

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LVI o Mayo - Junio 1980 o Núm. 538

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
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 Goytisoló.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carifianos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria» (continuación), por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG ... 557
- «La naturaleza del Derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada», por ANTONIO CARROZZA. Traducción de ANTONIO MORO SERRANO ... 599
- «Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de Urbanismo», por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY. 609

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada:

- «Representación orgánica. Consejeros-Delegados y Directores-Gerentes», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ ... 639

II. Resoluciones y Sentencias:

- 1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO ... 651

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

- 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI ... 687
- 2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS ... 718
- 3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ... 733

LIBROS:

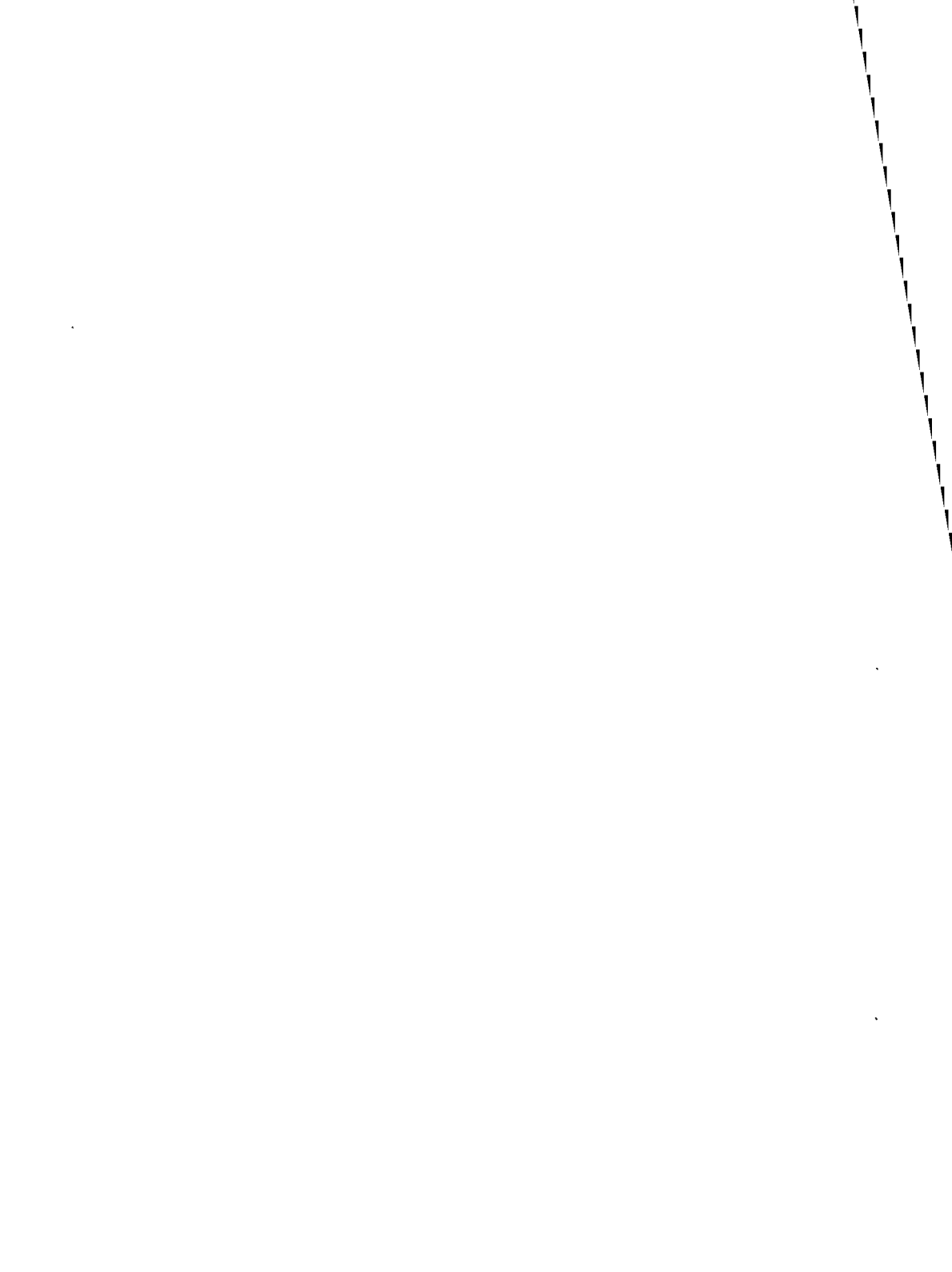
- «Medicina legal. Temas procesales», de ARMANDO A. BARREDA GARCÍA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ... 741

«Derecho civil español común y foral». Tomo II, de JOSÉ CASTÁN TO- BEÑAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	745
«Derecho civil español común y foral». Tomo VI, de JOSÉ CASTÁN TO- BEÑAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	747
«La formación del a Agroindustria en España, 1960-1970», de RAFAEL JUAN FENOLLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	750
«Nouvelles perspectives d'un Droit commun de l'Europe», por José MARÍA PIÑOL AGUADÉ	754

REVISTAS:

I. Revistas comentadas .. .	763
II. Noticia de Revistas	767

ESTUDIOS.



Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria

(CONTINUACION)

VI. DERECHO ESPAÑOL

1. RECEPCION DEL DERECHO ROMANO Y EVOLUCION DOCTRINAL

«En las *Universidades* españolas (Palencia, 1212; Salamanca, 1215) se consolida el triunfo de la recepción del Derecho romano; en ellas se enseña como único Derecho el *ius commune*, el Derecho romano según la interpretación boloñesa (149).

Las Siete Partidas (1256-1263), obra jurídica que no tiene par en nuestra historia jurídica hasta el Código civil, confirman la romanización.

De todos modos, no puede hablarse de una verdadera recepción del Derecho romano ni de la Glosa italiana; hay más bien una españolización de disposiciones y doctrinas y un reconocimiento—en parte excesivo—de la superioridad de la técnica romanista... España crea su versión independiente del *ius comune*... En todas las regiones españolas se aplica, por juristas y tribunales, como Derecho supletorio (150).

Se convierten, por su amplitud y autoridad, en la base del Derecho común español.

GREGORIO LÓPEZ es el más autorizado comentarista de las Partidas, y

(149) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. T. 1, ed. 1955, páginas 156 ss. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*. Tomo 1, V. 1, 11.ª ed., 1975, págs. 185 ss.

(150) En Castilla por el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348

su Glosa alcanza la consideración de *Glosa Magna*. Su autoridad, hasta la publicación del C. c., ha sido tan grande como la de las mismas Partidas (1.^a ed., 1555; ... 1587, y hasta unas veinticinco ediciones).

Pero la romanización no depende de un acto legislativo, sino de un fenómeno cultural, que se difunde a través de la enseñanza universitaria y de la práctica, en las Curias eclesiásticas o en las Cámaras regias.

El romanismo siguió avanzando por la alegación ante los tribunales del Derecho justinianeo no comprendido en las Partidas, con referencia no sólo a los textos, sino incluso a las opiniones de los juristas, llegándose a abusar tanto de esta práctica que requiere limitaciones reales: la Ordenanza Real de Madrid de 1499, dada por los Reyes Católicos, limita la autoridad de los doctores a las opiniones de BARTOLO y BALDO, entre los civilistas, y de JUAN ANDRÉS y del Abad PANORMITANO, entre los canonistas.

La supremacía del Derecho romano en los estudios científicos y en la práctica de los tribunales perdura en Castilla durante largos siglos. hasta que en el XVIII empieza a manifestarse una reacción contra la admisión desenfadada de dicho Derecho, pero las Universidades, semillero de letrados, continúan ocupándose sólo, según las reglas de su fundación, del Derecho romano y canónico. En 1741 se ordenó la creación de Cátedras en las que se dictase el *Derecho patrio*.

En el siglo XIX España, que había producido el primer Código de la cristiandad, se encuentra frente a una serie de ideas extrañas y contrarias a todo lo que había constituido la esencia de su Derecho.

Sin embargo, los juristas españoles mantuvieron con anterioridad a la Codificación una cierta fidelidad al *usus modernus Pandectarum*, del que se había apartado el Derecho francés, desde fines del siglo XVII, y el Code, y del que luego se apartaría, con otra orientación, la doctrina alemana y el C. c. alemán.»

En las *Cátedras de Derecho romano* se estudian las «*Recitaciones del Derecho civil*» del alemán HEINECIO (151).

Algunos temas por él tratados tienen interés para este estudio.

Respecto de los derechos de las cosas contraponen *ius in re* (derecho en la cosa) a *ius ad rem* (derecho a la cosa), como equivalentes a derechos reales y derechos de obligaciones (152).

(151) HEINECIO, Juan: *Recitaciones de Derecho civil*. Traducción al castellano por Luis de Goyanes Bustamante. Alcalde mayor de la villa de Novelda. Segunda edición, Valencia, 1833. Tres tomos. Obra elemental de Derecho romano, con notas de aplicación al Derecho alemán, sustituidas en la traducción por notas de aplicación al Derecho español. La fecha del original. 1725. Sigue el orden de la Instituta.

(152) Esta es la terminología de GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA, aunque, naturalmente, no desconocen el efecto específico del *ius ad rem* en sentido estricto.

«Se ha de procurar no confundir el título y el modo de adquirir... Causa próxima... y causa remota. Título que hace adquirir el *ius ad rem* y modo el *ius in re*.

La tradición es un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada, con justa causa, a otro que la recibe.

Pueden entregarse las cosas corporales. Las cosas incorporeales, como son los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan, la cual cuasi tradición consiste en el permiso de uno y ejercicio de otro; como, por ejemplo, si quiero cuasi entregar a uno el derecho de cazar, basta que yo se lo permita y él lo ejecute sabiéndolo yo.

Las cosas deben entregarse por su dueño...

No se traslada el dominio si no acompaña el ánimo de enajenar...

No se adquiere el dominio por la tradición sin que preceda un título hábil para transferir el dominio.

Es mandato en cosa propia si alguno se encarga de algún negocio ajeno, pero de suerte que perciba de él toda la utilidad... Se verifica por cesión. Pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam me debe mil y yo cedo esta suma a un hermano, en este caso el hermano obra contra el comerciante como mandatario mío, porque a él nada se le debe; mas, por cuanto si sale victorioso adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya.

La acción puede ser considerada de dos modos, o como cosa corporal, que está en nuestros bienes, o como medio legítimo de conseguir su derecho en juicio... JUSTINIANO definió sólo una especie de acción, la personal, al decir que es un derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe.

Para adquirir la posesión de un fundo que otro posee no basta la aprehensión unida a la intención, sino que además se necesita que el poseedor actual tenga conocimiento de la existencia de esas dos condiciones en otra persona y que abandone voluntariamente la cosa (*si vacuum tradit possessionem*) o sea despojado de ella con violencia (*si deficitur, repellitur*).

Para la aprehensión no es necesario que se tome inmediatamente la cosa *corpore*; la aprehensión consiste más bien en que, por una alteración corporal, aquel que quiera adquirir una cosa se ponga físicamente en estado de servirse de ella en todo tiempo a su voluntad. Por eso en Derecho romano hay aprehensión para una cosa inmueble tan sólo con que aquel que quiera adquirir su posesión haya puesto el pie solamente en una parte de la heredad o bien con que aquel que era su poseedor la muestre al adquirente con intención de transferirle la posesión de ella.

La pérdida de la posesión de una cosa de que otros se han apoderado

sin saberlo nosotros no se verifica sino en el caso de que, queriendo hacer valer nuestros derechos sobre la cosa, seamos rechazados.»

En las *Cátedras de Derecho patrio* se utilizan las *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, de ASSO Y MANUEL (153).

En ellas se dice que «la tradición ficticia ha lugar en las cosas corporales como también en las incorporales.

Se pueden vender las cosas incorporales, derechos y acciones.

Acción es el derecho de la cosa que se pretende en juicio... Por la acción real se pide el dominio de la cosa».

«Al tiempo de la creación de la *Comisión General de Códigos* en 1843, la doctrina jurídica se encontraba paralizada. Se había impuesto al fin la enseñanza del Derecho español; pero aquellos profesores que sentían repugnancia por las leyes patrias, que aun ignoraban los libros que las contienen, porque se criaron sólo con las leyes romanas, obligados a enseñarlas, utilizan los manuales más sucintos» (154).

«La decadencia de la ciencia jurídica explica cómo la gran tarea codificadora se desvía y empieza a inspirarse en modelos extraños. Precisamente el *proyecto de C. c. de 1851* fracasa por su afrancesamiento, aún más aparente que real. En la discusión del proyecto se opuso al mismo con gran fuerza PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA» (155).

«En la preparación de la *Ley Hipotecaria de 1861* intervino, de modo decisivo, GÓMEZ DE LA SERNA, que supo superar las exageraciones que en base del principio de la publicidad defendiera LUZURIAGA y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GOYENA, con la fórmula práctica de la protección del tercero inscrito» (156).

Con anterioridad, en la Exposición de motivos de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, el mismo GÓMEZ DE LA SERNA alude al recurso de casación como medio de fijar la verdadera inteligencia de las leyes y de los principios capitales, los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho, cortar en su raíz las malas interpretaciones de ley, que por ignorancia, por error o malicia se dan en un pleito. Usa la frase «doctrina legal» en el sentido de interpretación doctrinal, aunque posteriormente se confunde la doctrina legal con la jurisprudencia.

La estructura del *C. c. de 1889* en relación con el proyecto de 1851 tiene su precedente inmediato en la distribución de materias de las obras de *Derecho civil* de GÓMEZ DE LA SERNA y de GUTIÉRREZ, que estudian

(153) IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y MIGUEL DE MANUEL RODRÍGUEZ. Madrid, 1775. Pequeño manual, a modo de resumen de normas que referencia.

(154) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 208.

(155) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 212.

(156) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 222.

las obligaciones y contratos en un libro independiente del de los modos de adquirir la propiedad, para destacar el título de adquirir.

Ahora bien, a diferencia del pandectismo alemán, la doctrina española contempla el Derecho romano a través de las Siete Partidas, vigentes como Derecho propio, aunque inspiradas en la interpretación medieval del Derecho romano recibido, y a través de los tradicionales comentarios del mismo, sin los afanes históricos puristas ni críticos de aquellos comentarios.

El que se ha denominado «Código» de las Siete Partidas tiene gran importancia en el tema de la transmisibilidad de la situación jurídica de acreedor y de deudor. Presenta un sistema casi completo de las posibilidades teóricas de la sustitución de los sujetos de las relaciones obligatorias—que es perfectísimo para su época—y ofrece un gran paralelismo con el Código civil español vigente, en su sistemática y regulación.

Es de notar que las Partidas destacan la sustitución de acreedor mediante venta, llevándola a la Partida III y regulándola como una compraventa; mientras que las otras formas de cambios de sujeto los regula en la Partida V. Es decir, que la sistemática del Rey Sabio es la misma que la del legislador de 1889, pues también en el Código civil la transmisión de créditos y demás derechos incorpóreos integra el capítulo VII de la compraventa (arts. 1.526 y ss. del C. c.).

En las Partidas se rinde aparente homenaje al Derecho romano cuando está considerando al cesionario como un «personero» del acreedor cedente, quien le «otorga poderío» para poder demandar aquella cosa, utilizando el lenguaje usado por textos romanos, pero otras expresiones muestran un avance seguro, puesto que el cedente «pone al cesionario en su lugar», es decir, en la misma posición jurídica que él tenía, con idénticas facultades. Se puede concluir—según GARCÍA AMIGO—que las Partidas han conseguido para el Derecho español la figura de la cesión de créditos, siquiera haya ciertas expresiones dudosas (157).

El esquema jurídico ofrecido por las Partidas—dice el mismo—dura en España hasta el Código civil, al menos para las relaciones sometidas al Derecho común (158).

(157) El formulario de las Partidas se transcribe más adelante, a continuación del de Febrero, para su más fácil cotejo.

(158) «No obstante, las modificaciones económicas se hacen sentir con más premura en algunas regiones de nuestra geografía, especialmente en las zonas marítimas y comerciales. Frente al Derecho general de Castilla, constituido por las Partidas, cuya vigencia se revalida continuamente por las sucesivas Recopilaciones, van surgiendo, de los usos de comercio, las Ordenanzas locales, que regulan en forma mucho más progresiva la sustitución de sujetos de las relaciones obligatorias. Prototipo de tales Ordenanzas son las de Bilbao, otorgadas por Felipe V en 1737, en las cuales se regulan las letras de cambio, los vales y libranzas de comercio y los endosos de los mismos. Pero las modificaciones que tales progresos podrían aportar

Pero, además, no hay que olvidar la *vigencia subsidiaria del Derecho romano recibido* y, por tanto, del D. 6, 1, 63, y, sobre todo, del C. 4, 39, 9, ya estudiados detenidamente, que confieren la propiedad al comprador de la acción reivindicatoria si ha pagado el precio.

La *doctrina española* no se aparta de la interpretación común europea.

Un autor español, el gran NEBRIJA, ya dice que la cesión es *ius et actiones translatio; nam per cessionem iure et actiones in eum cui cessit transferuntur, sicut in venditione...* (159)

Al llegar el tiempo de la codificación subsiste la situación.

En el Código francés y en el Proyecto de C. c. español de 1851 se menciona la cesión de un crédito, derecho o acción, pero GARCÍA GOYENA advierte las discordancias. Al comentar el artículo 1.457 del Proyecto (1.526 C. c. vigente) dice que «el Código civil francés no da derecho al cesionario contra un tercero—no se transmite el crédito—sino desde que aquél le hizo saber la cesión del deudor, o desde que la aceptó en instrumento auténtico; el nuestro viene a ser... una consecuencia precisa, o más bien aplicación de los dos artículos a que se refiere (arts. 1.201, 1.209 del P. 1851, equivalentes al 1.218, 1.227 C. c.), y también del 1.003, números 1 y 11 (del Proyecto, concordantes con el 1.280, números 4 y 6, del C. c.)». Al comentar el artículo 1.458 P. (1.527 C. c.), en relación con el 1.128 (1.198 C. c.), alude a que el C. c. francés dice «antes de que el cedente o cesionario haya hecho saber la cesión al deudor...», mientras que el español dice «sin conocimiento del deudor», lo que —opina—«es un justo castigo a la negligencia o malicia del cedente o cesionario en no hacer saber la cesión al deudor, que ordinariamente no pueda saberla sino por este medio».

Como antecedente cita dos «reglas del Derecho antiguo» del *Digesto*:

Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstat. (Lo que es obstáculo para los mismos que hicieron el negocio lo será también para sus sucesores. D. 50, 17, 143.)

Qui in jus domiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. (Quien sucede en el derecho y propiedad de otro debe ejercitar el derecho de éste. D. 50, 17, 177.)

Está claro que considera al cesionario como *sucesor del derecho del cedente*, es decir, que la cesión supone *sucesión*—transmisión—del *derecho*.

a la reforma del Derecho común se amortiguan por el hecho de encauzarse el Derecho relativo al comercio en un Código especial, ya desde principios del siglo XIX. Queda, por tanto, el Derecho de las obligaciones civiles—al margen de la realidad comercial moderna—, con una estructura fundamentalmente romana, incorporada al Derecho patrio por las *Partidas*.»

(159) NEBRIJA: *Vocabularium utriusque iuris*. 1567, pág. 118, citado por GARCÍA AMIGO, pág. 111.

La opinión de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, anterior al C. c., que se transcribe más adelante, es totalmente explícita sobre el alcance traslativo de la cesión respecto al derecho.

En el Derecho español, los *formularios notariales*, copiando a otros anteriores, aún hablan de acción directa y acción útil, y recogen la fórmula de la *procuratio in rem suam*, pero la cesión transmite el derecho, no sólo su ejercicio, y la notificación tiene el alcance o efecto que hoy tiene en el C. c., como resulta del comentario de GARCÍA GOYENA al Proyecto de C. c. de 1851.

En nuestro siglo XIX no tenemos una escuela pandectista que con sus investigaciones altere el Derecho recibido, haciéndole, más o menos acertadamente, dar rumbo nuevo hacia un Derecho romano interpretado de modo distinto al usual, tanto respecto al título y modo (frente a la abstracción causal y al negocio real) como respecto a la identificación entre derecho—o facultad—y acción (frente a la distinción entre derecho, pretensión y acción), tanto respecto a la cesión de derecho y acción, frente a la cesión del ejercicio de un derecho ajeno, como al efecto del conocimiento de la cesión por el deudor, frente al valor constitutivo de la notificación, como a la adquisición del dominio por cesión de la acción reivindicatoria, sin necesidad de la toma de posesión. *Nuestro Derecho común continúa siendo el Derecho común del siglo XVIII y anteriores.*

2. «FEBRERO»

La realidad documental de las compraventas y cesiones al tiempo de la codificación resulta del libro de formularios más en boga en la primera mitad del siglo pasado, que es el denominado «*Librería de Escribanos*» de Josef Febrero, del que se hacen sucesivas ediciones, reformadas por distintos autores, en el que los formularios propiamente dichos se repiten, tomándolos de la práctica fundada en los formularios de las Siete Partidas, pero se ilustran con doctrina, notas y adiciones, o comentarios, más o menos interesantes y extensos según la edición y el autor.

1. Así, en la «*Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*», «*reformada*» por el Licenciado Josef Marcos Gutiérrez (Madrid, 1807), se dice que «la cesión es como una tradición y traslación a un sujeto de las deudas, derechos y acciones que por título legítimo tiene alguno contra otro... por ella se traspasan las acciones.

La cesión es... del hombre cuando interviene hecho suyo, v.gr., venta, donación, etc.

Expresa es la que se hace con palabras expresas y claras; tácita, la que indican los hechos, como la entrega del instrumento del crédito, pre-

cediendo título hábil para la traslación del dominio principal, como si se vende la acción y se cede...

Como la cesión de acciones es uno de los contratos permitidos, pueden celebrarse... todas las transmisibles, competan contra la persona o contra la cosa, y de consiguiente... la reivindicatoria.

Muchas acciones... no pueden cederse... como son todas aquellas que están anexas a la misma persona. Tampoco se pueden ceder la acción directa como inseparable del que la tiene, sino tan sólo su ejercicio... (cita larguísima en la que se incluye la «facultad de usar de horca y cuchillo») y los derechos litigiosos deducidos en juicio.

El poder con cesión de acciones puede hacerse por título oneroso, quedando obligado el cedente o poderdante a la evicción de la deuda para satisfacer su importe al cesionario, si no puede cobrar, en cuyo caso puede ser compelido a reintegrarle no sólo de ella, sino también de los gastos y costas.»

2. El «*Febrero Novísimo*» o «*Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*» «*refundida*» por Eugenio de Tapia (3.^a ed., Valencia, 1837) es mucho más amplia que el Febrero reformado de MARCOS GUTIÉRREZ, pero, igualmente, es una especie de memorial de disposiciones, opiniones y formularios.

Al tratar de los contratos consensuales, y en especial del de compra y venta, no olvida decir que todas las cosas ... raíces, muebles o semovientes, o derechos, acciones y servidumbres, se pueden comprar y vender.

Al tratar de las cesiones dice que la cesión es un contrato por el cual un individuo transfiere a otro algunos derechos o acciones que por legítimo título le corresponden contra un tercero.

... Desprendimiento de alguna acción o derecho; ... El objeto principal de la cesión es transmitir un derecho propio a otro individuo. Así ... debe concurrir ... la voluntad y consentimiento del cedente, y ... del cesionario.

Pueden ser cedidas la acción real, la útil, ... la de reivindicación, ...

Hay acciones que no pueden ser cedidas ... la directa ... sólo se puede ceder su ejercicio ... (la «potestad de usar de horca y cuchillo») ... los derechos litigiosos deducidos en juicio.

El poder en causa propia con cesión de acciones puede hacerse por título oneroso y lucrativo. Sus circunstancias, resumidas, son las siguientes: ... deuda que se cede ... del cedente ...; causa justa; entrega de dinero y de títulos; amplio poder para demandar ... constituyéndole procurador actor en su misma causa y negocio (que se llama así a aquel a quien el dueño cede las acciones útiles o el ejercicio de las directas); cláu-

sulas generales de todo poder ...; el cedente declare no tener cedida ...; cláusula guarentigía ...

Si la cesión es por contrato oneroso de venta, la de evicción y saneamiento y la de entregar el instrumento original que legitime el crédito o cosa que le cede ...

La cesión onerosa es irrevocable.

3. La edición más apreciada fue la de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE (160), de interés especial por cuanto los comentarios de aquél sobre el Derecho vivido al tiempo de la codificación quedan recogidos en esta edición, así como en su Comentarios al Proyecto de Código civil de 1851.

Los formularios de escrituras son los de las anteriores ediciones, pero ya advierte GARCÍA GOYENA contra su inadecuación al tratar de los de cesión de acciones y de *constituto posesorio*.

Son dignos de destacar los siguientes comentarios:

Libro II. Título I. De las *cosas* o bienes, su división y modo de adquirirlos.

693. Entiéndese por cosa todo lo que puede servir al hombre de algún uso o utilidad...

694. ... Divinas y humanas, muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas.

Sección V. De las cosas privadas.

(160) «*Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, por el Ilustrísimo Señor Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA (Magistrado Honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte y Antiguo Síndico Consultor de las Cortes y Diputación permanente de Navarra) y Don JOAQUÍN AGUIRRE (Doctor y Catedrático en la Universidad de Madrid).» 5 tomos, Madrid, 1841-1842.

En la edición de Febrero de GARCÍA GOYENA y de AGUIRRE los comentarios son amplísimos, prácticamente un libro de Derecho civil y procesal, criminal y administrativo, no un simple formulario comentado.

Las fórmulas son más bien pocas en relación con los comentarios.

Dividido en Libros, Títulos, Secciones o Capítulos y números (sin indicar «número», sino sólo el guarismo), como un C. c.

Hace frecuentes referencias al «*Febrero reformado*», como si fuera otro libro distinto (ej., L. II, T. II, pág. 6), incluso con expresa contradicción contra Febrero (*idem*, pág. 11).

También transcribe textos parlamentarios franceses sobre interpretación de algunas instituciones en Francia al tiempo de discutirse el *Code*.

Hay citas de GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, MARTÍNEZ, VINNIO, etc.

Aparte de los textos legales: Partidas, Fuero Real, Novísima Recopilación, Leyes de Toro, etc., referidas, en su caso, al número (equivalente a artículo).

Tiene un apéndice al libro II que dice: Apéndice al tratado de hipotecas. Título XVIII del C. c. francés.

720. ... Las que corresponden a los hombres en particular ... y forman ... su patrimonio.

721. Todo lo que constituye el patrimonio se reduce a derechos reales o personales. (Esto se deduce necesariamente de la división de acciones en reales y personales...)

722. Derecho real es el que nos corresponde sobre la misma cosa...

723. Las especies de derecho real son cuatro, a saber: dominio, herencia (*sic*), servidumbre y prenda o hipoteca.

724. Derecho personal es el que nos corresponde contra cierta persona para que dé o haga aquello a que nos está obligada.

726. Inmuebles o raíces son las que no pueden moverse del lugar en que están, como los campos y casas.

Sección VII. De las cosas corporales e incorporeales.

729. Son corporales las cosas que pueden tocarse, como una casa, un caballo, etc.; *incorporeales*, por el contrario, las que por no tener cuerpo que reciba el tacto no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias (Ley 1, Tít. 30, Part. 3).

Título II. Del *dominio* y de los modos de adquirirlo.

730. Entre los diversos derechos reales o en la cosa ... el dominio ... ocupa el primer lugar...

Sección I. Del dominio y sus clases.

732. El dominio es el derecho o facultad de gozar y de disponer libremente de nuestras cosas, a no ser que la ley, el pacto o la voluntad del testador nos lo prohíba (Ley 27, Tít. 2, Part. 3).

733. Inútil es la división que generalmente se hace de dominio y *cuasi dominio*, aplicando aquella denominación a las cosas corporales y especialmente a las muebles, y ésta a las incorporeales o derechos.

734. Generalmente se divide el dominio en pleno y menos pleno, directo y útil ... Señor directo ... tiene la facultad de disponer; ... útil ... tiene la de gozar.

Sección 2. De los *modos de adquirir el dominio*. ... Naturales y civiles, originarios y derivativos.

739. ... En toda adquisición concurren *título y modo*, o lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro: se exceptúan, porque no hay necesidad de tradición, la hipoteca, las servidumbres negativas,

las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios y en la herencia. Un solo caso mencionan las leyes en que no bastan estas dos circunstancias, que suelen llamarse causa remota y próxima de adquirir: este es la compra y venta, en la que el comprador no se hace dueño si no paga el precio.

Sección 9. De la tradición o entrega.

773. Dos personas son necesarias para que haya tradición: una que entregue y otra que reciba; de aquí es que se enumere entre los modos derivativos de adquirir. Es la causa próxima de la adquisición, y por regla general hemos dicho que concurre siempre. Sin ella el título sólo produciría derecho personal o a la cosa.

774. Puede considerarse la tradición con relación a las cosas ... *incorporales, o sea, los derechos*, y ... se dice cuasi tradición, de la cual no hablamos en particular por igual razón que no lo hicimos del cuasi dominio.

775. La tradición en las cosas muebles es la traslación de ellas de la mano o poder de uno al de otro, o sea, su entrega material. En las inmuebles la constituye el acto de entrar en su posesión, con intervención de ciertos signos que lo demuestren.

Título XLVII. De la compra y venta.

3.253. La compra y venta es un contrato bilateral en que por un precio que da uno, recibe otro alguna cosa.

3.255. Todas las cosas del comercio humano, sean raíces, muebles o semovientes, derechos, acciones o servidumbres, se pueden comprar y vender no habiendo prohibición legal...

Obligaciones del vendedor.

3.269. Inmediatamente que se ha perfeccionado el contrato de compra y venta puede el comprador pedir la cosa comprada, y el vendedor tiene obligación de entregársela, siempre que aquél le haya dado el precio o esté pronto a darlo.

Obligaciones del comprador.

3.292. Así como el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida, del mismo modo la primera obligación del comprador es entregar el precio, sin cuyo requisito no se le trasfiere su dominio a no ser que dé fiador o prenda equivalente, o se obligue a entregarlo dentro de cierto término, y el vendedor haga confianza de que se lo entregará (Ley 46, Título 28, Part. 3).

Cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta:

3.336. La cuarta cláusula es que el vendedor se desprenda de todo

derecho que tenga en la cosa que vende, *cediéndolo con cuantas acciones le competen*, al comprador y sus herederos y sucesores.

3.337. La quinta cláusula es la de *constituto*, que consiste en dar el vendedor al comprador *poder irrevocable*, con libre, franca y general administración, para que tome judicial o extrajudicialmente la tenencia o posesión real de la cosa, y en el ínterin que la toma constituirse el mismo vendedor por su inquilino o tenedor o poseedor precario de ella en forma legal; que quiere decir que poseerá y gozará de la cosa no como dueño, sino durante la voluntad del comprador, en virtud de súplica que le hace para que se lo permita.

«El reformador de Febrero dice que debe desterrarse de nuestras escrituras, ya porque otras cláusulas o expresiones de ésta la hacen superflua, ya porque como se pone sin noticia de los interesados y sólo por estilo de los escribanos, quienes en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo cual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones deben desaparecer otras expresiones redundantes, desaliñadas y oscuras para los que no son jurisperitos. Lo que afirma el reformador de Febrero de la cláusula de *constituto* puede decirse de casi todas las que se usan en las escrituras; y nosotros, fundados en las juiciosas reflexiones del señor ORTIZ DE ZÚÑIGA en su biblioteca de Escribanos, las hubiéramos omitido, a no ser muchas fundadas en las leyes, consagradas por la práctica, y necesarias para la inteligencia de las escrituras extendidas con arreglo a las mismas» (161) (161 bis).

