En 1975 se concertó un arrendamiento sin concretar tiempo, renta y condiciones, y sin haber suscrito el contrato, el arrendatario transfirió a la cuenta corriente del apoderado del actor una cantidad —150.000 pesetas—, «como importe de la primera anualidad de renta del arrendamiento por seis años de la finca...», queriendo fijar unilateralmente las condiciones del contrato. Se aceptó la renta del primer año, pero se rechazó la transferencia de la del segundo, y al no ponerse de acuerdo las partes, se solicita del Juzgado la fijación de una renta de 350.000 pesetas o la que el Juez designe en vista de la prueba pericial, y la duración de

tres años para el contrato a partir de 1975, quedando excluidos del arrendamiento los restantes aprovechamientos que no sean el ganadero o de pastos, como la caza. La demandada alegó que el contrato ya está fijado con todas sus condiciones. El Juzgado de Aguilar de la Frontera estimó en parte la demanda, fijando una duración de tres años al contrato y una renta de 5.000 quintales de trigo, teniendo por objeto los aprovechamientos agrícolas y ganaderos de la finca, con exclusión de los restantes, como el forestal y el de caza. La Audiencia de Sevilla confirmó la sentencia apelada.

No tiene éxito el recurso de revisión. El único motivo se funda en el artículo 1.727 del Código Civil, según el que el mandante queda obligado al cumplimiento de los contratos celebrados en su nombre por el mandatario; pero al no expresar el concepto en que se ha infringido el citado artículo, se determina la inadmisibilidad del recurso, conforme al artículo 1.720 de la LEC, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, el recurrente hace supuesto de la cuestión realizando una distinta apreciación de la prueba, respecto a la hecha por el Tribunal de instancia, al afirmar la existencia de un contrato con determinadas estipulaciones que la sentencia recurrida niega, declaración de hecho que ha quedado firme al no haber sido combatida por el único cauce procesal adecuado, que es la causa 4ª del número 4 del artículo 52 del Reglamento.

DESAHUCIO—AL FALLECIMIENTO DE LA ARRENDATARIA SUBROGADA EN EL CONTRATO, NO CABE UNA SEGUNDA SUBROGACION Y ES IMPOSIBLE LA NOVACION, YA QUE NO EXISTE UNA OBLIGACION ANTIGUA QUE HAYA DE SER SUSTITUIDA POR OTRA NUEVA (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1980).

La propietaria desea recuperar la finca, arrendada hacía muchos años, para proceder a su cultivo directo, sin que los arrendatarios accedieran, por lo que se pide el desahucio ante el Juzgado de Aoiz.

En la contestación, alegan aquéllos que a la muerte del primer colono y de su esposa, los hijos acudieron a casa de la propietaria, sin que ella pusiera ningún inconveniente a la formalización de un nuevo contrato a favor de aquéllos, recibiendo la renta de 1976, con posterioridad, la arrendadora. El Juez desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó esta sentencia y declaró el desahucio.

No ha lugar a la revisión pretendida. La Sala llegó a la conclusión de que no existía un nuevo contrato, ya que la arrendataria, madre de los recurrentes, subrogada en el primitivo arrendamiento, falleció en 1976 y la renta abonada por sus hijos correspondía al año agrícola 75-76, período en que la titularidad arrendaticia correspondía a la madre, no notificando los hijos el fallecimiento de aquélla y limitándose a pagar la renta con un año de retraso, por lo que la arrendadora se negó a recibir la del año siguiente. Declarada la inexistencia de un nuevo contrato de arrendamiento, no se puede invocar la infracción del artículo 1.282 del Código Civil, sin que se pruebe el error del Tribunal *a quo*, lo que los recurrentes no han intentado. Tampoco puede admitirse la existencia de novación, ya que el primer requisito de la misma es que haya una obli-

gación preexistente, que se extinga por la creación de otra nueva; pero como al fallecimiento de la madre, subrogada en el arrendamiento, no cabía una segunda subrogación, dicho arrendamiento se extinguió por ministerio de la ley, por lo que de ningún modo podía operar la figura de la novación, de lo que deriva la improcedencia de los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, cuya vulneración denuncian los recurrentes. Tampoco puede estimarse la retroactividad de la vigencia del Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, que no es aplicable en este caso, por no ser el arrendamiento en cuestión protegido, ya que la renta excedía del importe de 40 quintales métricos de trigo y había transcurrido desde 1958 sobradamente el plazo de doce años, por lo que procede el desahucio, sin que se haya probado el carácter de cultivadores directos y personales de los arrendatarios.

RETRACTO ARRENDATICIO.—NO SE PUEDE EJERCITAR EL RETRACTO RESPECTO A UNA PARTE DE FINCA NO INCLUIDA EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, POR SERVIR SOLO PARA PASO Y DEFENSA CONTRA EL RIO DE LAS PARCELAS CULTIVADAS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1980).

Se constituye una sociedad mercantil, a la que una fundación propietaria de unas fincas arrendadas aporta éstas en pago de unas acciones recibidas. La entidad constituida requiere notarialmente a los arrendatarios para su desahucio, pero éstos entablan la acción de retracto en el plazo de tres meses desde que conocieron la existencia de la sociedad por su inscripción en el Registro Mercantil ante el Juzgado de Tafalla. Este estimó parcialmente la demanda, concediendo el retracto para unas parcelas y denegándolo para otras, por el valor fijado a las fincas en su aportación a la sociedad al tiempo de la constitución, rechazando la apelación la Audiencia Territorial.

No tiene éxito la pretendida revisión. Los recurrentes combaten el ejercicio del retracto respecto a la finca mayor, dividida por el río Ebro, que sostienen se trata de una sola finca, contra lo que dice la sentencia recurrida, que tuvo en cuenta tanto la escritura de constitución de la sociedad como la certificación del Registro Mercantil, así como las pruebas de reconocimiento judicial y la pericial, de cuyo conjunto se deduce que en realidad se trata de dos fincas, una de las cuales no estaba explotada por la propietaria ni cedida en arrendamiento, sirviendo tan sólo para paso y defensa de las parcelas arrendadas contra el río, por lo que se considera implícita y accesoriamente incluida en el arriendo, y la interpretación lógica del artículo 16 del Reglamento, lo que se refiere es al supuesto de que el propietario no ceda en locación toda la finca, sino sólo una parte, reservándose la explotación directa del resto, en cuyo caso no sería justo el retracto por la totalidad, sino sólo por la parte arrendada, como no lo es lo que se pretende en el recurso, es decir, incluir en el retracto un terreno inculto que sólo sirve para los fines indicados, por lo que no fue tomada en consideración al celebrar el contrato, utilizándola ahora los recurrentes para tratar de paralizar el retracto legalmente ejercitado.

PRORROGA DEL CONTRATO.—EL REAL DECRETO-LEY DE 30 DE JUNIO DE 1978 ESTABLECIO LA PRORROGA DE TODOS LOS ARRENDATARIOS QUE SEAN CULTIVADORES DIRECTOS Y PERSONALES, AUNQUE NO SEAN PROTEGIDOS (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1980).

En 1970 se arrendó una finca, que se vendió en 1973 a dos propietarios distintos. Fallecido el arrendatario, en 1977 ambos arrendadores, que habían aceptado la subrogación de la esposa e hijos, manifestaron su deseo de recuperar la finca para su cultivo directo al año siguiente y obtuvieron sentencia en sentido favorable. Publicado el Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, por el que se prorrogaban los arrendamientos cuyos sujetos sean cultivadores directos y personales hasta que entre en vigor la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos o, en su caso, por el plazo máximo de un año, los arrendatarios piden ante el Juzgado del Puerto de Santa María la prórroga a que se refiere esta disposición, estimando el Juez la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó esta sentencia.

Tiene éxito el recurso de revisión. En virtud de una aplicación errónea del Real Decreto-ley de 1978 y el subsiguiente de 16 de junio de 1979, la Sala no aplicó la prórroga solicitada por los recurrentes, por entender que a la condición de cultivadores directos y personales ha de unirse la propia de los arrendamientos protegidos, es decir, que la renta anual no exceda de 40 quintales métricos de trigo. Sin embargo, el Decreto-ley ordena en su disposición transitoria que igualmente quedan prorrogados los contratos que afecten a cultivadores directos y personales a medida que expire el plazo de los mismos y hasta que entre en vigor la nueva Ley de Arrendamientos o, en su caso, el plazo máximo de un año. Con ello olvida la Sala no sólo el criterio literal, sino el sociológico y finalista de la prórroga, que recomienda al intérprete el artículo 3, 1, del Código, porque es claro que la norma referida extiende el beneficio de la prórroga a todos los cultivadores directos y personales, ya que, en caso contrario, no tendría sentido la transitoria dicha y quedaría sin finalidad, que no es otra que la de evitar el problema social que se plantearía en tiempo de crisis económica con el despido de arrendatarios que cultivan personalmente las tierras arrendadas, que es lo que quiere evitar el citado Real Decreto-ley al decir en su preámbulo que «resultó conveniente extender dicha prórroga a los restantes arrendamientos sometidos a dicha legislación especial cuando se trate de cultivadores directos, hasta que entre en vigor la nueva ley».

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PRODUCE ESTE DERECHO LA TRANSMISION DE DOMINIO SIN NECESIDAD DE TRADICION, CONSTITUYENDO UNA EXCEPCION A LA TEORIA DEL TITULO Y EL MODO EN NUESTRO ORDENAMIENTO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1980).

En 1971 se declaró por el Tribunal Supremo el derecho del arrendatario al acceso a la propiedad. En 1972 notificaron los propietarios a un pariente esta transmisión para que pudiera ejercitar el derecho de «saca» o «abolorio», contestando éste que hacía uso de su derecho de tanteo. Otorgada la escritura a favor del pariente, el arrendatario pidió la ejecu-

ción de la sentencia del Tribunal Supremo referente al acceso a la propiedad. Como en este procedimiento latía una cuestión de fondo, consistente en determinar si el retracto de abolorio es preferente al derecho de acceso a la propiedad, excedía del de ejecución de sentencia, debiendo ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, por lo que ante el Juzgado número 1 de Zaragoza se interpuso demanda de menor cuantía solicitando se declare el derecho preferente del pariente sobre el arrendatario para acceder a la propiedad de la finca. Por parte del arrendatario se opuso reconvencción al contestar a la demanda, y también formuló juicio de menor cuantía contra el actor y codemandados del anterior procedimiento mencionado. Ordenada la acumulación de autos, se dictó sentencia por el Juez estimando la demanda del pariente y declarando preferente el derecho de abolorio sobre el de acceso a la propiedad, reconocido por el Tribunal Supremo, desestimando tanto la reconvencción como la demanda interpuestas por el arrendatario, pero la Audiencia revocó la anterior y declaró prevalente el derecho de acceso a la propiedad.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de octubre de 1971, declaró bien ejercitado el derecho de acceso a la propiedad por el arrendatario, condenando a los demandados a otorgar la escritura correspondiente, manteniendo esta doctrina el mismo Tribunal en la sentencia de 3 de abril de 1976, recaída en incidente ocasionado por la escritura otorgada a favor del pariente de los vendedores, sin perjuicio de que quien pudiera tener interés ejercitase las acciones de que se creyera asistido en el juicio correspondiente. En nuestro Ordenamiento se recoge la teoría clásica del título y el modo, reflejada en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, según la cual no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta no haya sido entregada, no recogiendo el principio de la tradición «solo *consensu*»; pero esta teoría se refiere a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquisición distintos, como la hipoteca —que se adquiere por la inscripción—, el de las servidumbres negativas —en las que no cabe acto de transferencia— y el de acceso a la propiedad, sancionado por el artículo 96 del Reglamento, en los que no es necesaria la tradición, produciéndose automáticamente a causa del derecho constituido al reflejar una tradición *ficta* generada por el fenómeno denominado «intervención posesoria», reflejo de una transmisión *brevi manu*, que confiere al poseedor por un vínculo jurídico, una posterior causa de poseer, en este caso, la atribución de dominio por acceso a la propiedad judicialmente reconocido y declarado, sin que la falta de escritura pueda impedir el efecto estrictamente obligacional que produce el derecho de acceso a la propiedad reconocido por sentencia firme en favor del arrendatario. No existe violación de los artículos 149 y 152 de la Compilación de Aragón y artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria, ya que la sentencia recurrida no niega las circunstancias que para el abolorio exigen estos preceptos, sino el no haber cumplido el recurrente las condiciones exigidas para su ejercicio, y la aplicación de las normas hipotecarias tiene su causa en la inviolabilidad de la transmisión efectuada a favor del recurrente, que motivó el acceso a su nombre de la finca en cuestión en el Registro, lo que es de mantener en tanto no se declare lo contrario. La entrega o consignación del precio hecha por el pariente titular del abolorio hay que entenderla referida al arrendatario y no al arrendador, por cuanto éste

quedó desvinculado de la titularidad dominical, en la que no tiene intervención más que para formalizar la escritura de transmisión, y el derecho de abolorio es una modalidad de retracto, produciéndose entre retrayente y retraído las relaciones económicas derivadas del derecho de recobro inherente a todo retracto, lo que ponen de manifiesto los preceptos del Reglamento de Arrendamientos y de la Compilación aragonesa en relación con los artículos 1.521 y 1.525, así como los artículos 1.511 y 1.518 del Código, que fijan las condiciones económicas para el ejercicio del retracto con los principios de equivalencia y contraprestación jurídica.

C. R. R.

LIBROS

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*.
Editorial Hesperia. Jaén, 1981.

Cuando hace bastantes años se me pidió consejo, junto con otros compañeros, sobre si debería mantenerse el *Boletín de Información de Colegio Nacional de Registradores*, como publicación complementaria de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mi opinión fue no solamente favorable, sino que entendía que debería llevar permanentemente una sección de colaboración de casos prácticos surgidos en ese diario quehacer de la calificación. Creo recordar que me comprometí durante los dos años siguientes a publicar una serie de casos que pudieran provocar discusiones entre los compañeros y servir de estímulo para una colaboración mayor de la que la publicación tenía. Prometí y cumplí.

Por todo ello, no puedo menos de ver con complacencia cómo FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, colaborador asiduo de nuestro *Boletín*, haya recogido en un volumen todos esos problemas prácticos que él denomina «fichero», y que con ellos y varios más que ha agregado nos brinde la posibilidad de tener a mano y reunidas todas sus reflexiones y sugerencias. En mi libro sobre *Teoría práctica y fórmula* había hecho yo otro tanto.

El autor en su «preámbulo» explica el mantenimiento de la palabra «ficha» y la distancia de la de «dictamen», así como califica a su trabajo de jurídico-periodístico con la idea de facilitar una información. Creo que ésa fue la idea que nos guió cuando se decidió la continuación de la publicación del *Boletín* y la que debió ser la inicial que lo creó. Faltó luego, eso sí, una labor de recopilación, que algunos Registradores tienen hecha a base de fotocopias de los diferentes trabajos. Entendí y entiendo ahora que esas notas de colaboración que la publicación exige son como esos esquemas que uno se traza en su estudio para desarrollar luego el posible informe de un recurso gubernativo. Son notas de urgencia, son apuntes, pero son la médula y esencia del pensamiento jurídico, que recibe la forma y el adorno de la palabra escrita. Creo que fue GREGORIO ALTUBE, Notario que fue de Bilbao, el que decía de esa labor del jurista que «hay que saber vendar con el Derecho». Esto es lo que son estos ficheros: la venda, que luego puede ser sustituida por la escayola.

Entrando en el contenido de los casos que se ofrecen, no voy a proceder con mi compañero como suele ser costumbre en ese ruedo de la problemática jurídica: no estoy conforme con lo que dices. No, porque además no es verdad. Tengo que confesar que en esa dura elaboración de mi obra *Estudios sobre Derecho hipotecario* he utilizado con cierta frecuencia sus fichas, que unas veces han llenado huecos existentes y otras me han brindado nuevas sugerencias. Ese proceder, además, es negativo y no conduce

a nada, pues si bien en nuestro trabajo de juristas la fórmula es la de «encender una luz donde puede mantenerse otra contraria», lo que ya no puede admitirse es que el rigor de una calificación se extreme cuando recomiendas un asunto en el que tienes interés. La solución siempre es la misma: toma castaña, para que sigas escribiendo libros. Quizá sea esa la gran servidumbre, o la grandeza, de nuestra función. A mí, sin embargo, todo este proceder me puede afectar, pero no me quita el ánimo de seguir escribiendo, pues escribir para mí es una necesidad, una imperiosa necesidad.

Los temas tratados son importantes y varios de ellos de actualidad, como esos que afrontan el problema del embargo de bienes inscritos como gananciales o presuntivamente gananciales, y los que abordan la adquisición, disposición y conversión de bienes dentro del matrimonio, ajustado todo ello a la Ley de 13 de mayo de 1981. La valoración la hago por el problema de actualidad, porque para mí, en línea horizontal, todos los temas son sugestivos y ofrecen inquietudes doctrinales y prácticas.

El autor adopta un criterio expositivo lógico, en el que por orden alfabético va exponiendo materias, y a mí me hubiera gustado poder utilizar, por mi parte, un método expositivo distinto a través de una clasificación que me inventase, pero de las que podía emplear a base de antecedentes, Derecho comparado, principios del sistema y especialidades de inscripción; sólo el autor me deja el resquicio de los problemas que trata del tracto sucesivo, pues el resto son incidencias específicas sobre temas concretos de inscripción o anotación. Ello viene a demostrar, una vez más, que la obra es de carácter práctico, de soluciones para casos concretos, en suma, de interpretación de la disposición legal, que no viene a ser más que trasplantar toda la generalidad de la norma a la realidad del caso concreto.

Se hace poco lúcido recurrir al sumario de materias para una revisión, pero es que si no lo hago así tengo que descender en cada una de ellas a los diversos problemas que se plantean y ello resulta peligroso, pues corre uno el riesgo de extenderse en aquellos que le interesan o que más atención le llaman, que en otros que pueden ser necesitados por otros. La anotación preventiva (singularmente todos los casos son de embargo); el apoderamiento (poderes en herencia y donaciones); los arrendamientos (todos ellos rústicos); los asientos del Registro (en el problema de su protección judicial); la compraventa (hecha con precio a contado); la comunidad (con sus problemas de extinción); la donación (con las cláusulas de colación, reversional, reserva de disponer y usufructo); la herencia (con la institución bajo condición, el cónyuge viudo, el derecho de transmisión y el pseudousufructo); la hipoteca (la legal, la que se establece sobre la nuda propiedad, la en garantía de rentas y la cancelación por representante legal); la inmatriculación (sobre cuotas proindiviso); el legado (entrega de legado ganancial); legítima (del viudo); mujer casada (en la situación de separación de hecho); obra nueva (cuando el solar existe en usufructo); partición (con contador partidor); prohibición de disponer (mientras viva el donante que la impone); propiedad horizontal (la rectificación y el acreedor hipotecario); reservas (en su eficacia de la inscripción); segregación (en sus diferencias con la división); servidumbre (en materia de constitución y extinción); sociedad de gananciales (en estos puntos ya citados de adquisición y disposición de bienes); sustitución (en sus dos variantes de fideicomisaria y vulgar); tanteo convencional (en la

problemática de las notificaciones); tracto sucesivo (en la problemática del causahabiente y la solución al interrumpido), y el usufructo (en diversas variantes de consolidación, con facultad de disponer, ganancial y parcial).

El lector avisado comprenderá que cada una de las materias enunciadas y los casos que se plantean ofrecen una infinidad de posibilidades de extensión en cuanto a la recensión. Pues resulta difícil penetrar en una materia con el espíritu aséptico de su exposición, sin caer en la tentación de introducir una opinión doctrinal que refuerce, contradiga o abra un nuevo panorama en la que el autor está. Creo que no es labor de una recensión ésta, pues excede con mucho a lo que el autor espera: que se valore su labor informativa, dejando para un artículo de la *Revista* o del *Boletín* la discrepancia, el enfoque diferente o la solución semejante lograda por otros caminos.

Por todo ello creo que debo terminar esta recensión y felicitar al autor por haber contribuido con su mente y su pluma a descubrir esa finalidad que en su día persiguió el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*. Espero que cunda el ejemplo, ya que con ello llegará a todos aquellos que aún ignoran que intelectualmente se trabaja, se escribe y se labora en este prestigioso Cuerpo Nacional de Registradores de España.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

TREVES, RENATO: *Introducción a la sociología del Derecho*. Taurus. Madrid, 1978.

En el campo del Derecho y a partir de la segunda guerra mundial —según nos dice el autor— aparece la disciplina universitaria de la «sociología del Derecho», desarrollándose la misma no sólo en países capitalistas, sino en los socialistas. Las exigencias de la enseñanza han puesto en claro numerosos problemas de carácter expositivo y sistemático, que se han resuelto de distinta manera, según los ambientes culturales en los que la propia enseñanza se venía impartiendo. Sin embargo, faltaba un texto que diera una idea orgánica de la materia, de las corrientes de pensamiento que la han generado, de los principales temas tratados, de la metodología seguida y de los objetivos alcanzados en el plano de la teoría y en el de la investigación. Con este libro —y según palabras de su autor— se pretende llenar esa laguna.

RENATO TREVES nace en Turín en 1907 y fue discípulo de G. SOLARI y profesor de Filosofía del Derecho en Italia hasta 1939, en que se exilia a la Argentina y allí continúa su labor docente e investigadora. Vuelve a Italia después de la guerra y desde entonces es profesor de la Universidad de Milán. Entre sus trabajos éste, que se ofrece en la publicación, puede servir como modélico. Llega a España en base del interés puesto para su publicación por ELÍAS DÍAZ, catedrático de Filosofía del Derecho, y es ofrecido en una nueva versión por uno de sus discípulos, MANUEL ATIENZA.

No es un libro fácil, y aparte de requerir para su lectura y comprensión una soltura en el manejo de las direcciones filosóficas, necesita unas claves

para su entendimiento. Por supuesto, que yo carezco de la primera condición y quizá en toda la recensión se note mi lamentable ignorancia. Volvemos a lo de siempre: ¿Por qué te metes a recensionar un libro que no dominas?... , pues quizá para lograr alcanzar el principio de PETER: mi nivel de incompetencia. Quedan, sin embargo, las claves que ofrece no sólo el autor, sino el presentador de la versión española. Por lo pronto, ni uno ni otro definen la sociología del Derecho. El autor confiesa que lo intentó en don ocasiones —1968 y 1969—, pero que no le gustó la fórmula y opta por considerar que el «problema fundamental es el de la relación entre el Derecho y la sociedad», aunque no sea un problema específico y exclusivo de la disciplina, que ya ARISTÓTELES intuyó. G. GURVITCH lo dijo: «no obstante haber integrado la sociología del Derecho en su metafísica dogmática, tuvo la intuición del problema fundamental de esta disciplina». La obra tiene dos partes, que son las que vamos a ofrecer en la recensión: el Derecho y la sociedad en el pensamiento de los juristas y sociólogos y el Derecho y la sociedad en las investigaciones empíricas. Tres índices —de nombres, materias y sumarial— cierran la obra.

A. *Juristas y sociólogos frente a Derecho y sociedad.*—Siete capítulos destina el autor a esta primera parte de la obra, donde hace brillar la concepción teórica de los sociólogos y juristas en las diferentes etapas y teorías que recoge. Arranca con la problemática de la dependencia o independencia de la sociedad frente al Derecho. Y aquí ya comienzan a situarse los autores y las escuelas. La escuela histórica y COMTE no pasan de considerar al Derecho como una variable dependiente con respecto a la sociedad. Antorcha que recogen los fundadores de la sociología, como SAINT-SIMON, SPENCER; los que heredan sus ideas, como TÖNNIES, DURKHEIM, y los juristas DUGUIT, HAURIOU, SANTI-ROMANO, VON GIERKE, EHRLICH, etc. Frente a ellos aportan la teoría de la variable independiente los representantes de la escuela moderna del Derecho natural, como BENTHAM, MAX WEBER, AUSTIN, KELSEN, etc. Dicho así tan resumido parece simple la cuestión, pero hay que tener en cuenta que el autor desglosa esta síntesis en una serie de teorías que van desde la del utilitarismo, el tratado de la legislación, la sociedad industrial, la filosofía positiva, el evolucionismo, la comunidad y sociedad, la solidaridad mecánica y solidaridad orgánica, el Derecho como regla de la vida social, la institución, el Derecho como hecho normativo, etc., hasta la teoría de la racionalización de MAX WEBER y el principio de la neutralidad de la ciencia.

Quedan, por último, dos concepciones que arrancan de la racionalización de WEBER y que son el funcionalismo y la concepción de la sociedad como conflicto. WEBER sostuvo que la sociedad es o supone un sistema capaz de resolver, en su propio desarrollo, todo posible conflicto, y con ello dio paso a la concepción funcionalista de la sociología y del Derecho, en la que han militado autores europeos y americanos. Frente a esta última teoría surge la concepción de la sociedad como conflicto de MARX y ENGELS, que viene a diferenciar el Derecho como variable dependiente de la sociedad que ostenta el poder, y el Derecho como variable independiente de la sociedad que no ostenta el poder. Con ello desembocamos en la concepción marxista del Derecho y la lucha de clases, el origen de la familia, de la propiedad y del Estado, la transición del capitalismo al socialismo y el humanismo socialista. En unas teorías prevalece el ele-

mento económico-social, en otras el elemento jurídico-normativo y en otras el marxismo como humanismo.

B. *Investigaciones empíricas sobre Derecho y sociedad.*—A la teoría le sucede la práctica, y en estas investigaciones empíricas el autor parte de una división entre juristas y sociólogos que no consideran los dos términos de la relación Derecho y sociedad integral y globalmente, sino que los entienden sectorialmente, particularmente en los elementos singulares de que se componen.

En las corrientes del pensamiento jurídico que han dado origen a la sociología en el Derecho, es decir, a la sociología del Derecho de los juristas, se caracterizan por haber participado en lo que puede llamarse, utilizando el título de un conocido libro de MORTON WHITE, la «revuelta contra el formalismo» legal, conceptual y jurisprudencial en las versiones de GENY, IHERING, EHRLICH, HOLMES, POUND, etc., partidarios todos ellos de una sociología en el Derecho realizada para fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia.

Frente a estas concepciones de los juristas, se alzan las de los sociólogos y su concepción como sociología particular que estudia los fenómenos jurídicos para sus propios fines, teóricos y cognoscitivos, prescindiendo de considerar el problema de la utilización de los resultados, que puede ser hecha por los prácticos. Es decir, los sociólogos desarrollan investigaciones sobre los mismos temas de que se ocupa la sociología del Derecho de los juristas sin la preocupación de su inmediata utilización práctica. Entre ellos cabe citar a Kelsen y Hart, como juristas, que tienden a configurar a la sociología del Derecho como una ciencia autónoma y separada de la ciencia jurídica tradicional.

Los tres últimos capítulos de la obra los destina TREVES al examen de los métodos, las normas y los valores y sobre los operadores del Derecho. En los métodos hablan claramente los puntos sobre documentación, muestreo, entrevista y cuestionario, medición y experimento y juicios de valor. En las investigaciones sobre normas y valores surgen los eternos temas de la diferenciación entre Derecho público y privado, familia, propiedad, sucesión, trabajo, legalidad y justicia. Y en las investigaciones sobre los operadores del Derecho supone el examen de la actuación de jueces y funcionarios judiciales, administración de justicia, profesión forense, funcionarios de policía y el Derecho y la moderna sociedad industrial. En todos estos puntos es de resaltar cómo TREVES, según dice MANUEL ATIENZA, ostenta un perfecto conocimiento del campo de trabajo hecho por la sociología del Derecho y la importancia concedida a las investigaciones de sociología judicial.

No creo que sea éste el lugar para hacer una especie de proyección de todo lo recensionado en nuestra particular parcela hipotecaria, pues ello exige una mayor amplitud y un estudio más profundo. De todas formas, quiero recordar tres aportaciones, que deben poner alerta al estudioso de la materia registral, en donde se ha reflejado, como decía Pío CABANILLAS, más que en ninguna otra, la nueva concepción de la jurisprudencia de problemas; en donde, como dijo GIL MARQUES, hay que volver nuestra vista a los aspectos sociológicos y reales del problema, y dando un giro

de 180 grados, sin despreciar lo hecho, adaptemos nuestras mentalidades a la función social que nos corresponde como miembros cualificados de una comunidad organizada y, por último, en donde FRANCISCO MESA —en un libro cuya recensión he prometido— nos habla de una coordinación entre realidad social y norma. En suma, este libro, difícil y denso, aunque breve, puede muy bien ser un gran elemento de trabajo fecundo en consecuencias beneficiosas para la institución.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *La posesión*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, 758 páginas.

«Tratar sólo prácticamente los temas de Derecho es conformarse con un rudimentario empirismo que se sitúa fuera de la ciencia y difícilmente sirve a los propios intereses prácticos... Tratar sólo teóricamente los temas del Derecho no es un agravio contra la práctica; lo es contra la propia ciencia, que empequeñece su objeto si no comprende que en él se encuentran los acontecimientos y conflictos de la vida social y no sólo las normas.» Son palabras del autor para explicar la metodología seguida en su libro.

Hace bastantes años, en la Universidad de Madrid, se hablaba entre los estudiantes sobre los «Apuntes» de HERNÁNDEZ GIL acerca de la posesión. Se mencionaban como *cosa seria*. Aparte de algunos artículos sobre aspectos del tema, la disertación como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia es un segundo momento en que don ANTONIO presta atención, en letra impresa, a la posesión. El libro objeto de esta recensión es la meta. Meta que no impide quizá posteriores preocupaciones sobre un instituto de enorme relevancia en Derecho —pero destacadamente en la sociedad— y «hueso duro de roer», dígame lo que se diga.