(161) El formulario de *escritura de venta de casa*, idéntico al de ediciones anteriores, es como sigue:

En tal villa, á tantos del mes del año de tantos, ante mí el escribano y testigos, Francisco Aguado, vecino de ella, dijo que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quién de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier menester, vende y da en venta real y enagenación perpetua por juro de heredad para siempre jamás á Santiago Giménez, vecino también de ella, y á los suyos, una casa, sita en la calle de tal de esta villa, que le pertenece en posesión y propiedad, y se compone de cuarto bajo, principal y segundo: tiene tantos pies de fachada y tantos de fondo, con lo que toca de medianerías, que multiplicados estos números, componen tantos pies de área plana: linda por la mano derecha, entrando en ella, con una de Pedro Rodríguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Méndez, y por la fachada con dicha calle, y en lo antiguo fue de N., quién, por escritura que otorgó en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante N., escribano de su número, la vendió á N. (Aquí se relacionarán, si se quiere, los títulos de pertenencia, y luego proseguirá:) por cuyos títulos corresponde en posesión y propiedad al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni embargada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza, y de otro gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso, y como tal se la vende con todas las entradas, salidas, fábricas, contro, vuelo, usos, costumbres, regalías, servidumbres y demás cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen según derecho, por tantos mil reales que le entrega, y pasa á su poder real y efectivamente en este acto, en tales monedas (Se expresará las que sean), que contadas, los importaron; de cuya entrega y recibo doy fé, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos que se nomi-

Título LIX. De la cesión de bienes y de acciones.

Sección 2. De la cesión de acciones.

4.019. La cesión de acciones es la *traslación de un derecho*, verificada a favor de un tercero, o más bien un contrato por el cual uno transfiere a otro el crédito, derecho o acción que le pertenece contra un tercero.

narán: y como pagado y satisfecho de ellos á su voluntad, formaliza á favor del comprador la más firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca (Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberlo recibido, y renunciará la ley 9, del tit. 1, Part. 5): y asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales, y que no vale más, ni halló quién tanto le haya dado por ella; y si más vale o valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos y sucesores gracia y donación pura, perfecta e irrevocable en sanidad, con insinuación y demás firmezas legales, y renuncia la ley 2, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec., que trata de los contratos de venta, trueque, y de otros en que hay lesión en más ó menos de la mitad del justo precio, y de los cuatro años que prefiere para pedir su rescisión ó suplemento á su justo valor, los que da por pasados, como si efectivamente lo estuvieran. Y desde hoy en adelante para siempre se desapodera, desiste, quita y aparta, y a sus herederos y sucesores, del dominio o propiedad, posesión, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le competa á la enunciada casa: lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales y personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas en el comprador, y en quien la suya represente, para que la posea, goce, cambie, enagene, use y disponga de ella a su elección, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título. Y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administración, y constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad ó judicialmente entre y se apodere de la nominada casa, y de ella tome y prenda la real tenencia y posesión que por derecho le compete: y para que no necesite tomarla, me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehensión, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y trasferidosele, y en el interin se constituye su inquilino tenedor y poseedor en legal forma. Y se obliga á que dicha casa será cierta, segura y efectiva al comprador, y nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesión, goce y disfrute, ni contra ella aparecerá gravamen alguno; y si se le inquietase, moviere ó apareciere, luego que el otorgante y sus herederos y sucesores sean requeridos conforme á derecho, saldrán a su defensa, y lo seguirán á sus expensas en todas instancias y tribunales, hasta ejecutoriarlo, y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y quieta y pacífica posesión; y no pudiendo conseguirlo, le darán otra de igual valor de fábrica, sitio y renta y comodidades, y en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, precisas y voluntarias que á la sazón tenga, el mayor valor y estimación que con el tiempo adquiriera, y todas las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se le siguieron ó causaron, por todo lo cual se les ha de poder ejecutar sólo en virtud de esta escritura y juramento, del que la posea ó de quien la represente, en quien defiere su importe, y le releva de otra prueba: y á la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes. (Aquí se pondrá la cláusula guarentigía, sumisión y renunciación de leyes que en otra cualquiera escritura de obligación, de que traté en el párrafo 60 y siguientes.); y si el comprador quiere, puede hacer igual donación del menos valor de la finca á favor del vendedor, que la que éste le hace del mayor, y renunciar la misma ley del Ordenamiento, con lo cual ninguno podrá reclamar la venta. La ley 56, tit. 18, Part. 3, trae extendida esta escritura.

(161 bis) Este formulario está inspirado en el de *Las Siete Partidas*, que, a su vez, se inspiró en el de Rolandino, y dice así:

LEY LVI. Título XVIII. Partida 3.ª—Como deue ser fecha la carta de la vendida.

4.020. Aunque en la presente sección consideramos la cesión de acciones como un modo de extinguir una obligación, puede no obstante verificarse por venta, por donación o legado, por dote y por otros diversos conceptos.

4.021. La cesión puede ser no sólo de las *acciones reales*, sino también de las personales, y de las que proceden de hurto u otro delito, y aun de los derechos cuya adquisición pende de que se verifique alguna condición.

Vendidas fazen los omes entre si: e porque aquello que pusieren sea firme fazen ende carta en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren. Como fulano vende e da por juro de heredad para siempre jamas a fulano, que recibe e compra para si, e para sus herederos tal casa que es en tal lugar, e ha tales linderos o tal viña o tal huerta, o tal oliuar en que ha tantas arrañadas; o tal heredad en que ha tantas yugadas a año, e vez, e es en tal lugar, e ha tales linderos de manera que el, e sus herederos ayan, e tengan, e sean poderosos de aquella cosa que le vende para fazer della, e en ella todo lo que quisieren. E que aquella cosa le vende, e le otorga con todas sus entradas, e con todas sus salidas, e con todos sus derechos, e con todas sus pertenencias, e con todos sus vsos que aquella casa pertenecen de derecho, e de fecho por precio de tantos maravedis: el qual precio fue pagado al vendedor sobredicho ante mi fulano escriuano publico, e ante los testigos que son escritos en esta carta, e otorgó el vendedor que vendia e que tanto valia aquella sazón, e non mas, e dixo que era bien pagado dello. E otrosi otorgó al comprador de suso nombrado libre e llenero poder para entrar en tenencia de aquella cosa sobredicha, que le vendió sin otorgamiento de juez, o de otra persona qualquier. E otrosi le prometió, e le otorgó, que de la propiedad, nin de la possession de aquella cosa que le vendio nin por razon de vso, nin de derecho que perteneciesen a ella, nunca el, nin sus herederos, nin otri por ellos le mourán pleyto, nin contienda, nin le farian ningund embargo en juycio, e fuera de juycio, ante gela ampararian, e gela desembargarian a sus proprias costas e misiones en juyzio, e fuera del: contra quien quier que gela quisiesse embargar. Otrosi dixo e otorgó el vendedor que de aquella cosa que vendió, nin de derecho, nin de vso, que perteneciese a ella non auia fecho vendida, nin enagenamiento, nin empeñamiento a otra persona, nin a otro lugar, e que gela faria sana en la manera, que dicho es. E todas estas cosas: e cada vna dellas prometió, e otorgó el vendedor de suso dicho por si, e por sus herederos al comprador sobredicho recibiente por si, e por los suyos de guardar, e de cumplir verdaderamente a buena fe sin mal engaño, e de non fazer contra ninguna dellas, por si, nin por otri en ningund tiempo, nin en ninguna manera, e de refazerle todo el daño, e menoscabo que el comprador, e sus herederos fiziessen, por esta razon en juyzio e fuera de juyzio, so la pena del doblo del precio sobredicho. La qual pena tantas vegadas pueda demandar, e auer el comprador quantas vezes el vendedor, o otri por él fiziessse contra alguna destas cosas de suso dichas, e la pena pagada o non: siempre finque la vendida valadera. E porque todas estas cosas fuessen guardadas, assi como dichas son: obligó el vendedor, assi mismo, e a sus herederos, e a todos sus bienes quantos auia estonce, e auria dende adelante, al comprador e a sus herederos, e renunció, e quitose de todo derecho, e de toda ley, e de todo fuero también ecclesiastico como seglar, e de toda costumbre de que el se pudiesse ayudar. o amparar contra el comprador, o a sus herederos en razon destas cosas, que sobredichas son: e señaladamente de la pena: fecha la carta en tal lugar tal dia en tal mes, e en tal era, testigos llamados e rogados fulano, e fulano. Yo fulano escriuano de tal lugar fuy presente a todas estas cosas que son escritas en esta carta, e por ruego de fulano vendedor, e de fulano comprador los sobredichos, escreui esta publica carta, e puse en ella mi signo.

4.022. Mas hay acciones y derechos personalísimos, los cuales no pueden cederse, como por ejemplo: el derecho de usufructo...

4.023. ... Como los créditos y acciones son derechos inherentes a la persona del acreedor, no pueden transferirse si se atiende al sentido estricto de la palabra traslación; pero, sin embargo, como la cesión de los créditos y acciones lleva consigo la transferencia del derecho o facultad de hacerlos efectivos tanto extrajudicial como judicialmente, es claro que el resultado de la expresada facultad es una verdadera traslación, o si se quiere, *cuasi-traslación*; bien que el que se la llame de éste o del otro modo nos parece indiferente, siempre que se penetre bien la naturaleza y efectos de la cesión de acciones.

4.024. Una vez hecha la cesión, no puede ya revocarla el cedente cuando ... la cesión se hace por causa onerosa.

4.025. El derecho que el cesionario adquiere sobre las acciones o los créditos cedidos pende, hasta cierto punto, de la *notificación* que debe hacerse al deudor para que le conste la cesión; por esto el deudor puede, antes de que se le notifique la cesión, pagar válidamente al cedente su acreedor, sin que en este caso tenga el cesionario acción más que contra el cedente.

4.026. Asimismo los acreedores del cedente pueden, antes de la notificación, embargar la deuda cedida y hacerse pagar con ella, no quedando recurso al cesionario sino contra el cedente.

4.027. ... Si el cedente, después de haber traspasado su crédito a uno, tiene la mala fe de traspasarlo a otro que sea para la notificación más diligente que el primero, será éste postergado a aquél y sólo le quedará salvo el recurso contra el cedente (162) (162 bis).

(162) El formulario de *escritura de cesión remuneratoria*, que suele llamarse obligación y *cesión en causa propia*, idéntico al de ediciones anteriores, es como sigue:

En tal villa, á tantos de tal mes y año. ante mí el escribano y testigos, Francisco López, vecino de ella, dijo: que Juan Rodríguez, que lo es de tal parte, le prestó tantos mil reales de vellón en dinero sin interés alguno (como lo jura en forma, de que doy fé). y por no parecer de presente se entrega, renuncia la excepción que por esto da la ley 9. tit. 1, Part. 5, que de ella se trata, y los dos años que prefiere para la prueba de su recibo, que da por pasados como si lo estuvieran, y otorga á su favor el resguardo más eficaz que á su seguridad conduzca: en su consecuencia se obliga á satisfacerlos en una sola partida, y buena moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie, el día tantos de tal mes y año, y ponerlos en su poder por su cuenta y riesgo sin pleito ni cuestión alguna; y para que se reintegre de ellos en caso de que se imposibilite para entregárselos al día prefinido, se los libra y consigna en Antonio Alvarez, vecino de tal parte, su deudor por tal razón (ó en tal cosa ó efecto), y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administración, y facultad de sustituirlo, para que en su nombre ó en el del otorgante los pida, reciba y cobre del enunciado Antonio, formalizando á su favor los recibos y cartas de pago congruentes con las firmezas necesarias; y si fuese preciso comparezca en juicio, y haga en los tribunales superiores é inferiores todos los pedimientos, actos, autos, diligencias

3. OPINION TRADICIONAL: GOMEZ DE LA SERNA Y MANRESA

En España, al tiempo de la codificación, publicado en 1852 el Proyecto de Código civil de 1851, junto con la «interpretación auténtica» de FLORENCIO GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del*

judiciales y extrajudiciales que se requieran; y el otorgante practicaría, hasta conseguir plenamente su cobro, cuyo fin le constituye procurador actor en su propia causa y negocio, y en su lugar, grado y prelación con subrogación en forma. Se desiste y aparta del derecho que á ellos tiene; le cede todas las acciones que le competen para que use de ellas a su elección; aprueba y ratifica cuanto ejecute: quiere sea tan subsistente como si por sí mismo lo hiciera, y que todos los autos y diligencias que contra el citado deudor se practiquen, le perjudiquen, como si con su propia persona se siguieran, sustanciaren y determinaran; y se obliga igualmente a la evicción, seguridad y saneamiento del expresado crédito, y á que será cierto, efectivo y cobrable dentro de tanto tiempo; pero si lo contrario sucediere, ó se difiere su cobranza, constando alguna de estas cosas por diligencia judicial, le pagará incontinenti su importe ó lo que de este deje de percibir, y todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le irroguen con sola su relacion jurada, ó de quien le represente, sin mas prueba de que le releva, por todo lo cual se ha de poder despachar ejecución y apremio contra él; y en estos casos queda de su cuenta, cargo y riesgo su cobranza, y no de la del acreedor. Declara también no tenerlo cedido, cobrado, ni remitido, y se obliga á no cederlo, disponer de él en manera alguna, ni revocar total ni parcialmente esta cesión y si lo hiciere, á mas de ser nulo, consiente que por el mismo hecho se le estreche y compela á su solución por todo rigor legal, y condene en tanto, que por pena se impone, para que se le exija y entregue al acreedor, y no se le admita excepción, pues renuncia todas las que le favorezcan, y quiere que se haga saber esta cesion al mencionado Antonio para que la acepte, y le conste, y á nadie mas pague ni reconozca por dueño de dicho crédito que al referido Juan Rodríguez Y al cumplimiento de todo lo expresado obliga su persona y bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes.

(162 bis) **LEY LXIV. Título XVIII. Partida tercera.**—Como deue ser fecha la carta quando vn ome a otro vende el derecho que el ha en alguna cosa.

Venden los omes a las vegadas los derechos que han en algunas cosas: e la carta de tal vendida como esta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Pero Garcia vende, e da, e otorga Garcia Yuañes todo el derecho que el ha contra Alfonso Perez, e contra sus herederos, e contra sus bienes, por razon de tantos marauedis: de los quales dize el vendedor sobredicho que Alfonso Perez le es obligado de manera que non se puede escusar que los non pague: assi como se demuestra por la carta de la debda que fue fecha por mano de tal escriuano publico de la qual carta lo entrego el, faziendolo personero, para demandar aquella debda, assi como su cosa, poniendole en su lugar, e otorgole poderio, para poder demandar aquella debda: e la pena e los daños, e los menoscabos, assi como dize la carta sobredicha, que fue fecha contra Alfonso Perez, bien assi como el vendedor lo podria fazer en juyzio, e fuera de juyzio: e esta vendida fizo, por precio de tantos marauedis: los quales el sobredicho conto: e dio al vendedor ante el escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta, e el vendedor de suso nombrado otorgo, e prometio por sí, e por sus herederos al comprador sobredicho, e a los que lo suyo heredaren que esta vendida, e este otorgamiento que el fizo siempre lo aura por firme, e que nunca fara nin verna contra ello, e que de esta debda nunca fizo enagenamiento, a ome ninguno nin le

Código civil español), fracasada su aprobación e iniciado el sistema de publicación de leyes especiales, entran en vigor primero la Ley Hipotecaria de 1861, que encomienda los Registros de la Propiedad a Letrados calificadores, así como la Instrucción para redactar instrumentos públicos sujetos a Registro (2 de junio de 1861), y después la Ley del Notariado de 1862, que exige para los antes llamados Escribanos haber cursado los estudios o ser Abogado. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (163), que en la dis-

fue pagada nin lo quito. E demas que todos quantos daños e menoscabos, costas e misiones fiziere el comprador en juyzio, e fuera de juyzio por razon que esta vendida non fuesse desembargada assi como sobredicho es: que el vendedor sobredicho, e sus herederos sean tenudos de gelas refazer so la pena del doblo del precio de suso dicho, e la pena pagada o non que siempre sea la vendida valedera, e que tantas vegadas le pueda esta pena demandar quantas el vendedor, o sus herederos fizieren, o fuesse fallado que ouiesse fecho contra lo que en esta carta dize. E porque todas estas cosas sean bien guardadas obligo el vendedor a si, e a sus herederos, e a todos sus bienes al comprador e a sus herederos, e de si deue dezir en la carta todas las otras cosas, assi como dize en la carta de la vendida.

(163) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA fue un gran jurista y su criterio prevaleció en el período codificador. Nació en 1806 (en Mahón) y murió en 1871 (en Madrid). En 1827, a sus veintitún años, era ya Catedrático de Derecho romano y también Catedrático de Instituciones civiles (Derecho civil); en 1831, a sus veinticinco años, Catedrático de Práctica Forense (Derecho procesal), y más tarde fue Catedrático de Legislación Comparada en la Universidad de Madrid, Rector de la misma, Ministro de Educación (1843), Presidente del Tribunal Supremo (1869), Ministro de la Gobernación y Ministro de Justicia. Por tanto, puede asegurarse, sin duda alguna, que conocía bien el Derecho civil español, sustantivo—Común y Patrio—y procesal, así como Derecho extranjero; no sólo era un romanista. Además, lo conocía no sólo como profesor, sino como profesional práctico. Frente a FLORENCIO GARCÍA GOYENA (y LUZURIAGA), «padre» y comentarista «auténtico» del Proyecto de Código civil de 1851, logra imponer su criterio de mantener el tradicional sistema español del título y el modo, acomodándolo a las necesidades del momento, al intervenir primero en la discusión parlamentaria del Proyecto de Código civil de 1851 y luego en la preparación de la Ley Hipotecaria de 1861, de la que—en este punto concreto—puede considerarse «padre», y su Exposición de Motivos de la Ley, así como sus comentarios a ella (*la Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862), han de considerarse, al menos a estos efectos, tan «auténticos» como los comentarios de GARCÍA GOYENA al entonces Código civil en proyecto, desde hacía diez años (1851). Además, por si esto fuera poco, también intervino en la Comisión y redactó la Exposición de Motivos de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y fue el autor de la obra que mejor explica la intención y plan de aquélla, según GÓMEZ ORBANEJA. Es justo y necesario... no olvidarlo cuando se ensalza a LUZURIAGA, acaso en demasía. GÓMEZ DE LA SERNA representa la realidad de la Ley Hipotecaria, y LUZURIAGA, para algunos, un ideal soñado.

Por otra parte, la *doctrina española coetánea* no alcanzaba, ni con mucho, la altura de los pandectistas alemanes de la talla de SAVIGNY, IHERING, WINDSCHEID. Es dudoso que se conocieran en España los estudios sobre la cesión de créditos de Mühlenthal y su escuela; WINDSCHEID publicó su estudio sobre la acción en 1856, y IHERING el suyo sobre la cesión de la acción reivindicatoria en 1857, poco después de aparecer el Proyecto de Código civil de 1851 y poco antes de aprobarse la Ley Hipotecaria de 1861. Además, la ciencia romanista alemana e italiana permite hoy conocer el Derecho romano más depuradamente que entonces, cuando se

cusión parlamentaria ha arremetido contra el Proyecto de Código civil de 1851, inspirado en el sistema francés de transmisión por el solo consentimiento, defendiendo, en cambio, el tradicional sistema español del título y el modo, en 1862 publica sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, de los que, por su importancia decisiva para el tema que se trata, conviene transcribir algunos textos.

Al estudiar los títulos sujetos a inscripción traslativos de dominio, y comentar el artículo 2.º, 1, de la L. H., afirma que «*la enajenación de las acciones reivindicatorias de inmuebles está sujeta a inscripción*» (pág. 260), argumentando así:

«El célebre jurisconsulto PAULO, dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el *Digesto* entre las reglas del Derecho: *Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (Ley 15, Tít. XVII, Libr. L del *Dig.*) (164). Esta regla no debe ser entendida literalmente, porque sin duda es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribió POMPONIO (Ley 204 del mismo título y libro); lo que quiere decir es que, por ficción del Derecho, el dominio de la cosa no poseída por el dueño está *reemplazado* por la acción reivindicatoria (165), a lo que es consiguiente que ésta toma el carácter de cosa inmueble cuando se refiere a la propiedad de cosas raíces. Esta ha sido la doctrina corriente entre los jurisconsultos de todas las épocas. POTHIER (*Communauté*, núm. 69) dijo a este propósito: *actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis*. Entre nosotros esta doctrina ha sido aceptada: nuestros jurisconsultos han seguido la escuela de los romanos, como lo han hecho por regla general los demás Estados de Europa. El Código civil francés ha ido más adelante: ha elevado a ley la máxima romana, declarando que por el objeto a que se aplican son bienes raíces las acciones reivindicatorias de cosas inmuebles, ejemplo (166) imitado en otros Códigos modernos. A esto parece adherirse

aplicaba el Derecho romano recibido, como Derecho común, en cuanto no se opusiera al Derecho patrio.

Por esto, es de gran interés el criterio «auténtico», doctrinal y práctico de GÓMEZ DE LA SERNA.

Sobre la pugna entre GÓMEZ DE LA SERNA y LUZURIAGA en el Senado, véase JORDÁN DE URRÍES (PABLO): *Significado y propósito de la Ley Hipotecaria de 1861*. T. XIV. A.A.M.N. (Conf. 3 enero 1961), págs. 8 y ss.

(164). «El que tiene una acción—real—para recuperar una cosa parece tener como propia aquella cosa» (D. 50, 17, 15, Paul. 4 Sab.), según traduce D'ORS.

(165) Esta afirmación es fundamental: la acción reivindicatoria, que defiende la titularidad del derecho, «*representa*» al derecho mismo, lo «*reemplaza*», dice LA SERNA. Derecho de propiedad y acción reivindicatoria son *inseparables* (o *sinónimos*); es el sentido claro de la interpretación de la citada regla.

(166) En el Código civil francés se dice (art. 526) que son inmuebles por el objeto al que se aplican: el usufructo de cosas inmuebles, las servidumbres prediales y «las acciones que tienden a reivindicar un inmueble».

nuestro proyecto de Código civil (art. 380: Son bienes inmuebles. Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles) (167). No creemos, pues, que haya motivo para excluir de la inscripción las acciones reivindicatorias de inmuebles: haciéndolo nos pondríamos en contradicción con nuestros precedentes.

Pero no sólo por esta consideración opinamos así: hay otras más fuertes que nos moverían a ello, aunque no encontráramos ni textos expresos ni doctrina recibida en este sentido (168). El que traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la misma cosa; lejos de esto, al adquirente se transfiere solamente un derecho, más o menos dudoso, más o menos contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito (169); pero si llega a triunfar, si la acción que antes representaba al dominio es reemplazada por la declaración judicial del dominio del mismo, no puede decirse que este dominio, que esta propiedad, tiene como título la sentencia; ésta sólo se ha limitado a hacer la declaración de una cuestión litigiosa, no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente arranca *de la compra*, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción: el fallo ha hecho solamente depurar el derecho, dar al adquirente lo que a no habérselo traspasado la acción no le correspondería, poner límite a las alternativas y terrores del litigio, y considerar como dueño al cesionario, no desde el día de la ejecutoria, sino desde el traspaso de la acción, lo que es una prueba de que este acto fue el traslativo del derecho real (170).

(167) GARCÍA GOYENA (v. Com. art. 380 P.; 334, 10.º, C. c.), para argumentar que las acciones reales relativas a inmuebles son inmuebles, cita en 1852 aquella misma regla (D. 50. 17, 15) que cita LA SERNA al comentar la Ley Hipotecaria, en 1862.

(168) LA SERNA considera suficientemente fundada la doctrina recibida, apoyándola en aquella regla del Derecho, pero la argumenta detenidamente, teórica y prácticamente, para destacar que es indudable y coherente.

(169) Distingue la *cosa*, o sea, el derecho de propiedad de cosa poseída por su propietario, del *derecho de propiedad* sobre la cosa que no posee el propietario. Se puede apreciar aquí la tradicional identificación entre la cosa poseída y el derecho de propiedad que la cosa poseída «representa», así como la distinción entre cosa corporal y derecho o cosa incorporeal, y la identificación o sinonimia o inseparabilidad entre la acción reivindicatoria y el derecho de propiedad sobre cosa no poseída por el propietario, al que la acción «representa» o «reemplaza».

(170) El título o causa de adquisición del derecho de propiedad es el contrato de compra, de cesión, de la acción, aunque para que éste se transmita se requiere el pago del precio (o su aplazamiento o garantía) en el Derecho anterior al Código civil de 1889.

La sentencia no es constitutiva de la adquisición, sino declarativa de la adquisición del derecho de propiedad, desde el traspaso de la acción; la compraventa fue el acto traslativo del derecho real, mediante el pago del precio (o su aplazamiento o garantía).

No se alude a la obtención de la posesión de la cosa como requisito para la adquisición del derecho de propiedad: el derecho se adquiere por la perfección

Ni se crea que esta cuestión es más especulativa que práctica: si lo creyéramos así no la habríamos propuesto. El caso de comprar, de ceder acciones reivindicatorias y de celebrar otros contratos o actos relativos a su enajenación es bastante frecuente (171): puede suceder muy bien que aquel a quien corresponde la acción la cede primero a uno y después, u olvidado de la cesión hecha, o por mala fe, y cometiendo un estelionato, se la ceda a otro; y este caso, si bien no frecuente, no es tan raro como de desear fuera: si no se considerase como bien inmueble la acción reivindicatoria sucedería en este caso que aquel a quien se hubiesen entregado los documentos sería el verdadero dueño de la acción, porque la entrega le transfirió el dominio, sin que ningún otro pudiera disputárselo; mas si se reputa raíz, como creemos, el dueño será el que haya inscrito su derecho, aunque sea el segundo cesionario. Y si el que recibió documentación e hizo escritura no hubiera inscrito su derecho y, sin embargo, siguiese el pleito y, lo que es más, triunfara, el triunfo en último resultado no vendría a aprovecharle a él, sino al que oportunamente hubiese inscrito en el Registro su derecho si entablara un segundo litigio, porque no podría menos que sucumbir en él el que por su negligencia había dejado de cumplir con el requisito de la inscripción» (172).

de la compraventa, mediante el pago del precio, y la obtención de la posesión es consecuencia del derecho de propiedad anteriormente adquirido.

(171) La afirmación terminante de que no se trata de un simple «caso de escuela», sino de un supuesto «bastante frecuente» (en la práctica mercantil y judicial), es muy reveladora.

(172) La *doble cesión* de la acción reivindicatoria se considera «no tan rara como desear fuera», con buena o mala fe del vendedor, y la Ley Hipotecaria es aplicable al supuesto (el art. 23, hoy 32, y el art. 20).

Podría entenderse, según este pasaje, que la entrega de los títulos de pertenencia, o sea, de la documentación del vendedor, en todo caso, es cumplimiento de su obligación de entregar, y que la entrega de la documentación transfiere el dominio, por causa de la compraventa, si se ha pagado el precio o se ha aplazado o garantizado su pago.

Pero anteriormente el autor ha dicho que el derecho del adquirente arranca de la compra, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción. Claro que el vendedor está obligado a entregar al comprador los títulos de pertenencia de su derecho, pero como obligación complementaria, para facilitarle el que pueda hacer valer su derecho, transmitido por la compraventa-cesión, mediante el pago del precio o pacto de aplazamiento, según el Derecho anterior al Código civil de 1889.

Ahora bien, en el caso de doble venta-cesión con precio aplazado de la acción reivindicatoria de una cosa inmueble, podrá resultar adquirente el segundo comprador inscrito, de buena fe, conforme a la legislación registral. Tratándose de acción reivindicatoria de cosa mueble o inmueble no registrada sería propietario el primer comprador, si hubiese cumplido su obligación de pagar el precio (salvo pacto de aplazamiento), al que normalmente se le entregarían los títulos de pertenencia del derecho; mediante el pago del precio y no mediante la entrega de los títulos se le transmitió la acción o el derecho, pero la tenencia de los títulos hace presumible la prioridad de la compra-cesión y del pago del precio, frente a cualquiera que

En otro lugar, como apéndice final al *comentario del artículo 20* de la L. H. de 1861 (pág. 553, nota *a*), dice PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA que «se ha impugnado la tesis de que las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción y manifiesta textualmente: Respetamos todas las opiniones, y con la mejor voluntad reconocemos los errores en que, a pesar de la más detenida reflexión, podemos incurrir. No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han hecho conocer que nos habíamos equivocado. Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*. (Lo aquí subrayado está en bastardilla en el original.) Para demostrarlo hemos dicho lo bastante en el comentario al artículo 2.º (págs. 260 a la 261 de este tomo), donde, aunque sucintamente, examinamos la cuestión bajo el doble aspecto de la teoría y de la práctica. Dando, pues, por reproducido lo que allí dijimos, nos limi-

alegue ser el primer cesionario con precio pagado, aunque sin perjuicio de la prueba contraria a la presunción expresada.

No obstante, ha de tenerse presente que GÓMEZ DE LA SERNA parece estar pensando en la compra-cesión expresa de la acción reivindicatoria, no sólo contratada (perfeccionada), sino consumada en cuanto a la transmisión del derecho vendido, al estar formalizada en la escritura tradicional, con cláusulas expresas de cesión de derechos y acciones, y de entrega de títulos, y también con cláusula de precio pagado (confesado, entregado en el acto o aplazado, con o sin garantía), requisito o *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad, tanto si la cosa es poseída por el vendedor y se transmite su posesión, real o ficticiamente (normalmente, por *constituto posesorio* instrumental), y mediante la transmisión de la posesión se transmite el derecho de propiedad, como si la cosa no es poseída por el vendedor y, sin transmisión de posesión, ni real ni ficticia, se transmite y adquiere el derecho de propiedad, en este caso por la venta-cesión de la acción reivindicatoria, mediante pago del precio o pacto de aplazamiento del mismo. Hay que insistir en que el Derecho español anterior al Código civil de 1889, para la transmisión de la propiedad de la cosa vendida poseída por el propietario poseedor, requiere el cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar, pero también el cumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, salvo pacto de aplazamiento del pago, con o sin garantía.

Así, la escritura en que parece pensar GÓMEZ DE LA SERNA al redactar su comentario, acredita la fecha de la perfección y consumación de la transmisión de la acción reivindicatoria, salvo prueba de otra anterior venta con transmisión consumada por el pago del precio.

En el Código civil de 1889, cuando el pago del precio por el comprador ya no es *condicio iuris* para la transmisión del derecho del vendedor al comprador, la doble cesión de la acción reivindicatoria, o sea, del derecho de propiedad de cosa no poseída por su propietario, se resuelve simplemente a favor del que «presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe» (art. 1.473, inciso final, Código civil), es decir, salvo prueba de mala fe del que presenta tal título porque conocía, al formalizarse el título, la existencia de una cesión anterior, aún no titulada formalmente.

taremos a añadir algunas palabras sobre el argumento con que se nos impugna.

Redúcese a decir que el que tiene inscrito el dominio no necesita reivindicarlo, y que si no lo tiene inscrito, y enajena la acción reivindicatoria, el adquirente no podrá inscribirla, porque encontrará para ello obstáculos en el artículo 20 de la Ley, que dejamos comentada.