El autor es bastante conocido en y fuera de España. Y se convirtió en notorio ante la incidencia de ser Presidente de la Constituyente de 1978. En mi personal opinión, su más merecida fama se le puede atribuir, si es exacta mi creencia, por haber puesto su mano en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Título Preliminar del Código Civil español, y en su propio contenido, respecto de la gestión compromisorio que culminó en la Constitución española de 1978 y en su preámbulo. Digo esto por lo que, en la *Metodología de la Ciencia del Derecho*, escribía el propio autor, respecto de que, si bien el intérprete de la norma se limita, en principio, a hacer ciencia jurídica, ayudando a elaborar la realidad entendida como orden jurídico, mediante el recurso a la formación de un todo sistemático, al que se llega por la actitud valorativa finalista, engendrando una crítica que prepare el camino al cambio; puede también luego, y por aquella previa labor, contribuir por sí a la determinación del contenido y alcance de esa realidad, plasmada en nuevas normas, que, como expresión de un sentido hermenéutico anterior, provoca esta otra realidad. Con lo que la teoría, en cuanto comprensión del mundo, opera dialécticamente sobre ese mundo, modificándole. Esto es, teoría muy práctica, teoría

para la vida, ésa ha venido en ser la constante preocupación de HERNÁNDEZ GIL. El libro sobre la posesión es otra prueba más.

Es prueba adicional no sólo en su estimación metodológica, sustantiva y vital, sino total. Porque también ha sido objeto de preocupación en el autor el lenguaje, entendido como objeto de conocimiento, pero también como instrumento de dar a conocer (que de eso se trata, junto con otras muchas cosas, en *El abogado y el razonamiento jurídico*). Su verbo, preciso, exacto, fino, elegante, vuelve a repetirse en *La posesión*, no por lujo, sino por necesidad fundamental. Lo dice en el prólogo que él mismo se hace: «¿Está siempre completamente claro el pensamiento? ¿Cuál es la palabra exacta? ».

Estamos, pues, ante un libro contentivo de excelente teoría directamente dirigida a la práctica, en el que abunda el deslizarse rápidamente y de modo fugaz a la práctica para reforzar la teoría: una pincelada aquí, un brochazo allí, un destaque en el momento preciso, un resalte oportuno, ofrecen, en trama dialéctica, más y mejores resultados en ocasiones que la simple explicación o que la sola percepción experimental; todo ello sin perjuicio de un profundo sistema. Se explica el acierto que me da la razón acerca de una impresión que tengo desde hace varios años: que algunos problemas en tema de posesión no tienen su origen tanto en el entramado normativo, sino en la perspectiva que podamos adoptar al acercarnos a ella y a éste. Quizá en tema de posesión, más que respecto de cualquier otra figura jurídica, es aconsejable «irse» de cuando en cuando desde el Derecho a la pura vida social, para retornar más tarde al mundo técnico jurídico. Sea porque se *descansa* de la tensión técnica, sea porque ese *hauo* en lo social nos da nuevas percepciones, los frutos técnicos que se obtienen así son apreciables. Idas y venidas son frecuentes en *La posesión*.

Casi cien páginas se dedican a una de las medulas del tema: aprehender el fenómeno posesorio. La labor se inicia con el contraste inicial entre la percepción empírica y el significado de la posesión en el marco del Derecho, la alternativa hecho-derecho, que es tradicional, pero que poco parece resolver, por lo que se recurre, en concesión graciosa que se sabe a ninguna parte lleva con resultado definitivo, a la etimología, para resaltar, en panorama de disparidad de criterios, la multivocidad del término, que diferencia entre posesión y tenencia, ésta siempre enraizada en aquélla, pero no a la inversa, lo que se contrasta con el Derecho romano y el Código Civil. Se impone, por ello, la necesidad de precisar una variedad de significados de la posesión, diferenciando la inherente a los derechos (reales principalmente), la que es base de la adquisición de los derechos reales, y, en fin, la posesión en sentido más propio, la que es causa del problema y eje de la investigación.

Naturalmente, como causa del problema, destaca de inmediato el fundamento de su protección en el marco jurídico, tema que no por antiguo carece de validez; muy por el contrario, significa ir directamente a la esencia última de la legitimidad, aspecto éste que con frecuencia, y al amparo de la legalidad, se da resuelto por la dogmática —incluso en una dogmática renovada—, que olvida la energía inherente a las cuestiones fundamentales. Plantear la razón de la protección posesoria obliga a exponer las diversas orientaciones elaboradas por la doctrina, que no se aceptan por el autor, quien se siente igualmente vinculado a exponer su

propio criterio: es el punto de partida, naturalmente, la protección interdictal, referible a toda modalidad posesoria, por lo que es base para hallar un fundamento común, si bien limitado al campo de la jurisdicción, seguido de las consecuencias reconocidas a algunas modalidades de posesión. Por la primera consideración, puede concluirse que la seguridad jurídica —pienso si no sería mejor hablar de la seguridad impuesta por una organización del grupo humano, remitiendo a una autoridad la solución de conflictos, si bien puede quererse decir lo mismo— explica y tiene energía para fundamentar la protección de todo poseedor, incluso del autor del despojo; por la segunda, es menester buscar el fundamento de la protección posesoria —y la propia esencia del instituto— en la mayor valoración de la *realidad de una conducta* frente al formalismo de la atribución nominal de un derecho. ¿Realidad de la conducta? ¿Plasticidad de un actuar? ¿Facticidad? No; también una apariencia, que no es negación de lo real, sino su necesario complemento. Realidad es lo que aparece (siquiera como realidad inmediata, convención social eficaz), de donde lo que aparece es también realidad. La apariencia, como fantasma alejado de la realidad, desvirtuación de ésta, ninguna relación mantiene con lo que aparece en la posesión. He aquí un punto que merece meditación reposada, pues nada impide que en una figura surjan varias apariencias de diversas realidades (subjética y objetiva). En la posesión, la apariencia es identidad de realidad objetiva, por lo que no tiene fundamento referirla a una apariencia de realidad subjética, como pretendía la teoría de la legitimación aparente expresiva de ejercicio de un derecho, existente o no en el caso concreto, que es explicar la posesión pensando en otras figuras, pero no en la posesión, que se degrada.

Se desemboca así en la naturaleza jurídica del objeto de análisis, siendo eje de referencia la alternativa drástica: la posesión como hecho o como derecho, abrazándose francamente esta última alternativa. Se rechaza la consideración fáctica de la posesión por insuficiente, cuando no contradictoria (hecho que desemboca en un derecho, siendo lo uno y lo otro), resaltándose que la configuración como derecho no impide, por el contrario, reclama, su estimación fáctica (presupuesto, contenido); lo que se prueba por su contraste con el derecho real, fijado en su doble aspecto, interno (proyección directa sobre el objeto) y externo (deber general de abstención, que se concreta en la protección interdictal), que se proyecta más allá, al imponerse una restitución en la posesión, de la simple facticidad.

El compromiso de la calificación reclama defender posiciones, siéndole fácil al autor desmontar las teorías que rechazan tal carácter (enraizadas todas en una concepción propietario siempre periclitada), bien sea porque resulta insulso pretender prioridades entre acción y entidad sustantiva (IGLESIAS CUBRFA), bien porque carece de significado negar a la posesión su propia naturaleza so riesgo de confundirla con el dominio (GENTILE), que reclama identificar la diversidad con un solo derecho subjético, o porque en el ámbito estricto del alcance fáctico de los interdictos, se confunde derecho a poseer y derecho de poseer. Menos base tienen disquisiciones simplonas —la posesión no es un derecho, porque se indaga su razón de ser, argumento que vale, *a contrario sensu*, respecto de cualquier derecho subjético, histórico en su existencia y en sus caracteres, en especial respecto de la propiedad— o que confunden protección posesoria

y orden público, como si la paz social y el amparo del poseedor respondiesen a cauces diversos u opuestos, cuando éste se contiene en aquél.

Una afirmación en tema de naturaleza jurídica significa, luego de hecha, su contraste. ¿Qué es la posesión históricamente? ¿Cómo ha sido entendida? Desconociendo una teoría romana de la posesión, si dispusiéramos de varias romanistas, circunscritas esencial y magistralmente a SAVIGNY y a IHERING, quienes, si bien bajo perspectivas diversas, situado el primero en un plano subjetivo, psicológico casi, y en una perspectiva objetiva el segundo, coinciden ambos, y es su posible error, en analizar la posesión desde la perspectiva dominical, con lo que juzgan aquélla en función del dominio y no por sí misma, cuando poseer es socialmente primario a la propiedad. No se avanza mucho más cuando, con mayor arraigo social, se amplía la esfera de comparación desde el dominio a los demás derechos reales (SALEILLES, FEDELE, NAVARRO DE PALENCIA), siendo necesario el esfuerzo de BONFANTE, siempre preocupado de la realidad social —aspecto que en la posesión se ofrece de manera muy especial—, enfoque que le permite resaltar la irrelevancia de un *animus* subjetivo, pero también la de un *corpus* concebido como detentación física; supone, sí, una intencionalidad, pero de resultados prácticos, no sobre la titularidad jurídica; reclama, ciertamente, una conexión sujeto-objeto, pero entendida socialmente, lo que separa posesión y titularidad real, y que explica la ignorancia posesoria respecto de los muebles, que nace muy tardíamente. Camino de investigación éste bien iniciado, continuado por ALBERTARIO, para ofrecernos *las posesiones*, en variedad de etapas relacionadas entre sí, pero que modifican igualmente el fenómeno social posesorio por la refundición normativa que se va produciendo.

El Derecho germánico vive otra perspectiva cifrada en la *gewere*, como expresión de investidura en el poder inmobiliario, que con el tiempo se ofrece como tangibilidad de estar investido y que, posteriormente, el Derecho canónico referirá a una gran diversidad de objetos y situaciones. *Gewere* se ofrece como término casi único que expresa, en diversos momentos, situaciones distintas (corporeidad, transferencia expresa o afirmada presuntamente, posesión como exclusiva realidad jurídica), compatibles entre sí (*gewere* dormida) y cuyo régimen normativo es diverso, según su objeto y su alcance. Con rasgos que en ocasiones aproximan *gewere* y *possessio*, aquélla corre por vías propias, así en su configuración y eficacia como en la consideración de sus componentes (realidad-apariencia). Hay más trabazón íntima entre derecho real y *gewere*, que entre derecho real y posesión.

El feudalismo, que obliga a la glosa a adaptar el Derecho romano a las nuevas situaciones, amplía la noción posesoria —separando posesión y detentación—, reforzando la energía de su amparo —protegiendo como posesión la mera detentación—; bases que el Derecho canónico lanza para romper el esquema y juego posesión-propiedad, no sólo por la inclusión posesoria de los derechos, sino por el alcance procesal, pues, cabe decir, la casuística usa de la posesión como recurso de orden público, instrumento de paz frente a la violencia del momento, que expande la posesión para identificarla con el *statu quo*. Al tiempo que por la *exceptio expolii* se refuerza la situación del poseedor, al permitirle paralizar cualesquiera acciones del expoliador, si bien careciendo de iniciativa el expoliado, la

actio, más tardía, permite la restitución sin considerar la cuestión en su fondo.

Con estos antecedentes, se procede a la redacción del Código Civil, que nace a la vida en un momento preciso de la vida científica, que se pone de relieve ante la Base 11, texto de suyo susceptible de ser entendido con diverso significado y alcance, y que parece matizarse por la discusión senatorial como expresión de la teoría dominante en hermenéutica del Código Civil, pero rechazo también del sentido social y político de la posesión codificada. Técnicamente, el Código Civil abraza los principios romanos, pero mantiene la tradición canónica y no desconoce manifestaciones germánicas de la *gewere* de escasa pureza.

¿Para qué sirve la indagación de un significado normativo? Si se afirma vigente, no, obviamente, para saber cómo sirvió, sino para aclarar cómo sirvió para que siga sirviendo. Es requerido conocer el pasado para, por el presente, llevarlo al futuro, con las nuevas exigencias de éste. Precisar la posesión en el Código Civil reclama saber qué es la posesión, como fenómeno social, ahora y para luego. La función que deba cumplir la posesión, como presupuesto y como fin, es, pues, fundamental para prevenir el significado hermenéutico. Claro que no es necesario profundizar aquí, cuando ya se ha hecho de manera completa (*La función social de la posesión*), interesando resaltar quizá el cambio de signo en la función social de la posesión, su tendencia a ser no instrumento individual, sino posibilidad social (dependiendo de su manejo), pero útil ante dos modelos de sociedad: en la capitalista, freno del dominio abstracto, pues no cabe posesión en abstracto; en la denominada socialista, señala un ámbito mínimo del individuo, vuelto a su sociedad, pero no absorbido por ésta. Esta premisa autoriza luego al análisis de la regulación del instituto en su detalle.

El enfoque parece, creo, impecable: perfilada la esencia de la institución, se impone analizar sus diversas categorías, el juego de la buena fe, el objeto a que se refiere, el *iter* vital (adquisición, modificación, extinción) y las consecuencias jurídicas. A ello se dedica un capítulo por tema, para en los tres subsiguientes analizar la posesión tendente al derecho, la mobiliaria y, en fin, el amparo procesal.

Con relación a las modalidades, peculiar del Código, es erigir en básica la distinción habida entre posesión natural y posesión civil, perfilando como elementos fundamentales los clásicos *corpus* y *animus*. El primero, concebido como relación económico social, no física; el segundo, como expresión o creencia de titularidad cualquiera, y no sólo de dominio, creencia que debe valorarse como concurso o coincidencia subjetiva-objetiva, lo que hace que entre posesión natural y civil no exista un abismo de requisitos, sino de cualificación en los mismos. Ciertamente que el Código recoge la tesis de SAVIGNY, ciencia del momento, pero sin plena identidad; el Código considera como posesión la jurídicamente relevante y no restringe el *animus* al dominical. ¿Con qué alcance se ofrece la distinción? Inicialmente, porque solamente la posesión civil sirve de base a la usucapción, pues en el plano procesal su tratamiento es el mismo. Cabe, no obstante, obtener una mayor utilidad, pues la dicotomía, contra lo que pretende un amplio sector doctrinal, permite separar la posesión natural de otras tenencias que no son posesión y ayuda a precisar la noción del poseedor civil como contentiva de dos manifestaciones: por concepto

de dueño o titular de un derecho real y como titular del dominio, distinción que se analiza conjuntamente con la de en nombre propio y en nombre ajeno, precisamente para deslindar los campos típicos de ambas subcategorías.

Punto de partida, como siempre, el Derecho romano, que concibe la *possessio por suo* como la originaria (en el sentido de la doctrina corriente), y la *animus domini* como derivativa (en igual sentido), añadiendo a aquélla el momento justinianeo una exigencia de buena fe, y desde luego, ofrece singular dificultad para precisar qué es posesión en nombre ajeno. Fundamental para intentar una respuesta es el juego de los artículos 431 y 432 del Código Civil, según tengan o no una relación íntima, es decir, según se entienda que posee en nombre ajeno quien actúa por representación o quien no lo sea por título de dueño. SCAFFOLA, MANRESA, los anotadores de ENNECERUS, han propuesto tesis que reúnen ventajas e inconvenientes. HERNÁNDEZ GIL es partidario de mantener la dualidad de distinciones bimembres, considerar que dichas categorías se contienen en los artículos 431 y 432, resultando ambos imprescindibles y debiendo buscar su armonía interpretativa, así como respecto de otros preceptos (arts. 430, 439, 447), para con tales presupuestos, que responden a una aprehensión de la posesión, intentar la solución. El artículo 431 resalta el ejercicio; el artículo 432 destaca el tener; aquel ejercicio puede actuarse propiamente o por otro, que actúa por cuenta del primero y con quien está jurídicamente ligado; es, pues, una posesión en nombre ajeno. Fijar quién ejerce la posesión en nombre propio no es problemático, pues se incluyen todos los que ejercen por sí, con independencia del concepto que justifique tal posesión, aclarando que ejercicio por sí no significa ejercicio personal. Más difícil es precisar el ejercicio en nombre ajeno, que para el autor es expresivo de una situación de representación, como destaca en los tiempos actuales la condición de arrendatario, del que no tiene sentido decir que posee en nombre del arrendador; el arrendatario posee por propio nombre y en concepto diverso al de dueño. El artículo 431 debe complementarse con los artículos 439 y 1.709. Por su parte, el artículo 432 se refiere al título de la posesión, que puede ser por concepto de dueño o por otro, resaltándose una noción autónoma de la posesión, no vinculada solamente al dominio, sino al dueño de cualquier derecho real, pues precisamente el artículo 447, así como el 1.941, exige que para acceder al dominio por usucapión, se posea a título de dueño, por lo que no es dueño el propietario. Deviene así compatible la posesión en nombre propio y por concepto distinto de dueño, que se incluye en el artículo 432, referible a la posesión derivada de una relación obligacional (arrendamiento, comodato, depósito, etc.).

No cabe, sin embargo, dar entrada en el Código a la dualidad posesión mediata e inmediata, inherente al Derecho alemán, que ignora la posesión de los derechos, alcance de la distinción que el Derecho español logra precisamente por esta última modalidad. Y luego de analizar la dicotomía fundamental que separa a la doctrina española, así como la acogida dispensada a aquella clasificación por la jurisprudencia, concluye HERNÁNDEZ GIL que nada nuevo se logra con su incorporación. Similar posición asume respecto del servidor de la posesión y su pretendido encaje en el artículo 431.

La coposesión, como figura diversa de la conjunción o concurso de posesiones, es una situación excepcional, que el Código Civil considera en el artículo 445 como posesión compartida en los casos de indivisión, de índole interina (art. 450 del Código Civil) y referible a la posesión autónoma, sí, pero también a la derivada de un derecho. La norma impide alterar la exclusividad posesoria de manera coetánea, por mismo concepto y sobre mismo objeto (art. 445, proposición primera). En su función, la proposición segunda del artículo 445 dicta criterios de solución de conflictos, solución que, en la disparidad que nos ofrecen VALLET y Díez-PICAZO, debe estimarse de carácter provisional, señalando una preferencia —cuyo encaje procesal no es tema simple—, de trascendencia cautelar subordinada a un juicio de fondo, no ya sobre el hecho, sino sobre el derecho de poseer; aunque recurrir a esta cuestión no será siempre imperativo, pues la energía del artículo 445 deviene en muy útil, porque solamente cuando no tienen encaje sus criterios de prioridad es posible plantear la cuestión en su fondo, lo que muestra el contenido ritual del precepto.

La buena fe, elemento de retroalimentación del Derecho por la moral, es un presupuesto de lo jurídico, no efecto propio del Derecho, aunque no se requiera una adecuación exacta y rigurosa en ocasiones, que, prevista normativamente, se concreta en un plano subjetivo, presentándose no como categorías distintas, sino como aspectos concomitantes de un mismo concepto. Ciertamente, hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil, no adquiere la buena fe tal categoría de modo expreso —sin significar dicha reforma innovación alguna, pues la misma tónica mantenía el artículo 1.258 del Código Civil—, pero su doble función normativa reconocida —criterio, en defecto de ley y costumbre, pero también principio informador del Ordenamiento todo, por lo que ascendente sobre la norma legal, según el artículo 1, 4, del Código Civil— queda claramente sancionada en el artículo 7, 1, del Código Civil, que no puede entenderse como, por receptor de un principio, norma que lo anula al sujetarlo a la ley.

Aquel presupuesto objetivo, ¿tiene distinta significación en el ámbito de la posesión, en que la norma es precisa y configura la buena fe como presupuesto fáctico del que se derivan particulares efectos? Una respuesta precisa reclama contemplar el contenido de los artículos 433 y 1.950 del Código Civil. Ambos preceptos no pretenden enmarcar el concepto de buena fe, sino determinar cuándo un poseedor está inmerso en ella, situación fijada por una ignorancia o una creencia, como términos equiparados, que destacan un aparente plano subjetivo diverso al objetivo (que se ignora o se cree distinto), como entiende una doctrina mayoritaria, pero que no tiene por qué ser así, adquiriendo relevancia una noción ético social de la buena fe, en que la percepción subjetiva solamente puede considerarse presente si es correspondiente con el reclamo objetivo, único modo de evitar un «proceso de intenciones» (Díez-PICAZO); de donde los preceptos citados no solamente reclaman la buena fe como supuesto normativo, sino que describen un contenido objetivo, social, en que la buena fe consiste y al que el sujeto debe atenerse para considerarse inmerso en la hipótesis; son los *puntos de referencia*: hay ignorancia o creencia, pero también se enmarca qué puede o debe ser creído. Y nunca mejor prueba que el análisis de algunos de esos puntos de referencia.

Aquella exigencia ético social se resalta en la alusión del artículo 433 al título y al modo. Ortodoxo el precepto en su alusión al título, es sensato en su referencia al modo (conceptos con pleno significado en nuestro sistema, no consensualista), pues hay adquisiciones que no descansan en el título, tal como lo entiende el artículo 609 del Código Civil, cual la ocupación (que también reclama un elemento volitivo). Que el artículo 1.950 del Código Civil se exprese con alcance más limitado es obvio, por referirse a adquisiciones calificadas (en la doctrina corriente, mayoritaria en la de habla española) como derivativas, significando vicios de capacidad o legitimación en el *tradens*, lo que pone de relieve un mayor alcance del artículo 433, que se da en el artículo 1.950, pero no a la inversa, con las inherentes consecuencias respecto de la exigencia de una buena fe objetivada en la adquisición, que es siempre posesoria y no imperativamente la de un derecho real. Que el Código prescinda de aquella exigencia en la usucapión extraordinaria no significa que la excluya. Pero incluso quienes defienden una buena fe subjetiva pretendiendo amparar el título putativo, deben, para llegar a esta conclusión, reforzar una buena fe ético social, so riesgo de llegar al capricho en sustitución de la misma buena fe. Para evitar la reducción psicologista, el artículo 433 vinculó buena fe con título, lo que, a su vez, obligó a dulcificar la noción de título; pero distinto es prescindir de éste al calificarlo de putativo, pues o se estima inexistente o soñado, o fundado en un hecho objetivo, sobre el que el sujeto actúa su creencia, hecho objetivo que ya es punto de referencia. Y la defensa del título putativo, imposible en la usucapión ordinaria, en que el título es fundamento de la misma, fuera de ella hace que el título no sea un requisito autónomo, pues el artículo 433 vincula buena fe y modo. El Código flexibiliza el enmarque de la buena fe, como se deduce del contraste de los artículos 433 y 435, que amplían la buena fe al hacerla girar en torno al conocimiento o no del carácter indebido de la posesión; pero ni esto significa aceptar el título putativo o la buena fe subjetiva, ni mucho menos prescindir de una buena fe ético social.

Este es el sentido que se encierra en el régimen de presunciones posesorias del Código Civil. En su regulación destaca el artículo 434, que afirma la buena fe e impone la carga de la prueba a quien la niegue, bastándole al poseedor acreditar que lo es para que su buena fe deba contradecirse probando la mala fe, aunque, ciertamente, en la práctica, el poseedor tiende a probar directamente su buena fe. Entre ambos términos de referencia, buena y mala fe, no caben estadios intermedios, pues la posición del *dubitans* no encaja dentro del Código. Aquel precepto se complementa con el artículo 436, que, manteniendo una continuidad en la presunción, reconoce que la misma puede cesar. Se desemboca, así y por ello, en un régimen de prueba con diversas alternativas: prueba de la mala fe desde el origen, en tiempo posterior al origen y anterior a la interpelación judicial y mala fe resultante de dicha interpelación (subdistinguiendo aquí otras tres situaciones diversas: interrupción no consolidada, consolidada y cambio en la situación posesoria).

Esta constante presencia de la buena fe concebida como criterio ético social obvia pretender la defensa del estado de duda como expresivo de buena fe, pues quien duda no está seguro, lo que es incompatible con la ignorancia o la creencia, y quien duda no puede ir a buscar la buena fe, pues ésta requiere estar inmerso en ella. La buena fe es «ceguera, que

cesa ante el más leve rayo de luz». Cabe decir lo mismo del error, si no es excusable, excusabilidad que opera objetivamente. No obstante, no es pacífica la teoría respecto del error de Derecho, algo aclarado por la nueva redacción del artículo 6, 1 y 2, del Código Civil, que es claro no excluye el error de Derecho por el principio de inexcusabilidad de la ley, y que permite aceptar dicho error siempre que incida en las cuestiones de puro hecho (conscientes de la dificultad de separar las cuestiones fácticas y las jurídicas), siendo un factor explicativo de la buena fe, siendo ésta, en su estimación económico social, muy útil para flexibilizar las estimaciones pertinentes.

A la misma conclusión acerca del carácter ético objetivo de la buena fe se llega en tema de subsistencia de la buena fe inicial, no desde el momento en que la prueba así lo establece, sino desde el momento al que la prueba se refiere (art. 435 del Código Civil), lo que es coherente con la situación de interpelación judicial, en que la misma pone fin a la ignorancia.

Y cabe concluir lo mismo en el análisis de la posesión en personas jurídicas, distinguiéndose las diversas modalidades (sociedad civil y la mercantil) y sus particulares problemas, en que un plano subjetivo no impide la presencia de la mala fe objetivamente considerada.

Enmarcada de tal manera la posesión, en su esencia y presupuestos, pasa el autor al análisis del objeto, comenzando su labor por separar contenido y objeto, a veces identificados en la propia normativa, refiriéndose expresamente al objeto de la posesión como cosa o derecho, dualidad que resalta insistentemente el legislador predicando la susceptibilidad de apropiación, requisito amplísimo, equiparable a susceptibilidad para el tráfico; amplitud que no es sino expresión de un largo proceso evolutivo, que se inicia con la plasticidad del Derecho romano, atenuada mediante la *quasi possessio*, y que se rompe con la expansión que el Derecho canónico da a la posesión. En el Código español, la posesión va referida a las cosas muebles e inmuebles y a los derechos, mereciéndose precisar su ámbito respecto de uno y otro objeto. Con relación a las cosas, lo son las susceptibles de apropiación (art. 347), y como éstas pueden ser muebles o inmuebles (art. 333), que abarcan toda categoría de cosa, se refleja así un criterio amplísimo, del que deben excluirse los derechos que reciban la calificación de mueble o inmueble, por no ser cosas, sino objetos equiparados. La posesión de las cosas así delimitada implica la de sus componentes, bastando la posesión de una parte para que se entienda la del todo si la posesión de esa parte se considera imposible de separar del todo, lo que ocurre con la posesión de cosas simples en sentido jurídico (económico social); pero si se trata de cosas compuestas, la relación posesión del todo y de las partes no se ofrece en términos tan absolutos, siendo factible posesiones diversas de las partes y de un todo por personas distintas si las partes ofrecen cierta autonomía. Esa relación entre partes y todo, que preocupó la atención de SAVIGNY, se manifiesta modernamente en la diferenciación entre partes integrantes y pertenencias; con relación a las primeras, su concepto reduce la posibilidad de su posesión a estrechos límites, posibilidad determinada por qué se entienda o en qué consista el hecho posesorio, por consecuencia de la exclusividad posesoria del artículo 445. Diferentemente, las pertenencias permiten una

posesión independiente, no ofreciendo problemas su conexión con la entidad expresiva del todo.

Respecto de los derechos, el problema que suscitan es cuáles son susceptibles de posesión. El artículo 437 limita la posesión a los susceptibles de apropiación, como equivalente a inserción en el tráfico, criterio sustentado por los artículos 333 y siguientes, 1.164, etc., lo que permite referir la posesión a cualquier derecho, si bien la doctrina restringe ese ámbito a los derechos reales, perfilándose la posesión como figura cuyo basamento directo o indirecto lo son las cosas; directamente, por su inherente apropiabilidad; indirectamente, porque, susceptibles de usos diversos y distintos, los derechos que expresan tales usos son los que se presentan como objeto de la posesión. Cierto; la posesión de créditos del artículo 1.164 expresa una apariencia de crédito que no se tutela más allá de dicha apariencia, en que la buena fe juega de modo diverso a la posesoria al ser en aquel caso determinante y no factor añadido. La posesión de estado es un simple medio subsidiario de prueba. Es, además, significativo, que la posesión se regule en el libro segundo, y que el artículo 1.930 asigne a la usucapión la esfera del dominio y demás derechos reales. Pero, no obstante, debe llamarse la atención sobre este punto: que no es tanto el carácter real o personal del derecho lo que le hace susceptible de posesión, sino la continuidad en su ejercicio, que no suele darse en el derecho de crédito, pero tampoco en algún derecho real (retracto).

De lo dicho cabe precisar que la posesión es de cosas o de derechos, según la posición del observador y de la relación jurídica pertinente, ya que la dualidad posesoria opera unida a los diversos conceptos de posesión, que ahora actúa directamente, ahora integrada en un derecho. Ejemplo problemático lo es la prenda, cuyo objeto puede ser una cosa o un derecho, y no empuje el fuerte acento posesorio que se deduce de los artículos 1.863, 1.864, 1.872, y de la Ley de 16 de diciembre de 1954, se discute si hacia el exterior puede presentarse como derecho poseído. Y otro ejemplo lo son las servidumbres discontinuas y no aparentes, que no son susceptibles de usucapión, pero que, por la exclusión de ésta, no se deriva la de la posesión; que carecen de una exteriorización inequívoca (al ser discontinuas y no aparentes) Pero la continuidad no debe entenderse literalmente, sino como modo autónomo de producir un contenido inherente a la servidumbre, sin cesación, pero con intermitencia (artículo 1.941 del Código Civil), ejercicio que puede valer como posesión; y si la exigencia de apariencia va referida al propio bien, no son incompatibles la ausencia de signo exterior y la apariencia posesoria que se manifieste por signos del comportamiento.

Pero no solamente las cosas y los derechos perfilan el objeto de la posesión, sino que ésta puede configurarse mediante el ejercicio de un derecho, si bien como consideración predominantemente doctrinal e incluso legislativa (Código Civil portugués), que ha servido para equiparar, superando la posesión de cosas y de derechos, ejercicio del derecho con posesión ¿Es esto posible? Parece que no, pues no existe una correspondencia directa. La posesión tiene vida con independencia absoluta de la titularidad de un derecho, sin perjuicio de puntos de conjunción: ciertos elementos externos requeridos en la posesión no son imprescindibles para el ejercicio del derecho; que la conducta inherente a la posesión reclame

un ejercicio no significa que éste desemboque en un derecho subjetivo; la actuación posesoria señala la posesión, pero no el derecho; la posesión no es efecto, sino *prius*, del ejercicio, aunque pueda presentarse como *posterius* del derecho; se actúa la posesión cuando no se puede actuar el derecho (ocupación sin violencia de cosa ajena).

La dinámica posesoria se analiza enmarcada propiamente en tema de adquisición, conservación y modificación.