Para que se conozca la ninguna fuerza del argumento que se ha querido presentar con la forma de dilema, basta considerar que no es exacto que aquel a quien corresponde el dominio no tenga a veces la necesidad de reivindicarlo; por el contrario, sólo el que es dueño puede reivindicar, y este es el único medio que tiene para obtener material y físicamente la cosa que legalmente es suya y está poseída o detentada por otro (173). La acción real por excelencia o reivindicatoria sólo se da al que es dueño contra el que posee, para que entregue la cosa que indebidamente retiene. *In rem actio est*, dice ULPiano (par. inicial de la Ley 25, Tít. VII, Libro XLIV, del *Digesto*), *per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet*. Esta es también la doctrina de nuestras leyes, como la de todas las naciones: es la ciencia; la Ley 2.^a del Título III, Partida III, dice: «Pidiendo el demandado en juicio alguna cosa por suya, deve catar el demandado a quien la pide, que non entre en pleito sobre ella, si la non teniese». Así, se ha dicho siempre que la reivindicación es la acción que compete al dueño de la cosa contra el que la posee o es considerado por el Derecho como poseedor, para que la entregue con sus frutos y acciones.

Esto es lo que también diariamente sucede en la práctica, en que son tan frecuentes los juicios de reivindicación de inmuebles contra los que sin ser dueños las poseen de buena fe unas veces, y de mala fe otras. No creemos que haya quien crea que lo que sucede hoy cese por completo desde que empiece a ejecutarse la Ley Hipotecaria, si bien es de presumir y de desear que sea en mucha menor escala. Lo demás sería suponer el imposible de que esta ley había de producir el milagro de que no hubiera en adelante poseedores injustos, ni usurpadores, ni personas que creyéndose de buena fe dueños de la finca ajena que poseían estuvieran dispuestos a sostener el que conceptuaran su derecho, negándose por lo tanto a dejar libre al que extrajudicialmente reclamase (174). Por más confianza, y es grande la nuestra, que tengamos en que la Ley Hipotecaria ha de atajar muchas de estas cuestiones, en que ha de cortar frecuentemente el vuelo a usurpaciones y fraudes, en que ha de dar más

(173) La acción reivindicatoria, que «le queda» al propietario, representa al derecho de propiedad y es inseparable del mismo

(174) Se indican varios supuestos de poseedores contra los que cabe ejercitar la acción reivindicatoria cesible.

fijeza y seguridad al dominio y a los demás derechos en las cosas inmuebles y en que ha de impedir adquisiciones que se han hecho hasta ahora con buena fe, reputando por dueño al que no lo es, estamos muy lejos de imaginar que produzca el resultado prodigioso de hacer desaparecer las reivindicaciones, lo que supondría imposible el caso de que la finca cuyo dominio estuviera inscrito a nombre de uno pudiera ser poseído injustamente por otro. Esto sería alcanzar el bello ideal a que nunca llegaron las obras de los hombres.

De lo dicho se infiere que el que tenga el dominio inscrito a su favor podrá reivindicar la finca en todas las ocasiones en que otro la posea, y diremos más, que no tendrá otro remedio legal para conseguirlo. Véase, pues, cómo el propietario que tiene inscrito su derecho tiene la acción reivindicatoria para poder reclamarlo del que posee la finca. Y no tendrá, como se supone, que provocar la cuestión de quién es el dueño que posee la finca registrada a su nombre con el número ... al folio ... del libro de la propiedad. Esto no sería reivindicar: el que reivindica, según las leyes, tiene que formular su petición de modo diferente: tiene que afirmar que es dueño de la cosa, asegurar que está poseída por otro, expresar la persona determinada que la posee y presentar los *títulos en que funda su acción* (175), que en el presente caso partimos del supuesto de que están inscritos, y en virtud de todo, solicitar que el juez mande que el poseedor deje libre y desembarazada la finca, restituyéndola con todos los frutos y rentas que haya producido o podido producir desde el tiempo en que injustamente se haya detentada.

Pero el que tiene el dominio inscrito cuando su cosa se halla poseída por otro puede preferir, para libertarse de las molestias, de los gastos y de las responsabilidades de un juicio, traspasar a un tercero la acción reivindicatoria, y así implícitamente todos los derechos que tenga en la cosa inmueble: de esta facultad nadie puede dudar, porque las acciones reales del mismo modo que las personales y mixtas son enajenables en los casos en que no hay una prohibición expresa en la ley. Esto es incuestionable (176), y la práctica ha enseñado el modo de ejecutarlo, satisfaciendo la condición que suelen poner los enajenantes de que se entienda que sólo traspasan o ceden el derecho que les corresponde, sin que estén obligados a la evicción o saneamiento en el caso de no salir el adquirente airoso de su pleito; al efecto, después de hacer mención de que la finca objeto de la escritura es propia del enajenante y que está poseída injustamente por otro, en lugar de expresar que se transmite su

(175) Título a efectos de ejercicio de la acción reivindicatoria es el fundamento del derecho de la acción.

(176) «Es incuestionable» que la cesión de la acción reivindicatoria transmite el derecho de propiedad «implícitamente».

dominio, se dice que se traspasa el derecho que ha y tiene en la expresada finca, y en lugar de la cláusula de saneamiento y evicción se pone la que es propia de las cesiones de derechos, a saber, que responde el enajenante de la certeza y pertenencia del título, y se limita a obligarse ulteriormente sólo a las responsabilidades que dimanen de sus actos, como si molesta al cesionario o hace a favor de otro cosa que puede perjudicarlo. Es verdad que estas cláusulas pueden ser sustituidas por otras a voluntad de las partes; pero las personas previsoras, que al enajenar las acciones suelen hacerlo con condiciones muy ventajosas, si se comparan con los que traspasan el dominio de lo que poseen, no suelen descuidarse en fijar cláusulas que los pongan a cubierto de tener que resarcir a los adquirentes de las acciones, en el caso de que no les sea favorable el éxito del pleito (177). Estas acciones reivindicatorias de bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro por las razones que dejamos expuestas cuando examinamos esta cuestión, y damos aquí por reproducidas.

No debe perderse tampoco de vista que aun contra el que tiene inscrito un derecho real y está en posesión o cuasi posesión de él puede haber lugar a la reivindicación, porque los actos o contratos a que debe origen su derecho pueden ser ilegales, tal vez falsos, y, con arreglo al artículo 33, la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos, que son muchos con arreglo a las leyes; y, por consiguiente, a pesar de la inscripción el poseedor puede perder el señorío de la cosa en un juicio de reivindicación.

Concluimos diciendo que ni hemos dicho ni podíamos decir que se puede inscribir el título de enajenación de una acción real sobre un inmueble, sin que antes esté inscrito a favor del enajenante o cedente. Siempre hemos procurado hablar dentro de las condiciones de la ley, explicándolas rectamente, aunque desconfiando de nuestro trabajo (178).

Destruída una de las proposiciones disyuntivas del dilema, pierde éste por completo su fuerza, y no necesitamos decir en justificación de lo que hemos escrito respecto a que *las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción.*»

Hasta ahora no se ha dado a estos Comentarios la *trascendencia* que realmente tienen, probablemente porque entonces no se comprendió el tema, como demuestra el mismo Comentario y las opiniones de algunos autores coetáneos. Es más, actualmente, nadie cita este texto de GÓMEZ DE LA SERNA, lo que resulta sorprendente.

Como resumen de dichas opiniones, basta considerar lo que, mucho

(177) Se alude, como usual en la práctica notarial, a las cláusulas de cesión y a las de exención de responsabilidad por evicción.

(178) Se refiere a la necesidad de que se cumpla el principio de tracto sucesivo del artículo 20 L. H., que es el que está comentando.

más tarde, escribe MANRESA (179) en sus *Comentarios al Código civil español*: «¿Puede en el Registro ser objeto de inscripción la cesión de acción reivindicatoria? No creemos sea inoportuno el tratar, aunque sea a la ligera, esta cuestión, tan íntimamente relacionada con la propiedad.

El señor LASERNA (GÓMEZ DE LA SERNA), al comentar la Ley Hipotecaria, sostenía la afirmativa.

Sostienen la opinión contraria, esto es, la no inscripción de dicha cesión, los señores ARIZA y ESCOSURA, fundando su criterio en que si el dueño del inmueble lo tiene inscrito en el Registro no necesita reivindicarlo, y si no lo tiene inscrito no podrá inscribirse la cesión sin que previamente conste inscrito el dominio.

Los señores GALINDO y ESCOSURA creen que, anotada una demanda presentada en virtud de acción reivindicatoria, puede anotarse el traspaso de dicha acción (T. I, p. 372, ed. 1880).

El señor MORELL, en su modernísimos *Comentarios*, resuelve con claridad y exactitud el problema de que se trata: Las acciones, dice, no son otra cosa que medios concedidos por las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete. El derecho no se concibe sin acción para hacerlo valer en caso necesario; pero las acciones por sí solas no son derechos. *La cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representa o sólo envuelve un apoderamiento o mandato.* En el primer caso el acto será inscribible si el derecho recae sobre bienes inmuebles o derechos reales, no en cuanto cesión de acciones, sino en cuanto cesión de derechos. En el segundo caso no hay acto inscribible (T. I, pág. 437)» (180).

El mismo MANRESA (181) insiste en que la acción reivindicatoria es *inseparable* del dominio. Literalmente dice lo siguiente:

... La sentencia firme que determina el hecho de la evicción, ¿es menester que recaiga en un procedimiento en el cual el comprador sea precisamente demandado? Así parece deducirse de la letra de los artícu-

(179) JOSÉ MARÍA MANRESA (1818-1905) puede recordarse que fue Fiscal de la Audiencia de Madrid (1867) y Magistrado del Tribunal Supremo (1880); perteneció a la Comisión de Códigos durante la época de preparación del *Código civil vigente* (1888-1889), y antes fue el primero de los vocales (aparte el Presidente, ALONSO MARTÍNEZ) de la Comisión redactora de la *vigente Ley de Enjuiciamiento Civil* y autor de su Exposición de Motivos (1881). Por su formación y su participación en la redacción de estos Códigos. Procesal y Civil, vigentes, no cabe duda que merecen gran respeto sus *Comentarios* a la L. E. C. (6 vols., 1881-1895) y al *Código civil* (12 vols., 1890-1907). Desde luego, también conocía el Derecho patrio, sustantivo y procesal, vivido antes y después del Código civil, habida cuenta de su función fiscal y judicial.

(180) MANRESA y MORELL distinguen la *cesión* propiamente dicha de la acción o del derecho, de la *cesión impropia*, en la que sólo se confiere un poder para ejercitar la acción ajena o el derecho ajeno.

(181) MANRESA, *ob. cit.*, t. X, pág. 207.

los 1.481 y 1.482, que hacen depender el derecho al saneamiento del hecho de la notificación de la demanda que contra el comprador se dirige...

Un tercero promueve contra el comprador interdicto de retener o de recobrar la posesión y obtiene resolución en su favor (182). El comprador, entonces, pretende reivindicar el objeto o finca o derecho que le ha sido arrebatado, y para ello notifica oportunamente al vendedor. Si seguido el juicio se declara que la propiedad pertenecía al que interpuso el interdicto, ¿puede interponerse contra el vendedor la acción de evicción para obtener el saneamiento?

En nuestra opinión, sí. ¿Qué importa que el comprador haya sido demandado o demandante en ese pleito? Lo cierto es que en el procedimiento adecuado, por mandato del juez competente y en virtud de causa anterior a la compra (lo cual se supone en el ejemplo propuesto), el comprador se ha visto desposeído de la cosa comprada. Estos hechos, y no otros, son los que dan lugar al saneamiento, y a ellos hay que atender: el que el comprador sea demandante o demandado es cuestión puramente circunstancial que nada puede influir en la efectividad de los derechos. Debe exigirse al comprador, desde luego, que antes de interponer el juicio ordinario requiera al vendedor para que le defienda o le suministre medios de defensa; pero una vez cumplido este requisito, que viene a ser en este caso lo que la notificación de la demanda en el caso de que el comprador sea demandado, el derecho de éste al saneamiento es indudable.

Pero la acción reivindicatoria, ¿podrá entablarla el comprador? ¿No será más bien un derecho o, si se quiere, hasta una obligación del mismo vendedor que responde de la evicción? Para nosotros, *la acción reivindicatoria es inseparable del dominio*, y como el dueño, mediante la tradición, es el comprador, a él corresponde entablar la acción, aunque el vendedor le preste ayuda y defensa.»

Como se ve, GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA consideran la cuestión de que se trata desde todos los puntos de vista, *sustantivo, procesal, notarial y registral*.

Sus opiniones, ambas muy cualificadas, teórica y prácticamente, son coincidentes, y no puede caber duda de que responden a la realidad jurídica.

La opinión de GÓMEZ DE LA SERNA refleja la situación puramente civilista (extrarregistral) anterior al C. c. y continúa siendo válida, después

(182) Es la llamada *evicción de posesión*: «aparentemente» se entrega la cosa, aparentemente se transmite la posesión de la cosa, por ejemplo, por tradición ficticia por *constituto posesorio*, pero el vendedor no es realmente poseedor, y un tercero después es declarado poseedor en un juicio *posesorio*.

de éste, para la venta por el propietario no poseedor, salvada la reforma, que el Código introduce, respecto al pago del precio, que ya no es requisito para la transmisión de la propiedad.

La opinión de MANRESA confirma, después de entrar a regir el C. c., el principio fundamental de que la acción reivindicatoria se considera inseparable del derecho de propiedad.

En resumen, la venta con cesión expresa de la acción reivindicatoria se ha considerado tradicionalmente, antes y después de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del C. c., por civilistas y procesalistas, teóricos y prácticos, como *cesión del derecho de propiedad*, «representado» por la acción reivindicatoria, y que ésta (la acción reivindicatoria) es *inseparable* de aquél (el derecho de propiedad). Esto, sin perjuicio de que se convenga un mandato o un apoderamiento para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implica cesión del derecho de propiedad, por lo que, en tal caso, sólo impropriamente podrá hablarse de convenio de cesión.

También podría decirse que se vende y cede el derecho de propiedad sin la posesión en concepto de dueño de la cosa o, con menos palabras, pero quizá con menos claridad, que se vende y cede la propiedad, pero no la posesión de la cosa; el comprador obtendrá la posesión por sí mismo. Desde luego, se supone que el vendedor es titular del derecho de propiedad, por lo que la sentencia, en principio, será estimatoria de la reivindicación. De no ser así estaríamos en el caso de venta de cosa ajena.

4. OPINION PANDECTISTA PSEUDOJURISPRUDENCIAL

Más tarde, el tema queda totalmente desenfocado en las *Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y a Registros*, de CASTÁN TOBEÑAS, cuando al tratar de la tradición, y concretamente al comentar el artículo 1.462 del C. c., dice (183): «la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que queda destruida cuando resultare, expresa o tácitamente, de la escritura que no fue propósito de las partes realizar la entrega. Por otra parte, la jurisprudencia ha introducido una importante *restricción* a la misma, al declarar que para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición es preciso que el vendedor *posea* real y efectivamente la finca que vende, pues, si la posee un tercero, la venta no puede decirse consumada y el comprador no puede entablar *desahucio* contra él (S. de 12 de abril de 1890, S. de 10 de noviembre

(183) *Derecho civil español común y foral*, 5.ª ed., 1941, T. II, pág. 153.

de 1903, S. de 29 de mayo de 1906 y otras) (184), ... con fórmula general y manteniendo el criterio en que, en esta materia, se inspira la jurisprudencia, dice la sentencia de 22 de marzo de 1930 que «la presunción que establece el artículo 1.462 del C. c. no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición ficta tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que *otro tercero posee la cosa enajenada*».

Esta opinión de CASTÁN, «maestro y mentor, a través de su obra, de los civilistas españoles durante casi medio siglo» (LACRUZ BERDEJO), ha venido siendo, prácticamente, considerada como dogma al relacionarla con la opinión de WINDSCHEID en sus *Pandectas* a que antes se hizo referencia. En opinión de CASTÁN, la jurisprudencia ha introducido una importante *restricción* a la presunción *iuris tantum* del artículo 1.462 al quedar esta presunción destruida, no sólo por el propósito de las partes, sino cuando se prueba que el vendedor, al vender, no posee real y efectivamente la finca que vende, sino que otro tercero posee la finca. En opinión de WINDSCHEID, apoyado en IHERING, según el Derecho romano común alemán, en tal caso el comprador no adquiriría la propiedad hasta que tomaba posesión de la cosa. En opinión generalizada de la doctrina española, así era no sólo para el Derecho romano común alemán, sino también para el *Derecho romano común español, conforme a la jurisprudencia, que mantenía el sistema tradicional del título y modo o tradición* (185).

Durante mucho tiempo se ha discutido en el Derecho español sobre el sistema transmisivo abstracto o causal, con tradición o con inscripción, constitutiva o necesaria, con unos u otros principios, incluso sobre el origen y alcance del sistema registral vigente «con su pesado principio de calificación», llegando a pretender sustituirlo por el sistema de transcripción. Durante todo este tiempo esta *opinión «pandectista-seudojurisprudencial»* se ha mantenido como *opinión común* indiscutida. Ha contribuido a ello el grande y merecido prestigio de muchos de sus seguidores.

Pese a esa opinión doctrinal común, lo cierto es que la Ley Hipotecaria, al reformarse en 1946, presupone, en su artículo 36, que han tenido acceso al Registro títulos de compraventa otorgados por vendedor no poseedor, por existir un tercero poseedor usucapiente. Según la opinión

(184) Esta explicación está tomada de MANRESA (T. X, pág. 134), respecto a la Sentencia de 12 de abril de 1890, el que, a su vez, la toma de ALCUBILLA.

(185) Con este criterio, parece que el tercero poseedor usucapiente hace imposible que el titular registral pueda transmitir su propiedad registralmente, sin previo ejercicio triunfante de la acción reivindicatoria, por el vendedor o por el comprador, pero en nombre del vendedor, aunque sea por cuenta propia.

común, conforme al Derecho civil llamado puro, sin interferencias registrales, este comprador no es propietario. Para justificar su protección registral se acude a variadas argumentaciones sobre el principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o el principio de legitimación registral del artículo 38 de la misma Ley. Pero, en el fondo, queda la conciencia de que precisa encontrar una verdadera solución en el mismo Derecho civil extrarregistral, en el C. c.

ROCA SASTRE, otro de los grandes maestros de Notarios y Registradores, desde un principio insiste en la necesidad de que al Registro tengan acceso títulos de los que resulte consumada la transmisión del derecho de propiedad conforme al sistema vigente del título y el modo. Con gran extensión estudia la relación entre la inscripción y la tradición, y el problema de la preexistencia de la posesión en el tradens (186).

En una simple nota al pie de página dice que «acerca de si cabe inscribir la cesión de la acción reivindicatoria del dominio de inmuebles la contestación ha de ser *negativa*. Es un problema interesante esta cesión en el orden civil puro. En el Derecho romano clásico esta cesión implicaba la constitución del cesionario en procurador para actuar en juicio, y JUSTINIANO (C. 4, 39, 9) admite que, al igual que en las acciones personales, quien compre una acción real, y por tanto la reivindicatoria, puede utilizarla como *actio utilis* en su nombre, y *posteriormente se configuró la cesión de la acción vindicatoria como cesión de derechos incorporales, y algo de esto hay en el artículo 1.526 del C. c.*» (187).

NÚÑEZ LAGOS también sigue esta opinión. Según él, «en Roma y en el Derecho común la compraventa no seguida de tradición *no transmitía el dominio*, pero daba lugar a la transmisión al comprador de la acción reivindicatoria» (188)—cuando el vendedor no era poseedor, hay que entender.

(186) Desde el punto de vista registral estima que la solución puede encontrarse en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Roca SASTRE, *ob. cit.*, T. I, pág. 258.

(187) Dice que puede verse acerca de la cesión de la acción reivindicatoria. JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Estudios*, I, págs. 350 y 355), PÉREZ Y ALGUER (Anotaciones a WOLFF en el *Tratado* de Derecho civil de ENNECERUS-KIPP y WOLFF, III, I, página 402). SANZ (*Instituciones*, I, pág. 261, nota), Díez PASTOR (*Anotaciones a una conferencia*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1945, I, página 187), VALLET (*Estudios*, pág. 232, nota 93), etc.

(188) «Los romanistas—dice—se basaban en la L. 65 de Reiv., 6.1, y en la L. 21 de Her. vel., 18.4. En la acción reivindicatoria no bastaba probar la existencia de la compraventa. Había que probar, además; el pago del precio (L. 19 y 53, Dig. XVIII, 1 e Inst II, 1). En España, las Partidas y el Código civil recogen la teoría romanista del título y modo. La adquisición del dominio es casual y extrarregistral. Título y modo son igualmente necesarios y ambos se producen fuera del Registro de la Propiedad.

A excepción de la doble venta de una misma finca (art. 1.473, que es de origen

VALLET DE GOYTISOLO se planteó explícitamente este problema. «La transmisión de dominio—decía—exige título y tradición. Y para que haya tradición es necesario que el *tradens* posea en concepto de titular. Se plantea el problema de la venta otorgada por el propietario desposeído. Nos encontramos ante el discutido supuesto de transmisión de la acción reivindicatoria.»

«JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, en *Anales...*, I, p. 33) se plantea si ésta tiene lugar en el momento de la cesión o cuando, acaso, judicialmente obtenga la posesión. La primera es la solución del C. c. alemán; la segunda cuenta con el precedente del Derecho romano. (*Se refieren Vallet y Jerónimo González a la opinión de Ihering y seguidores.*)

En el primer caso—como dicen ALGUER y PÉREZ (*Notas a Enneccerus*, t. III, 1, p. 403)—se ha de tratar de una cesión pura y simple de la propiedad; en el segundo caso se trataría de la cesión de derechos más limitados, o bien de simple cesión de la representación. Los anotadores de ENNECCERUS (id., p. 402) dicen: Ciertamente que aquí no puede hablarse de transmisión de la posesión, que no tiene el transferente, pareciendo que quiebra el requisito de la tradición, que, real o fingida, indica un traslado de posesión. Mas la excepción implica una necesidad lógica. El propietario desposeído no por eso deja de serlo, ni carece de facultad de enajenar; por lo tanto, si él puede ser propietario y cedente sin posesión, podrá transferir la propiedad tal y como la tiene, o sea, sin posesión, sin que por eso pueda negarse, respecto al cesionario, que sea propietario, como no podía negarse respecto del transferente antes de la transmisión.

Esta argumentación no parece—dice VALLET—rigurosamente exacta. Al propietario desposeído no hay duda de que no deja de corresponderle el derecho de propiedad; pero, hablando con precisión, no puede decirse que 'tenga' la propiedad. Por eso puede transmitir el derecho que le corresponde, pero no la propiedad que 'no tiene'. Eso, que a primera vista parece un juego de palabras, no pudo pasar inadvertido a los romanos, que vieron en la cesión de la acción reivindicatoria no una inmediata transmisión del dominio, sino una simple *procuratio in rem suam* para su adquisición. Para transmitir una cosa hay que transmitirla viva, en su realidad, en su ejercicio normal. La entrega de una pretensión para recuperarla será la cesión de la emanación del derecho (no hay que olvidar que para los modernos procesalistas la acción no es ya el derecho

y sistema francés) y de la hipoteca, en cuyos supuestos, al margen de los modos de adquirir, la inscripción es decisiva en la colisión de derechos.»

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, 1953. (Dedicado a su maestro CASTÁN.)

en movimiento, puesto que se dirige contra el Estado, para reclamar no ya el derecho violado, sino tan sólo para pedir una sentencia justa), pero no el derecho íntegro vivo. Por eso *sólo hay, en tal cesión, una 'procuratio in rem suam', pero irrevocable por su causa* (sabido es que el Tribunal Supremo ha admitido que la relación jurídica causal a que caya unido un poder puede determinar la irrevocabilidad de éste; ver sentencias de 22 de mayo de 1942 y 1 de diciembre de 1944).

Por eso, el apartado final del artículo 1.473 puede decir que, faltando la posesión, la propiedad en caso de doble venta pertenecerá al que presente el título de fecha más antigua. Ahora bien, lo que no se dice es que le pertenezca desde la fecha del título, cosa que sería opuesta a nuestro sistema tradicional. Pertenecerá al comprador de más antiguo título: pero *desde que obtenga la posesión*, sea judicialmente o por avenencia del poseedor» (189).

Cita VALLET a DÍEZ PASTOR, según el cual la cesión en escritura pública de la acción reivindicatoria no equivale a la tradición, porque de la misma escritura resulta claro que no está el transmitente en posesión de la cosa vendida y, por tanto, no se puede presumir entregada.

IGNACIO NART (190) también plantea el problema—dice—al desnudo: «el titular registral de una finca, que está poseída en concepto de dueño por otro, la vende a un tercero, el cual inscribe su título de adquisición. No ha podido haber tradición real, porque el vendedor no poseía la cosa. El otorgamiento de la escritura sólo equivale a la entrega cuando el vendedor posee real y efectivamente o se halla en condiciones de entregarla (sentencias de 29 de mayo de 1906 y 10 de febrero de 1909). Lo que no ocurre en nuestra hipótesis. No ha habido, pues, ni tradición real ni instrumental. ¿Ha adquirido el comprador, por el hecho de inscribir, o

(189) Y no se crea—dice—que esta discusión es meramente académica. Tiene su repercusión práctica. Así, A. propietario desposeído, vende y otorga título a favor de B. único que podrá ejercitar la acción reivindicatoria pendiente. Pero antes de recaer sentencia firme resulta que el poseedor, arrepentido, devuelve a A la finca objeto del litigio, y este último vuelve a venderla a una tercera persona, C, que compra de buena fe, y al que le entrega la posesión. En esta hipótesis, si aceptásemos la solución que se combate, la propiedad corresponderá a B. y, en cambio, con la solución clásica (*sic*) pertenecerá a C; y dentro del artículo 1.473 saldremos del apartado segundo para entrar en el primero del propio párrafo final. Pues C será el primero a quien A ha entregado la posesión, que ya no falta, contrariamente a lo que exige el supuesto del apartado final.

VALLET de GOYTISOLO, Juan B.: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, R.D.P., diciembre 1957, recogido en sus *Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales*, ed. 1973, pág. 376, n. 93.

Parece que se inspira en el criterio que «aparentemente» resulta del formulario de Febrero, ya examinado anteriormente.

(190) NART, Ignacio: *Problemas de las relaciones entre el Derecho civil y las normas hipotecarias*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1954, pág. 500.

sigue sin tener más que un mero título, al que le falta el modo—la tradición—para producir su adquisición?»

«*El problema es capital para la institución registral*, dice LA RICA (191), y no nos podemos engañar con subterfugios y paliativos; ya URIARTE BERASÁTEGUI (192) lo enuncia certeramente: vigente la teoría del título y el modo y sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición, si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de posesión anterior no se negará al titular (inscrito) protegido por su carácter de tal, sino el valor jurídico de esta adquisición; TORRES ISUNZA (193) concreta más: la adquisición del titular inscrito será inexistente; por lo cual, concluye el primero, esto equivale prácticamente al derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, el que satisface a los civilistas a ultranza y conturba profundamente a los hipotecaristas. Para salvar este escollo, que parece producir el naufragio inevitable del sistema registral, LA RICA sostiene una teoría terminante, que escinde en dos campos esta materia jurídica: según él, en nuestra legislación hay una efectiva *dualidad* de regulación de la propiedad inmueble: la propiedad no inscrita se rige por el Código civil y se transmite por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (art. 609 Código civil), pero la propiedad inscrita se rige exclusivamente por la Ley Hipotecaria, en cuyo sistema la inscripción ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente, la ignora, porque se inscriben los títulos jurídicos—actos causales—configurados con arreglo a la realidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigirse justificación de la tradición real ... porque nuestro sistema es un sistema de títulos, sí, pero no un registro de títulos y modos...», fundándose en la Exposición de motivos de la Ley de 1861, MANRESA, JERÓNIMO GONZÁLEZ, etc.

NART intenta encontrar una solución considerando que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1946 cambia el sistema anterior, que era el de un Registro de títulos, en el que la inscripción ni presumía, ni daba el derecho, ni podía sustituir a la tradición, como modo de adquirir, cuando el disponente no poseía, directa o indirectamente, para pasar a ser un Registro de derechos, argumentando en base a los artículos 38 y 41.

Por si hiciera falta alguna prueba del arraigo de esta opinión basta aducir la afirmación de LACRUZ BERDEJO de que *todos los autores intentan superar la misma deficiencia*, a saber, que quien inscribe su derecho

(191) *Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1953, V, pág. 647.

(192) *Revisión de ideas: la tradición en el sistema inmobiliario español*, en R.C.D.I., 1950, págs. 239 y sigs.

(193) *Usucapión contra tabulas*, R.G.L.J., 1950, págs. 350 y sigs.

resulte que no lo ha adquirido por falta de una tradición válida en el proceso traslativo.

Recientemente fue publicado que «el presupuesto de la posesión del *tradens* no admite excepciones, que irían contra la naturaleza de la tradición» (194).

Más recientemente aún, se ha dicho (195) que para transmitir la propiedad mediante acuerdo de voluntades se requiere el contrato más la tradición, y si ésta no existe no se habrá producido el traspaso del derecho y no podrá ser inscrito en el Registro. *La presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no facilita para nada la inscripción, al ser una simple presunción de hecho.* Por este razonamiento podrá llegarse a la absurda consecuencia de que el propietario no poseedor no podrá transmitir nunca el dominio, pero ello no es cierto, porque el *tradens* tiene

(194) «Hay casos en los que parece faltar, como cuando el transmitente es un despojado de la posesión, que transmite dentro del año siguiente al despojo, y cuando el transmitente es el heredero del poseedor, que no ha entrado en posesión de la cosa que se transmite. Se salvan estos supuestos entendiendo que el poseedor despojado conserva la posesión durante el año siguiente al despojo, que tiene una posesión incorporal, y que el heredero adquiere sin *corpus* ni *animus*, ministerio *legis*, la posesión que tenía su causante, que tiene una posesión civilísima. La doctrina discute si estas situaciones son o no posesorias, pero en todo caso arrancan de una posesión anterior, tienen su base fáctica en la posesión anterior, por lo que no es arbitrariedad doctrinal o legislativa considerarlas y tratarlas como posesión.

Partiendo de que estas situaciones son posesión—según ALBALADEJO—, puede decirse que el propietario de una cosa que quiere transmitir su propiedad por título y tradición, ha de tener la posesión inmediata o la posesión mediata o la incorporal del despojado o la civilísima del heredero. Incluso las formas más espiritualizadas de tradición exigen algunas de estas posesiones, pues tales formas no suprimen la tradición, sólo la facilitan. Y no puede haber tradición sin una posesión que pueda transmitirse. No puede hablarse de tradición cuando el transferente carece en absoluto de posesión, cuando es un tercero quien posee la cosa en nombre propio. Si se quiere que la escritura transmita la propiedad de la cosa vendida, hay que partir de la posesión, de alguna posesión del vendedor. La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no implica presunción de tradición y, por tanto, no refuerza la presunción expresada. El principio de fe pública registral es totalmente ajeno a la tradición y, por tanto, nunca convalida la tradición presunta del artículo 1.462 del Código civil. Se dice que estos dos graves problemas registrales, después de un análisis de los criterios de ROCA SASTRE, de SANZ FERNÁNDEZ y de la doctrina española en general, se resuelven porque 'cuando la tradición no precede a la inscripción, ésta—la inscripción—produce la transmisión de la propiedad. La inscripción es o no modo de adquirir según los casos', según entendieron los hipotecaristas inmediatos a la publicación de la Ley Hipotecaria el sistema de que ésta partía.» Pero por lo que se ha dicho y por lo que se dirá, *la solución al problema es extrarregistral.*

GARCÍA HERGUEDAS, María Purificación, y GARCÍA ARANDA, Calixto: *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho*, R.C.D.I., noviembre-diciembre 1978, págs. 35 y sigs. Hay que aclarar que este trabajo, del que procede el entrecomillado, es desarrollo de otro anterior, de 1975.