La adquisición posesoria se encuadra en amplios términos, siendo habilitados para ella incluso los menores e incapaces. Cómo sea esto así queda oscuro todavía para el Derecho romano, siendo las opiniones dispares, pero es premisa en el Código Civil, que, es verdad, no legitima a todos, pues ha de reclamarse, en todo caso, una mínima consciencia (como puede deducirse del juego de los arts. 443 y 449 del Código Civil), lo que explica la exclusión de esas personas para adquirir la posesión de los derechos (art. 443, respecto del art. 438). La ocupación es manera de adquisición, expresiva de un comportamiento exteriorizado, que por ello no es dable contraponer a la «otra» manera, el hecho de quedar las cosas sujetas a la acción de nuestra voluntad, pues acción y voluntad mantienen un encaje que, por no psicológico, expresan un significado económico social, llegando aquella ocupación hasta donde pueda comenzar la violencia. Y también lo es el tránsito posesorio expresado en la tradición de la cosa (art. 460, 2, del Código Civil). El Código hace referible la ocupación a los derechos (art. 438), pero ¿es esto posible? Parece más bien que se ocupará la cosa a que el derecho se refiere. Y también regula la adquisición posesoria por el cumplimiento de las formalidades previstas para adquirir un derecho.

Importancia particular destaca la relación entre tradición y posesión, pues aquélla nos trae a ésta, pero también la posesión opera como tradición. La razón de esta relación hay que encontrarla en las diversas funciones o variantes que se encierran en el término *tradición*, en que aparece la posesión cumpliendo un fin diverso: como instrumento para realizar la tradición; como presupuesto para que la tradición se efectúe (y que abre la puerta incluso a las adquisiciones *a non domino*), y como entidad autónoma a la que la tradición se subordina y da sentido, siendo instrumento de aquélla.

Tradición y posesión manifiestan un intenso paralelismo e incluso identificación, al analizarse la tradición no tanto como entrega de la cosa, sino como desplazamiento de la posesión, dentro de un proceso de espiritualización al que han concurrido la posesión y la tradición misma, lo que es claro al intensificarse un debilitamiento del *corpus* y reforzamiento del *animus*, produciéndose una auténtica elipsis de la tradición en los sistemas consensualistas; e incluso en el nuestro, en que subsiste la exigencia de título y modo, siendo éste la tradición, hay hipótesis en que ésta es meramente nominal. La tradición real expresa como fenómeno constante la presencia de la posesión, también existente en la *traditio brevi manu*, como en el *constitutum possessorio*, por diferencia de las situaciones de *traditio clavium*, *longa manu*, o por conformidad, en que se nos ofrecen signos o indicios de tradición, lo que también ocurre en la tradición instrumental, en que no se da la entrega, sino otro hecho que vale lo mismo, si de la propia escritura no se deduce o resulta lo contrario; no se trata de prescindir de la tradición, sino en ser expresada

de distinta manera, pudiendo concurrir asimismo la propia y real entrega, diversidad de expresión referible solamente al efecto real, incluso no siendo el enajenante poseedor al darse una espiritualización de la tradición, que, desde luego, no se da igual en la posesión, por lo que, en este caso, hay que reconocer que el otorgamiento de la escritura implica una tradición que no alcanza a la posesión (otra alternativa, una posesión civilísima, no es viable ante la ausencia de una norma similar al artículo 440 del Código Civil).

En tema de transmisión de la posesión de los derechos, es menester conjugar el artículo 1.464 con el objeto de la posesión, debiendo restringir la amplitud con que el Código identifica compraventa y cesión de derechos, que llevaría a admitir una posesión de créditos, pero también por el ámbito que el propio artículo 1.464 señala a la tradición, como medio de transferencia del derecho real, al remitirse al artículo 1.462, fundamental en tema de tradición; no olvidando que la tradición es propia del derecho real, mientras que la posesión existe en ciertos derechos de crédito. Por lo que la norma del artículo 1.464 será referible a la posesión en tanto en cuanto prevenga una tradición con posesión, con lo que surge una íntima relación con el artículo 438, inciso final. Se delimita así la transmisión posesoria de los derechos a los susceptibles de posesión misma. Aquel precepto manifiesta tres normas, una de remisión al artículo 1.462 (previniendo la entrega del objeto del derecho); otra especifica para los derechos, sin remisión al artículo 1.462 (como entrega adecuada a un derecho mediante el uso consentido que del derecho hace el comprador), y una tercera subordinando la aplicación de la segunda a la inaplicabilidad de la primera, por referencia al artículo 1.462 en su totalidad.

Respecto del *constitutum possessorio*, de origen algo oscuro —en función de qué se entiende por detentación y por posesión en nombre ajeno—, dado que no lo previene expresamente el Código, y considerando que se trata de la conversión del poseedor en nombre propio en poseedor en nombre ajeno, como éste se expresa en la representación, puede presentarse como figura frecuente. Su posibilidad se encaja en el artículo 1.462, al limitar entendida la entrega si del contenido de la escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario; pero se trata de una posibilidad delimitada en cada situación concreta, sin viabilidad de una defensa en abstracto, pues si el Código admite situaciones en que es dable el *constitutio* posesorio, a las partes corresponde la precisión.

En el marco de las relaciones *mortis causa*, el artículo 440 previene una posesión civilísima en transferencias universales, que se ofrece en la doctrina como adquisición *ipso iure* hereditaria y expresión de la *gewere*, cuyos efectos resultan en: a) investir al heredero de la cualidad y condición de poseedor, quien ya lo es aunque tome posesión efectiva —por lo que nada añade—, por lo que debe corregirse la nomenclatura de los artículos 1.631 y siguientes de la LEC, pues no cabe un interdicto de adquirir lo que ya se tiene, siendo finalidad de tal interdicto facilitar la prueba del título hereditario; b) asistir al heredero en las acciones interdictales; c) beneficiar al heredero la posesión de su causante; d) legitimar a aquél para ejercitar la acción de desahucio. Se trata de una sucesión en la misma posesión, no obstante el régimen que, respecto de buena y mala fe, sustenta el artículo 442 del Código Civil, que sólo limita las consecuencias de la transmisión de la posesión misma. Limítrofe con

la sucesión universal, se ofrece la accesión de posesiones del artículo 1.960, regla 1.ª, del Código Civil, concibiendo dos posesiones en relación jurídica singular, cuyo alcance es facultativo, y siempre que ambas posesiones expresen igual carácter o naturaleza.

Y cabe negar una pretendida modalidad de adquisición de la posesión vía judicial, pues la jurisdicción carece de autonomía y se limita a precisar la efectividad de una posesión ya existente.

Independiente de la adquisición posesoria es la conservación, no solamente por su distinción en el Derecho romano, sino porque engloba situaciones diferentes, recogidas en los artículos 444, 461 y 465 del Código Civil, que ponen de relieve una permanencia en la posesión, sin necesidad de ejercicio inmediato del poder, a veces con la simple intención, lo que provoca en ocasiones una equiparación entre posesión y derecho.

La distinción dogmática entre interrupción, conservación y continuidad refleja para este concepto un significado más amplio, que incluye o determina previamente a los anteriores, porque refleja la manifestación social de la estructura posesoria, en que adquiere plena relevancia el valor en uso de los bienes, para lo cual deben éstos ser usados. La continuidad en el tiempo es expresión de la duración institucionalizada. Y ante esa continuidad reacciona el Ordenamiento de diversas maneras: protegiendo y favoreciendo la continuidad en sí misma, subordina a ella la calificación de situaciones como posesorias, impone su respeto mediante la protección interdictal y la beneficia en su mantenimiento al generar la usucapión.

La contemplación en sí de la continuidad, como concepto que está, aunque no se exprese así, surge en preceptos cuales 459, 436, 1.941 y 1.943, y en el artículo 1.960. El Ordenamiento presume la continuidad, pues si ésta no se da, la posesión desaparece, por lo que al propio poseedor corresponde acreditar un cambio o modificación en su concepto posesorio, lo que resalta asimismo que continuidad no es continuación, algo estático, sino dinamismo. La posesión es, pues, perfectamente compatible con el cambio en la posesión, que así debe enunciarse, y no un cambio en el título, pues ni toda posesión lo presupone, ni tiene relevancia esencial sino en tema de usucapión. Ese cambio así concebido no es unidimensional, en el sentido de manifestarse desde la posesión a la posesión en concepto de dueño, sino que cabe un camino inverso, si bien aquella acepción, estricta, es la mejor contemplada en el Código Civil, manifestando por ello especial preocupación por el cambio y rodeándole de cautelas, que nos viene del Derecho romano y que aparece en numerosos cuerpos legales extranjeros, fundamentalmente el principio de que nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión. Pero precisando el régimen del cambio en el Código Civil, es menester atenerse a dos criterios principales: su marco preferente se encuentra en el artículo 436, que junto a la presunción de continuidad admite el cambio mediante prueba en contrario, mediante cualquier medio de prueba que destruya la presunción; y conforme al mismo precepto, el cambio puede darse en las dos dimensiones, siempre que se esté en la situación de posesión. Una modalidad de determinación del cambio es la contradicción, que solamente tiene sentido en la dimensión estricta, debiendo proceder la *contradictio* del que no sea poseedor en concepto de dueño, mediante un comportamiento

o una declaración negocial de carácter positivo, que permite conocer objetivamente al contradicho (por lo que no trascienden los actos *vi, clam* o *praeccario*), y que por ello permite la oposición, pues si ésta se produce es obvio que la contradicción es ineficaz y no llega a ser tal sino en el marco conceptual. Y no parece adecuado el criterio de reclamar, para la efectividad de la contradicción, el término de año y día (los arts. 460 y 438 son referibles al cambio en sentido estricto y no al inverso). Del cambio queda protegido el propietario vía artículo 463, quien, sin su voluntad, no puede resultar perjudicado, pues el precepto facilita al mismo medios para defenderse e incluso dificulta el cambio, aunque no lo impide.

La posesión puede perderse, aparte de por razones objetivas, por acto unilateral o bilateral. De las diversas causas enunciadas en el artículo 460, la más propia e interesante se significa por la adquisición que hace otro, ya que las otras suelen implicar la pérdida de un derecho real. Dos situaciones surgen en este tema que tienen gran relieve: La significación del artículo 460, 4.º, que reconoce la adquisición de la posesión y consiguiente pérdida, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, respecto del artículo 444, que rechaza los actos ejecutados por la fuerza; quien actúa contra la voluntad de otro, ¿no actúa con violencia?; el autor acepta el pensamiento de SCAEVOLA, para quien la violencia inicial se subsana si la posesión se prolonga año y día. Otro problema relevante suscita el artículo 463, enmarcado en tema de pérdida de la posesión por razones sistemáticas, que parece considerar que un dueño no perderá la posesión por actos de otro que es tenedor si no los consiente el primero, concluyendo HERNÁNDEZ GIL, luego del contraste entre dicho precepto y el artículo 1.942 y el análisis de antecedentes y de la doctrina, que encierra el artículo 463 una norma protectora del dueño, quien si bien puesta la tenencia en un tercero por actos de otro no consentidos, no podrá actuar fácticamente, sí puede hacerlo judicialmente para recobrar esa tenencia y los daños.

Frutos, gastos y mejoras expresan esencialmente el contenido de la posesión, siquiera es claro que no lo agotan.

Poseer una cosa no tiene sentido si no se usa y ni se disfruta, y es la percepción de los frutos el primer efecto exterior de la posesión, punto que preocupa al legislador en previsión del cese de la posesión, que reglamenta conforme a unos simples principios perfilados por la buena o mala fe, la presencia de uno o más sujetos en la posesión, por el concepto en que se posea y grado en que se halle el sujeto y el estadio de los propios frutos. No se trata, pues, de buscar un parangón con el dominio para así deducir las razones legislativas, sino contemplar éstas en función de lo que la posesión implica por la conducta en que se expresa, como realidad plena.

Norma esencial lo es el artículo 451, 1.º, que atribuye los frutos al poseedor en su continuidad, desde que se perciben o separan. Criterio similar al de los frutos civiles, si bien se consideran producidos por días, lo que permite una mayor precisión en su atribución. Regla que, respecto de quien posee de buena fe, sólo decae mediante interrupción legal, por poner fin a la buena fe, al desaparecer la creencia o ignorancia en el detentador, lo que ocurre con el emplazamiento o actuación extrajudicial que sea indubitada como hecho para el poseedor; a diferencia de la in-

interrupción de la usucapión, que reclama un conocimiento de la propia reclamación.

Una cuestión se plantea ante el criterio de la restitución por anulabilidad negocial, respecto de si se superpone o no a la condición de poseedor, tema tocado por la jurisprudencia con una orientación no del todo rigurosa, ante el que el autor se inclina por la preferencia restitutiva, pues en el artículo 1.303 no se hace salvedad del artículo 451.

Extinta la posesión, se abren en abanico un conjunto de derechos y deberes. Con relación a todo poseedor, se le abonan los gastos necesarios. Respecto del de buena fe, además los hechos para la producción de frutos industriales y naturales, si los mismos se hallaren pendientes, pero el dueño puede sustituir dicho abono por la autorización para terminar el cultivo y recolección pendientes (hecha abstracción de las dificultades prácticas que, por el natural *iter* procesal, genere el transcurso del tiempo, y que puede significar multiplicación de la genérica hipótesis normativa), así como los gastos útiles hechos en la cosa, pero no los de lujo o recreo, que podrán ser retirados si el sucesor en la posesión no prefiere su abono, sin detrimento del objeto. Como garantía, se le concede derecho de retención. Con relación al de mala fe, carece de derecho a los frutos, correspondiendo al poseedor legítimo incluso los que hubiera podido percibir y no sólo los efectivamente percibidos.

En caso de pérdida o deterioro de la cosa, se instrumenta la obligación de indemnizar. Si se es poseedor de buena fe, la responsabilidad sólo actúa si hubo dolo; y ante el problema de conjugar una posesión de buena fe con una actitud dolosa, luego de revisarse las posiciones doctrinales en boga, que se rechazan por prescindir de uno de los términos de referencia o incidir en un subjetivismo indefendible, cuando el sentido de la hipótesis normativa puede alcanzarse contemplando sólo al poseedor, sin conexión con el verdadero dueño, que, de buena fe, actúa dolosamente perjudicando la cosa antes de la interrupción de esa buena fe, considera el autor que el precepto, luego de afirmar una exoneración de responsabilidad para el poseedor de buena fe, la admite por comportamiento doloso, señalando quién responde y, desde luego, respondiéndose ante quien sufra las consecuencias de esa actitud dolosa: quien de buena fe posee un camión, y dolosamente lo embiste contra la casa de un tercero para perjudicarlo, responde del daño producido al bien, precisamente porque actuó con dolo, no por no ser poseedor de buena fe, y responde, en su momento, frente al poseedor legítimo. Diferentemente, el poseedor de mala fe no queda sujeto a una exención de responsabilidad, que decae ante dolo, sino que queda sujeto a una rigurosa responsabilidad por pérdida o deterioro en todo caso, e incluso por fuerza mayor si retrasó la entrega.

Respecto del régimen de mejoras, como el de los frutos, se contempla en el Código desde la perspectiva del cese de la posesión, partiéndose de la hipótesis de que quién posee puede mejorar, atribuyendo las naturales a quien venza en la posesión, pues no hubo actividad del poseedor que pierda para generarlas y son inherentes a la cosa misma; y las derivadas de la actividad del poseedor generan un derecho de indemnizar su valor, bien por abono de gastos o del incremento en el valor de la cosa, eligiendo quien vence en la posesión; y las de lujo le conceden un derecho real sobre los objetos en que consistan, pudiendo retirarlas si no causan

deterioro y el sucesor en la posesión no prefiere abonarlas. Por el contrario, el poseedor de mala fe carece de derecho al reintegro de los gastos de lujo, aunque se los puede llevar (en el objeto invertido) si no daña con ello la cosa y si el poseedor no prefiere su abono.

Luego del estudio de la posesión en sí misma considerada, es procedente su análisis como fundamento de la adquisición de derechos, esto es, como base de la usucapión, tema al que se dedican otras ciento cincuenta páginas con magnífico método: delimitando la usucapión en su concepto, fijando las relaciones de la posesión con aquélla, que lleva a concretar la posesión apta para la usucapión, interrupción y continuidad, legitimación, título en la usucapión y, finalmente, efectos de la posesión a través de la usucapión.

Luego de la precisión conceptual, que configura la usucapión como una consecuencia de la posesión cualificada y de la razón de su existencia, que expresa el predominio de la realidad sobre el formalismo jurídico, corresponde un matiz respecto de la prescripción, que tienen un mayor ámbito, corriendo por caminos diversos, lo que no impide el concurso de usucapión y prescripción en una misma situación jurídica. Como producto histórico, se forma en el devenir del Derecho romano, que va enunciando sus requisitos y que conoce como distintas las hoy usucapión ordinaria y extraordinaria, cuya refunción se debe al Derecho justinianeo, y que aparece desconectada del Derecho germánico, en que la *gewere* hace innecesario el tránsito al *dominio*.

La usucapión nos ofrece un juego de posesión y tiempo, por lo que se da en la usucapión lo dicho respecto de la posesión, lo que lleva a restringir la formulación del artículo 1.936, conforme a la pauta del artículo 1.930, por lo que no es base de usucapión cualquier posesión, sino la cualificada en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, que, en el contexto del Código, son reclamables para cualquier modalidad de usucapión. Se desemboca de esta manera en el tema de la posesión justa o injusta dicotomía que el autor expresa y conscientemente rechaza como concesión al formalismo y positivismo jurídicos, para plantear así el sentido de los requisitos de la posesión apta para usucapir:

a) Clandestinidad y posesión pública. No son conceptos de estricta correspondencia, pues si lo clandestino siempre es no público, no ocurre a la inversa. El artículo 444 es importante a este respecto, pues al no afectar la posesión los actos clandestinos o de que el poseedor de una cosa no tenga conocimiento, reconoce la clandestinidad con conocimiento del poseedor (tolerancia, v.gr.) o de otras personas incluso, debiendo ser, pues, actos clandestinos para el poseedor los que no afecten su posesión; pero lo ignorado o clandestino deja la posesión incólume: el único poseedor legalmente conocido no se afecta, ni quien pretende situarse en su lugar lo consigue. Surge así un diverso tratamiento, riguroso en la posesión *ad usucapionem*, que no se da en la *ad interdicta*, en que la independencia posesoria no se manifiesta igual. En efecto, en función del artículo 446 y el régimen procesal y esencial de los interdictos, cabe que actos que no afectan a la posesión, según el artículo 444, puedan desembocar en situaciones protegidas interdictalmente; y no por la exigencia procesal de acreditarse la tenencia, sino porque el interdicto protege un estado posesorio, y vía artículo 430, la tenencia es posesión natural. De donde la clan-

destinidad será inconveniente para el que pretende poseer, no por ser un vicio, sino por la dificultad de acreditar el hecho de poseer que fundamente la tutela interdictal. Pues bien, esto no ocurre en la posesión *ad usucapionem*, en la que quien la pretende debe acreditar los requisitos exigidos, incluso el título, por lo que la clandestinidad produce siempre sus efectos, ya porque impide adquirir o deja ineficaces los actos en que exista, ya porque el tiempo en que se dé no se computa, ya porque impide la publicidad.

Pero la ausencia de clandestinidad no significa publicación, debiendo matizarse si la exigencia de que la posesión sea pública implica algo diverso a la publicidad inherente a todo estado posesorio. En efecto, la clandestinidad se contempla como ataque a la posesión, que deviene ineficaz, mientras la publicidad se predica de la propia posesión, a la que no se llega *clam*. La publicación se reclama del artículo 1.941 expresamente como exigencia por la dogmática; de que quien pueda verse afectado, pueda conocer; reclamo liberal individualista que hace depender el Derecho de la pretensión subjetiva, que carece de sentido, siendo más sensato estimar que aquella exigencia va referida al uso de la cosa que sea normal y adecuado, sin añadir nada más a la publicidad posesoria, lo que se traducirá en un elemento de la prueba conforme con criterios empíricos usuales.

b) Violencia y posesión pacífica. La violencia, para combatirla, la predica el Código, así frente a quien pretende poseer como frente a quien es perturbado en su posesión, imponiendo en todo caso la intervención jurisdiccional, no cupiendo un sentido aislado del artículo 444, respecto de los artículos 441 y 446, como habían destacado PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, por lo que no es dable rechazar la violencia con la violencia del despojado (excepcionar éste sería imposible en el juicio de interdicto, limitado al hecho posesorio, según el art. 1.652 de la LEC). Solamente cuando la violencia cesa es dable hablar de posesión y de su adquisición consiguiente, si existe año y día (art. 460, 4.º), o si, por vía delictiva, prescribió la acción penal, comenzando entonces la posesión civil (art. 1.956). Se explica por ello la exigencia de que la posesión tiene que ser pacífica, pues sin paz no hay posesión.

c) Tolerancia, licencia y precariedad. La exigencia del artículo 444 se corresponde con el artículo 1.942, que piensa en la posesión a título de dueño, concibe los actos a que se refiere como posesorios, pero les niega energía para adquirir tal concepto; conocidos por el dueño, no se opone a ellos, entendiendo por conocimiento incluso la negligencia, por la indiferencia que ésta expresa y la tolerancia que supone, cuando no abandono. Distintos son los actos efectuados con licencia; la licencia implica la tolerancia, pero no al contrario, pues en aquélla existe una expresa actividad del dueño.

El precario, rico en matices jurídicos en el Derecho romano, pasa en España a convertirse o apreciarse como una detentación tolerada, cuyo perfil es jurisprudencial, y como desarrollo de la legislación rituarial, que ha llevado a plantear si el precarista se halla en situación diversa de una actividad tolerada y si le cabe ampararse en los interdictos. La diferenciación es eminentemente empírica y difícil de realizar, pues precario

y posesión no se ofrecen como estados puros, lo que incita, debe incitar, al análisis nada extremo, a la ponderación de las circunstancias, debiendo sustentarse un criterio cauteloso, que puede alentar la tutela interdictal (procedimiento que no es dable definir si el precarista es o no poseedor, pero sí es dable plantear la certidumbre de un despojo), sin contradicción entre el precario y sí inherente desahucio, cuyos trámites, por lo demás, expresan que el precarista tiene derechos, que el dueño no desconoce la situación existente ni puede actuar como si no existiese. Proteger esa esfera puede hacerse idóneamente con la tutela interdictal.

Para culminar la usucapión, se reclama una posesión no interrumpida, si bien con la relatividad propia de este concepto, que no impone la rígida continuidad; es suficiente con que el poseedor no pierda la posesión o que el dueño no la reclame. Precisamente la extinción natural conoce que la continuidad no es continuación, pues puede estarse sin actuar menos del año o incluso perderse —porque aconteció indebidamente— sin interrupción posesoria. Y cabe la permanencia real, pero sin trascendencia, como ocurre con la interrupción civil, ya efectuada judicialmente mediante citación hecha debidamente (luego continuada en sus trámites), ya en acto de conciliación seguido de demanda sobre pretensión de posesión o de dominio (celebrado aquél o por no incomparecencia del demandado), o por reconocimiento hecho por el poseedor, lo que es obvio, pues es el afectado quien está indicando que no hay usucapión al no considerarse dueño.

En la interrupción civil, los matices del procedimiento han devenido en problemáticos. La demanda y su presentación, ¿equivalen a la citación judicial? El autor se inclina por la negativa, no sólo por razones prácticas, sino por exigencias del propio procedimiento en juicio declarativo, que exige admisión a trámite previa certificación del acto de conciliación, siendo preceptiva la intervención judicial; citación judicial y no acto de parte, aunque el Juez no sea competente, hecha al poseedor, cumpliendo la diligencia correspondiente. Ello es claro contrastando el diferente alcance de la prescripción y de la usucapión, de las que ésta ofrece un estado protegido.

Otrosí, ¿cuáles son los alcances de una citación nula? Realizada la citación sin ajustarse a las solemnidades legales, por defecto de la cédula, la citación es nula, salvo que el afectado se dé por enterado. El Código reclama solemnidades legales y se remite a la LEC, por lo que la posible inobservancia de aquéllas no afectan la eficacia del acto. Surge una citación nula, que exige una estimación judicial. ¿Cómo se produce? No siendo viable la reposición, dable contra la citación o emplazamiento, pero ni contra las diligencias en su cumplimiento, en las que no interviene el demandante, la reposición le es impedida, y excluido el incidente de nulidad de actuaciones, se abre un resquicio para que el demandante vea perjudicado su interés ante una citación practicada sin las solemnidades legales, sin darse el demandado por enterado, con nulidad judicial declarada. Díez-Picazo intenta la solución identificando citación judicial con presentación de la demanda, produciendo efectos siempre que *a posteriori* haya sido admitida a trámite, criterio que rompe en dos su tesis general; del mismo modo que reconoce el autor, se divide la propia ante esa citación judicial nula cuando reclama una interrupción de la usucapión con protagonismo del demandado, que no se produce por el modo de cana-

lizarse el comportamiento del demandante, que llevaría a concluir el perjuicio de éste por algo que no le es imputable. Pero cree superable el problema a la luz de la reforma de 1974, que autoriza a evitar el imperialismo de la literalidad, ponderar la equidad y que, al consagrar la buena fe en el ejercicio de los derechos, autoriza a separar la orden de citación que el Juez efectúa, pero no la hace de la práctica misma, con lo que resultados no atribuibles ni al Juez ni a la parte se convertirán en plenamente interruptores. Así, una mera incidencia de un simple agente judicial no afecta al tema sustantivo que ofrecen los intereses en conflicto. En todo caso, la sentencia, al estimar la demanda, fija el momento de la interrupción, que no se dará si hay desestimación.

En tema de legitimación, el artículo 1.931 aparece inicialmente como norma de remisión a lo establecido para los demás modos de adquirir; norma imprecisa porque no siempre ofrece el Código tales previsiones (ocupación) o las exige especialmente (donación). El punto es relevante porque la usucapión significa un proceso en el tiempo, siendo menester precisar si el menor, que puede poseer, puede culminar la usucapión. Considerada ésta como un fenómeno propio y completo —al tiempo que ser efecto de la posesión en cuanto probable—, como modo sólo es referible a quien tiene capacidad para obrar desde su comienzo, y si fuere menor quien inició la posesión, deberá ser asistido por sus representantes legítimos para poder usucapir el derecho de que se trate.

El significado del título es diverso en el Código (arts. 467, 468, 536, 609, 660, 385, 1.065, etc.). En el ámbito posesorio, el concepto que parece recogerse es el de título como fundamento de la adquisición y la adquisición misma. En tema de usucapión, el artículo 1.940 refiere el título al de la posesión, de significación atributiva, pues, como destaca el artículo 1.952 del Código Civil. Al exigirse un título justo, éste se separa del suficiente; no es el completo, sino uno defectuoso, que es lo que subsana la usucapión, pero es justo; no eficaz, pero sí virtual para la eficacia; lo que el artículo 1.953 cifra en verdadero y válido.

¿Lo es el *pro derelicto*, o se reclama siempre un carácter traslativo? El Derecho romano ofrece las dos tendencias, sabiniana y proculeyana, y más parece preocuparse de fijar las cosas hábiles para adquirirlas. Las Partidas insisten en los títulos traslativos y omiten el *pro derelicto*, aunque extienden la usucapión extraordinaria a cualquier medio de obtención de la cosa; la doctrina inmediatamente anterior al Código y la subsiguiente toma en cuenta el título traslativo, pero la doctrina posterior se aparta de esta tónica para aceptar el título *pro derelicto*. No parece posible sustentar tal tesis, aparte de otras razones, por el propio artículo 1.950, que tajantemente sujeta la buena fe a una creencia respecto de la condición de dueño en el transmitente, resaltando un recibir, una reputación de dueño para el otro y la creencia de su posible transmisibilidad subjetiva, ninguna de cuyas circunstancias se da en la ocupación, lo que es sistemáticamente concorde con el artículo 433 y con el artículo 1.952, que resalta la idea de transferir. En el ámbito inmobiliario, la Ley del Patrimonio del Estado no deja dudas; en muebles, el artículo 1.955, 1.º, reclama la posesión no interrumpida con buena fe; ¿por qué no se menciona el título? No hay que recurrir al artículo 464, pues ya se incluye en el artículo 448 de modo general; pero tal presunción no opera para la usucapión, pues el título nunca se presume (art. 1.954). La nece-

sidad de prueba se excluye en la usucapión ordinaria mobiliaria al ser suficiente la posesión. Esto es lo que se ha dicho con otras tesis. Pero también cabe decir que el artículo 1.955, 1.º, y el artículo 464 pueden entenderse, sin que el artículo 464, 1.º, quede sujeto al artículo 1.955, 1.º; el artículo 1.955, 3.º, se refiere a todo el artículo 464, menos a su proposición primera, que es la regla fundamental. Si no hay remisión aquí, y sí en el resto, ¿no es prueba de autonomía? Además, el hecho de que tal norma integre la relativa al régimen de la usucapión ordinaria, no significa que equivaler posesión a título sólo signifique esa integración, lo cual permite el artículo 464, punto obligado de partida en su párrafo primero, para configurar una adquisición *a non domino* (voluntaria desposesión de aquél, quien recibió, que luego enajena), que no está en la adquisición *a non domino* del artículo 1.955, 1.º; reconocer en el artículo 464 una adquisición directa sin usucapión reduce el ámbito de ésta, pero no la elimina. La usucapión mobiliaria trienal es más amplia que la del artículo 464, y donde éste no llega actúa la usucapión.

Entre posesión y título para usucapir se reclama una perfecta correspondencia, pues es la posesión lo transmitido y solamente el tiempo en ésta permite acceder al derecho. Por ello, el negocio bajo condición suspensiva elimina el tiempo de ésta del cómputo para usucapir; pero luego y aparte, es idóneo cualquier título transmisible (venta, permuta, donación, pero con exclusión del putativo o la división de cosa común, por no tener tal carácter. No lo es tampoco el título hereditario, por recaer sobre una universalidad, pero es típico el título de la sucesión singular).