(195) ROCA TRÍAS, Encarna: *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., enero-febrero 1979, pág. 36.

la posesión de un derecho incorporal (el derecho de propiedad), debiendo aplicarse en este caso el artículo 1.464 del C. c., en cuanto regula la tradición cuando lo que se transmita sea un derecho incorporal. En consecuencia, también será mediante escritura pública como se transmitirá la posesión de un derecho incorporal, el derecho de propiedad.»

Otra orientación puede considerarse que es *tradicional*, y aquí se intenta argumentarla y precisarla, con el convencimiento de que *la solución es «puramente» civil* y afecta no sólo al Registro de la Propiedad, sino también a la misma escritura pública de compraventa.

5. RECONSIDERACION DE LA DOCTRINA PSEUDO-JURISPRUDENCIAL: ALBALADEJO

La aparición de la tesis doctoral de MIGUEL MORENO MOCHOLÍ sobre «*El precario*», en 1951 (2.^a ed., 1976), supone un estudio a considerar por su análisis de la jurisprudencia y de la naturaleza del precario y del desahucio por precario (aunque el autor no se plantea la cuestión que aquí se viene considerando), sobre todo si se pone en relación con el estudio de NÚÑEZ LAGOS sobre la reivindicación de inmuebles.

Otros estudios de autores españoles en algún aspecto aislado podían ayudar a sostener la tesis de este estudio, ya iniciado hace muchos años ante la sospecha de que IHERING y la jurisprudencia española, suficientemente matizados, pudieran decir algo no coincidente con lo que les atribuía la opinión común.

Por fin, se alzó una opinión claramente disidente sobre el sentido atribuido a la jurisprudencia, la de ALBALADEJO, que seguidamente se expone.

En el prólogo a la primera edición de su *Derecho Civil* (sin referencia expresa a este tema, aunque quizá, entre otros, en él pensara), dice que «lo primero es advertir que, antes de comenzar a escribir, me he leído *personalmente* y fichado una a una *todas* las sentencias de la Sala Primera y de la (hoy) Sexta correspondientes a arrendamientos rústicos, así como *todas* las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por tanto, la jurisprudencia que manejo y cito procede de mi fichero y no, como a veces ocurre, de los libros de los demás. Cosa que, por otro lado, aun sin advertirla aquí, no pasaría, sin duda, desapercibida al lector atento, a la vista de los numerosos fallos *inéditos* que recojo y de que las relaciones de viejas sentencias concluidas por un 'etcétera' se ven todavía en algunas obras, no las he tomado, pero en su

lugar cito, a lo mejor, otra larga relación de fallos de los años sesenta o setenta.

Las sentencias no sólo están estudiadas *todas* por mí *antes*, sino que para evitar errores, *después* de haberlas recogido he vuelto a confrontar si, en efecto, el fallo existe y dice lo que digo que dice. Además, me he esforzado muy mucho, al corregir galeradas y pruebas, en evitar las tan fáciles erratas de fecha, que luego vuelven loco al lector que busca la sentencia en cuestión».

Después de estudiar las fuentes del Derecho civil, al tratar de la jurisprudencia, definible como el criterio o la *doctrina* que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas urídicas, ALBALADEJO aclara que puesto que, a efectos de casación, no es relevante sino la infracción de «doctrina legal» (jurisprudencia) que se cometa en la parte dispositiva de la sentencia, tampoco es relevante, a efectos de crear «doctrina legal» (jurisprudencia), sino la doctrina que se sienta en dicha parte dispositiva o que se establezca en la motivación o considerandos en que dicha parte dispositiva se basa indispensablemente. Sólo se ha de considerar la afirmación establecida como fundamento del fallo los argumentos que sean *ratio decidendi*, no las afirmaciones incidentales ni aun la doctrina recogida que no constituya fundamento de la parte dispositiva de la sentencia. Jurisprudencia es únicamente lo afirmado o la *doctrina* o el criterio sentado dentro de los límites en que la solución dada al caso precisa de tal afirmación, doctrina o criterio. Lo demás es *exceso verbal*. Problema con el que frecuentemente se tropieza en las citas de sentencias por autores o en la alegación de las mismas en los escritos forenses es el de que usan recortes de considerandos que transcritos enteros tienen diferente sentido o matices, o que, aun usados en su versión completa, ésta es más general de lo que sería necesario para resolver el caso.

Claro que, aunque no lo diga ALBALADEJO expresamente, para comprender cuál es la «doctrina» fundamento de una sentencia, sobre todo en casos complicados, es preciso conocer el supuesto de hecho planteado en el proceso, que a veces no resulta suficientemente claro de los resultados de la sentencia jurisprudencial. Concretamente, así ocurre con las sentencias que a propósito de este tema suelen citarse cuando, excepcionalmente, se refieren a un juicio declarativo ordinario y no a un juicio de desahucio por precario.

Insiste ALBALADEJO, con gran acierto, en que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino sólo *criterio* de interpretación del ordenamiento jurídico y de sus normas, y que el vigente artículo 1.º, número 6, del Código civil sólo pretende llamar la atención sobre el respeto que merece

y la orientación que para la interpretación y aplicación de las normas supone la jurisprudencia. La jurisprudencia orienta, pero no vincula, ni siquiera a los jueces y Tribunales ordinarios ni, menos aún, al Tribunal Supremo.

Con referencia a aquellas sentencias que citaba CASTÁN a propósito del artículo 1.472 del Código civil y de otras muchas más citadas en ediciones posteriores a la referida anteriormente, que también otros autores recogen (al menos algunas de ellas), ALBALADEJO llega a una conclusión fundamental:

«*Todas las sentencias recaídas en tema de tradición instrumental que dicen que el otorgamiento de la escritura establece la presunción de que se entregó la cosa efectivamente han recaído en casos referentes a juicios de desahucio y a la vista del artículo 1.564 de la L. E. C., según el cual 'serán parte legítima para promover el juicio de desahucio los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o cualquier otro que les dé derecho a disfrutarla, y sus causahabientes'*. Y dichas sentencias: primero, no constituyen, hablando en sentido riguroso, jurisprudencia en el tema en estudio (del art. 1.462); y segundo, tienen la explicación siguiente: como para poder desahuciar hay que ser poseedor, con posesión como derecho (poseedor mediato, despojado o civilísimo), pues la posesión de hecho la tiene precisamente la persona a la que se pretende desahuciar, el calificativo de «real» que usa el artículo 1.564 de la L. E. C. para la posesión del desahuciante no puede significar posesión de hecho o material (196). El Tribunal Supremo niega la legitimación activa para el desahucio a las personas que recibieron tradición instrumental, pero sin transferencia de la posesión, ni como hecho ni como derecho, porque el *tradens* no tenía ninguna de las dos. En tal caso, el *accipiens* recibe, sí, tradición (opinión de ALBALADEJO respecto al art. 1.462), pero—puesto que no la tiene el *tradens*—sin ninguna clase de posesión, ni como hecho ni como derecho. Y el Tribunal Supremo, queriendo significar que denegaba el desahucio porque no se había transmitido posesión alguna (por carecer de ella el *tradens*), dijo que no había tradición instrumental, porque la tradición por el otorgamiento de la escritura—es decir, la tradición instrumental—es simplemente una presunción que establece la ley, pero que se deshace si se

(196) La expresión *posesión real* puede prestarse a confusión si se toma en el sentido de posesión de hecho, en cuyo caso el precepto sería inaplicable en razón a que tal posesión quien la tiene es el demandado; por ello debe sustituirse por la de *titularidad de un derecho* sobre los bienes, que autorice a disfrutarlos en concepto de dueño, de usufructuario o de cualquier otro análogo. Concretamente, el comprador con entrega mediante *constituto posesorio* instrumental

prueba que realmente no hubo entrega de la posesión (es decir, tradición transmisiva de posesión).»

La opinión de ALBALADEJO respecto a que en tal caso existe tradición instrumental se ha de estimar desorientadora, pero es acertado su enfoque respecto a la acción de desahucio por precario.

1. Podrá dirigirse la demanda (legitimación pasiva) contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca (el precarista), sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe (art. 1.565), con lo que queda en situación de *exprecarista*, por haber terminado la situación de precario.

2. La jurisprudencia, originariamente, puso la esencia del precario en el uso o disfrute de la cosa ajena sin mediar renta o merced ni otra razón que la simple tolerancia o liberalidad del propietario. Posteriormente ha ampliado el concepto tradicional de precario declarando que no se limita a los supuestos en que se detenta una cosa por la tolerancia de su dueño, sino que también comprende aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva (S. 4 de diciembre de 1943) y que el precario a que alude la L. E. C. se extiende a los que sin pagar merced *poseen una finca sin título o con título ineficaz para destruir el de dueño que ostenta el demandante* (sentencias de 5 de diciembre de 1934 y 24 de mayo de 1941). Obsérvese que no se dice «con mejor derecho a poseer» que el demandante, que es la frase con la que se aludía a la acción Publiciana. Claro que si el demandado logra destruir la apariencia de título de dueño del demandante, es decir, la de *fundamentación de su titularidad dominical*, hay que decidir la cuestión sobre el derecho de propiedad en juicio declarativo ordinario.

3. El juicio de desahucio por precario requiere que el demandado sea *precarista*, y *no lo es quien posee en concepto de dueño*, lo que implica que el desahuciante no es dueño indiscutido y su título, su titularidad dominical, el *fundamento de su derecho*, debe decidirse en un juicio declarativo ordinario.

6. RECONSIDERACION DE LA OPINION PANDECTISTA

Frente a la opinión «pandectista» sobre el tema objeto de este estudio, ALBALADEJO observa que la jurisprudencia referente al artículo 1.462, apartado segundo, del C. c. sólo niega al comprador la acción de desahucio por precario (197).

Pero continúa inatacada la opinión de que en el *sistema tradicional* del Derecho romano común, alemán y español el propietario no poseedor podía ceder la acción reivindicatoria, aunque sólo a modo de *procuratio in rem suam*, mediante poder irrevocable, de tal modo que hasta obtener la posesión, mediante su ejercicio, no se adquiría la propiedad, quedando en la duda si por efecto retroactivo de la sentencia el efecto de la obtención de la posesión debía retrotraerse al momento del «otorgamiento del poder» (198).

1. Contra aquella opinión se ha argumentado anteriormente, y parece claro que no es la tradicional del Derecho romano justiniano ni tampoco la tradicional del *Derecho común alemán* anterior al C. c. vigente, y que la tesis de MÜHLENBRUCH sobre cesión de acciones y la de IHERING sobre cesión de acciones reales, entre ellas la reivindicatoria, aunque fue seguida por WINDSCHEID, quien tanta participación tuvo en la formulación del vigente C. c. alemán, es lo cierto que no ha llegado a prevalecer en éste, porque iba en contra de la opinión (sensata) del «pueblo alemán» —contra la opinión común, recibida— y porque los legisladores no po-

(197) Dice PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, V. 1, 2.ª ed., 1971, pág. 352: «Conviene advertir que existe numerosa jurisprudencia en este punto que puede dar lugar a más de una confusión si no se estudia detenidamente la cuestión de hecho que motiva las generalizaciones del T. S., pues unos mismos conceptos han servido algunas veces para discutir problemas de distinta naturaleza; por ejemplo, el concepto de tradición simbólica ha sido empleado para discutir si, después de ella, determinado contrato quedaba ejecutado y los riesgos quedaban atribuidos al comprador, o bien para llegar igualmente a resolver una cuestión tan distinta como la de saber si después de ella el vendedor o un tercer poseedor queda en situación de precarista.

... En la práctica y por debajo de los dogmas oficiales de cada sistema jurídico existe la tendencia a resolver los problemas con el mismo método realista, pero encubierto por la necesidad de mantener 'la aplicación' de cada sistema, con sus intocables puntos doctrinales.

Acerca de si, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462, el comprador de un inmueble mediante escritura pública puede ejercitar la acción de *desahucio contra el poseedor sin título*, véase la abundante jurisprudencia de nuestro T. S. y téngase buen cuidado de distinguir entre la *ratio decidendi* de cada sentencia por lo que resulte de las circunstancias del caso, y el *obiter dictum* o generalización dogmática del Tribunal en la interpretación del derecho legislado.»

(198) Probablemente quienes tuvieron aquella opinión ya no la tienen desde hace tiempo.

dían dejar de apercibirse de las consecuencias absurdas a que podía conducir aquella tesis, que no fue admitida por otros códigos anteriores al alemán, y aunque algunos autores continúan aferrados a una interpretación conceptualista, alejada de los intereses en juego jurídicamente atendibles, parece que puede considerarse definitivamente triunfante la opinión de que la pretensión reivindicatoria no puede cederse sin ceder, a la vez, el derecho de propiedad (WOLFF-RAISER), sin perjuicio de que pueda contratarse un poder irrevocable para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implique cesión de la acción reivindicatoria estrictamente hablando ni, naturalmente, cesión del derecho de propiedad.

En el caso que nos ocupa, a la misma solución que el C. c. alemán, a los mismos resultados prácticos a que llega la interpretación de su par. 931 por WOLFF y RAISER, se llega con el C. c. francés, aun cuando para que se produzca la transmisión de la propiedad por compraventa prescinda éste de requerir que se cumpla la obligación de entregar la posesión. Así lo reconoce la doctrina alemana que aduciendo el «atavismo» de requerir la tradición a efectos de la transmisión del derecho de propiedad, incluso propugna la supresión de este requisito para la cosa mueble (199).

2. Paralelamente, el Derecho español tradicional, y no sólo el de Castilla, basado en el Derecho romano recibido o *Derecho común español*, venía, prácticamente, aplicando la misma solución a que se llega con el Código francés y con el Código alemán, «hablando en prosa»,

(199) En este sentido, THEODOR SÜS, según PUIG BRUTAU, *ob cit.*, pág. 340, número 15. Observa éste que «en Derecho casi siempre se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad».. (*ob cit.*, pág. 349). De modo similar se manifiesta IHERING en cuanto a la cesión de créditos mediante *procuratio in rem suam*.

Añade PUIG BRUTAU: «La tradición por *constitutum possessorium* pone más a prueba la solidez del requisito de la tradición .. En este caso haría falta, si quisiera cumplirse al pie de la letra el requisito de la tradición, una entrega y una devolución subsiguiente, pero, como es natural, la práctica suprimió esta práctica formalista del derecho..., que el enajenante se constituye en poseedor del adquirente .. Esta forma perfectamente adaptada a las necesidades de la práctica, aproxima grandemente el sistema de la tradición al que admite la transferencia de la propiedad por el solo efecto del consentimiento».

THEODOR SÜS dice, para el Derecho alemán, que en el *constituto posesorio* la transmisión de la propiedad no tiene efecto mediante acuerdo y entrega, consentimiento y acto real de publicidad, sino mediante *acuerdo* y *acuerdo*, ambos igualmente invisibles: el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y el acuerdo sobre la transmisión de la posesión (o de la relación posesoria). . Cita a HECK, según el que en semejante caso el principio de la tradición no es más que el *disfraz histórico* con el que ha penetrado en el Derecho vigente el principio del contrato (transmisión por la fuerza del simple consentimiento). Lo mismo sucede—añade SÜS—con la *brevi manu traditio*».

sin saberlo, como algo normal, cotidiano, sin pretensiones científicas. Los testimonios de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA («padre», en este punto concreto, de la Ley Hipotecaria de 1861 y, desde luego, de su Exposición de motivos) y de MANRESA (coautor de la vigente L. E. C. y «padre» exclusivo de su Exposición de motivos), son clarísimos. No pueden olvidarse, ni menospreciarse. Hay que esforzarse en comprenderlos. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA se refiere al Derecho español anterior al C. c. y vigente al redactar y ser aprobada la Ley Hipotecaria de 1861, que en este punto no introduce reforma alguna en el Derecho civil extrarregistrar. MANRESA, con la misma argumentación, se refiere ya al C. c.

Se impone, pues, analizar los preceptos del C. c. vigente, tal como los concibió la voluntad legislativa, sin deformarla, *sin plantear artificialmente un problema que no ha existido ni existe como tal problema, porque cuando lo hubo se resolvió y continúa resuelto y la misma solución que se dio continúa siendo válida y vigente.*

También se impone estudiar, con mucha atención, para no equivocarse, la doctrina jurisprudencial y su interpretación del ordenamiento vigente, que resulta de sentencias dictadas en *juicio declarativo ordinario*, analizando no sólo los considerandos, sino también los resultandos, para conocer sin duda alguna lo que a veces no aparece con la claridad deseable (200); de este modo podría afirmarse, respecto de algunas de las sentencias recaídas en juicio declarativo citadas por los autores españoles a propósito del tema, si se refieren realmente al mismo y, en tal caso, si consideran el *ejercicio de la acción reivindicatoria por el comprador o la alegación por el comprador de incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones*, etc., cuestiones nada fáciles, porque aquellas sentencias, al menos algunas de ellas, corresponden a supuestos de hecho bastante complejos y no he leído *ninguna* que aluda a la cesión de la acción reivindicatoria o que niegue la acción reivindicatoria al que compró a un propietario no poseedor, por el solo hecho de que el poseedor alegue la falta de posesión del vendedor. Durante años he intentado encontrar

(200) A propósito de la acción reivindicatoria, según PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, páginas 194 y 195, «es sabido que las declaraciones de la jurisprudencia son casi siempre *circunstanciales al caso que resuelven*, sin que con ello se quiera desconocer el gran valor de las afirmaciones generales».

Esta necesidad de invocar eficazmente la jurisprudencia y de distinguir para ello el ámbito de aplicación de las sentencias, según las circunstancias de cada caso, se presenta de manera especialmente aguda cuando hemos de contestar un escrito de la parte contraria. Muchas veces el examen detenido de las sentencias que el adversario invoca a su favor nos proporciona argumentos favorables a nuestra tesis. De igual manera, es frecuente que las sentencias del T. S. rechacen motivos de casación que alegan la supuesta infracción de doctrina legal representada por sentencias cuyas declaraciones se hicieron con referencia a hechos diferentes que concurrían en los casos en que fueron dictadas».

apoyo jurisprudencial positivo e indudable a la tesis que aquí se mantiene, pero no lo he conseguido; sólo he visto el «fantasma» negativo de las sentencias de juicio de desahucio por precario a las que se refiere ALBALADEJO. Un análisis de las sentencias, si se quiere hacer concienzudamente, es tarea ciertamente difícil. Por otra parte, como muy bien dice ALBALADEJO, la jurisprudencia no es más que manifestación de un criterio interpretativo, y el Tribunal Supremo, en cualquier caso, atendida la fundamentación de hecho y de Derecho, puede cambiar de criterio, sin que haya cambiado la legislación y sin que su cambio de criterio implique cambio del ordenamiento jurídico. Lo que se dice de la jurisprudencia puede decirse, con mayor razón, de la opinión de los autores, en general o en particular.

No es éste el lugar para desmenuzar, analíticamente, una a una, las sentencias citadas al respecto por los autores, ni siquiera, tan sólo, las recaídas en juicio declarativo y no ya las recaídas en juicio de desahucio: la extensión de este estudio resultaría desmesurada. Además, este análisis, como se ha dicho, no llevaría a consecuencias positivas, sino más bien a la negación de la conclusión u opinión rechazada.

De todos modos, puede citarse por vía de ejemplo la referencia que hace PUIG BRUTAU a la sentencia de 12 de abril de 1890, que es la primera citada por CASTÁN, quien la tomó de MANRESA, quien a su vez la tomó de ALCUBILLA (201), y también la de 18 de febrero de 1965 (202).

(201) La Sentencia de 12 de abril de 1890 (S. núm. 117, pág. 667, *Colección Legislativa de España*, SS. del T. S., Madrid, 1891) declara que «la tradición simbólica... como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón, si es notorio que el vendedor no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que otorgó a los compradores, no infringe dicha ley (8.ª del tít. 30, Part. 3.ª) la Sentencia, que estima que el primero *no ha cumplido la obligación de entregar lo vendido*». La solución seguramente es justa y acertada; pero es fácil advertir que constituye un problema de conveniencia práctica o de política jurídica si, por el solo hecho de haberse celebrado en forma fehaciente el negocio jurídico fundamental (v. gr., compraventa), el comprador ha de poder esgrimir la acción reivindicatoria contra un tercer poseedor de la cosa vendida. o si es preferible, es decir, más favorable al derecho de dicho comprador, estimar que el vendedor no ha cumplido la obligación fundamental de entregar la cosa, ni en forma real, ni simbólica. Obsérvese, en todo caso, que la primera solución coincide con la de aquellos sistemas que, como el Derecho francés, atribuyen al solo acuerdo de voluntades la eficacia traslativa de la propiedad de la cosa enajenada.

(202) PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 347. Sobre el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la S. de 18 de febrero de 1965 (Aranzadi, núm. 985), que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y de la posesión en quien hace la entrega, y la intención de las partes de transmitir y adquirir... Pero la sentencia recurrida rechazó la acción ejercitada fundándose en que al no haber mediado la entrega o tradición de la parte indivisa, no había acreditado el actor su cualidad de dueño de la misma. Contra dicho fallo prosperó el motivo fundado

La costumbre forense de citar abundante jurisprudencia para convencer al contrario o hacerle perder tiempo y para, acaso, «*impresionar*» al juez se traslada a la doctrina científica en España. No se hace así, al menos en tal medida, en la doctrina de Alemania, Francia e Italia.

Es muy peligroso el *tratamiento conceptualista de la jurisprudencia*, el análisis y síntesis con prejuicios conceptuales, que se pretenden fundamentar en estudios fragmentarios y poco profundos de múltiples sentencias, desatendiendo al conjunto de circunstancias de hecho y de intereses en juego que concurren en el caso resuelto, que ya llega al Tribunal Supremo con unos hechos probados a los que ha de ceñirse (203).

(Continuará)

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad

en incongruencia. Pues las partes no discutieron la existencia de la tradición, ni que ésta fuese necesaria para la eficacia del convenio, y sólo discutieron si había existido incumplimiento por parte del actor...

(203) A propósito de otra cuestión íntimamente relacionada con la que aquí se trata, dice ALBALADEJO (T. II, V. 2, ed. 1977, pág. 84, notas 5 bis y 6): «la jurisprudencia que recoge MOLINA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, 1975, págs. 218 y sigs.), como apoyando la tesis (prevalencia de la posesión efectiva sobre la instrumental) que rechazo, o no la adopta como fundamento del fallo, o realmente no afecta al tema o se explica por lo dicho en la nota anterior, y en todo caso son posteriores a ellas las Sentencias de 30 de enero de 1960, de 5 de noviembre de 1973 y de 19 de noviembre de 1975».

«Aplicar el artículo 1.473. 3.º, segunda mitad, del Código Civil, al choque de venta de dueño con venta de no dueño, sería *inesfable* de no haber más, pues resultaría que con absoluto desprecio a que, como regla, la cosa debe ser para quien la compra a aquel de quien es, un inmueble vendría a ser adquirido por quien lo compró al no dueño, a base del sólido fundamento de que fue vendido antes por el no dueño que por el dueño.»

La naturaleza del Derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada

(A propósito de las zonas verdes alrededor de las ciudades*)

SUMARIO: 1. *Modos de afrontar el tema de las zonas verdes alrededor de las ciudades.*—2. *El objeto del derecho agrario: de la consideración de la tierra a la del territorio. El derecho agrario como derecho del territorio destinado a la agricultura.*—3. *La relación entre urbanismo y agricultura. Formas directas e indirectas de tutela de la producción agrícola.*—4. *Diálogo entre urbanismo y agricultura.*—5. *La naturaleza del derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada.*—6. *La nueva «debilidad» de la agricultura y las razones de una normativa especial.*—7. *La incidencia de tal normativa sobre la empresa.*—8. *El porvenir de una actividad accesoria de la empresa agrícola: el agriturismo.*—9. *La incidencia sobre la propiedad. Perspectivas de separación del derecho de propiedad de la facultad de cultivar.*

(*) La condizione del diritto agrario nel quadro di una società urbanizzata. (a proposito delle «zone verdi» intorno alle città).

NOTA DEL TRADUCTOR

Los días 11 a 14 de octubre próximo pasado se celebró en Berlín el X Congreso Europeo de Derecho agrario, patrocinado por el «Comité europeo de Derecho agrario». Los temas del Congreso han sido dos: 1) el Derecho social agrario y sus consecuencias sobre las estructuras rurales; 2) el desarrollo rural, aprovechamiento de tierras y mejoras estructurales (medios e instituciones). Los discursos inaugurales, pronunciados bajo la rúbrica genérica de «Instrumentos legales para la preservación de áreas y zonas verdes en los lugares de aglomeración», estuvieron a cargo de los profesores de las Universidades de Friburgo y de Pisa, doctores K. HASEL y A. CARROZZA, respectivamente. El doctor ANTONIO CARROZZA, además de ser Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Presidente de la Asociación italiana de Derecho agrario y Vicepresidente del Instituto de Derecho agrario internacional y comparado de Florencia, ha sido especialmente amable conmigo. Me ha enviado una copia de su disertación, se ha tomado la molestia de revisar el texto traducido y de mejorarlo en alguno de sus

1. El tema de los espacios verdes alrededor de las ciudades puede ser abordado de varias maneras. Uno de los posibles modos, quizá el más obvio, sería aquel que explicara lo que se ha hecho o se piensa hacer en el futuro para salvar la integridad y regular la gestión de los anillos verdes, más o menos anchos, más o menos organizados, que circundan ciudades como Londres, París, Roma y la misma Berlín. El problema ha sido desde hace tiempo objeto de estudio y hay algunos trabajos interesantes que merecen ser recordados (1).

La legislación existente sobre esta materia en los diversos países ha sido igualmente objeto de estudio comparativo. Sin embargo, la comparación se hace más difícil cuando se entra en el campo del Derecho pú-

pasajes y, finalmente, me ha autorizado para publicarlo en nuestra Revista. Por todo ello, le quedo profundamente agradecido.

CARROZZA intenta dar solución a los graves problemas que tiene planteados la sociedad de nuestros días, derivados de la concepción panurbanista del territorio dominante en el mundo occidental. Aprovecha al propio tiempo la oportunidad que se le brinda para plantearse con un nueva óptica el debatido problema del objeto del Derecho agrario y defender, con brillantez, la específica competencia del mismo en determinadas materias, hoy estudiadas desde el ángulo visual de disciplinas jurídicas distintas ante la pasividad de los agraristas. La cuestión de los anillos verdes que rodean a las grandes ciudades se ha convertido para CARROZZA en piedra de toque de la sensibilidad jurídica de la sociedad. Si se protegen adecuadamente los espacios abiertos en las zonas periféricas, si se elaboran planes administrativos dirigidos a la ordenación de cultivos como se disciplina el uso del suelo urbano, estaremos ante señales inequívocas del buen hacer de una comunidad.

La actualidad de este tema y el enfoque que del mismo da el profesor CARROZZA me ha llevado a traducirlo y a brindarlo a la inquieta curiosidad de los lectores de la REVISTA CRÍTICA, en la seguridad de que encontrarán muchos puntos de análisis y de reflexión, encardinados en un texto preciso y bello. (ANTONIO MORO SE-RRANO.)

(1) El problema específico de las «zonas o anillos verdes» que rodean los núcleos urbanos y los separan de otros espacios ha estado planteado por vez primera en la obra ya clásica de EBENEZER HOWARD: *Garden Cities of to-morrow*, editado en Londres en 1898 (existe una traducción italiana que lleva el título *La città giardino del futuro*, Ed. Calderini, Bolonia, 1972).

En ella encontramos las primeras indicaciones sobre el instrumental jurídico necesario para conseguir los efectos deseados de «poner orden» en la extensión y en la forma de las aglomeraciones urbanas (J. MONOD y PH. DE CASTELBAJAC, en su obra *L'aménagement du territoire*, Presses Univ. de France, París, 3.ª ed., 1978, nos recuerdan que «amenager» con relación al territorio significa disponer con orden). Entre estos instrumentos destaca el sugerido por ALFRED MASHALL en 1889 ante la Real Comisión de Impuestos, en la que el economista inglés proponía establecer un impuesto nacional sobre el aire puro.

En todas las colecciones de arquitectura y urbanismo continúan incluyéndose trabajos parecidos. Vide, por ejemplo, el librito de R. BERETTA: *Gli spazi verdi*, Ed. Calderini, Bolonia, 1976. Los estudios existentes tienden a dar un tratamiento prioritario al análisis detallado de las disposiciones de carácter estrictamente administrativo vigentes en este o en aquel Estado. (Un ejemplo del género lo constituye el libro de R. GÓMEZ FERRER MORANT: *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.)

blico (en el Derecho administrativo, en particular) y se abandona el del Derecho privado, que ha sido la patria del Derecho comparado (2).

Por otro lado, el poco tiempo dedicado a esta disertación comporta el peligro de una utilización absolutamente inadecuada del método comparativo, que forzosamente estaría condenado a detenerse en las primeras fases del mismo, o sea, en la fase de adquisición sumaria de conocimientos relativos a los diversos ordenamientos. Temo, pues, que si estudiáramos el tema de los espacios verdes desde este ángulo visual, nos veríamos llevados a hablar de economía del territorio, de sociología urbana y rural, de ecología, de urbanismo, de todo, menos de Derecho agrario.

2. Sin embargo, yo soy partidario de considerar este tema de los espacios verdes alrededor de las ciudades como materia todavía perteneciente al Derecho agrario, aunque nos encontremos en una zona fronteriza. Ello nos lleva a ocuparnos nuevamente de uno de los problemas más vivos de la teoría general del Derecho agrario: la puesta al día de la determinación del objeto de estudio de esta rama del Derecho y la definición de sus nuevos confines.

Los intérpretes del Derecho agrario están tradicionalmente ligados a la «tierra», a la que consideran de máxima importancia por ser un factor principal de la producción agrícola; pero ha llegado para ellos el momento de ensanchar este horizonte y de mirar con mayor atención al «territorio», entendido como sede de vida y de actividad de una población determinada. Naturalmente que el territorio que interesa al Derecho agrario es la parte del mismo destinada por vocación espontánea o reservada por el hombre a la explotación agrícola, forestal o pecuaria. En cierto sentido, el Derecho agrario puede ser definido como el Derecho que se ocupa de la porción agrícola del territorio, con todo lo que la misma contiene de recursos naturales.

El territorio agrícola es en una gran parte obra del hombre, ya que, como decía CARLO CATTANEO, economista milanés del 800, «también los campos se edifican como las ciudades»; en el edificar de los campos, este constructor particular que es el agricultor ha inventado y aplicado los primeros modelos de ordenación y de reordenación del territorio.

3. Se presenta así el fenómeno singular de dos disciplinas: el urbanismo y la agricultura, que, de un lado, se enfrentan con una tensión dialéctica aparentemente irreducible en su lucha por el territorio, y de otro, encuentran en ese mismo territorio el elemento que las une.

(2) Cfr. KAISER: *Vergleichung im öffentlichen Recht*, in *Zeit f. ausl. off. Recht u. Volk*, 1964, pág. 402, recientemente recordado por A. PIZZORUSSO: «La comparazione giuridica e il diritto pubblico», ponencia presentada en el V Coloquio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado, Turín, 25-27 mayo 1979.

El primer aspecto, derivado de la rivalidad entre los intereses agrícolas y urbanísticos, ha sido hasta hoy el predominante. La conflictividad terminaba siempre resolviéndose con una derrota de las exigencias agrícolas y el consiguiente triunfo de los planteamientos urbanistas surgidos en torno a una especulación de los terrenos que no conocía obstáculos. A esta sumisión de la agricultura contribuía una actitud de defensa pasiva que ha acabado suscitando recientemente una especie de rebelión de los agraristas (3).