Reclamar del título que sea verdadero es, en cierto modo, redundancia, pues se trata de reclamar su existencia y, por ello, su prueba, por lo que no es tal el título falso o el simulado ni, como se dijo, el putativo. Y estimarle válido supone que reúna condiciones de eficacia, aunque no las correspondientes al tipo previsto, por lo que solamente es inválido *ab initio* el nulo o inexistente. La noción de validez así fijada ha sido restringida jurisprudencialmente, empleando una noción de buena fe como ignorancia en la legitimación del disponente, que ha limitado la noción del vicio a la facultad de disponer, cuando su concepto es mucho más amplio, superponiendo así el artículo 1.950 al propio 1.952.

Efecto fundamental de la posesión, vía usucapión, es la adquisición del derecho real de que se trate, lo que se presenta, naturalmente, en cuanto probabilidad. Ciertamente, es un efecto *ipso iure*, pero que normalmente aparece en la contención, cuando se alegue por vía de excepción (siquiera su alcance lo hace más propio de la reconvencción, aunque por la jurisprudencia existente es casi irrelevante el punto), o por instancia del interesado en vía declarativa. E importa destacar la dualidad de aspectos en la usucapión, el fáctico y el jurídico, por el diverso alcance de la potestad judicial, destacada en alguna sentencia concreta.

La eficacia va referida, ciertamente, al momento del inicio de la posesión. El juego del tiempo es aquí total, presupuesto de hecho normativo, lo que explica el régimen existente respecto de los frutos y actos realizados en el denominado período intermedio.

Objetivamente, los efectos abarcan, y se limitan, a aquello que fue objeto de posesión, no a la entidad objeto, pues coincidiendo ambos en materia mobiliaria —regularmente—, no es igual en inmuebles, lo que supone un posible poseedor de parte del inmueble, con consiguiente de-

recho de deslinde de los muebles sitios, etc., estándose siempre al título en la usucapión ordinaria, pudiendo darse la extraordinaria en el exceso. En el ámbito hereditario, el artículo 1.934 resalta que el hecho de la sucesión no altera el proceso de la usucapión, si bien el fallecimiento altera por sustitución a las personas favorecidas o perjudicadas con la usucapión. Si de comunidad se trata, el sentido del artículo 1.933, nada sencillo de delimitar, parece que debe entenderse con referencia a otras cosas distintas a las tenidas en copropiedad o coposesión sobre las que la cotitularidad se proyecta mediante alguno de los cotitulares, resultando una precisa correspondencia entre los artículos 1.933 y 450.

La posesión de bienes muebles ha preocupado siempre a HERNÁNDEZ GIL. Más de ciento cincuenta páginas dedicadas al punto ratifican artículos anteriores sobre el tema, que casi se centra en el fundamental artículo 464 del Código Civil.

La distinción mueble-inmueble es básica en el Código, no sólo porque la use como criterio clasificatorio, sino porque el carácter mueble o inmueble es en ocasiones esencia de un instituto o de un concepto; porque una institución recibe diferente configuración según el bien a que se refiera; porque según el bien, se fijan mayores o menores garantías, criterios de forma, etc. En tema de posesión, se contienen normas específicas para los muebles, destacando los artículos 449, 461, 464 y 465 como principales. El primero fija una presunción de adscripción, con relevancia hermenéutica, en sí y respecto de los artículos 346 y 347. El artículo 461 es característica del mueble, a la vez poseído sin saber momentáneamente dónde se halla. El artículo 465 se ocupa de una categoría de la que prescinde el Código, los semovientes, contenidos en tres clases, en que se ofrece una equiparación entre animales mansos y amansados, que no coincide con el régimen del artículo 612, 3.º, que prescinde del *animus revertendi*; la antinomia puede, no obstante, resolverse anteponiendo la regulación contenida en el artículo 612, 3.º, sobre animales amansados, en tema de adquisición y pérdida de los mismos, extendiendo dicha regulación a los efectos posesorios si media ocupación por tercero de un animal amansado dentro del término limitadísimo de veinte días, no desplegando efectos entonces la equiparación que hace el artículo 465 en este punto concreto.

Fundamental es, no obstante, el artículo 464, centrándose en su primer párrafo la polémica sobre diversos aspectos: ¿qué sentido tiene la equivalencia de la buena fe posesoria respecto del título y sus consecuencias, así como la reivindicación limitada a los casos de pérdida o privación ilegal? La equivalencia entre posesión y título, ¿conduce a una adquisición *a non domino* con independencia de la usucapión? ¿El tema fundamental lo es la adquisición o la reivindicación?

Después de hacer un inventario de las diversas teorías sustentadas en la doctrina española, resaltando dos posturas, la romanista y la germanista, conservadora y progresista, respectivamente, en que la jurisprudencia se inclinó de inmediato por la primera solución, y luego de recordar sus dos artículos sobre el tema, abrazando un criterio de avanzada, se replantea el autor el tema. ¿Qué decir? En esencia, mantener el pensamiento anterior, cambiado en alguno de sus matices, con el estímulo del nuevo artículo 3, 1, del Código Civil, no sin antes enfrentar una tercera dirección, magistralmente trabajada por VALLET DE GOYTISOLO,

quien centra en la reivindicación mobiliaria, pero no en la usucapción ordinaria ni en la adquisición *a non domino*, el tema eje del precepto, lo que significa un avance, y grande, en la interpretación romanista, si bien poco se avanza prácticamente si no se circunscribe la privación ilegal a la sancionada con reivindicación.

El artículo 464 tiene un rico trasfondo en el Derecho germánico y por la virtualidad de la *gewere*, que se refuerza en el medievo por su concepción acerca de los muebles. Hoy se dan unas situaciones económico sociales análogas, en que el interés social no estriba en proteger a ultranza al propietario formal, sino al propietario real representado en el adquirente, concurriendo múltiples razones para ello: la agilidad del tráfico; la dificultad del control mobiliario, con frecuencia no documentada; la dificultad de identificación de los muebles, y el imperativo de dar certeza a las transacciones. Pero aquel trasfondo tampoco significa que la dicotomía o antagonismo que clásicamente se han ofrecido respecto de los Derechos romano y germánico sea como se nos ha servido, pues al Derecho romano no le es desconocido un régimen diverso para unos y otros bienes. Incluso el aforismo «nadie da lo que no tiene» ofrece en Roma soluciones singulares distintas: en el acreedor pignoraticio, en las enajenaciones del Fisco, hay adquisiciones *a non domino*. El artículo 464 no responde tampoco a un mecanismo puro germano, y desde luego, el Derecho romano se contiene en él, sobre todo en el reclamo de buena fe, no estando nada claro el rastro de los criterios germanos en el Derecho histórico español.

En el sistema del Código Civil, el artículo 464 no está solo, sino dentro de un conjunto de preceptos que fijan un régimen propio y diferenciado para los muebles. La identificación de posesión de buena fe y título no es ligereza, pues posesión, buena fe y tercería son elementos de la apariencia (expresiva de una realidad objetiva), cuyos efectos, además, no se cifran siempre existentes, que encontramos con abundancia en el Código, siendo el artículo 464 un caso más. No es que todos los preceptos traten de lo mismo, sino que instrumentan criterios informadores similares; preceptos que se analizan, en parangón con el pensamiento de VALLET, para acreditar que la irreivindicabilidad no está sola en el artículo 464 del Código Civil, cuyo significado queda centrado en la expresión *privación ilegal*, cuyo sentido, según el artículo 1.962, en su párrafo tercero, se remite al artículo 1.955, que lo hace, a su vez, al artículo 464, expresándose el primero con distintas palabras, pero igual concepto: pérdida, y no extravío; privación ilegal (art. 464, 1.º, inciso segundo) o cosa sustraída (art. 464, 2.º), o privación ilegal, que repite el artículo 1.955, por hurto o robo. Se delimita así la privación ilegal, que no puede identificarse con todo lo que no sea una privación legal. No acaba de convenirse HERNÁNDEZ GIL ni de la tesis de VALLET, que analiza en detalle, ni de las aportaciones de MARTÍNEZ CALCERRADA, ni mucho menos aún de la posición jurisprudencial sentada en 19 de junio de 1945, que analiza en sus fundamentos (posible sustitución del término francés *vol* por el amplio de *privación ilegal*; la razón histórica de identidad romana y del Derecho español; la exigencia del tráfico, amparada en el Código de Comercio; la carga de la prueba; el valor adquirido por los muebles y el riesgo correspondiente de extender la irreivindicabilidad; no facilitar las

adquisiciones del dominio sin una transmisión), que el autor desfonda finalmente: no puede usarse la sustitución de una palabra como argumento para desmontar todo un régimen sobre bienes mobiliarios, como representa en el *Code* el reconocimiento que se hace en el artículo 2.279 de las adquisiciones *a non domino*, ni mucho menos usar una adversativa reductora de un ámbito como medio para extinguirlo; la razón histórica, sin más riqueza de detalle, es tan falsa como cierta, pues en nuestra historia se dio tanto el Derecho romano como el germano, aunque sea menor, siendo la regla del artículo 464 una de origen germano, de donde se generalizó al Derecho intra y extra europeo; amparada la seguridad del tráfico por el Código de Comercio, que en la Exposición de Motivos de su Proyecto reclama derogar la regla romanista, éste no agota aquella seguridad, que limita a ciertos bienes en una determinada circulación, y es más radical que la norma civil, al no considerar la buena o mala fe del adquirente, ni el modo de perderse la posesión, aparte de que el argumento cabe revolverlo en contrario, al ser el Derecho mercantil la punta de lanza de la vida civil; revertir la carga de la prueba por el artículo 464, es fijarle un criterio contenido en el artículo 448, haciendo aquél innecesario en este punto, aparte de no conjugar el uso de los artículos 448 y 1.954 con igual coherencia que se hace respecto de éste y el artículo 464; no buscar la «expansión» del artículo 464 en función del incremento del valor e importancia de los muebles, que es la razón de la admisión de la regla que contiene en todos los sistemas, deviene en contradictorio; finalmente, argumentar como antiético un sentido que facilite la adquisición *a non domino*, pudiendo ser altamente moral subjetivamente, puede no serlo objetivamente e incluso permite barajar una noción de la moral antiética, que puede beneficiar a quien dio motivo a ser desposeído (que nunca será perjudicado al serle reconocida una acción indemnizatoria).

Entiende el autor que el artículo 3, 1, del nuevo Título Preliminar del Código Civil es relevante en este tema. La novedad del precepto radica en situar como *ius cogens* una realidad doctrinal y jurisprudencial anterior respecto del empleo de determinados criterios, conforme que hay que acceder al significado normativo.

Cuando se dice que la posesión equivale al título, «equivale» significa una afirmación de igualdad y de diferencia. La diferencia estriba en que son diversos *título y posesión*: la igualdad radica en asimilarlos. La posesión desempeña, porque no es, el papel de título. Cuando luego de la equiparación, se añade que, *sin embargo*, quien pierda la cosa o sea privado ilegalmente, puede reivindicarla de quien la posea, se afirma una relación con la afirmación precedente, que queda limitada por lo enunciado después, es decir, no siempre la posesión equivale al título. Si el enunciado que restringe reconoce la reivindicabilidad, el primer enunciado restringido está señalando lo contrario, la irrevindicabilidad, inexistente salvo que haya pérdida o privación ilegal. Negar la irrevindicabilidad, que es expresión jurisdiccional del dominio, es negar el dominio; y si se niega el dominio a uno, es para atribuírselo a otro, al adquirente de buena fe. Del contexto del artículo 464 forma parte su segundo párrafo, que reitera la expresión del párrafo primero acerca de las cosas perdidas, cambiando la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente»

por la de cosa «sustraída». El paralelismo del contexto, que relaciona los artículos 1.962, 1.955 y 464, impone entender por privación ilegal el hurto o el robo; lo mismo que lo es referir la adquisición *a non domino* del artículo 464 junto a otras normas de contenido distinto, pero armónicas.

Como el artículo 3, 1, señala los antecedentes históricos, reconoce el autor que el artículo 464 tiene una base de que carecen las teorías romanistas. El Derecho germánico mantuvo un régimen posesorio mobiliario distinto por función de la buena fe, que en Derecho romano no está dotada de particularidades. Y si el Código recoge el criterio de la buena fe es que se apartó del Derecho romano. El Derecho germano, en sus principios, con influencias romanistas, llega al *Code*, si bien en nuestros antecedentes como ocurrió esto es problema debatido.

Los antecedentes legislativos, también señalados en el artículo 3, 1, se usan ricamente por HERNÁNDEZ GIL, destacando el carácter científico y práctico con que se redactó algún proyecto antecedente, en que la posesión forma parte de los derechos reales, que se ordenan conforme a los principios germanistas; cómo en las actas existentes de la Comisión General de Codificación, y en anotaciones de diversas carpetas, se expresa preocupación por una regulación insuficiente, frente al Derecho austríaco, y se toma nota de la insuficiencia del proyecto de Código Civil, su equivalencia respecto del Código de Comercio. La Base 11 de la Ley de Bases, realmente nada aporta. En la deliberación ante el Senado, BOSCH criticó una regulación protectora de la *intención de poseer*, frente a la *intención de trabajar*. No se duda del uso del artículo 2.279 del *Code* y de la sentencia de la Casación francesa de 20 de mayo de 1835, que equiparó robo a estafa.

El artículo 3, 1, configura la realidad social como similar al contexto, realidad social que es factor de movilidad cambiante, que permite ajustar las normas a los hechos en su devenir, lo que permite modificar sentidos por vía de interpretación, sin necesidad de reforma legislativa, salvo ante el absoluto divorcio de norma y vida. Y si el momento actual se ofrece completamente distinto al germánico que originó la regla de irreivindicabilidad mobiliaria, no obstante, se llega a su imperativa exigencia: no es concebible un capitalismo industrial de alto consumo en que prive una rígida transmisión causal, la reivindicabilidad mobiliaria como sagrado principio, que, además, atenta contra la propiedad de las relaciones de cambio (pues la irreivindicabilidad es pugna entre propiedades, no entre un propietario y quien no lo es), que son lo normal hoy y ahora.

Hoy y ahora, el Proyecto de Ley uniforme sobre la adquisición de buena fe de objetos muebles corporales, elaborado por el Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT, coincide con la tesis sustentada por HERNÁNDEZ GIL.

Reinsiste, pues, el autor en su tesis de 1944, pasando a estudiar el ámbito de aplicación del precepto contenido en el artículo 464, 1.º, en el que jugando dos conceptos, bienes muebles y posesión, no puede verse referido a la categoría mobiliaria genérica a que se refieren los artículos 333 y siguientes del Código Civil, pues la noción de objeto en la posesión impide tan amplia generalización, que debe concretarse a las cosas y a los derechos que recaigan sobre cosas, con relatividad a su carácter

real o personal, como se indicó al tratar del objeto de la posesión. Que los derechos reales limitados encajen en el artículo 464, 1.º, parece punto tranquilo y sin dudas, pues abundan muchas razones. No parece, sin embargo, aconsejable igual solución respecto de derechos personales susceptibles de posesión. Si la usucapión limita su presencia al dominio y demás derechos reales, se excluye de los de crédito, y hay afinidades entre el régimen de la usucapión y el artículo 464 y relacionados. Quedan también excluidas del artículo 464, 1.º, otras adquisiciones *a non domino*, admitidas sin polémica, cuales las cosas muebles compradas mediante subasta pública; las empeñadas en Montes de Piedad; las mercaderías adquiridas en establecimientos mercantiles; la moneda con que se paguen mercaderías (sin perjuicio de una posible repetición por su valor); los títulos al portador transmitidos con intervención de Agente, Notario o Corredor, y, por supuesto, los automóviles, dado su régimen especial de registración, no empee que ésta corre por cauces algo diversos del problema posesorio que aquí se trata, dado que deben armonizarse las normas civiles y las administrativas, al menos mientras no se produzca una disparidad absoluta, que reclame para cada tipo su propio ámbito competente; finalmente, las universalidades, no sólo por razones empíricas derivadas de su relevancia económica, sino por su dependencia de las relaciones jurídicas que versan sobre un todo unitario.

Las sesenta últimas páginas quedan para tratar la tutela interdictal de la posesión, factor en que el autor observa la razón de la calificación de la posesión como derecho, y reflejo de la diversidad histórica del instituto en el ámbito procesal, pues el interdicto original se expresa en el ámbito ajurídico como instrumento de mantener un *statu quo*, y separado, pues, del procedimiento ordinario, distinción que deja de tener significación al convertirse en ordinario el procedimiento *extra-ordinem*, careciendo de justificación la diferenciación entre interdicto y acción. Aquellos interdictos, existentes para resolver múltiples cuestiones, y no sólo las posesorias, no se parecen en nada a los actuales, aunque se da un paralelismo en cuanto así el romano como el actual están vacíos procesalmente de posibilidades, pues la mayor injerencia administrativa, la expansión de la actividad tipificada delictiva, etc., reducen la posesión y su tutela a un rincón del Derecho civil.

De la regulación que ofrece la LEC solamente dos interdictos de retener y de recobrar son los posesorios; el de adquirir es petitorio; el de obra nueva no es estrictamente posesorio, por mor de la legitimación activa; el de obra ruinosa desborda totalmente la posesión. Su formulación conceptual en el Código Civil y en la LEC no guarda una rigurosa correspondencia por mor de las funciones del lenguaje: un contraste entre los artículos 446 del Código Civil y 1.651, 1.652 y 1.657 de la LEC parece concluir que los interdictos son pertinentes en dos situaciones determinadas, ante un despojo y ante una inquietación.

Despojo es la perturbación posesoria, cuya regulación rituarial parece insuficiente, debiendo completarse con el Ordenamiento y la propia realidad social. Ante el despojo, la situación posesoria previa se altera por dejar de existir, pero el despojado sigue siendo poseedor por virtud de la legitimación procesal y la imposibilidad de que el despojante adquiriera la posesión, limitándose el despojo a la perturbación de los poderes de

hecho. No hay pérdida. En Derecho romano, el despojo es un acto violento en todo caso, referido a los inmuebles, exigencia atenuada por el Derecho canónico, y que se continúa en el Derecho posterior. Nuestro Ordenamiento no exige violencia, remitiéndose la LEC «al despojo» como materia de información previa, por lo que hay una remisión al momento social, a las circunstancias particulares, al comportamiento del que actúa, pero también al del propio poseedor, para delimitar el concepto, que no debe hacerse depender de una intención previa pues cabe despojo sin ésta. Sí ofrece, no obstante, unos límites objetivos, definidos por la inquietación y el ilícito penal.

La sentencia que recaiga restablece la situación posesoria alterada, dependiendo su concreto alcance de la entidad del despojo.

La inquietación posesoria no es enmarcable en un concepto delimitado, pues la riqueza de la realidad en que una inquietación pueda darse lo impide. Cabe delimitarlo como toda inquietación que no es despojo, invasión o amenaza de ella en la esfera posesoria que no alcanza a privar de la posesión. La legislación rituarial, en los trámites de información previa, exige acreditar el hecho de la inquietación o fundados motivos de que se cree se será inquietado, expresados en los hechos externos en que consista la perturbación, de donde se deduce su carácter de probable como posible, superando percepciones subjetivas o meras sospechas del poseedor. La sentencia ordena el mantenimiento en la posesión y poner fin a los actos o su abstención en lo futuro, y no sólo a los actos acontecidos, sino a otros que tengan igual alcance.

La legitimación activa corresponde al poseedor, entendida en todas sus ramas y diversas manifestaciones, contentiva de sus diversas categorías, en todos sus conceptos, respecto de todos sus posibles objetos y por todos los efectos que produce. Pero el juego de los interdictos permite la expresión mínima de la posesión como entidad autónoma y con independencia del derecho que pueda implicarla, de la clase de que se trate, del concepto por el que se tenga, que es la expresión del artículo 446, en que queda excluida la tenencia no posesoria. Correspondientemente, aquella legitimación se reconoce a los poseedores por concepto de dueño y otro distinto, a los que lo son en nombre propio y en nombre ajeno, a los de cosa y derecho, a los coposeedores y a los herederos y coherederos. Respecto del problema acerca de la posibilidad de legitimación respecto del arrendador y arrendatario, se declara el autor partidario de reconocer legitimación posesoria al arrendatario, pues el arrendamiento como contrato no excluye el tema posesorio, ni éste depende siempre del arrendamiento; admitir que el arrendatario es poseedor, pero no frente al arrendador, es concebible la posesión en un solo sentido, afirmándose un poseedor no protegido interdictalmente, pero que lo es y lo está respecto de las demás situaciones. No significa ello desconocer el ámbito derivado de las propias relaciones contractuales, que, por el contrario, deben tenerse muy presentes para fijar los límites de la defensa interdictal respecto de la contractual. Y con relación a la protección interdictal del arrendador, les es dable, pues es poseedor de hecho del derecho, aunque no lo sea de la cosa; no es excusa la facultad del desahucio, pues éste deriva del incumplimiento y no de la perturbación posesoria.

La legitimación interdictal no requiere subordinarse al período de año y día, según duda motivada por el artículo 460, 4.º, porque ni el despojado ha perdido la posesión, ni el autor del despojo la adquiere; la protección interdictal no reclama acreditar una adquisición legítima, aspecto éste que no se plantea en los interdictos, cuyo fin es la situación de hecho con exclusión de una acción directa, facilitando el acceso sencillo, elemental, a la jurisdicción. Por el contrario, sujetar al plazo la intervención interdictal podría significar, puesto que es plazo de pérdida, pero también de adquisición de la posesión y de presentación de la demanda, la caducidad de la acción. Aparte que el plazo es reclamado por el artículo 460, 4.º, como elemento de un modo de adquirir, existiendo otros modos que la atribuyen sin concurso de tiempo.

En el plano de la legitimación pasiva la fórmula usada por la legislación rituarial, de que por el actor señale la persona contra quien se dirige la acción u otra por orden de ésta, como ejecutora de los actos perturbadores, permite una legitimación de diversas personas, si fueron varios los autores con igual grado de participación, o con intervención de diversa entidad en que uno actúa por inducción de otro, siendo éste el pasivamente legitimado entonces. Bajo este enfoque, y dado que la perturbación puede consistir en un conato, es fundamental deslindar la imputación de actos de la de inducción con especial cuidado. ¿Cabe incluso referir la legitimación a quien no actuó? La respuesta que debe darse es negativa; no es defendible en la sucesión universal, pues solamente el heredero que sabe es perjudicado por las consecuencias de la posesión viciosa del causante; en la sucesión por título singular, parece aconsejable plantear la cuestión en el ámbito del juicio de interdicto y, destacadamente, en la posesión de muebles —pues en el ámbito inmobiliario un despojante no puede intervenir en un acto dispositivo al que le es requerido documento público—, hipótesis en la cual el despojante expresaría una situación de privación ilegal, que impide la adquisición al tercero de buena fe, que pierde frente a la reivindicación del propietario en el juicio petitorio, mientras que en el interdicto, el despojado no habrá de plantearse la buena o mala fe, siendo su preocupación actuar contra el despojante y contra el que detenta la cosa, so pena de arriesgar la situación posesoria, y que el tercero pueda alegar su buena fe es cuestión de fondo.

Respecto de la prescripción y caducidad de acciones, Código Civil y legislación rituarial son coherentes al señalar el término de año; pero tal coherencia no es identidad. Que el artículo 460, 4.º, señale el mismo plazo que el artículo 1.968 no significa que respondan a igualdad de planos. Aquél señala un término de pérdida que queda subordinada a una adquisición; la previsión del artículo 1.968 no se condiciona a adquisición alguna. El artículo 1.653 de la LEC efectúa una formulación más completa, que actúa en el ámbito judicial estrictamente, sometiendo el plazo al tratamiento típico de la caducidad.

Hay algo en una recensión —incluso en una demasiado larga, como ésta— que no puede traslucir. Y es la técnica, y la elegancia técnica, en labores de hermenéutica, que es lo que separa a un jurista de un aprendiz de brujo, a un sistema de Derecho de un conjunto de leyes. A los aprendices de brujo les aconsejo la lectura del texto, para que vean cómo se interpreta un Ordenamiento, labor que queda muy lejos de «descolgar» reglas de cualquier texto para ofrecerlas como «creación jurídica». Y para desvirtuar alguna opinión que por ahí circula, conforme a la cual es imposible sistema y vida. HERNÁNDEZ GIL acredita que el sistema es para la vida, que no hay vida sin sistema (en cuanto labor intelectual de captar la misma) y que sistema y vida pueden marchar de la mano.

E. VÁZQUEZ BOTE

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1982

Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad, por Luis Díez Picazo, páginas 3 a 20.

Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca, por Encarna Roca Trias, págs. 21 a 39.

La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales, por Antonio Cabanillas Sánchez, páginas 41 a 120.

Las juntas arbitrales de arrendamientos rústicos, un organismo de nueva creación, por José María Gil Robles, págs. 105 a 126.

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos y el Registro de la Propiedad, por Francisco Corral Dueñas, págs. 127 a 162.

La legislación de arrendamientos rústicos en los países de la CEE, por Marcelino Gavilán Estelat, páginas 163 a 195.

La profesionalidad del agricultor, nuevo requisito para ser arrendatario, por Juan José Sanz Jarque, páginas 197 a 222.

Núm. 118. Enero-marzo 1982

Criterios que presiden la nueva regulación de los arrendamientos rústicos, por María de los Desamparados Llombart, págs. 137 a 148.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Núm. 117. Octubre-diciembre 1981

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos en el campo de la política agraria vigente, por Alberto Ballarín Marcial, págs. 9 a 27.

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos: comparación y crítica con la legislación anterior, por José Luis de los Mozos, págs. 27 a 50.

Actuaciones administrativas de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos. Competencias del IRYDA, por Leovigildo Garrido Egido, páginas 51 a 72.

La expropiación forzosa en los arrendamientos rústicos, por Antonio Agúndez Fernández, páginas 73 a 104.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 213. Enero-marzo 1982

El proyecto de Ley de Bases de la Administración Local, por Juan Luis de Simón Tobalina, páginas 9 a 32.

Consideraciones sobre la autonomía local en el Estado autonómico, por Vicente de la Vallina Velarde, págs. 33 a 70.

La Hacienda de Galicia. Una breve aproximación histórica, por Alfredo Iglesias Suárez, págs. 71 a 89.

REVISTA DE DERECHO
FINANCIERO Y DE
HACIENDA PUBLICA

Núm. 158. Marzo-abril 1982

La unidad familiar como sujeto fiscal, por L. Corral Guerrero, páginas 515 a 529.

La estimación objetiva singular: comentarios a su aplicación, por F. Poveda Blanco, págs. 531 a 557.

Del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales al ITE, por J. Menéndez, págs. 559 a 585.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Núm. 450. Marzo 1982

La responsabilidad del Jefe del Estado, por Luis Portero García, páginas 226 a 234.

Plazos para el ejercicio de la acción de impugnación por el procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, por José Soria Ferrando, páginas 235 a 244.

Núm. 451. Abril 1982

La responsabilidad del Jefe del Estado, por Luis Portero García, páginas 466 a 494.

Examen de las condiciones generales del contrato de transporte aéreo de personas, por Enrique Mapelli, págs. 495 a 506.

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA

Enero 1982

El ordenamiento jurídico mercantil, por Luis Figa Faura, págs. 5 a 54.

La pena de muerte en el primer tercio del siglo XIX español, por Francisco Javier Alvarez García, páginas 55 a 92.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

Abril-junio 1982

La genesis del Decret de nova planta de Catalunya (segona part), por Josep M.^a Gay Escoda, páginas 261 a 348.

Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, por Joaquim Bisbal, páginas 349 a 371.

La corte condal: una limitación fáctica a los poderes de la autoridad condal en la Cataluña de la alta Edad Media, por Jesús Fernández Viladrich, págs. 373 a 403.

L'error en materia testamentaria, por Jesús Ruiz Calvet, págs. 405 a 431.

Los efectos patrimoniales de la declaración de nulidad de matrimonio en el Derecho italiano, por Manuel Delás Ugarte, págs. 433 a 448.

Lo público y lo privado en el urbanismo, por Gonzalo González Romero, págs. 449 a 457.

REVISTA DE DERECHO
MERCANTIL

Núm. 160. Abril-junio 1981

El interés público protegido mediante la disciplina de la contabilidad, por Joaquim Bisbal, páginas 257 a 295.

REVISTA DE DERECHO
NOTARIAL

Núms. 113-114. Julio-diciembre 1981

Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge, por Roberto Blanquer Uberos, págs. 7 a 71.

La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981, por Tomás Giménez Duart, págs. 73 a 122.

Prehorizontalidad y servidumbre de propietario, por Francisco Jordano Fraga, págs. 123 a 228.

Historia de dos oficios de escribano. Propietarios y ejercientes, por Antonio Matilla Tascón, páginas 229 a 237.

Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente, por Tomás Ramos Orea, págs. 239 a 274.

Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil, por Antonio Rodríguez Adrados, páginas 275 a 317.

La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 319 a 349.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo 1982

La nueva normativa liberalizadora y desconcentradora en materia de inversiones extranjeras en España, por Ramón Mullerat, páginas 195 a 214.

El usufructo con facultad de disponer, por Francisco Javier Sánchez Calero, págs. 215 a 243.

Abril 1982

Derecho de propiedad y compensación urbanística, por José Martín Blanco, págs 307 a 338.

La usucapción liberatoria, por Juan

Miguel Ossorio Serrano, páginas 339 a 364.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 76. Enero-febrero 1982

La ejecución de las obras de urbanismo, por Jesús Leguina Villa, páginas 13 a 26.

La ordenación de playas y sus problemas jurídicos, en especial el tema de las competencias concurrentes, por Angel Menéndez Rexach, págs. 27 a 96.

Los equipamientos comunitarios, por Aureliano García Fernández, páginas 97 a 106.

Núm. 77. Marzo-abril 1982

Servidumbres y cargas de la propiedad inmobiliaria. Análisis general, por Jaime Santos Briz, págs. 13 a 29.

Génesis y aprobación de la Ley de Cataluña 9/1981, de 18 de noviembre, sobre protección de la legalidad urbanística, por Antonio Carceller Fernández, págs. 31 a 48.

La clasificación urbanística del suelo en la adaptación transitoria del planeamiento general (en torno al Real Decreto-ley de 16 de octubre de 1981), por Pedro Alvaro Jiménez Luna, págs. 49 a 82.

Estado actual de la distinción entre obras de urbanización y obras municipales ordinarias, por Sebastián Grau Avila, págs. 83 a 90.