Además, es innegable que los remedios jurídicos propios de un ordenamiento liberal democrático contra el avasallamiento del urbanismo, que continúa acosando y rodeando al territorio agrícola, resultan de escasa eficacia. Parece como si el planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales estuvieran dominadas por la sola preocupación de mantener separados los terrenos edificables de los no edificables: el mantenimiento de los cultivos en las áreas no edificables no es tenido en cuenta.

Los planes vigentes en los Ayuntamientos italianos revelan un comportamiento similar: indican con gran precisión, al menos sobre los planos, los espacios en los cuales no es posible la edificación, respecto de los que pesa la obligación de dedicarlos a zonas «verdes», públicas o privadas, según los casos. Falta toda previsión sobre el cultivo de los predios existentes en las zonas verdes.

El ejercicio de la agricultura en estos espacios viene sólo tutelado indirectamente por medio de instituciones del Derecho privado. Es interesante citar una disposición que encuentra reiterada utilización en el Derecho italiano: si la finca rústica, objeto del contrato agrario, es objeto de expropiación (4), o se transforma en terreno edificable (5), el

(3) Entre las conclusiones de la III Comisión del IX Coloquio y Congreso de Derecho agrario europeo (Valencia, 29 septiembre-20 octubre 1977) destaca la actitud defensiva de la agricultura frente al fenómeno de la pérdida irreversible de terrenos con vocación agrícola. Decididos partidarios de una conducta ofensiva lo fueron los representantes de los países con gran densidad de población (cfr. la ponencia presentada por A. DE LEEUW: «Propriété foncière, exploitation agricole et aménagement du territoire en Belgique»).

(4) En el supuesto de expropiación de fincas rústicas está prevista una indemnización para el titular del contrato agrario, indemnización que es distinta de la que corresponde al propietario arrendador: artículo 17 de la Ley de 23 de octubre de 1971. En relación con el tema, *vid.* E. CASADEI: «L'indennità per i coltivatori nelle nuove norme sull'espropriazione», en *Giurispr. it.*, 1976, IV, col. 17 y siguientes.

(5) Conviene recordar que está prevista la entrega de una justa indemnización al cultivador, en todos los casos de extinción anticipada, y no culpable, del contrato de arrendamiento u otro contrato agrario: artículo 37 de la nueva Ley de reforma de los contratos agrarios (el texto legal ha sido ya aprobado por el Senado en sesión de 19 de julio de 1978).

Una indemnización semejante, pero diversamente calculada, está señalada en el artículo 44 de la misma Ley en favor del concesionario de terrenos que, como consecuencia de los planes urbanísticos, se destinen a usos distintos del agrícola.

titular de la empresa agrícola cesante tiene derecho a una justa indemnización, cuya naturaleza es objeto de discusión (¿es una indemnización por la lesión del derecho de empresa o lo es por el trabajo del cultivador qué permanece inactivo?) y que ciertamente representa una rémora en la transformación del fundo y en la sustracción del terreno de sus fines agrícolas.

4. En verdad, desde hace algún tiempo se observa por parte de los urbanistas un cambio en su vieja idea de considerar el territorio no urbanizado, y en particular el dedicado a las explotaciones agrícolas, como una reserva de caza para futuras y más ambiciosas programaciones urbanísticas. Este cambio es saludable. Sólo con él, el diálogo entre urbanismo y agricultura puede encontrar un nivel más alto de ciudadanía política y cultural y modificar la concepción del desarrollo de la ciudad, que renunciando a los viejos criterios (individualistas, espontáneos y especulativos) y resistiendo a las modas más recientes (intelectualísticas y demagógicas) oponga a la cantidad genérica de los esquemas anteriores una calidad específica. Justamente se ha escrito que debe augurarse una política de austeridad para la ciudad y para el territorio que la rodea, después de siglos de especulaciones y despilfarros (6).

Ahora que se reconoce con facilidad el papel productivo, social y ecológico de las áreas agrícolas y de las zonas naturales supérstitas; ahora que los arquitectos anuncian renunciar a las concepciones panurbanísticas, los juristas pueden y deben reemprender su afirmación de autonomía del Derecho agrario (autonomía reivindicada esta vez en confrontación con el Derecho urbanístico, como en su tiempo se hizo en lucha con el Derecho civil, comercial o del trabajo).

Por otro lado, en esta nueva caracterización como Derecho territorial, el Derecho agrario puede continuar asegurándose en factores de especificación original e inconfundible, dimanantes de la naturaleza esencialmente biológica de la actividad tutelada.

5. Como hemos visto, la relación agricultura-urbanismo puede concebirse de dos modos. La teoría pesimista, que preconiza una relación de subordinación de la agricultura al urbanismo, y la teoría optimista, según la cual se debe y se puede encontrar una posición de igualitarismo entre las exigencias opuestas.

Si la segunda concepción triunfase, la agricultura habría vencido en

La indemnización está a cargo del propietario, o de su derechohabiente, que haya obtenido la necesaria concesión para convertir el terreno de rústico en urbano.

(6) G. CAMPOS VENUTI: *Impresa zootécnica e programmazione territoriale: Il governo delle risorse finite*, relación inédita presentada en la Mesa redonda sobre Problemas normativos para el establecimiento y desarrollo de la empresa zootécnica, Bolonia, 8 de marzo de 1979,

una lucha en la que hasta el momento actual viene perdiendo. Pero así todo, continuaría perdiendo muchas batallas, sobre todo en las zonas periféricas de las ciudades, debido a que la ordenación de la agricultura debe abrirse camino en un tipo de sociedad caracterizada más como urbanizada que como industrializada (7).

Deseando clarificar esta distinción, a primera vista intrascendente, es necesario recordar que el desarrollo de la industria ha visto disminuir sensiblemente en los últimos años su ritmo de crecimiento. La crisis económica que afecta a un buen número de Estados europeos ha servido al menos para evidenciar cuáles son los frenos del desarrollo industrial: la dificultad en el aprovisionamiento de energía y el peligro del deterioro ecológico.

Transcurridos los años de euforia por el alto grado de bienestar que el régimen político económico instaurado en Europa ha permitido alcanzar al pueblo, muchos ven en la búsqueda de lucro y en las conveniencias particulares un peligro para la sociedad; asimismo, las cifras que miden el producto nacional bruto y el rendimiento por cabeza son cada día menos significativas. Se constata hoy que el verdadero progreso sólo puede fundarse sobre la calidad de vida, la cual a su vez depende del éxito de las tentativas de someter a control aquellas actividades que, produciendo riqueza según el criterio tradicional, empobrecen y alteran los bienes naturales, enrarecen el ambiente, exigen un trabajo enajenante que se traduce en un costo endosado a la colectividad.

Esta constatación, que se refleja en una atenuación del proceso de industrialización, no basta para detener la expansión de los medios urbanos, fenómeno que lleva consigo la absorción de nuevos espacios verdes por el tejido urbano. Además, la actividad agrícola tiende a concentrarse progresivamente en las zonas más fértiles (8), o sea en las zonas de llanura que son al propio tiempo las más densamente pobladas.

6. En suma, la agricultura, especialmente la de los pequeños espacios limítrofes con las zonas más habitadas, revela hoy una nueva debilidad, que añadida a la acción de las otras causas de inferioridad, justifica la existencia de un régimen jurídico diferenciador. Como es sabido, la actividad agrícola se caracteriza por una serie de puntos débiles que

(7) El retrato de la agricultura contemporánea en el cuadro de una sociedad industrial fue el tema del discurso académico pronunciado por K. KROESCHELL con ocasión del IV Coloquio y Congreso Europeo del Derecho agrario (Bad Godesberg, 26 de octubre de 1967). La *Rivista di diritto agrario*, 1968, I, págs. 6 y ss., ha reproducido el discurso en versión francesa con el título «Le droit rural dans la société industrielle».

(8) Como es sabido, la política agrícola de la Comunidad Europea, cuando estaba influida por las concepciones de S. MANSOLT, se orientaba a favorecer esta tendencia.

empiezan por aquellos debidos a su propia naturaleza biológica: me refiero al fenómeno del agravamiento del normal riesgo técnico de la producción para el que la cosecha es siempre aleatoria como ocurre con la cría de animales o con el cultivo de plantas (a causa de fenómenos atmosféricos estacionales o diarios, de enfermedades de los animales o de las plantas, etc.). Con el tiempo se han presentado otros síntomas de debilidad en relación con el mercado nacional y europeo: entre los de carácter económico podemos citar el rendimiento más bajo del capital utilizado en la agricultura, y la remuneración del trabajo agrícola a niveles tendencialmente inferiores a los de los otros sectores. Por estas razones el proceso urbanizador, siempre en guardia y dispuesto a arrebatarse a la agricultura sus mejores tierras, ha creado una situación que reclama normas específicas, ya que la propiedad y la empresa localizadas en estas áreas tienen una señalada importancia.

Que este especial tratamiento jurídico se resuelva a favor de los intereses del propietario o del empresario agrícola es cosa que no puede decirse: antes bien, entre los rasgos que sirven para diferenciarlo del Derecho común o del Derecho agrario tradicional, merece destacarse el carácter público sensiblemente acentuado.

7. Intentaré dar algunas indicaciones sobre esta intervención específica en la empresa o en la propiedad, en nombre del interés público de la agricultura.

El poder de organización y de gestión del empresario agrícola en estas zonas encuentra obvias restricciones. No se puede negar a los órganos de la Administración Pública en estos casos una potestad de planificación y de control sobre la actividad de los empresarios particulares, tanto en materia de ordenación del territorio como en el de la producción agraria. Algo parecido ocurre en todos aquellos casos de nacimiento artificial de la empresa agrícola por voluntad del Estado: o sea cuando la empresa ha nacido artificialmente para el cumplimiento de finalidades específicas de utilidad pública, en los que se concreta el presupuesto de una injerencia sensible de los órganos públicos, bajo la forma de cargas, obligaciones y sujeción a controles. En el Derecho italiano se pueden citar otros supuestos como el de la adjudicación a particulares de terrenos expropiados en áreas sometidas a procesos de reforma agraria (9) o bien la concesión administrativa de terrenos dejados sin cultivar o insuficientemente cultivados (10). Se trata en ambos casos de atribuir al agricultor el ejer-

(9) Vid. las Leyes sobre la reforma agraria de 12 de mayo de 1950 y de 21 de octubre de 1950, sobre las cuales E. ROMAGNOLI: «Riforma fondiaria e riforma agraria», en el *Manuale di diritto agrario italiano*, Ed. U.T.E.T., Turín, 1978, págs. 526 y ss.; A. CARROZZA: «L'assegnazione di terre», *ibidem*, págs. 360 y ss.

(10) Esta materia está regulada en la Ley de 4 de agosto de 1978, núm. 440.

cicio de funciones públicas; lo que sirve igualmente para explicar las figuras anormales de sucesión por causa de muerte, sustraídas al Derecho sucesorio común (11).

Otro ejemplo nos lo proporciona el tema de los parques naturales, cuando en los mismos existen bienes de propiedad privada. Es lógico que restricciones y vínculos de toda clase (hasta ahora desconocidos en los terrenos exteriores al parque) sean establecidos en orden a una utilización ajustada a los fines del parque. Por otro lado, el ente encargado de la gestión del parque debe detentar eficaces poderes de autotutela para intervenir y bloquear actividades discrepantes de las programadas. Los ordenamientos jurídicos tratados para los terrenos comprendidos en el área de los parques representan los modelos experimentales que en cierto modo configuran el Derecho agrario del porvenir (12).

Otras limitaciones surgirán inevitablemente de la proximidad de las fincas de labor a los centros urbanos: basta pensar en la mayor seriedad que la autoridad administrativa estará obligada a emplear para prevenir o reprimir las enfermedades de las plantas y de los animales. Por otro lado, una más rigurosa actuación de la planificación impone la observación de prescripciones técnicas, inherentes a la calidad y cantidad de los cultivos autorizados o reconocidos por los órganos administrativos competentes.

8. Otra particularidad que debe tener en cuenta el tratamiento jurídico es la especial importancia que presumiblemente adquirirá el llamado «agriturismo» en aquellas fincas situadas en la proximidad de centros urbanos. Estas fincas, más que las situadas en otra parte del territorio, están llamadas a cumplir no sólo funciones productivas, sino también culturales, educativas, didácticas, recreativas, etc.; para el habitante de la ciudad que desea instruirse sobre el mundo de la producción vegetal o animal, o que desea pasar su tiempo libre en contacto con la naturaleza, o para el turista convencional ligado a itinerarios urbanos, las fincas agrícolas alrededor de la ciudad resultan más accesibles que las situadas en otras partes del territorio.

Como es conocido, el fenómeno agriturístico «recoge los frutos en

(11) Sobre la sucesión en el derecho del adjudicatario de las tierras de reforma, fallecido antes de adquirir la propiedad, *vid.* artículo 19 de la Ley de 12 de mayo de 1950, ya citada, y sucesivas modificaciones.

(12) En el tema de los parques naturales, *vid.* D. SERRANI: *La disciplina normativa dei parchi nazionali*, Milán, 1971; *Id.*: *Parchi naturali e regioni ordinarie*, Milán, 1976.

La materia ha sido considerada hasta ahora bajo la perspectiva del Derecho administrativo; no es verdad que haya salido del campo del Derecho agrario, por lo que debe ser estudiada dentro del mismo.

dos direcciones, la turística y la agrícola» (13); en la primera dirección se presenta como una forma nueva de turismo, complementaria o alternativa del turismo tradicional; en la segunda—que a nosotros nos interesa destacar—aparece como medio de revitalizar fincas poco rentables y atraer mano de obra en la medida que asegure al empresario agrícola nuevas rentas complementarias de la agrícola principal procedente del cultivo del suelo y de la cría de animales.

Las actividades agrituristicas (como el hospedaje rural, plazas de camping, la venta y degustación de productos agrícolas típicos), son a modo de actividades accesorias de la actividad agrícola principal y constituyen ejemplos de un nuevo modo de concebir la actividad que debe estimarse agrícola toda ella, por conexión, y, como tal, participar del régimen jurídico especial de la empresa agraria (14).

9. El fenómeno de la creciente publicación del Derecho agrario invade todas las estructuras productivas de la agricultura, aunque no tanto de la empresa agraria. Por tanto, también la propiedad de las fincas en estas áreas suburbanas sufrirá las consecuencias. Y es probable, además, que se perfilen nuevas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la presencia de una función social particularmente intensa.

En estos terrenos experimentales, como son los espacios verdes próximos a los centros de población, la propiedad privada aparece más fácilmente vulnerable y expuesta a expropiaciones por causa de utilidad pública y también a medidas que separen el poder de disposición de las facultades de disfrute.

No ha adquirido todavía consistencia la hipótesis de una evolución del régimen jurídico de la propiedad de la tierra semejante a la que en estos momentos se está produciendo en Italia con motivo de la entrada en vigor

(13) Vid. F. TEDESCHINI: *Il quadro normativo del l'agriturismo*, relación inédita presentada en el Seminario internacional sobre el agriturismo, desarrollado en Roma el 28 y 29 de marzo de 1979 (ahora, en *Rivista di diritto agrario*, fasc. IV, 1979).

(14) Conviene no infravalorar la importancia creciente de las actividades «conexas» con la agricultura. Repetimos lo que ha dicho C. SELLERI en el *Corriere della Sera* del 22 de mayo de 1979, pág. 11, con relación a la situación italiana: «La agricultura en el plano de la producción agraria sólo representa el 8 por 100 del P.N.B. y ocupa el 15 por 100 de la población activa. Pero si se consideran también las actividades directamente vinculadas con la producción agraria (como, por ejemplo, la industria de los abonos y fertilizantes, la de la maquinaria agrícola y la de productos antiparasitarios, etc.), así como la industria de transformación y comercialización de los productos agrarios que los americanos llaman el *agribusiness*, vemos entonces que la importancia de la agricultura es mucho mayor. Según un reciente estudio, el *agribusiness* ha representado en Italia, en 1977, 59 miles de millones (el 34 por 100 del P.N.B.) y dado ocupación a ocho millones de trabajadores, es decir, al 39,6 por 100 de la población activa. Estimular la agricultura significa intervenir en un sector de base que incide directa o indirectamente en 1/3 de la economía nacional».

de la nueva Ley de 1977 sobre la edificabilidad del suelo (Ley Bucalossi). Una de las innovaciones de mayor relieve de esta ley consiste en la superación del derecho de propiedad del solar del llamado *ius aedificandi*. En el pasado, este derecho de edificar aparecía pacíficamente englobado en el contenido del derecho de propiedad, mientras que ahora se dice (15) que es objeto de una eventual y específica concesión por la Administración, a la que le pertenece de manera específica. Naturalmente que la concesión es onerosa y subordinada al cumplimiento de toda una serie de presupuestos objetivos y subjetivos.

Un proceso análogo está en gestación, relativo al derecho de propiedad de la tierra cultivable. Cabe prever una disociación de este derecho, del que se extraería una facultad que—por simetría con el *ius aedificandi* relativo a la propiedad del suelo urbano—podría tomar el nombre de *ius colendi*. Este derecho, como el *ius aedificandi*, podría ser adquirido por el titular de las restantes facultades que configuran la propiedad o por un tercero, por medio de concesión administrativa, y estaría sometido, en su ejercicio, a la fiscalización de las autoridades administrativas.

Una solución de este tipo podría no complacer a los estudiosos del Derecho agrario, pero éstos deben comprender que se trataría de una lógica consecuencia de la planificación integral de la agricultura, que debe comenzar por la que se practica en las zonas agrícolas que rodean las ciudades.

ANTONIO CARROZA

Catedrático de la Universidad
de Pisa

Traducción de

ANTONIO MORO SERRANO
Registrador de la Propiedad

(15) Se puede consultar, entre otros trabajos, a A. GAMBARO: *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milán, 1975; G. FRAGOLA: *Il regime dei suoli edificatori* (Commento alla legge 28 gennaio 1977, núm. 10), Padua, 1979.

Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo

SUMARIO: 1. *El Registro de la Propiedad como sistema de información.*—2. *Publicidad registral y publicidad urbanística.*—3. *Referencias al Registro de la Propiedad en la legislación urbanística.*—4. *Algunas reflexiones sobre las parcelaciones urbanísticas.*

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO SISTEMA DE INFORMACION

La ordenación del territorio como política dirigida a organizar adecuadamente los diversos factores que confluyen en un área territorial determinada, exige una instrumentación jurídica: La planificación, destinada a convertir un espacio físico en un área humanizada, esto es, susceptible de servir de emplazamiento idóneo al hombre y de cauce equilibrado a todas las actividades que aquél impulsa y desarrolla para la satisfacción de sus necesidades.

Habida cuenta del enorme número de elementos de todo tipo que intervienen en el desarrollo regional, objeto y meta al mismo tiempo de la política de ordenación del territorio, se hace fácilmente comprensible el cúmulo de información permanente que se precisa, primero, para conocer las diversas alternativas existentes; luego, para su selección; y, por último, para su instrumentación mediante la elaboración de los correspondientes planes y programas de actuación.

Los sistemas de información por su objeto pueden clasificarse en: Sistemas referidos al *territorio*, a la *población* y a las *actividades*.

No obstante la aparente simplicidad de esa triple clasificación, puede

afirmarse que comprende los tres aspectos básicos de la vida humana: El hombre, su entorno y las actividades que aquél promueve y desarrolla.

A su vez, los sistemas de información señalados, por razón de la *función* que en cada caso se les encomienda, pueden servir a la: *Gestión*, a la *protección jurídica o legal* y al *estudio o planeamiento*.

Los Registros de la Propiedad son fundamentalmente un instrumento de información dentro de los sistemas de información referidos al territorio. Si bien, tradicionalmente, se les ha estudiado desde su peculiar perspectiva jurídica, en cuanto primordialmente están dirigidos a la *defensa y seguridad jurídica relativa al tráfico de bienes inmuebles*, no es menos cierto que, un correcto dimensionamiento de los mismos, y la dinámica derivada de su organización y estructura, les hace particularmente idóneos para asumir otras funciones de *gestión* (piénsese en las actuales oficinas liquidadoras de partido) y de colaboración en el *planeamiento*.

Desde la primera de las perspectivas (la típicamente registral) se van a desarrollar a continuación unas notas en las que, para empezar, conviene poner de relieve lo injusto y erróneo que resulta atribuir a la mecánica de la institución registral *«la pervivencia artificial de la concepción civil individualista del derecho de propiedad en una especie de mundo cerrado aparte y al margen de la nueva realidad de la total regulación de aquel derecho por la ordenación urbanística»*.

La *«ineficacia e inaplicación de algunos preceptos de la Ley del Suelo y la grave obstaculización de la operatividad de las determinaciones de la ordenación urbanística»* (1) entendemos que son el resultado complejo y problemático de una serie de causas dispares, aunque algunas estén encadenadas entre sí. Sin analizarlas exhaustivamente podrían reconducirse a las siguientes:

PRIMERA. La dificultad tremenda con la que ha tropezado y tropieza todavía el planeamiento urbano, como función pública, para introducir en la sociedad destinataria de aquél y ser plenamente aceptados por ésta, los planteamientos y criterios por los que se crea, delimita y sustantiva un nuevo concepto de la propiedad, distinto al romano, en el que determinados deberes, obligaciones y cargas constituyen y definen su contenido normal y la natural cristalización de unos principios que inspiran la función social a que debe estar dirigida. *«LA FUNCION SOCIAL»*, como dice SUSTAETA ELUSTIZA (2), *«para una debida actuación, exige un ponderado estudio del tiempo y de la forma de integrarse en las reglas de Derecho. Tanto uno como otras, son fruto del oportunismo socio-*

(1) LUCIANO PAREJO ALFONSO: «La ordenación urbanística y el Registro de la Propiedad: Un problema de coordinación», *R. A. P.*, núm. 88, enero-abril 1979, página 227.

(2) ANGEL SUSTAETA ELUSTIZA: *Propiedad y Urbanismo*, pág. 294.

político imperante, así como su objetivación y fijeza a través de una política legislativa de límites, obligaciones y cargas, o de estímulos e incentivos a señalar, a cargo o a favor del propietario por su condición de tal».

Esto nos lleva a considerar como cierta la teoría por la que cada sociedad organiza el espacio urbano y rural, en íntima conexión con los principios rectores dominantes de su sistema político, económico y social.

SEGUNDA. En función al nivel de aceptación más o menos generalizada de los planteamientos antes señalados, se ejercen cuantitativa y cualitativamente en mayor o menor grado por las entidades y órganos urbanísticos, las facultades de inspección y fiscalización del planeamiento que las normas vigentes en cada caso les atribuyen. En el desarrollo de las sociedades se trata de un proceso lento, progresivo, en el que se ponen de manifiesto las contradicciones internas del sistema político, social y económico imperante, y aparecen los grandes actores que intervienen en el proceso de organización del espacio, sus objetivos, sus estrategias y sobre todo los intereses que representan.

TERCERA. La falta de coordinación entre los diferentes organismos y entidades a los que, de un modo u otro, les están atribuidas competencias en materia de ordenación del territorio, planeamiento urbano y control de su ejecución, y que propicia en la práctica un inhibicionismo con apoyatura muchas veces en la deficiente, ambigua o equívoca legislación sobre la materia.

CUARTA. La inexistencia de un sistema de información integrado sobre áreas territoriales determinadas. Es indispensable que los diversos centros de información existentes, de los cuales fluye o a los que llega información correspondiente a espacios urbanos o rurales específicos, se integren en un sistema armónico de centros y subsistemas que no sean compartimentos estancos, basado en un buen servicio de información geográfica, y en el que la fórmula *información centralizada-aislada* sea sustituida por la de *información descentralizada-coordinada*.

2. PUBLICIDAD REGISTRAL Y PUBLICIDAD URBANISTICA

Señala Díez-PICAZO (3) *que la finalidad del Registro de la Propiedad es la «publicidad oficial» de la situación jurídica de los bienes inmuebles. Amplia fórmula ésta que, como dice el expresado autor, va más allá del*

(3) LUIS Díez-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, página 250.

simple conocimiento de la existencia del dominio o derecho real sobre un inmueble, puesto que el Registro da a conocer toda la peculiar estructura de cada uno de los poderes jurídicos que sobre el inmueble existen (persona titular, contenido del derecho, limitaciones, condiciones, etc.).

Esa publicidad oficial puede desplegar su función o energía en alguna de estas cinco direcciones recogidas por ROCA SASTRE (4):

- 1.º *Como instrumento protector de terceros adquirentes.*
- 2.º *Como instrumento de afección de lo inscrito.*
- 3.º *Como instrumento de cognoscibilidad legal de los asientos registrales.*
- 4.º *Como mero instrumento de información del contenido del Registro.*
- 5.º *Como instrumento de valor constitutivo de la existencia del derecho inscrito.*

Pues bien, la publicidad inmobiliaria registral, organizada de acuerdo con un criterio singularizador o particularizador, a fin de evitar confusio-nismos y de lograr la clara identificación y determinación de la finca, soporte físico o material del dominio y derechos reales (principio de especialidad), justifica, como decía FUENTES SANCHIZ (5) que pueda afirmarse sin exageración *que no haya ningún otro medio mejor para asegurar las decisiones urbanísticas que el arroparlas con los principios registrales.*

Es evidente que, la publicidad registral no basta, si no se procede, como señala SUSTAETA (6), *a una verdadera institucionalización de la publicidad urbanística, para lo que es preciso una adecuada conexión de los distintos medios de publicidad arbitrados por el ordenamiento urbanístico.* Estima el autor citado, a nuestro juicio muy acertadamente, que *el modo natural de enlace, el hilo conductor entre la realidad jurídica derivada de los planes y la realidad jurídica derivada del Registro de la Propiedad, adonde llega concretada e individualizada la propiedad urbanística mínima susceptible de titularidad dominical, es la cédula urbanística, como documento que deberá reflejar literaria y gráficamente el régimen de uso del suelo y, en su caso, de edificación sobre el mismo.*

Sólo un decidido intento de frustrar el normal desarrollo de la institución registral por los cauces que le son propios por su naturaleza y función, implicándola correctamente en el mecanismo de la publicidad urbanística, puede explicar el dogmatismo absurdo de quienes se empeñan en independizar la creación jurídica denominada «entidad hipo-

(4) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, vol. 1, pág. 317.

(5) FUENTES SANCHIZ: *En torno al urbanismo*, pág. 34.

(6) *Op. cit.*, págs. 458 y ss.

tecaria» de la finca como soporte físico o material del dominio, con su contingente de facultades, limitaciones, deberes y cargas, y como unidad real perfectamente identificable en un punto geográfico determinado, válida para cualquiera de los centros de decisión o sistemas de información, sea cual sea su estructura, organización, funcionamiento y fines.

3. ALGUNAS REFERENCIAS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA LEGISLACION URBANISTICA

Con carácter general, señala el artículo 221 de la Ley del Suelo (en adelante. L. S.)—texto refundido aprobado por Real Decreto de 9 de abril de 1976—que: «Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización.»

De acuerdo con el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, la práctica de asientos en los libros registrales se llevará a cabo en base a los siguientes títulos presentados: Escrituras públicas, resoluciones judiciales y actos administrativos. Tanto estas posibilidades como las que resultan de los diversos tipos de asientos a practicar (inscripciones propiamente dichas, anotaciones *stricto sensu*, notas marginales y cancelaciones) presuponen la incardinación de la actuación urbanística en el marco de la publicidad registral, como veremos a continuación al examinar otros preceptos.

La obligatoriedad de observancia de los Planes, y que comporta el uso de los predios de acuerdo con el destino previsto (art. 58, 1, primera L. S.), encuentra en cuanto al régimen de utilización de ciertos terrenos una excepción en el apartado segundo del citado artículo 58 L. S. en favor de *usos y obras justificadas de carácter provisional* (vid. también 84, 1; 127 L. S.; 5.º, 5. d), R. E. F. y 42, 1, R. G.), previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo y que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento. La autorización concedida, aceptada por el propietario de esos terrenos, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. Se desarrolla esta excepción en el artículo 42 del vigente Reglamento de Gestión Urbanística (R. G., en adelante), aprobado por Real Decreto el 25 de agosto de 1978.

El artículo 62 L. S., aunque no hace directa referencia al Registro de la Propiedad, plantea, sin embargo, la necesidad de un desarrollo para lograr, con la adecuada cobertura de la publicidad registral: 1.º La afectación de las fincas inscritas al cumplimiento de los compromisos contenidos

entre el promotor-propietario de urbanizaciones de iniciativa particular y el Ayuntamiento, y entre aquél y los futuros adquirentes de parcelas (artículo 53, 2, letras *d*) y *e*), L. S.). 2.º La cognoscibilidad legal indubitable y, por ende, la absoluta protección jurídica de terceros adquirentes, en las situaciones derivadas de la enajenación de terrenos no susceptibles de edificación según el plan, o de edificios o industrias fuera de ordenación, así como de terrenos en proceso de urbanización. En efecto, el artículo 62 L. S., partiendo del principio general recogido en el artículo 55 L. S. de la publicidad de los planes, señala tan sólo el deber de hacer constar determinadas circunstancias urbanísticas en el «título de enajenación», estableciendo en el último apartado que «la infracción de las disposiciones del mismo facultará al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de daños y perjuicios».

Frente a la tesis mantenida por MARTÍN BLANCO (7) y por SUSTAETA (8) de que *la facultad de rescindir el contrato, se da independientemente del conocimiento por el adquirente de la situación jurídica de la finca transmitida, y que la Ley del Suelo parece presumir al señalar el carácter público de los planes*, LUCAS FERNÁNDEZ (9) estima que *tal acción puede darse tan sólo respecto del adquirente que sea tercero hipotecario protegido por la fe pública registral*. Por consiguiente, parece que obtenida la cobertura registral por la constancia en el Registro de la Propiedad de las circunstancias urbanísticas de la finca adquirida, no podría nunca entrar en juego la facultad rescisoria del expresado apartado 4 del artículo 62 L. S. Lo contrario, como señala SAPENA (10), significaría la *«alteración de la propia esencia de nuestro derecho que toma la buena fe como piedra sillar y viene casi a confundir la seguridad de tráfico con la buena fe, principio sancionado en el artículo 7.º, 1, del Código Civil, que, a renglón seguido, recoge la figura del abuso del derecho íntimamente vinculada al anterior principio»*. En resumen, por tanto, de seguirse esta segunda dirección, podríamos sentar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El deseable desarrollo del artículo 62, para hacer posible el conocimiento *erga omnes* de determinadas circunstancias urbanísticas de las fincas mediante su constancia en el Registro de la Propiedad.

(7) J. MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, II, página 359.

(8) *Op. cit.*, pág. 237.

(9) F. LUCAS FERNÁNDEZ: *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, págs. 52 y ss.

(10) J. SAPENA TOMÁS: «Título e inscripción en las Leyes de Urbanismo», *R. D. U.*, año 1971, núm. 24, pág. 81.

SEGUNDA. La utilización de la institución registral en modo alguno invalida el principio general del carácter público de los planes; antes bien, lo completa y operativiza al concretar las determinaciones generales de aquellos sobre porciones del espacio urbano perfectamente delimitadas en cuanto objeto específico del tráfico inmobiliario.

TERCERA. La facultad de rescindir el contrato a que se viene haciendo repetida referencia quedaría tan sólo enervada por el conocimiento a través del Registro de la exacta situación jurídica urbanística de la finca adquirida, sin que sea, por tanto, suficiente el conocimiento derivado de simple publicidad de los planes.

El artículo 68 L. S. prevé «la necesidad de constituir, modificar o extinguir servidumbres sobre fincas para lograr la ejecución de los planes o bien para adecuar aquéllas a las determinaciones de éstos». Pues bien, los actos administrativos de constitución, modificación o extinción forzosa de servidumbres serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en la forma prevista para las actas de expropiación, cuyas circunstancias y requisitos se especifican en la Orden de 9 de marzo de 1964.

A diferencia de los *usos y obras de carácter provisional*, el artículo 83, 2, L. S. y 39, 2, R. G. prevén la autorización para realizar *construcciones destinadas a fines industriales* en las zonas permitidas cuando la seguridad, salubridad y no contaminación quedaren suficientemente atendidas y el propietario asumiere las obligaciones establecidas en el artículo 83, 3, primero, L. S. (46, 2, R. G.), mediante inscripción en el Registro de la Propiedad. Estas obligaciones se refieren a las cesiones gratuitas a los Ayuntamientos de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y centros de Educación General Básica.

El capítulo III del Título II de la L. S., dedicado a regular las *parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*, resulta particularmente rico en sugerencias y llamadas a la institución registral. Los actos de parcelación, en cuanto implican la división de terrenos en porciones adecuadas para servir de base a una edificación, tienen relevante importancia en la acción urbanística, constituyendo condición indispensable para su óptima utilización con fines urbanos.

En esta exposición, que, aun incurriendo en tópico frecuente, no pretende en modo alguno agotar la materia, nos referiremos a algunos artículos de especial interés, sin perjuicio de volver más tarde a tratar del problema de las parcelaciones urbanísticas.

Así, el artículo 95, 2, L. S. señala que «los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de indivisibles cuando se encontraren en cualquiera de los casos señalados en los apartados a), b), c) o d) del mismo artículo. En relación con este último su-

puesto (parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área, cuando se construyere el correspondiente a su superficie), el apartado 3 del artículo 95 L. S. indica que al otorgarse licencia de edificación «se comunicará al Registro de la Propiedad para su constancia en la inscripción de la finca».

A su vez, el artículo 96, 3, L. S. recoge «la exigencia por parte de Notarios y Registradores al autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, de que se acredite el otorgamiento de la oportuna licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento».

El artículo 97 L. S. define la *reparcelación* como «una operación compleja dirigida a la agrupación de las fincas comprendidas en un polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos». Su objeto es distribuir de manera justa los beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística y regularizar la configuración de las fincas, situando su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al Plan.

A lo largo del proceso reparcelatorio interviene el Registro de la Propiedad como instrumento adecuado para lograr el correcto funcionamiento del sistema y la consecución de los objetivos perseguidos por la reparcelación.

«Una vez iniciado el expediente» (art. 102 R. G.) «la Administración actuante recabará de oficio del Registro de la Propiedad correspondiente, certificación de titularidad y cargas de todas las fincas incluidas en la unidad reparcelable.» «Firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la reparcelación, el organismo que lo hubiere adoptado procederá a otorgar escritura pública o a expedir documento con las solemnidades y requisitos establecidos para las actas de sus acuerdos. En los mismos se describirán las propiedades antiguas y las cargas, gravámenes, condiciones y demás derechos que les afecten, y las fincas resultantes, expresando respecto a cada finca, la antigua a que corresponda o el derecho que da lugar a la adjudicación, así como las causas y gravámenes, condiciones, sustituciones y demás derechos que las afecten por no ser incompatibles con el planeamiento. La escritura pública o el documento administrativo antes referido, protocolizado notarialmente, se inscribirá en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en la legislación hipotecaria»; y con las normas que a continuación señalan los artículos 101, 1 y 2, L. S. y 113 y 114 del R. G.

En síntesis, el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación producirá, entre otros, los siguientes efectos: a) subrogación, con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas; b) afectación real de

las parcelas adjudicadas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema de actuación correspondiente (arts. 100, L. S. y 122 y 126 R. G.).

«La expresada subrogación real tendrá lugar siempre que quede claramente establecida la correspondencia entre las fincas antiguas y las fincas resultantes. En otro caso, el acuerdo constituirá un título de adquisición originaria a favor de los adjudicatarios y éstos recibirán la plena propiedad de aquéllas, libre de toda carga que no se derive del propio acuerdo. Cuando alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento, y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad, y en este último supuesto su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva en la cuantía en que la carga fuera justipreciada» (arts. 101, 3, L. S. y 123 R. G.).

«En cuanto a la afección de las fincas resultantes al pago de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación, aquélla será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos en favor del Estado del artículo 1.923, 1, C. c., y a los demás créditos tributarios en favor del Estado que estén vencidos y no satisfechos y se hayan hecho constar en el Registro antes de practicarse la repetida afección» (arts. 126 R. G.).

El Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, al que hemos venido haciendo referencia, contiene también normas especiales con trascendencia registral para la reparcelación voluntaria (art. 115); la reparcelación simplemente económica (art. 116), dirigida a regular sus efectos en la determinación de las indemnizaciones sustitutorias que procedan entre los afectados; y en la denominada normalización de fincas (art. 117), para regularizar su configuración física con objeto de adaptarla a las exigencias del planeamiento.

La legislación urbanística, al tratar de los *sistemas de actuación*, contempla el papel del Registro de la Propiedad de la siguiente forma, que brevemente examinamos:

Así, los artículos 129 L. S. y 168 y 169 R. G., al referirse al *sistema de compensación*, señalan que «los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, haciéndose constar esta circunstancia en el Registro de la Propiedad». Esta nota produce los mismos efectos indicados por el artículo 102 en relación con el procedimiento de reparcelación, de manera que los titulares de derechos que accedan al Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. Conforme el artículo 174, 4, R. G. los efectos

jurídicos derivados de la aprobación definitiva del proyecto de compensación y la inscripción del correspondiente acuerdo en el Registro de la Propiedad seguirá las mismas reglas que las antes expuestas respecto a la reparcelación.

Según el artículo 177 R. G., «las Juntas de Compensación podrán concertar créditos con garantía hipotecaria de las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas para la realización de las obras de urbanización. Si se emitieren títulos se aplicará lo dispuesto para la constitución de la hipoteca en garantía de los títulos transmisibles por endoso o al portador en los artículos 154 y concordantes de la Ley Hipotecaria».

También, y a semejanza de lo dispuesto para la reparcelación, el artículo 173 R. G. establece la afección con carácter real y con los mismos efectos de las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación, al pago de la cantidad que corresponde en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación.

En el *sistema de cooperación* se prevé en el artículo 188 R. G. la afectación real de las fincas al cumplimiento de las cargas y pago de los gastos inherentes al sistema.

Por último, y en lo que se refiere al *sistema de expropiación*, es fundamental el juego de la publicidad registral para determinar, llegado el caso, a quién ha de hacerse efectivo el pago del justiprecio (art. 139, 2, L. S. y 205 R. G.). Por su parte, los artículos 140 y 141 L. S. y 209 y 210 R. G. regulan con detalle la inscripción de las actas de ocupación y la constancia registral de las superficies objeto de actuación, así como la posible aparición de terceros interesados que no sean titulares inscritos o los que, siéndolo, no fueron, sin embargo, tenidos en cuenta en el expediente.

«Conforme al artículo 52 R. G., el Ayuntamiento u órgano actuante podrá ocupar los terrenos destinados a sistemas generales de la ordenación urbanística comprendidos en un plan parcial o especial sin necesidad de acudir a la expropiación forzosa, una vez iniciado el procedimiento de reparcelación o compensación en el polígono en el que por tener un exceso de aprovechamiento con relación al de todo el suelo urbanizable programado hayan de hacer sus derechos efectivos los propietarios afectados por los sistemas generales. En el acta de ocupación (art. 53 R. G.) se expresarán, entre otras, las circunstancias siguientes: Cargas reales que pesarán sobre los terrenos ocupados, titulares de las mismas y referencia a los datos registrales. El duplicado del acta expresada se enviará por el órgano actuante al Registro de la Propiedad para hacer constar el hecho de la ocupación al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Obtenida la certificación administrativa en la que consten las unidades de aprovechamiento que correspondan a cada parcela ocupada (ar-

título 54 R. G.), el titular del dominio o del derecho o carga real transformado podrá otorgar escritura de declaración o especificación de las unidades de aprovechamiento derivadas de su derecho, en la que se describirá la finca o derecho de que proceden, y el polígono en que hayan de hacerse efectivas, haciendo constar las cargas que, en su caso, subsistan. La escritura indicada se inscribirá en el Registro de la Propiedad, en el mismo folio de la finca ocupada, y si declarase sólo parte de las unidades de aprovechamiento correspondientes a la misma, se inscribirá como cuota pro indiviso del dominio. Si la ocupación no hubiese afectado a la totalidad de la finca se segregará previamente la parte ocupada. Las transmisiones posteriores de todas o parte de las unidades de aprovechamiento se inscribirán en el mismo folio registral de la finca ocupada, que no se cancelará hasta que se inscriba el acuerdo de reparcelación o compensación del polígono, en que los titulares de las citadas unidades de aprovechamiento hayan de hacer efectivos sus derechos. Los titulares de cargas reales no liberadas ni transformadas en unidades de aprovechamiento conservarán todas sus acciones para la defensa y ejecución de su derecho, que seguirá vigente sobre la parcela o cuota pro indiviso que en los acuerdos de compensación o reparcelación se adjudique al titular o titulares de las unidades de aprovechamiento derivadas de la finca primitivamente gravada, por el principio de subrogación real. Si las unidades de aprovechamiento gravadas se hubieran enajenado parcialmente, el titular de la carga podrá repetir íntegramente su contenido contra cualquiera de los grupos de unidades de aprovechamiento que pertenezcan a distinto titular o contra todas ellas a la vez, conforme al sistema de los artículos 123 de la Ley Hipotecaria y 221 de su Reglamento.»

El Título IV del vigente Texto Refundido de la L. S. regula el ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo, dedicando el capítulo primero al *fomento de la edificación*.

Parte el artículo 154 L. S. del deber de los propietarios de solares de emprender la edificación sobre los mismos dentro del plazo fijado en los correspondientes planes o programas de actuación urbanística. Transcurrido dicho plazo, las parcelas quedarán en situación de venta forzosa, debiendo ser individualizadas e inscritas por el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier persona, en el Registro Municipal de Solares. A estos efectos tienen también la consideración de solares las fincas en las que existan construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas al lugar en que radiquen.

El Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares de 5 de marzo de 1964 (en adelante, R. E. F.), que desarrolla en esta materia el contenido de los artículos 154 a 164 L. S., excluye de la obli-

gación de edificar antes expresada «a las fincas que, aun siendo susceptibles de mayor aprovechamiento del suelo, sean, sin embargo, gravadas con servidumbre u otro derecho que limite su utilización, los cuales deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad, sobre el predio sirviente y a favor del Estado o del órgano urbanístico, conforme a lo dispuesto en el artículo 221 L. S.» (art. 7.º R. E. F.).

La importancia del Registro de la Propiedad queda patente en las diferentes fases reguladas en el citado Reglamento y a las que sucintamente nos referiremos:

- En el Registro Municipal se harán constar las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas inscritas en el Registro de la Propiedad y circunstancias personales de sus titulares, así como que queda inscrita en éste la resolución firme que declare incumplida la obligación de edificar (art. 10 R. E. F.).
- La iniciación del expediente de inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares se notificará a los titulares de derechos reales y situaciones jurídicas inscritas o anotadas en el Registro de la Propiedad (art. 15 R. E. F.).
- La inclusión de la finca en el Registro Municipal se hará constar en el Registro de la Propiedad, mediante nota al margen de la última inscripción de dominio del inmueble, y será cancelada al cabo de cinco años si no se practicare asiento acreditativo de modificación del plazo o del procedimiento de enajenación forzosa (art. 18 R. E. F.).
- En el supuesto de que el inmueble no estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad, o no constare el nombre del propietario, se extenderá anotación preventiva que caducará, en su caso, a los cuatro años de su fecha (art. 19 R. E. F.).
- La resolución que declare el incumplimiento de la obligación de edificar se hará constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca, e implica el que ésta quede en situación de enajenación forzosa, con el carácter de carga real que se consignará en las certificaciones que de la finca se expidan. El Registrador queda obligado, en tanto subsista el procedimiento o se encuentre vigente la nota, a comunicar al Ayuntamiento los cambios de titularidad de la finca y las modificaciones objetivas de ésta que se inscriban (arts. 26 y 27 R. E. F.).
- El procedimiento de enajenación forzosa de la finca tendrá carácter expropiatorio, aplicándose lo dispuesto en el artículo 32

- del Reglamento Hipotecario, en sus reglas 2.^a y 5.^a (artículo 31 R. E. F.).
- Cuando se utilice el procedimiento especial del artículo 4.º de la Ley de 21 de julio de 1962, el Ayuntamiento remitirá de oficio el expediente al Notario que corresponda, acompañado de certificación acreditativa de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad, para que tramite la ejecución mediante su venta en pública subasta (art. 34 R. E. F.).
 - Las notificaciones notariales a los titulares de situaciones jurídicas inscritas con anterioridad a la nota marginal prevista en el artículo 27 R. E. F. se hará en los domicilios que figuren en el Registro de la Propiedad y si no constaren en la propia finca (artículo 35 R. E. F.).
 - La escritura en la que conste la adjudicación del inmueble y las demás circunstancias esenciales del procedimiento seguido, se inscribirá en el Registro de la Propiedad a nombre del comprador, cancelándose, en su caso, las cargas conforme a lo prevenido para los expedientes de expropiación forzosa. En la inscripción se harán constar las condiciones y plazos de edificación que serán cancelados mediante la escritura de declaración de obra nueva con la certificación administrativa correspondiente (art. 38 R. E. F.).

Otro de los instrumentos legales previstos por la legislación urbanística para lograr el fomento de la edificación (viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales, etc...) es la constitución del *derecho de superficie*, que deberá ser, en todo caso, formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 172 L. S.).

Hemos recogido hasta aquí las principales referencias de la legislación urbanística a la institución registral. Evidentemente, no se agotan en aquéllas todas las enormes posibilidades que el Registro de la Propiedad brinda para lograr convertir en realidad, mediante el montaje de los instrumentos y mecanismos adecuados, el principio de seguridad del tráfico de bienes. Cualquier determinación de los planes de ordenación urbana—piénsese, por ejemplo, en la política de conservación de bienes inmuebles catalogados por formar parte del patrimonio histórico y artístico—(arts. 18, *f*); 19, *c*); 25 y 73, *a*), L. S. y 11, *f*); 78, *f*); 86 y 87 del vigente Reglamento de Planeamiento—R. P.—aprobado) que incida de alguna manera en las facultades de los propietarios de los mismos, sin perjuicio de la posible constancia en los Registros administrativos creados al efecto, lo que en definitiva exigirá una adecuada coordinación,

deberá acceder al Registro de la Propiedad desde el momento que es en éste donde se polariza y condensa la mayor parte del tráfico jurídico inmobiliario. Dicho acceso se producirá en la forma de inscripciones propiamente dichas (para la constancia de actos fundamentales reflejo de la constitución o modificación de derechos reales); de anotaciones preventivas (como asientos dirigidos a garantizar el resultado de determinadas actuaciones); de notas marginales (para consignar situaciones como aquellas a las que hace referencia el art. 19 R. E. F., relativas a la existencia de procedimientos en curso), y de cancelación (para hacer constar la extinción de derechos reales inscritos). Es el caso previsto en el artículo 63, 3, L. S., relativo a la extinción de servidumbres.

Como afirma SUSTAETA ELUSTIZA (11), *la disociación entre lo urbanístico y lo registral no puede admitirse a menos de remitir a la clandestinidad un gran número de circunstancias de vital importancia hoy en el tráfico de inmuebles, dando lugar a toda clase de especulaciones y favoreciendo todo tipo de fraudes y ocultaciones*. El autor citado señala como imprescindible *una mayor apertura registral en orden a la admisión y debida constancia de las circunstancias urbanísticas de la propiedad, con una debida puesta al día de la legislación hipotecaria, aun cuando ello conlleve algunas innovaciones, modificaciones e incluso derogaciones*. (La disposición final 13 de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la del Suelo, autorizaba al Gobierno «para que, a propuesta del Ministerio de Justicia, y previo informe del Ministerio de la Vivienda, dictara las disposiciones precisas para acomodar la legislación hipotecaria a lo dispuesto en aquélla, a fin de asegurar que las limitaciones y deberes en ella establecidos, y en los planes, programas, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos se reflejaran con toda exactitud en el Registro de la Propiedad».)

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS PARCELACIONES URBANÍSTICAS

Lo que se pretende en este apartado es, apuntar someramente, una realidad que se plantea con mucha frecuencia en determinados municipios y ante la cual, triste es decirlo, el Registrador de la propiedad, al igual que otros profesionales y entidades públicas, se encuentran, si no con un vacío legal en sentido estricto, sí con varias zonas o franjas grises en las que les es difícil encontrar la solución correcta o inferir en la aplicación de la ley, lo auténticamente querido por el legislador.

(11) *Op. cit.*, págs. 452 y 453.

La primera zona gris está constituida por el artículo 94 L. S., que define la *parcelación urbanística* como: *La división sucesiva o simultánea de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, en la forma en que ésta se defina reglamentariamente*. Por consiguiente, no hay *parcelación urbanística* cuando la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes no pueda dar lugar a la constitución de un *núcleo de población*. Se utiliza aquí un concepto típicamente sociológico para servir de base a una noción jurídica. La confluencia de los dos, da lugar a una definición indeterminada y cuya determinación se prevé que se haga por vía reglamentaria. La Ley del Suelo y el Reglamento de Planeamiento contienen las siguientes referencias al concepto de núcleo de población:

- El artículo 85, 1, segunda L. S., al tratar de las edificaciones en el *suelo urbanizable no programado*, dice que «*podrán autorizarse edificios aislados destinados a vivienda familiar en lugares en los que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población*», limitación ésta aplicable también al *suelo no urbanizable*, conforme al artículo 86 L. S.
- El artículo 34, d), del Reglamento de Planeamiento de 23 de junio del 78 amplía un poco la expresión, señalando que: «*los planes generales en suelo urbanizado no programado definirán el concepto de núcleo de población, con base en las características propias del municipio, ESTABLECIENDO LAS CONDICIONES OBJETIVAS QUE DAN LUGAR A SU FORMACION*». La misma regla se contiene en el artículo 36, 6, R. P. para el *suelo no urbanizable*, y en los artículos 90, c); 92, c), y 93, c), R. P., en relación con las determinaciones que han de contener las normas subsidiarias de planeamiento municipal de ámbito provincial y municipal.

Como puede observarse en las disposiciones citadas, el concepto en cuestión no se aclara ni siquiera por una definición aproximativa o estandarizada del mismo, sino que se remite su concreción a los respectivos planes generales o normas complementarias y subsidiarias de planeamiento.

Tan sólo puede encontrarse una pauta para llegar a una aproximación del concepto en los siguientes artículos:

- El 85, 1, segundo, L. S., cuando afirma que: «*no se podrán realizar en suelo urbanizable no programado otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guar-*

den relación con la naturaleza y destino de la finca» (limitación aplicable, según el art. 86, 1, L. S., al suelo no urbanizable, y que se recoge también en los arts. 44, 1, segunda, y 45, 1, R. G.).

- El artículo 86, 2, L. S. y su complementario 45, 2, R. G., a cuyo tenor *«los espacios que por sus características, según el Plan General, deban ser objeto de una especial protección a los efectos de esta Ley (la del Suelo) no podrán ser dedicados a utilizaciones que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se quiera proteger».*

¿Puede, del examen de los preceptos mencionados, desprenderse algún elemento fáctico que guarde relación, siquiera sea indirecta, con el concepto cuya aclaración perseguimos? Sólo indicios, no suficientes a nuestro juicio, como para llegar a conclusiones que permitan, con un mínimo de rigor jurídico, calificar como de urbanística una parcelación de terrenos, y aplicarle lo dispuesto en el artículo 96, 2, y 178 de la vigente Ley del Suelo. El hecho de que en aquéllos se llevan a cabo construcciones que no responden al criterio tradicional de su funcionalidad agrícola o se destinen a usos distintos a los habitualmente atribuidos a su naturaleza no basta para perfilar una noción jurídica. ¿Es que la forma de las construcciones o edificios en predios rústicos está absolutamente tipificada? ¿Se puede afirmar que el uso y destino agrícola de las fincas rústicas responde al criterio de *numerus clausus*? O, por el contrario, ¿no es cierto que, cada vez más, lo mismo que en el contexto de la propiedad urbana en sus diversas manifestaciones (propiedad horizontal, urbanizaciones residenciales de temporada, fincas cuyo uso está dividido temporalmente por períodos de tiempo entre los propietarios, etcétera), la libertad de iniciativa privada y el desgaste que en el ser humano produce la sociedad de consumo y trabajo en la que está inmerso, dan lugar a nuevas formas de hábitat en medios rústicos, en los que el tiempo libre se pueda dedicar a las tradicionales faenas agrícolas o al menos a trabajos que, difiriendo sustancialmente de los que se realizan en los núcleos urbanos, compensen el desgaste diario y supongan al fin y al cabo una nueva vuelta y entrega a la naturaleza?

Vaya por delante nuestra rotunda afirmación de que con esta pequeña disgresión no tratamos de justificar, y mucho menos de alentar, a los desaprensivos que han convertido y siguen, desgraciadamente, convirtiendo el medio rural en objetivo de sus especulaciones.

Sólo queremos señalar la enorme dificultad de fundar un criterio calificador sobre tan inciertas bases como las apuntadas. Porque una cosa

es lo que el Registrador pueda razonablemente intuir como cierto a la vista de un documento en que se efectúen las parcelaciones expresadas, y otra cuestión que del simple examen de aquél, sin el apoyo logístico de un buen catastro que le preste información de la realidad física en constante evolución y sin la debida colaboración de las entidades a quienes les está encomendado primordialmente el velar por el cumplimiento de las normas urbanísticas y la adecuada ejecución de los planes, pueda convertirse en el único agente responsable de salvaguardar la legalidad urbanística, siquiera tenga en esta materia, según nuestro punto de vista, mucho que decir y que hacer.

Nos queda por examinar en esta búsqueda aproximativa de elementos que permitan delimitar y definir el concepto de *núcleo de población* los artículos 75 L. S. y 47 y 100 del R. P. El primero de los preceptos señalados dice que: «*En los planes parciales se deberá fijar una densidad que no podrá ser superior a 75 viviendas por hectárea, en función de los tipos de población, usos pormenorizados y demás características que se determinen reglamentariamente. Lo dispuesto en ese artículo y en el 47 R. P. será de aplicación a las zonas incluidas en los sectores definidos por los planes generales en suelo urbanizable programado, y en el no programado, por los Programas de Actuación Urbanística, así como en las zonas declaradas aptas para la urbanización por las Normas subsidiarias de Planeamiento.*»

Si en el primer grupo de disposiciones analizadas se hacía referencia al *tipo o clase de construcciones*, o al *uso y destino de las fincas*, en este segundo grupo se fija un criterio de *densidad por hectárea en viviendas*. Es obvio que la constitución de un *núcleo de población* requiere, entre otros, los siguientes factores: *a)* un cambio o modificación sustancial en el uso o destino anterior de los predios o terrenos; *b)* una determinada forma de habitación traducida en una serie uniforme o pluriforme de edificaciones; *c)* y un número determinado de éstas, capaz de servir de alojamiento (vivienda) a un número de personas indeterminado, pero susceptible de conocerse de manera aproximativa. Sin embargo, el concepto se integra por otra serie de factores y elementos básicos que no aparecen en las normas relacionadas como tales: Grado de permanencia del elemento humano, esto es, nivel de estabilidad del factor poblacional sobre el área territorial determinada (piénsese en los grandes núcleos urbanos que quedan desérticos durante el invierno para convertirse en ciudades hacinadas durante la etapa estival); equipamientos existentes, características de la red viaria; necesidades de servicios elementales, como agua, luz, alcantarillado, etc.

Basta lo expuesto para concluir, que resulta absolutamente inseguro deducir el concepto de *núcleo de población* del binomio *parcelación +*

+ *construcción*, y todavía más arriesgado calificar de urbanística, por referencia a aquel concepto, la simple división de un terreno en dos o más lotes, máxime cuando el reflejo documental de la operación señalada precede habitualmente en el tiempo a la formalización de los actos declarativos de edificaciones realizadas en los predios resultantes de las expresadas divisiones.

Las consecuencias inmediatas que se derivan de calificar como de urbanística una parcelación vienen recogidas en los artículos 96 y 178 de la Ley del Suelo:

- En primer lugar, *no se podrán realizar las que tengan ese carácter sin que previamente haya sido aprobado un Plan General cuando afecte a suelo urbano, o sin la previa aprobación del Plan Parcial del sector correspondiente para el suelo urbanizable. En suelo no urbanizable, en ningún caso podrán realizarse parcelaciones urbanísticas.* Se complementa el apartado 1 del artículo 96 L. S. que acabamos de examinar con el artículo 85, 1, cuarta, y 86, 1, L. S., y 44, 1, cuarta, y 45, 1, R. G., aplicables *nada más al suelo urbanizable no programado* (en tanto no se apruebe el correspondiente Programa de Actuación Urbanística) y al *suelo no urbanizable* (este último por calificarse así en el Plan General o Normas subsidiarias, o conforme al art. 81 L. S. cuando no exista planeamiento). De acuerdo con estos preceptos, referidos, como decimos, nada más que a estos dos tipos de terrenos, *en las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de los mismos (que tienen la consideración de rústicos), no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria* (artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973).
- En segundo lugar, otra consecuencia que resulta de calificar de urbanística una parcelación es la de que quedará sujeta a la correspondiente licencia municipal (arts. 96, 2, y 178 L. S.). De este último precepto se infiere claramente que la obtención de la licencia constituye un *requisito previo* para poder llevar a cabo parcelaciones urbanísticas.
No entendemos que haya que atribuirle distinto significado y, por tanto, efectos al vocablo «urbanas» del artículo 178 y al de «urbanísticas» del artículo 96, que adjetivan en cualquier caso al término «parcelaciones».
- La tercera consecuencia (art. 96, 3, L. S.) *es que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e ins-*

cribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

- Por último, el apartado 4 del artículo 96 L. S., tantas veces citado, señala que *«en ningún caso se considerarán solares, ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones de este artículo o el que antecede»*. (El art. 95 L. S. señala las parcelas indivisibles.)

Como resumen, y antes de considerar la cuestión desde el ángulo notarial y registral, podemos sintetizar lo expuesto de la manera siguiente:

1.º *En suelo urbano y urbanizable* no puede efectuarse parcelación urbanística alguna en tanto en cuanto se carezca de plan que la autorice.

2.º *En suelo no urbanizable* no pueden nunca efectuarse parcelaciones urbanísticas.

3.º *En el suelo urbanizable no programado* hasta que se apruebe el Programa de Actuación Urbanística, y *en el suelo no urbanizable*, tampoco pueden efectuarse divisiones y segregaciones de terrenos que impliquen fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria.

4.º Toda parcelación urbanística, además de contar con el apoyo de un plan, está sujeta a la obtención previa de la correspondiente licencia municipal. Por consiguiente, y salvando el caso de las licencias municipales ilegales que aquí no vamos a tratar, tan sólo cabe plantearse la obtención de la licencia municipal en los supuestos de parcelaciones que cuenten con plan aprobado, en trámite o que al menos se lleven a cabo en terreno calificado de urbano o urbanizable, pues en el no urbanizable la parcelación urbanística nunca contará con el apoyo del plan.

5.º Los Notarios y Registradores de la Propiedad para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras en las que se formalice una parcelación que tenga el carácter de urbanística exigirán que se acredite el otorgamiento de la licencia correspondiente.

Surgen del examen del apartado tercero del artículo 96 L. S. los siguientes problemas:

PRIMERO: ¿Es lo mismo división de terrenos que parcelación urbanística a los efectos de exigir la correspondiente licencia? Estimamos que, aun cuando fuera del *contexto del precepto citado*, la frase *«división de terrenos»* es concepto genérico dentro del que, como escalón último, se sitúa el de *«parcelación urbanística»*, sin embargo, la interpretación ló-

gica y sistemática del artículo 96 L. S. llama a equipararlos dentro del mismo, por lo que la diferencia terminológica no tiene relevancia jurídica y hay que considerar como sinónimas ambas expresiones.

SEGUNDO: ¿Cómo pueden los Notarios y Registradores saber que se encuentran ante una parcelación urbanística, y que ésta, por razón del terreno en que se efectúa, es susceptible de legalización plena mediante la obtención de la correspondiente licencia?

He aquí uno de los grandes problemas con los que nos encontramos con frecuencia en nuestras oficinas.

El primer paso debe ir orientado a recabar de los órganos y entidades urbanísticas (Ayuntamientos, Comisiones Provinciales de Urbanismo, etcétera...) información sobre la existencia o no de planeamiento en el municipio en cuestión, y clase de éste. Se impone una adecuada coordinación entre nuestras oficinas y las entidades encargadas de administrar el urbanismo, de gestionar la elaboración de los planes y de velar por su ejecución y cumplimiento.

El segundo paso supone el análisis minucioso de la realidad que se trata de documentar públicamente y, en su caso, de inscribir en los Registros de la Propiedad.

Del examen del planeamiento existente, en su caso (planes generales o normas subsidiarias, planes parciales, proyectos de delimitación), y de la cartografía que a aquéllos acompaña puede resultar identificable el área geográfica en la que se lleva a cabo la parcelación y, por consiguiente, conocerse si la división de terrenos se realiza, en principio, en zona apta urbanísticamente para sustentarla.

Desde el punto de vista de la mecánica notarial y registral, creemos que lo que fundamentalmente interesa es averiguar, a la vista del plan y de la cartografía existente, la naturaleza jurídico-urbanística de la porción de terreno parcelada; esto es, si el suelo es *urbanizable* o *no urbanizable*. Pues en el primer supuesto debe solicitarse que se acredite el otorgamiento de la correspondiente licencia, mientras que en el segundo caso, y sin perjuicio de la actitud que deba tomarse y a la que luego se hará referencia, no cabe plantearse la obtención de ésta, lo que no significa que la licencia no se haya obtenido o que no pueda obtenerse en el futuro. Afirmamos rotundamente que la única interpretación posible de lo establecido en el apartado 3 del artículo 96 L. S., en relación con la licencia, es la de que la petición de ésta para que se acredite su obtención, en su caso, debe hacerse antes del otorgamiento de la escritura o de la inscripción en el Registro. No otro es el sentido de la frase «*exigirán para autorizar e inscribir respectivamente*», que se completa a continuación *con el deber de testimoniar en el documento el otorgamiento de la misma*.

Es claro que la *ratio legis* del precepto, independientemente de su redacción literal, es la de justificar previamente la existencia de la licencia de parcelación, para formalizar después ésta, mediante la autorización de documento público y la inscripción de éste en el Registro. Otra cosa sería desvirtuar la naturaleza jurídica de la licencia, en cuanto acto administrativo que legitima la actividad privada; pues, sin perjuicio de que esta legitimación se verifique en determinados casos *a posteriori*, no cabe duda de que por esencia lo debe hacer *a priori*, como claramente manifiesta el artículo 178 L. S.

Ahora bien, en los municipios sin ningún tipo de plan o norma e incluso en aquellos que cuenten con planeamiento, la cuestión estriba no sólo en averiguar la ubicación física del terreno parcelado con objeto de conocer su calificación, sino fundamentalmente (y con ello volvemos al problema planteado al comienzo de este apartado) averiguar si realmente nos encontramos con una parcelación urbanística. En la práctica, los supuestos más comunes son los siguientes:

A) Segregaciones o divisiones múltiples llevadas a cabo por una o varias personas físicas o jurídicas como titulares de un terreno y cuya formalización se efectúa en un solo documento.

Pueden señalarse dos hipótesis:

A.1) En las segregaciones o división del terreno, se respeta formalmente la naturaleza rústica original de la finca, sin que en los lotes resultantes se haga constancia alguna de circunstancias que supongan alteración del uso o destino de la misma. La descripción y cabida de las fincas segregadas o que resultan de la división, se efectúa conforme a lo dispuesto en el artículo 51, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario para las fincas rústicas. Con frecuencia se utilizan expresiones que aluden en la descripción de las fincas a su carácter agrícola y se respeta la unidad mínima de cultivo de la zona.

A.2) En la división del terreno en lotes o en las sucesivas segregaciones, formalizadas simultáneamente en un mismo documento, se hacen constar circunstancias (denominación, linderos, superficie, etc....) a través de las que, claramente se infiere, un cambio de uso o destino respecto del original agrícola del predio y su transformación en un conjunto de parcelas, descritas de acuerdo con los términos establecidos en el artículo 51, regla 3.ª, del Reglamento Hipotecario para las fincas urbanas.

B) Segregaciones o divisiones aisladas, documentadas en varias escrituras otorgadas en diferentes momentos y separadas temporalmente por períodos de tiempo más o menos largos. Pueden adoptar la forma

prevista en los apartados A.1) y A.2), y en adelante les llamaremos B.1) y B.2).

Existiendo algún tipo de planeamiento y si en éste, de acuerdo con las previsiones legales que antes examinábamos, se establecen las condiciones objetivas definitorias del núcleo de población, es posible que al encontrarnos ante cualquiera de los supuestos enumerados, no exista duda alguna para calificar de urbanística una parcelación de terrenos. No queremos insistir otra vez en la dificultad que entraña el extraer esa conclusión del simple fenómeno consistente en la segregación o división de un terreno en lotes, abstracción hecha de otras circunstancias y condiciones que el Notario y el Registrador habitualmente desconocen y que aunque las conocieran no permitirían, a nuestro juicio, formar un criterio rigurosamente técnico con implicaciones jurídicas de gran importancia, sin contar con el órgano administrativo correspondiente.

Por ello, la fórmula práctica no puede ser otra que la de solicitar del interesado que acredite la obtención de *licencia municipal EN TODOS los casos en que existan indicios racionales de estarse produciendo una parcelación que pueda servir de base a un núcleo de población*. Ello ocurrirá siempre en el supuesto señalado antes como A.2). Es en este supuesto donde no caben inhibiciones de ningún tipo, sino que, por el contrario, debe actuarse de manera especialmente activa por parte de Notarios y Registradores, iniciando éstos, siquiera sea *ex novo*, una particular colaboración con los Ayuntamientos y entidades urbanísticas en los términos que más adelante veremos. Igualmente, creemos que debe actuarse en el caso de las segregaciones y divisiones aisladas, señaladas como B.2), esto es, con alteración de la naturaleza de la finca por manifestación de los interesados recogida en el documento público, y descripción siguiendo las reglas de las fincas urbanas. Más difícil será enjuiciar las situaciones que antes hemos señalado como A.1) y B.1), en las que la parcelación urbanística se disfraza con la apariencia de segregaciones o divisiones de fincas rústicas, respetando las normas hipotecarias al respecto y sin que trasciendan signos que indiquen un cambio de uso o destino de las mismas. Indudablemente ambos supuestos presentan características bien diferenciadas, por lo que también se impone una conducta distinta. En efecto, ante la segregación o división múltiple de una finca rústica efectuada en el mismo documento, siquiera sea respetando las reglas hipotecarias al respecto en cuanto a su descripción, cabida, indicación de cultivo, etc., urge buscar el cauce adecuado de una colaboración inter-institucional que permita averiguar la verdadera naturaleza del fenómeno. Hay realidades, como ésta, en cuanto plantea un fraccionamiento, cuantitativamente estimable, de la propiedad rústica, preparatorio normalmente de actos de disposición posteriores, que

no pueden pasar desapercibidos a los órganos encargados de velar por el cumplimiento de las normas urbanísticas. Estos deben de informar, dirigiéndose a las oficinas públicas, en cualquier caso en que llegue a su conocimiento la existencia de parcelaciones que puedan dar lugar a la constitución de núcleos de población o a lo que vulgarmente se conoce como urbanizaciones particulares o privadas.

Los Notarios y los Registradores deben de colaborar. Hay que instrumentar los medios necesarios para que ambos conozcan lo mejor posible la realidad física que en los Registros constituye el soporte objetivo de las inscripciones. Para ello es indispensable, partiendo de las ideas apuntadas al principio de este trabajo, lograr una adecuada coordinación entre los diferentes centros de información que, por razón de su actividad, ofrecen elementos claramente complementarios entre sí y hasta objetivos, en parte, comunes o convergentes.

Como señala CHICO ORTIZ (12), *aprobado un plan de ordenación, es imprescindible que sea conocido en sus más mínimos detalles por las tres instituciones que intervienen en la contratación: La que configura la voluntad privada dando forma legal a la misma, la que controla el aspecto fiscal del acto y la que da firmeza y seguridad jurídica frente a todos de la adquisición realizada.*

Estimamos que además del contacto constante a nivel municipal entre los diversos profesionales ligados de un modo u otro al fenómeno de transformación de la tierra a través del proceso urbanístico, el cauce idóneo de diálogo deben ser las Comisiones Provinciales de Urbanismo, en las que la presencia de Notarios y Registradores necesariamente ha de ser fructífera.

Consideramos que hasta tanto se conviertan en realidad la coordinación y colaboración apuntadas, y en defecto de información oficial remitida a las Notarías y Registros de la Propiedad correspondientes, por las entidades urbanísticas, siempre que haya *indicios racionales* de que la segregación o división de terrenos cuya formalización en documento público e inscripción se pretende, en un solo acto o en varios, más o menos próximos en el tiempo, puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población, deberán elevar la correspondiente consulta al Ayuntamiento o a la Delegación Provincial de Obras Públicas y Urbanismo correspondiente, en demanda de información, concretada a los siguientes puntos:

1.º Si las segregaciones o divisiones de terrenos que se efectúan en un área territorial determinada pueden dar lugar a la constitución de un

(12) J. M.ª CHICO ORTIZ: «El derecho de propiedad ante la nueva legislación urbanística», *R. D. M.*, núm. 33, mayo-junio 1973, pág. 123.

núcleo de población en la forma definida por los planes o normas y, por tanto, considerarse como parcelaciones urbanísticas.

2.º Si, en su caso, dichas parcelaciones se ajustan al planeamiento vigente y, por tanto, la actividad privada en que las mismas se traducen puede legitimarse mediante la correspondiente licencia municipal.

Tercero: ¿Cuál debe ser la actividad del Registrador de la Propiedad ante cualquiera de los supuestos descritos y la exigencia de la correspondiente licencia municipal?

A) *Municipios en los que no exista ningún tipo de planeamiento*

Difícilmente podrán los Ayuntamientos o Entidades urbanísticas superiores fijar el concepto de núcleo de población y, por consiguiente, la noción jurídica de «parcelación urbanística», a menos que exista plan o normas subsidiarias provinciales que contengan los elementos o estándares precisos para ello.

1. Fijado el concepto y resuelta afirmativamente la consulta en el sentido de tratarse de una parcelación urbanística, debe precisarse, conforme al artículo 81 de la Ley del Suelo, la clase de suelo sobre el que aquélla se realiza: esto es, si es *urbano* (por contar con las condiciones que en aquel artículo se señalan y se desarrollan luego en los artículos 101 a 103 R. P. y estar incluido en el correspondiente proyecto de delimitación) o es *suelo no urbanizable*.

En el primer supuesto, deberá acreditarse la obtención de la licencia municipal de parcelación, puesto que el *proyecto de delimitación* contendrá las determinaciones mínimas que permitan fundar su otorgamiento.

Si no se acreditare la obtención de dicha licencia (es frecuente que todavía no se haya aprobado el *proyecto de delimitación*), la inscripción podrá practicarse con sujeción a lo dispuesto en el párrafo del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, que dice así: *Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualquiera otra intervención de una autoridad u organismo administrativo o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de inscripción y en la nota al pie del título de no haberse justificado, y la advertencia de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito. Practicada la inscripción, si se presenta el documento justificativo, se hará constar por nota marginal. Transcurrido el*

indicado plazo sin haberse presentado, se cancelará el asiento por nota marginal.

Son varias, y todas ellas fundadas, las opiniones vertidas por los autores que han estudiado el fenómeno de la parcelación urbanística y la aplicabilidad o no a éstas del precepto reglamentario citado. No queremos aquí profundizar en dichas teorías, para cuyo examen sistemático y detenido nos remitimos al magnífico trabajo de nuestro compañero MARCOS JIMÉNEZ (13). Sólo queremos resaltar dos consideraciones:

La primera es que nos inclinamos decididamente por la tesis de GONZÁLEZ PÉREZ (14), recogida también por MARCOS JIMÉNEZ en la obra citada, de que *los actos de parcelación sin licencia no son nulos de pleno derecho, sino simplemente anulables*, por lo que, al amparo del párrafo tercero del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, pueden acceder al Registro. Es más, parece como si uno de los supuestos típicos contemplados por el legislador al elaborar ese artículo fuera precisamente el de las características que nos ocupa.

La segunda es que frente a los que sustentan la tesis de la no inscribibilidad de las parcelaciones sujetas a licencia, al amparo del artículo comentado, alegando indudables razones que, en definitiva, abogan porque al Registro accedan sólo títulos válidos y perfectos, sin embargo, las características habituales que presentan aquéllas en su nacimiento; el marcado carácter especulativo que ofrecen en muchos casos; y el consiguiente riesgo de indefensión de adquirentes de buena fe (aunque ésta no pueda predicarse de algunos de ellos) en los supuestos de dobles ventas, embargos, hipotecas, etc..., justifican sobradamente la utilización de la institución registral para proteger condicionalmente y dotar de la publicidad necesaria, la titularidad de las fincas y sus circunstancias urbanísticas derivadas de la clasificación del suelo, y que resultan difícilmente cognoscibles a través de la legislación en general o del planeamiento existente.

Si la parcelación se lleva a cabo *en suelo no urbanizable*, calificado así conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley del Suelo, los Registradores deberán *suspender* la inscripción solicitada. No cabe, a nuestro juicio, la denegación por varias razones:

PRIMERA: Que la ley tan sólo sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos de uso de suelo, a que se refiere el artículo 178 de la Ley del Suelo, *cuando afecten a terrenos calificados en el planeamiento*

(13) M. M. JIMÉNEZ: *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas y el Registro de la Propiedad*, Ed. Montecorvo.

(14) JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, págs. 551 y 552.

como zonas verdes o espacios libres (arts. 188 de la Ley del Suelo y 41 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978).

SEGUNDA: Que el expresado Reglamento de Disciplina Urbanística, en el artículo 66, al sancionar con multas las parcelaciones sobre suelo no urbanizable y con la declaración de que *en ningún caso se considerarán solares, ni se permitirá edificar en ellos, los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de los artículos 95 y 96 de la Ley del Suelo*, abona la interpretación mantenida en el apartado anterior.

TERCERA: Que hay que tener en cuenta que aunque la parcelación urbanística conlleve, en su traducción registral, la creación de nuevas entidades hipotecarias por vía de segregación o división de una finca matriz, en su origen, se trata de un fenómeno parajurídico, fundamentalmente de tipo sociológico, ya que el concepto medular lo constituye el llamado *núcleo de población*. Por consiguiente, y a la inversa, no toda creación múltiple de nuevas entidades hipotecarias mediante segregaciones o divisiones de terrenos formalizadas previamente en documento público, va seguida inmediatamente de ese fenómeno sociológico de dimensiones urbanísticas calificado de *parcelación urbanística*.

Ello significa que la traducción documental de una manifestación de voluntad dirigida a formalizar la división en lotes de un terreno cuya titulación se ostenta, en su más pura dimensión civil, carece de toda otra trascendencia y, por tanto, será válido el acto en sí si no le afectan cualquiera de los vicios o defectos señalados por la legislación sustantiva.

CUARTA: Que aun tratándose de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, el documento público en que aquéllas queden reflejadas podría tener acceso al Registro, sin alteración ni complemento de la voluntad negocial ni de las formas y solemnidades de aquél, por una modificación del planeamiento o por la aprobación de un plan que legitimara, desde el punto de vista urbanístico, lo que es válido desde la perspectiva civil.

2. Cuando el órgano urbanístico consultado estimare que no se produce en la división o segregación de terrenos una parcelación urbanística, o no hubiera posibilidad de fijar el concepto ante la ausencia total de estándares y elementos de juicio, la parcelación se inscribirá sin más que cumplir lo dispuesto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario para las divisiones de terrenos por debajo de la unidad mínima de cultivo. A estos efectos, se pedirá al organismo consultado (Ayuntamiento o Delegación Provincial de Obras Públicas y Urbanismo) *certificación negativa* de los extremos consultados, que se archivará en el Registro.

B) *Municipios en los que exista Plan o Normas subsidiarias*

1. *En suelo urbano y urbanizable programado*, y también en el calificado por las Normas subsidiarias de *urbanizable*, procederá *siempre* la petición de licencia municipal, practicándose la inscripción cuando no se testimonie en la escritura o no se acompañe, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

2. Tratándose de parcelaciones *en suelo urbanizable no programado o no urbanizable*, se estará a lo señalado en los números 1 y 2 del apartado A). Esto es, si la división de terrenos *se califica de urbanística*, *se suspenderá la inscripción* por las razones antes aludidas. Si, por el contrario, no se califica de tal o no cabe fijar criterio alguno, se inscribirá con sujeción a lo dispuesto en los artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, cuando se trate de divisiones o segregaciones que infrinjan lo dispuesto en la misma, archivándose en el Registro la *certificación negativa* emitida por el organismo consultado.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

I. REPRESENTACION ORGANICA. CONSEJEROS-DELEGADOS Y DIRECTORES-GERENTES (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE 31 DE MARZO DE 1979).

A. *Antecedentes.*—Por escritura autorizada en Valencia por el Notario don E. G. Z., en nombre y representación de la compañía mercantil «Vicente García Pascual, S. A.», como director-gerente de la misma, y don J. L. R. C., en representación de «Vicente Trullols, S. A.», formularon acuerdo de reconocimiento de deudas y constitución de hipoteca, en la que el Notario pone de manifiesto que la «Sociedad Anónima Vicente García Pascual» fue constituida en escritura pública, que consta inscrita en el Registro Mercantil de Valencia, estableciendo el artículo 8.º de los Estatutos por los que se rige que «la Sociedad será regida, administrada por la Junta General de Accionistas, por el Consejo de Administración y por uno o más directores-gerentes o consejeros-delegados»; que según el artículo 24, «la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración, quien tendrá la gestión de los negocios sociales, para lo cual estará investido de los poderes más amplios, pudiendo celebrar toda clase de actos de administración y de dominio a nombre de la Sociedad, así como en interés de la misma realizar toda clase de operaciones de crédito y giro, disposición de fondo y cualquiera otras que estime oportuno, realizando su formalización en las condiciones que proceda a fin de que puedan surtir sus efectos en derecho, es decir, que sus facultades son ilimitadas en cuanto a la representación de la Sociedad se refiere, incluso para transigir cuestiones y someter aquéllas a la resolución de árbitros, pudiendo otorgar poderes de todas clases en las formas o con las facultades que considere oportunas, incluso a procuradores y letrados»; que el artículo 25 dispone que el Consejo podrá delegar en uno o en varios consejeros-delegados o directores-gerentes la totalidad o parte de sus facultades, a excepción de las enunciadas en el artículo 77 de la ley. Para desempeñar el cargo de director-gerente de la Sociedad o de consejero-delegado no será necesario que la persona designada ostente la cualidad de accionista ni de miembro del Consejo de Administración, es decir, que el nombramiento podrá recaer en persona ajena a la Sociedad; que a continuación, el Notario autorizante de la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca cita-

da manifiesta que le consta por notoriedad que el señor G. B. se halla en el ejercicio del cargo para el que fue designado en la escritura fundacional, en la que le fueron delegadas la totalidad de las facultades contenidas en el referido artículo 24.

Presentada primera copia de la referida escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos subsanables siguientes: 1) no acreditarse la renovación del nombramiento de don J. G. B. como director-gerente, que fue designado tal en la escritura de constitución de 31 de marzo de 1969 (artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas), y 2) supuesta tal renovación, no haberse acreditado que tenga el director-gerente facultades para hipotecar bienes de la Sociedad, al no constar en qué términos le fue hecha la delegación que permite el artículo 25 de los Estatutos de la Sociedad, y aunque hubiera sido delegación total de facultades del artículo 24 de los mismos Estatutos, están las mismas limitadas a la gestión de los negocios sociales y es indudable que dentro de esta gestión no puede incluirse la facultad de hipotecar inmuebles. Tomada, a petición del interesado, anotación preventiva de suspensión por plazo de sesenta días hábiles, durante los cuales podrán ser subsanados los expresados defectos. Esta nota se extiende con la conformidad de los otros dos titulares.

El presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas expuestas por el recurrente, y al contenido de los documentos que había solicitado.

Doctrina.—Vistos los artículos 1.712 y 1.713 del Código Civil; 72, 73, 76 y 77 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1956, 16 de abril de 1964 y 3 de febrero de 1965, y las resoluciones de 30 de octubre de 1913 y 6 de noviembre de 1962.

Considerando que este recurso ha de resolverse tal como quedó planteado, sin que puedan tenerse en cuenta documentos posteriores que no fueron examinados por el funcionario calificador—artículo 117 del Reglamento Hipotecario—, y todo ello a pesar de la importancia que para la clarificación de la cuestión debatida pudieran presentar las nuevas aportaciones realizadas.

Considerando que el primer defecto de la nota hace referencia a si por no haber sido renovado el nombramiento del denominado en la escritura director-gerente no podía éste ejercer su función, dado lo establecido en el artículo 18 de los Estatutos sociales, que limitan el tiempo de duración del cargo del administrador designado en la primera junta general a sólo cinco años, o si, por el contrario, no le es aplicable esta norma al no ostentar el nombrado carácter de administrador, puesto que se trata de un simple apoderado no sujeto a plazo alguno, según sostiene el recurrente.

Considerando que la distinción entre lo que constituye la representación orgánica de la Sociedad—supuesta en que ésta actúa por sí—y el caso en que este tipo de entes actúan—como cualesquiera otros—a través de personas ajenas a sus órganos y que permite el artículo 77 de la ley, y que es evidente en el plano teórico y conceptual, no se refleja con la nitidez debida cuando se trata de plasmar esta diferenciación en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezcla una u otra situación, y de ahí el frecuente confusiónismo que hay que tratar de evitar para que resulten claramente delimitadas ambas figuras, y puedan aplicarse a una y a otra las normas

legales que le son propias—las especiales de la Ley de Sociedades Anónimas—para los administradores y las propias de la representación para quienes actúen como apoderados.

Considerando igualmente que esta distinción entre representación orgánica y voluntaria no es obstáculo, como es lógico, para que en idéntica persona puedan confluír ambos tipos de representación, ya que a una misma Sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea administrador—incluso consejero-delegado, si se estima oportuno por el Consejo—con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el período de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán—de esta forma—afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la Sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder.

Considerando que en el presente expediente, y de la lectura de los documentos tenidos a la vista por el Registrador, aparecen justificadas las reservas de este funcionario, que tiene su fundamento en el confusionismo de los preceptos estatutarios transcritos, que no distingue con la precisión técnica debida los supuestos de delegación de funciones dentro del mismo Consejo y de apoderamientos voluntarios por parte de este último, como puede apreciarse al examinar el artículo 8 de los Estatutos, que parece equiparar consejero-delegado a director-gerente, o cuando se indica en el artículo 25 que se podrán «delegar» la totalidad o parte de las facultades del Consejo en uno o varios de los consejeros-delegados o directores-gerentes, lo que hace, en principio, presuponer que se está ante un verdadero consejero al que se han delegado las correspondientes facultades.

Considerando, no obstante, y pese a que hubiere sido preferible haber aclarado en la escritura calificada que el compareciente en la anterior escritura de constitución de la Sociedad había sido nombrado simultáneamente tanto para el cargo de miembro del Consejo de Administración como para el de apoderado—y no limitarse a indicar el fedatario la constancia por «notoriedad» de hallarse el apoderado en el ejercicio del «cargo» con la totalidad de las facultades delegadas—, con lo que de paso habría observado la recomendación hecha en el artículo 140 del Reglamento Notarial y disipado las dudas existentes sobre el particular, es indudable que del propio contexto del artículo 25 de los Estatutos transcrito en la escritura e inscrito en el Registro Mercantil, y que se refiere al desempeño del cargo de consejero-delegado o director-gerente, sin que se requiera la cualidad de miembro del Consejo de Administración, se deduce por reducción al absurdo que tal precepto estatutario está referido únicamente al supuesto de los apoderamientos que el Consejo de Administración puede realizar en base al artículo 77 de la ley y que, en consecuencia, no procede aplicar el plazo de caducidad que para la duración de cargo se fija por la ley exclusivamente a los administradores.

Considerando que en cuanto al segundo defecto, que al tratarse de un supuesto de apoderamiento que supone la realización por una persona de las facultades que le ha conferido este órgano social en virtud del poder correspondiente, procederá, por tanto, examinar si la persona que actuó en la escritura discutida tenía poder suficiente para hipotecar el inmueble de la Sociedad.

Considerando que para determinar las facultades que ostente el apo-

derado habrá que estar a los términos del mandato conferido, con aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 1.712—que distingue entre mandato general y especial—y 1.713, que, a su vez, lo hace entre mandato concebido en términos generales y mandato expreso, lo que dio lugar a que la doctrina se plantease si esta disparidad de redacción se debe a que se trata de una clasificación diferente o, por el contrario, es la misma, si bien con el empleo de distintas denominaciones, siendo esta última la postura acertada, lo que se traduce, siguiendo una reiterada jurisprudencia, a que si el contenido propio del mandato expreso o especial es el de los actos de riguroso dominio, indicados *nominatim* en el correspondiente instrumento, mientras que los poderes generales comprenden todos los negocios del mandante y están limitados a los actos de administración, salvo que se trate de mandato mercantil, en donde, de conformidad con lo establecido en los artículos 281, 283, 284 y 286 del Código de Comercio, el gerente o factor de una Sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento.

Considerando que en el presente caso se ha procedido por las Sociedades interesadas—con similar objeto social—a realizar, como consecuencia de las relaciones mercantiles entre ellas, una liquidación de las cuentas pendientes, y se ha señalado el saldo resultante, así como la forma y tiempo en que debe ser abonado, con establecimiento de una garantía real sobre un inmueble de la Sociedad deudora para asegurar el cumplimiento de la obligación contraída, todo lo cual entra dentro de la gestión social para la que es competente por su propia esencia—y con independencia de la simple enumeración del artículo 24 de los Estatutos—el Consejo de Administración, y, en consecuencia, también lo será el director-gerente que con el carácter de factor actúa, al ostentar todas las facultades que al propio Consejo competen, y que éste le ha conferido con arreglo al artículo 25 de los Estatutos sociales.

Esta Dirección General ha acordado que procede confirmar el auto apelado (de la *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1979).

B. En la resolución citada se señala en uno de sus considerandos la existencia de dos clases de representación: la orgánica y la voluntaria, que se diferencian en que en la representación orgánica la Sociedad actúa por sí a través de sus órganos, mientras que en la representación voluntaria, la Sociedad actúa por personas ajenas a ella, conforme al artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas. Se desprende de los considerandos de la resolución la posibilidad de que una misma persona actúe como consejero-delegado y como apoderado, ya que puede convenir a la Sociedad que la misma persona, además del cargo de consejero-delegado, pueda tener facultades representativas más o menos amplias, conforme se determine en la escritura de poder, y que no se verán afectadas por la variación de los cargos de la Sociedad.

Para el estudio de la representación orgánica hay que partir de la distinción entre representación legal y representación voluntaria. En la representación voluntaria se está dentro de la autonomía de la voluntad; la representación voluntaria es aquella, como dice CASTRO, cuyo título reside en la voluntad declarada del representado. Por medio de este título se da al representante la facultad de obrar en interés y por cuenta del representado. Al lado de esta representación voluntaria, la representación legal

está fuera de la autonomía de la voluntad. Su existencia, su contenido y su extinción no depende de la voluntad de los interesados, sino que nace directamente de la ley; la ley impone las condiciones y requisitos para ser representante, regula las facultades de éste y señala los casos de su extinción. En la representación legal existe un *numerus clausus* y, por tanto, una estricta tipificación; la ley crea el supuesto de representación legal, señala la extensión de los poderes del representante legal y crea, en su caso, los organismos de control (1).

Pero además de estas representaciones voluntaria y legal perfectamente tipificadas, aparece la representación orgánica, que es un supuesto de representación que GARCÍA AMIGO considera como representación mixta, y CASTRO la llama representación necesaria. Se ha dicho que por su propia naturaleza las personas jurídicas necesitan para obrar un representante, pero la doctrina moderna en vez de representante prefiere hablar de órganos. La persona jurídica actúa a través de sus órganos, y en ese sentido puede decirse que aparece la representación orgánica como un tercer género entre la legal y la voluntaria.

Pero la explicación correcta sobre el tema de representación orgánica procede de NAWIASKY (2). Toda persona jurídica, en sentido estricto, sólo puede tomar parte en el tráfico jurídico por medio de sus órganos. Se entiende por órgano una persona individual o una pluralidad de personas individuales que forman una unidad, es decir, un órgano colegiado. Los órganos son creados mediante nombramiento; éste se hace otorgando a determinadas personas un poder en virtud del cual quedan facultadas para obrar con eficacia frente a la persona jurídica. Estas facultades llevan anejas unas obligaciones; entre la persona jurídica y su órgano existe una relación jurídica, es decir, un conjunto de derechos y obligaciones; no es acertada la opinión de aquellos que consideran que entre la persona jurídica y su órgano hay una unidad.

Y con esto llegamos al nudo de la cuestión: Hay diferencia entre la función de órgano y la función de representación. Aunque para un sector de la doctrina, la función orgánica y la representación han sido identificadas, y éste es el caso de VON THUR y SCHLOSSMAN, para otros, la función del órgano y de representación son cosas distintas, y así GIERKE y JELLINECK. Pero es indudable, como dice NAWIASKY, que una cosa es el órgano de una persona jurídica y otra cosa es su apoderado. En la representación voluntaria, la persona jurídica y el apoderado son dos sujetos jurídicos distintos, y este apoderamiento nace de un negocio jurídico, mandato o comisión, entre otros; mientras que en la representación orgánica, la Sociedad actúa a través de sus órganos, que son nombrados en virtud de leyes o estatutos que autorizan su nombramiento.

La existencia de la representación orgánica como algo distinto de la voluntaria y de la legal, lo vamos a ver a través del examen de la naturaleza jurídica de los administradores de la Sociedad Anónima, que actúan como órganos de ella, y dentro del esquema de nuestra Ley de Sociedades Anónimas; pero antes hemos de referirnos a esta misma naturaleza jurídica con referencia al Derecho extranjero.

(1) CASTRO: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 132 y 117.

(2) NAWIASKY: *Teoría general del Derecho*, 1962, pág. 257; COTTINO: *Diritto Commerciale*, 1976, tomo I, pág. 655; GALGANO: *Le società per azione*, tomo III, pág. 130, FRE: *Società per azione Commentario C Civile*, 5 Branca, pág. 404; FERRI: *Le società*, 1971 pág. 493; GRAZIANI: *Diritto delle società*, 1963, pág. 370.

En la doctrina italiana, para FERRI el acto de nombramiento de los administradores de una Sociedad Anónima es un acto de propuesta y es un acto unilateral, que queda concretado por una decisión de la Junta General de Socios. La aceptación por parte del administrador o administradores aparece como una condición para la eficacia de aquel nombramiento; la relación entre la persona jurídica y su órgano, es decir, los administradores, nace de un concurso entre el nombramiento hecho por la Junta y la aceptación por parte de los administradores; no se puede decir que haya, como en el contrato, dos voluntades, la de la Sociedad y la de los administradores, pero respecto a la naturaleza del cargo de administrador. En el Derecho italiano, la doctrina se sitúa bajo dos criterios, que son claros. Un criterio doctrinal determina que la relación entre administrador y Sociedad Anónima es, en definitiva, un contrato. Otro criterio considera que la relación entre Sociedad Anónima y administrador nace de dos actos unilaterales, el acto de nombramiento por parte de la Junta General y la aceptación por parte de los administradores.

Los administradores constituyen un órgano necesario para la Sociedad Anónima, como dice FRE; el nuevo Código ha abandonado una terminología inexacta, que se reflejaba en los anteriores cuerpos legales, que era la de considerar que el administrador era un mandatario de la Sociedad Anónima. En el nuevo Código Civil sólo se refiere al mandato para regular la diligencia de los administradores (art. 2.392). El órgano administrativo de la Sociedad Anónima responde a la estructura de dicha Sociedad y es un elemento constitutivo de la Sociedad Anónima.

El nombramiento de los administradores, como dice FRE, y su aceptación no pueden considerarse como un contrato; hay, evidentemente, un nombramiento de administrador medio de la Junta General, pero que tiene una naturaleza semejante al nombramiento de albacea. Por otra parte, hay un acto unilateral por parte de los administradores, que supone la aceptación de dicho cargo.

COTTINO expone lo controvertido que aparece la doctrina sobre la naturaleza del cargo de administrador: el administrador en una Sociedad Anónima aparece investido de la gestión económica y patrimonial de la Sociedad; no se limita al cumplimiento de una serie de actos jurídicos, y aunque cumple funciones típicas del mandato, no puede decirse que sea un mandatario. Pertenecen a la Administración todos aquellos actos a los que se refiere el objeto social y, además, los que se encomiendan por medio de los Estatutos.

Para GALGANO, el nombramiento de los administradores se considera como un acuerdo entre ellos y la Sociedad Anónima, pero estamos en presencia de un contrato de sociedad, y para cumplir este contrato de sociedad y poder desarrollar el objeto social es necesario el nombramiento de administrador. El nombramiento de administrador no es un negocio atributivo de poderes, es simplemente un acto por el que se designa a una o varias personas que han de ocupar dicho cargo; estas personas ejercerán los derechos y cumplirán las obligaciones determinadas para una buena administración de la Sociedad. Todo esto refleja una evolución doctrinal que viene a considerar a los administradores no como mandatarios, sino como parte integrante de la Sociedad Anónima y sin los cuales ésta no puede actuar en la vida jurídica. Hay, por tanto, la necesidad de tener en

cuenta, por sus especiales caracteres, la existencia de una representación orgánica al lado de la representación legal y la voluntaria.

Sin embargo, hay otra concepción para explicar el cargo de administrador que se puede considerar como clásica. Para GRAZIANI existe por parte de la Sociedad el nombramiento de administrador, y por parte de éste su aceptación; estamos, por tanto, en presencia de un contrato donde está la base de la relación de Administración. Para GRAZIANI, la teoría que tiende a negar el carácter contractual en el cargo de administrador y sustituirlo por dos declaraciones unilaterales de voluntad, una por parte de la Junta General de la Sociedad y otra por parte del administrador, no parece aceptable.

Con esto queda claro que en la doctrina italiana la tesis clásica de la existencia de un contrato ha sufrido una evolución en la obra más reciente de FERRI, FRE, COTTINO y GALGANO a favor de la representación orgánica.

Derecho anglosajón. En el examen del Derecho inglés nos revela el carácter complejo que los administradores, director, tienen en relación con las Company Law. El carácter y la naturaleza del cargo de director no aparece configurado claramente por la Jurisprudencia, y así se expresa por PENNINGTONS. Los directores de una Compañía no son, como dice CHARLESWORTHS, empleados de dicha Compañía, sino que ocupan una posición intermedia entre mandatarios y como *trustees*, o sea, fiduciarios. Y éste es el criterio de PALMER, que considera a los directores no solamente como agentes, sino que también en cierto sentido ocupan una posición de *trustees*, y en este sentido cita PALMER una serie de resoluciones de los Tribunales en las cuales a los administradores se les considera como *trustees*, ya que dichos directores son personas designadas para administrar la Sociedad en beneficio de los accionistas y se comprometen a cumplir este oficio con todas sus obligaciones y responsabilidades (3).

Como dice TOPHAM, la posición del director es difícil de definir, ya que se considera, en parte, como un *trustees* y, en parte, como un *agent*, y esto es así porque los directores actúan en beneficio de la Compañía, pero no de uno o de varios accionistas individualmente considerados. Pero como ha hecho la doctrina más reciente (CHARLESWORTHS y CÁN), a los directores más que considerarlos como *trustees*, hay que verlos como *quasi-trustees*, ya que hay una distinción entre un director y un *trustees*: éste actúa como un propietario en beneficio de terceras personas, y el director actúa en beneficio de la Sociedad, pero no en condición de propietario.

Todo esto nos revela cómo el concepto de mandatario (*agents*) no ha tenido más remedio que ser completado por la doctrina del *trustees* o *quasi-trustees*, institución típica del Derecho inglés y que hace aparecer a los directores como fiduciarios, o sea, como personas encargadas de la administración de una Sociedad, en beneficio de dicha Sociedad y como consecuencia de todos sus accionistas. Como vemos, la doctrina de que el admi-

(3) PENNINGTONS: *Company Law*, 1967, pág. 168; PALMER: *Company Law*, 1959, pág. 515; CHARLESWORTH: *Company Law*, 1965, pág. 185, TOPHAM: *Company Law*, 1960, pág. 216. Respecto al concepto de *trust* se llama así a un acto *inter vivos* o testamentario por el que una persona llamada *Settlor* transfiere un bien a otra persona llamada *Trustee*, la cual administra y dispone de los bienes de una manera determinada a favor de terceras personas, *Cestuique Trust*. La palabra *trust* designa, por tanto, una situación jurídica en la cual ciertos bienes son entregados a otra persona con la carga de administrar y disponer de estos bienes en beneficio de un tercero. El *Trustee* tiene los más amplios poderes de administración y de disposición dentro del cuadro señalado por el *settlor*. El debe cumplir sus obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia y rendir cuentas a los *Cestuique Trust*. Si el *Trustee* consagra todo o parte de los bienes en provecho propio, incurre en sanciones penales KIRPATRICK: *Initiation au droit anglais*, 1964, pág. 217.

nistrador de una Sociedad Anónima podía ser un mandatario aparece muy corregida en el Derecho inglés, aplicando una institución tan típica como es la del *trustees*.

DILLAVOU AND HOWARDS señala cómo los directores son considerados como *trustees* en relación con la Compañía y los accionistas; sin embargo, puede decirse que ellos son mandatarios (*agents*), pero tienen, a su vez, una autoridad superior a la de cualquier mandatario. Por otra parte, el director tiene una posición parecida al *trustees* en la Corporación, ya que por esta razón el director no puede obtener para él beneficios ni directa ni indirectamente. La más reciente doctrina (GOWER) se inclina por una relación orgánica que vincula a la Compañía y al director (4).

En el Derecho francés se considera que no cabe que una Sociedad Anónima pueda ser administrada por un solo administrador; debe haber un Consejo de Administración, es decir, un órgano colegiado, que, a su vez, tiene un presidente, y que es el director general de la Sociedad. El Consejo de Administración es el que elige su presidente, que actúa como presidente y director general de la Sociedad. A su vez, el Consejo de Administración puede nombrar, a propuesta del presidente, un director general adjunto. No vamos a entrar en el examen de estas cuestiones, sino sólo en las relativas a la naturaleza del cargo de administrador.

RIPERT y ROBLOT (5) indican que los poderes del presidente no han sido determinados con precisión; puede decirse que el Consejo de Administración es el órgano encargado de la administración y representación de la Sociedad; se trata de órganos distintos, pero con una jerarquía entre ellos. El Consejo de Administración aparece, pues, como órgano colegiado, y su presidente, que es el director general, representa a la Sociedad.

En cuanto a la naturaleza del cargo de los miembros del Consejo de Administración, queda explicada en una obra moderna, pero importante en el estudio de la Sociedad Anónima. HEMARD, TERRE, MABILAT, señalan cómo en el sistema consagrado anteriormente los administradores de una Sociedad Anónima eran considerados como unos mandatarios de la colectividad de los accionistas. El análisis contractual ilustraba a la vez tanto el nombramiento de estos administradores como sus derechos y obligaciones. Pero la evolución del Derecho positivo en materia de Sociedades ha sido sobre la base de pasar del contrato al Estatuto y sustituir la teoría del mandato por la teoría del órgano. Después de la reforma de 1940 y 1943 se puede mantener que los poderes del Consejo de Administración nacen de la ley y no de la voluntad de los accionistas.

Los poderes de un Consejo de Administración, tal y como ellos resultan de los textos legales, revelan la existencia de un órgano y de una nueva estructura de la Sociedad Anónima. Pero aparte de estos poderes que el Consejo de Administración recibe de la ley, los Estatutos pueden modificar y regular tanto la extensión como el ejercicio de los poderes (6).

Derecho español. En nuestro sistema jurídico aparecen también criterios diversos en orden a la valoración del cargo de administrador de una Sociedad Anónima. Para RUBIO (7), al hablar de la naturaleza jurídica del

(4) GOWER: *Modern Company Law*, 1957, pág. 135, DILLAVOU AND HOWARD: *Principles of Business Law*, U.S.A., 1967, pág. 856

(5) RIPERT y ROBLOT: *D Commercial*, 1977, tomo I, pág. 768; VUILLERMET: *Droit des Sociétés Commerciales*, 1969, pág. 341

(6) HEMARD, TERRE y MABILAT: *Sociétés commerciales*, tomo I, pág. 801

(7) RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 1974, pág. 272; GARRIGUES-URÍA: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1976, tomo II, pág. 118

cargo de administrador, señala cómo el artículo 122-3 del Código Civil consideraba a los administradores de una Sociedad Anónima como unos mandatarios. RUBIO señala que en la función jurídica de los administradores pueden verse dos aspectos diferenciados. Desde un punto de vista, los administradores de la Sociedad Anónima aparecen como órganos representativos de dicha Sociedad, ya que su función más acusada es su actividad social externa. Pero desde otro punto de vista, la revocación del cargo de administrador (art. 75 de la Ley de Sociedades Anónimas), y el artículo 79, que dice que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un representante leal, nos conduce a la figura del mandato. RUBIO considera que los administradores y la Sociedad están vinculados por una relación contractual mixta de mandato y arrendamiento de servicios, pero con un predominio del arrendamiento de servicios.

GARRIGUES-URÍA indican cómo el artículo 11-3 de la Ley de Sociedades Anónimas determina que en los Estatutos se hará constar la designación del órgano que habrá de ejercer la administración, indicando quién ostenta la representación de la Sociedad. El artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas regula la representación legal de la Sociedad y deja aparte la representación voluntaria a través de los apoderamientos, conforme al artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas. Junto a la representación orgánica impuesta por la Ley de Sociedades Anónimas, funciona a la vez una representación voluntaria a través de los apoderamientos que pueden hacerse a favor de cualquier persona. La diferencia entre representación orgánica y legal reside en que en la primera el órgano representativo asume la dirección de los asuntos sociales, cosa que no ocurre con los apoderamientos.

GARRIGUES-URÍA señalan que un sector doctrinal sobre la base de la diferencia entre la representación orgánica y la voluntaria, ha sostenido que aquella, más que una auténtica representación, es un poder legal que realiza negocios válidos en relación con la Sociedad Anónima.

Pero para estos autores todo depende del concepto de representación, y se considera que dentro del concepto de representación no entra sólo la interposición de una persona designada voluntariamente y que son los apoderamientos, sino todo fenómeno de actuación que una Sociedad tiene a través de sus órganos, los cuales vinculan con sus actos y contratos a la Sociedad de la que forman parte. Para GARRIGUES-URÍA hay un concepto amplio de representación donde cabe la representación voluntaria y la que se ha llamado representación orgánica.

Como hemos visto en el examen de la doctrina que acabamos de hacer, va apareciendo este tercer género de representación que actúa entre la representación voluntaria y la representación legal; existe esta representación orgánica, cuyo contenido vamos a exponer.

La representación orgánica tiene su origen en la ley, ya que es ésta la que determina quién debe representar a la Sociedad Anónima, y en este sentido aparece como una representación legal. Pero la representación orgánica no queda completa con los preceptos legales, sino que además necesita una declaración de voluntad de la Junta General, que nombra a las personas que van a ejercer el cargo de administrador, y en este sentido participa de la representación voluntaria (art. 11-3-H y art. 71 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En cuanto al contenido, así como en la representación legal, la ley im-

pone las condiciones y requisitos que ha de reunir el representante y, además, determina claramente sus facultades; en la representación orgánica, la ley impone al representante un contenido fijo en orden a sus facultades, que no puede ser derogado por la Junta General ni el Consejo de Administración (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas). Pero, por otra parte, este contenido fijo puede ser ampliado en virtud de los Estatutos, y en este aspecto la representación orgánica actúa como una representación voluntaria.

II. ADMINISTRADOR. CONSEJEROS-DELEGADOS Y DIRECTORES-GERENTES. TERMINOLOGIA JURIDICA

En el sistema jurídico español ya hemos visto cómo en el artículo 122-3 del Código Civil se hacía referencia, en materia de Sociedad Anónima, a los mandatarios y administradores. En la Sociedad Regular Colectiva, el Código de Comercio (arts. 125 y 127) utiliza el término de gestores. Pero posteriormente, cuando se publica la Ley de Sociedades Anónimas, la terminología cambia y esta ley se refiere siempre a los administradores (artículos 71, 72, 74 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, entre otros).

En los sistemas jurídicos que hemos visto, en el Derecho italiano, los artículos 2.380 y 2.382 recogen la palabra administradores, señalan la existencia del Consejo de Administración (art. 2.380) y los supuestos de Comités Ejecutivos y consejeros-delegados (art. 2.381 del Código Civil italiano).

En Francia, el tema es distinto: aparece un Consejo de Administración, que es el órgano encargado de administrar la Sociedad, que asume las funciones de director general; aparte de esta figura, en el Derecho francés existe el director técnico, que es empleado de la Sociedad, ligado a ella por un contrato de arrendamiento de servicios.

En el Derecho español, aparte de que la palabra utilizada por la Ley de Sociedades Anónimas ha sido la de administrador, ha aparecido en Estatutos de Sociedades la de director general. En nuestro Derecho, el director general aparece como un empleado del empresario, en principio; pero delimitando más esta figura, el director general es más bien un factor de la empresa, que no es otra cosa que un apoderado general, en los términos que dicen los artículos 281 y 283 del Código Civil. Este carácter del director general encuentra su apoyo en los apoderamientos, que permite el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como en la extensión de estos poderes, como recogen los artículos 284 y 286 del Código Civil (8).

Esta introducción nos coloca en condiciones de examinar el problema de esta resolución de 31 de marzo de 1979. Cuando la escritura señalaba que la Sociedad Anónima sería administrada por la Junta General, por el Consejo de Administración, por los consejeros-delegados o por los directores-gerentes. La resolución citada tenía que resolver la cuestión planteada en la escritura, en donde se decía que el Consejo de Administración podía delegar la totalidad o parte de sus facultades en uno o varios consejeros-delegados o directores-gerentes. Y que para ser consejero-delegado o director-gerente no hacía falta ser miembro del Consejo de Administración. Por eso, la resolución citada estima que el director-gerente es un apoderado (artículo

(8) RODRÍGUEZ ARTIGAS. «Notas sobre el régimen jurídico del director general en la Sociedad Anónima», en *Estudios H. Garrigues*, tomo III, pág. 116

lo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas) y que sus facultades, así como las causas de extinción, quedan concretadas en la escritura de apoderamiento.

Todo esto nos revela la confusión entre el lenguaje jurídico y un lenguaje convencional aceptado, en parte, por los usos de comercio.

Como todo lenguaje, el lenguaje jurídico tiene su vocabulario, como expresa KALINOWSKI (9). Toda expresión que llega al vocabulario jurídico es tomada de diversos tipos del lenguaje comercial, técnico o de uso corriente. El legislador no suele modificar el sentido de las palabras, sino que deja dentro de la ley el sentido que cada palabra tiene en su uso corriente.

Más preciso sobre este tema es lo que dice IRTI: Hay que reconocer—dice este autor—una pluralidad dentro de los niveles del lenguaje; hay un lenguaje de la norma, otro del intérprete técnico y otro que se debe a una interpretación práctica de los hechos. Por otra parte—como dice IRTI—, el lenguaje legislativo técnico es cerrado, y es indiscutible que este lenguaje adquiere precisión y caracteres unívocos; en el otro tipo de lenguaje convencional, éste pierde su precisión jurídica y los conceptos son más equívocos.

Cuando la Ley de Sociedades Anónimas habla de Consejo de Administración, consejeros-delegados y apoderados, el lenguaje jurídico puede manejarse con precisión; pero cuando se utiliza un nivel que podemos llamar convencional o comercial, aparecen conceptos equívocos. Y esto es lo que ocurre en la resolución citada, donde para aclarar el concepto de director-gerente hay que llevarlo y considerarlo como un apoderado.

Por eso en uno de los considerandos de la resolución se dice que la distinción entre la representación orgánica de la Sociedad, que es el supuesto en que la Sociedad actúa por sí, y cuando actúa por medio de personas ajenas, conforme al artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, que es una distinción clara en el plano teórico y conceptual, no se refleja con nitidez en la realidad cotidiana, en donde con diferentes denominaciones introducidas por la práctica se entremezclan una y otra situación, y de ahí el frecuente confusionismo, que hay que tratar de evitar para que resulten claramente delimitadas ambas figuras y puedan aplicarse a unas y a otras las normas legales que le son propias.

Esto nos revela la necesidad de depurar la terminología jurídica en los documentos y especialmente en las escrituras públicas; la necesidad de adaptarse al lenguaje escrito en la ley, que elimina problemas de interpretación, y evitar que se produzcan efectos jurídicos dañosos para los interesados.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registador de la Propiedad

(9) KALINOWSKI: *Introduction a la logique juridique*, 1965, pág. 53, IRTI: *Introduzione allo studio del D Privato*, 1976, pág. 138. Sobre la aplicación en la práctica jurídica del lenguaje jurídico y del lenguaje común. ROUBIER: *Théorie G de Droit*, 1951, pág. 113. Sobre el problema del lenguaje como instrumento de la técnica jurídica, GENY: *Science et technique en Droit Positive*, tomo III, pág. 449.

II. Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. CUANDO SE JUSTIFIQUE EL CARÁCTER PRIVATIVO DEL PRECIO, TAL CIRCUNSTANCIA HABRÁ DE HACERSE CONSTAR POR NOTA MARGINAL, RECTIFICÁNDOSE ASÍ EL ASIENTO INEXACTO PARA PONERLO EN CONCORDANCIA CON LA REALIDAD EXTRARREGISTRAL.

Resolución de 7 de abril de 1978 (B. O. del E. de 26 de abril).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 13 de marzo de 1969, don José Santa Ylla, en representación de la «Compañía Ibérica de Construcciones (CICUSA)», de una parte, y don José Delgado López, de otra, elevaron a escritura pública el documento privado suscrito por ambos en Madrid el 21 de febrero de 1966, en virtud del cual aquélla vendió a éste el piso undécimo de la casa 22 de la calle de José Luis de Arrese, de Madrid, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad número 8 de la capital; que cuando fue otorgada la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa, don José Delgado López se hallaba casado con doña Julia Manzano Carrasco, y así se hizo constar en la comparecencia de la escritura, omitiéndose en su exposición la referencia a que cuando había sido otorgado el documento privado que se elevaba a público se hallaba soltero; que no obstante la falta de este

dato, la compraventa fue inscrita a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal; que en la escritura de subsanación de omisión, autorizada por el mismo Notario el 14 de octubre de 1977, los mismos citados señores don José Santa Ylla y don José Delgado López, en estado de viudo, subsanaron la emisión padecida en la escritura de elevación a pública de la compraventa, haciendo constar que en la fecha del otorgamiento del referido documento privado (22 de abril de 1966) don José Delgado López se hallaba soltero, pues no contrajo matrimonio con doña Julia Manzano hasta el 1 de septiembre de 1966; que para probar la fecha del documento privado los comparecientes lo exhibieron al Notario, resultando del mismo, en el que se indica que don José Delgado López era soltero, que su fecha es de 21 de febrero de 1966 y que lleva cajetines del Registro de Rentas y Patrimonio de la Delegación de Hacienda de Madrid de 5 de abril de 1966, de la Abogacía del Estado de 22 de abril de 1966 y del Ministerio de la Vivienda de 9 de julio del mismo año, de donde se deduce que el documento privado tenía fecha cierta desde 5 de abril de 1966; que para probar la certeza de la fecha del matrimonio con doña Julia Manzano Carrasco exhibió aquél su Libro de Familia, en el que figura la certificación de la celebración del matrimonio el día 1 de septiembre de 1966.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de que estando inscrita la finca a que el mismo se refiere a favor del otorgante don José Delgado López y de su esposa, doña Julia Manzano Carrasco, con el carácter de bienes gananciales, la posterior escritura de subsanación del título en cuya virtud fue inscrita la finca por el marido, señor Delgado López, mediante elevación a público de un documento privado con fecha anterior a la de celebración del matrimonio de los titulares inscritos, que implicará desconocer la adquisición efectuada por su esposa y la cancelación de su derecho inscrito, a efectos registrales, únicos que la presente calificación considera, dicha escritura de subsanación no tiene virtualidad bastante a la finalidad pretendida, puesto que para ello sería preciso, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.º de la misma ley, el consentimiento de la mencionada titular registral, de sus causahabientes o representantes legítimos, o en otro caso, ejecutoria del órgano jurisdiccional competente de los Tribunales, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscritos, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley».

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, a efectos puramente doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: que el Registrador funda su denegación en base al artículo 82 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.º de la misma ley, pero que para valorar este fundamento conviene poner en relación los citados artículos con el artículo 2.º, número 1, y con el 9.º, número 8, del mismo cuerpo legal, con lo que vemos que la cuestión planteada se concreta a determinar si la rectificación de la inscripción efectuada a favor de doña Julia Manzano Carrasco implica la cancelación de una inscripción hecha en virtud de escritura pública (art. 82 de la Ley Hipotecaria) o si, por el contrario, y ésta es la opinión del recurrente, no es así por varias razones; que la inscripción hecha a favor del otorgante y de su esposa, con carácter de bienes

gananciales, fue debido a un juicio del Registrador efectuado sin datos suficientes para emitirlo, pues el dato fundamental para poder efectuarlo (estado del otorgante en el momento de la adquisición) faltaba en la escritura inscrita; que, por consiguiente, la inexactitud es debida a error, por falta de suficiente fundamento en el juicio del Registrador y, por ello, incluido en la letra e) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual debe rectificarse, de acuerdo con lo previsto en el título VII de la misma ley (arts. 211 y sigs.); que en nuestro caso se trata de una inscripción efectuada a favor de persona que no comparece en el título ni se halla representada, y a la que nada se le atribuye expresamente, es decir, que esta persona no puede considerarse interesada en la inscripción, no siendo, por tanto, de aplicación al caso el artículo 217, 1.º, de la Ley Hipotecaria; que es legalmente indudable la no extensión de la fe pública del Registro a aquello que no resulta fehacientemente del título inscrito; que la doctrina sostiene unánimemente que el Registro no publica las circunstancias personales del titular, sino la titularidad misma, es decir, las circunstancias del derecho y su atribución a una persona, por lo que todo lo que no sea derecho real inmobiliario queda excluido de la legitimación registral, que no cubre, por tanto, los datos registrales sobre capacidad y estado civil de las personas; que de conformidad con el artículo 187 del Reglamento Notarial la fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado civil, etc.; que la afirmación del Registrador de que se inscribe a nombre del comprador y de su esposa es sólo una mención a efectos de clarificación registral, en especial para la futura calificación de la capacidad dispositiva; que el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, después de su modificación de 17 de marzo de 1959, está en contradicción con lo que resulta de los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, de los que se deduce que los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio, deberán inscribirse de conformidad con el título y, por consiguiente, a favor de quien en éste aparece como adquirente, mientras que según el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario parece que debe hacerse a favor de éste y de su consorte, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; que esta contradicción puede superarse de varias formas, una de las cuales es armonizar la interpretación de tales artículos, lo cual sólo es posible si se supedita y adecua la del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario con lo que disponen los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, que son de rango superior al de un precepto meramente reglamentario; que en este sentido ha de entenderse que el artículo 95 no modifica ni puede modificar la normativa de cómo debe efectuarse la inscripción, ni menos aún a favor de quién debe hacerse, sino que sólo establece la «mención» de la calificación que el Registrador efectúa de la reputación del bien adquirido como ganancial de un matrimonio dado; que esa mención del artículo 95, 1.º, de que el Registrador inscribe a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, puede rectificarla el Registrador por simple nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos si se justifica con posterioridad el carácter privativo del precio, según dispone el párrafo final del mismo artículo, o sea, sin los requisitos de los artículos 40, 82 y 217 de la Ley Hipotecaria, y sin que esa rectificación precise una nueva inscripción; que con mayor razón podrá y deberá rectificar el Registrador aquel juicio de atribución, por sí mismo y por nota

marginal, a tenor de lo que resulte de los certificados del Registro Civil, dotados de la publicidad formal adecuada para el estado civil.

El Registrador informó que la inscripción proclama una titularidad conjunta a favor de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal; que la naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido definida con claridad por la jurisprudencia de la Dirección General en numerosas resoluciones, cuyo estudio nos lleva a la conclusión de que la titularidad de los bienes gananciales es conjunta del marido y la mujer; que en la escritura objeto de inscripción el marido adquiriría a título oneroso por compraventa, durante su matrimonio, sin manifestación acerca de la procedencia del precio, por lo que la ganancialidad de la adquisición es indudable (arts. 1.401 y 1.407 del Código Civil); que el reflejo registral de tal carácter se produce por la aplicación necesaria del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, es decir, no por un juicio del Registrador como pretende el recurrente, sino por un imperativo de norma que vincula al que califica; que la inscripción a favor de la mujer conjuntamente con su esposo de una finca presuntivamente ganancial no es una mención; que la mención, en el sentido hipotecario, no se refiere jamás a la titularidad y extensión del derecho inscrito, amparados por el principio de legitimación, y en este sentido se expresa el artículo 38 de la Ley Hipotecaria; que para todo titular (en nuestro caso la esposa del adquirente), y a todos los efectos legales, se presume con presunción *iuris tantum* que el Registro es exacto; que la consignación del nombre de la esposa del adquirente y la proclamación en el acta de la inscripción como titular conjunta no es una simple mención; que la mayoría de la doctrina estima que la mención, en sentido registral, es la mera indicación de existencia de una carga o gravamen sobre la finca, que se efectúa en el asiento relativo a la misma; que la jurisprudencia ha delimitado el concepto de mención registral considerándola como una alusión hecha en forma expresa en la inscripción de una finca o acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen que se halla relacionado, mas no constituido en el título que originó tal inscripción, excluyendo del concepto de mención toda indicación a los derechos personales y toda referencia a las participaciones no inscritas y desde luego toda alusión a la cabida y la segregación no inscrita; que de acuerdo con tal interpretación ha de aceptarse sin reservas que la proclamación de una titularidad no es una simple mención, y que la rectificación de una presunta inexactitud registral no puede hacerse por el simple cauce de la cancelación o exclusión de los libros del Registro de una simple mención, sino por el sistema de rectificación consagrado en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que nunca hubo error de concepto, puesto que al extenderse la inscripción no se alteró el contenido del título; que la inscripción que proclama la titularidad conjunta de ambos cónyuges está bajo la salvaguarda de los Tribunales y le son aplicables las normas contenidas en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria; que en el supuesto de inexactitud la ley fija el procedimiento de lograr la rectificación en el artículo 40; que si por consecuencia de una omisión en el título el asiento no refleja la realidad extrarregistral, su rectificación requiere ineludiblemente el consentimiento expreso de los titulares, amparados por la presunción legitimadora o bien una resolución judicial; que la rectificación de errores, no del Registro, sino del título, no puede tener lugar a través de un recurso gubernativo, y que no es posible entrar a debatir la supuesta contradicción

que existe, según el recurrente, entre el artículo 95 del Reglamento con otros artículos de la ley, puesto que cuando su Reglamento desarrolla preceptos legales, el funcionario calificador no está facultado, al ejercer su función, para apreciar la ilegalidad de la norma reglamentaria, que está atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina (1):

Doctrina de la Dirección.—La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si la rectificación de la inscripción que se solicita implica un supuesto de cancelación de los comprendidos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria o si, por el contrario, la escritura de subsanación presentada que testimonia (a través de los particulares pertinentes del Libro de Familia) el estado civil del adquirente en el momento de comprar el inmueble, y la fecha fehaciente del documento privado posteriormente elevado a público, es suficiente para desvirtuar con toda nitidez la omisión padecida y que dio origen al asiento contradicho.

La regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no deja de ser una norma de carácter muy singular dentro de nuestra legislación hipotecaria, por cuanto obliga al Registrador a practicar una inscripción a nombre de dos titulares (los cónyuges), aun cuando la adquisición se haya hecho por sólo uno de ellos, con lo que aparece una titularidad registrada que no está concorde con el contenido del título, según expresó la sentencia de 8 de enero de 1968, norma excepcional que pretende tener su fundamento en el carácter presuntivamente ganancial del bien adquirido, por lo que de momento la inscripción sólo tiene un carácter provisional en este aspecto, y así lo reconoce el mismo artículo 95 al establecer la posibilidad del cambio de naturaleza del bien en su último párrafo.

Al estar resuelto en el propio artículo 95 la forma de resolverse la discordancia acerca de la naturaleza del bien cuando practicada la inscripción a nombre de ambos cónyuges se justifique con posterioridad el carácter privativo del precio, es a esta norma especial a la que hay que acudir siempre que se den las circunstancias necesarias para su aplicación, y no a la norma del artículo 82 de la Ley Hipotecaria dictada para los supuestos de tipo general.

Al resultar claramente justificado que el comprador adquirió el inmueble en estado de soltero, dado que contrajo matrimonio, según el Registro Civil, con posterioridad a esta adquisición, que tiene una fecha fehaciente anterior a este acto (art. 1.227 del Código Civil), es indudable que el precio no pudo ser sino privativo, y que esta circunstancia ha de hacerse constar, tal como establece el último párrafo del artículo 95 del Reglamento por nota al margen del piso, y rectificar de este modo el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral.

COMENTARIO.—La omisión padecida por el Notario autorizante de la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa, de no consignar que en éste el adquirente intervino en estado civil de sol-

(1) Vistos los artículos 1.227, 1.407 y 1.413 del Código Civil; 1, 9, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 95 del Reglamento para su ejecución y la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1968.

tero, origina una serie de cuestiones relacionadas con la subsanación de la omisión, que son resueltas con acertado criterio por la Dirección General.

En principio, la no consignación de la circunstancia antedicha, estado civil del adquirente en el momento de la compra, provoca la actuación correcta del Registrador que inscribe, en base a la escritura en la que el adquirente figura como casado, a nombre de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal, conforme determinan las disposiciones vigentes.

El problema se desencadena con posterioridad, al tratar el adquirente, ahora en estado de viudo, de subsanar la omisión mediante la presentación de la correspondiente escritura que testimonia (a través de los particulares pertinentes del Libro de Familia) el estado civil del adquirente en el momento de comprar el inmueble, por documento privado cuya fecha fehaciente acredita. Esta nueva presentación causa dos distintas posiciones: la del Registrador mantenida en su nota de calificación, que considera que la inscripción proclama una titularidad conjunta de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal, y que, por tanto, su rectificación exige la cancelación de la inscripción vigente, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, y la del Notario recurrente, que considera que con una simple nota marginal se logra la corrección del error dado que el cónyuge del adquirente no es interesado en la adquisición, pues la constancia de que la inscripción se practica a favor de ambos cónyuges supone una mención para el que no figura en la escritura como adquirente.

Al tratar de examinar la cuestión expuesta, debe tenerse en cuenta como punto de partida que si la inscripción practicada se halla conforme con el título que la motiva, es indudable que está correctamente extendida dado que los asientos, según exige la Ley Hipotecaria, habrán de ajustarse al título presentado. Este postulado no lo altera el hecho de que el Registro no resulte acorde con la realidad jurídica, por estar el título equivocado en alguno de sus particulares. Tal equivocación habrá de reflejarse en el Registro y en modo alguno será imputable al Registrador, a quien no puede exigírsele la rectificación del asiento, entre otras razones porque en su actuación no ha incurrido en error material ni de concepto.

No se trata, en consecuencia, de un supuesto de rectificación de asientos por errores imputables al Registrador, regulado en los artículos 211 a 220 de la Ley y 314 a 331 del Reglamento, sino de un caso de error en el título que motiva el asiento, que tampoco encaja en el artículo 40, d), de la Ley referido a inexactitudes procedentes de defectos del título que afecten a la validez o eficacia de éste.

La omisión padecida en el documento notarial que motivó el asiento es evidente que no convierte al título en inválido o ineficaz, dado que el estado civil del comprador no fue condicionante de las estipulaciones del contrato de compraventa. Si a ello se une que las circunstancias constitutivas del estado civil sirven de base a derechos absolutos que pueden alegarse frente a todos, el único problema consiste en determinar en qué forma habrá de procederse a la corrección de la omisión, tanto desde el plano notarial como registral.

El artículo 146 del Reglamento Notarial faculta al Notario para subsanar la omisión, por su propia iniciativa, sin contar con el consentimiento de los interesados. Análogo criterio debe producirse en el ámbito registral, donde al presentarse la escritura de subsanación de la omisión, ésta se hará constar en el Registro mediante el oportuno asiento que restablezca

la correlación con la realidad, y sin necesidad incluso de consentimiento de los interesados a favor de quienes se hubiere practicado la inscripción.

Bien entendido que el anterior criterio es válido siempre que se trate de omisiones de hechos que no dependan de la voluntad de los titulares y que tengan su justificación en documentos auténticos, ya que, como ha puesto de relieve la resolución de 9 de marzo de 1917, «la rectificación de errores en los títulos inscribibles debe hacerse por medios distintos, según se refiera a hechos que puedan probarse absolutamente con documentos auténticos que sean independientes por su naturaleza de la voluntad de los titulares, o según se trate de actos jurídicos cuya validez descansa en la capacidad de los contratantes y en las estipulaciones, pues mientras los primeros pueden provocar enmiendas, declaraciones o nuevos asientos a instancia de parte interesada y aun por ministerio de la ley, en los segundos es necesario una novación del acto jurídico cuya legitimidad sea apreciada con arreglo a la Ley Hipotecaria».

Finalmente, resta por determinar cuál es el procedimiento adecuado para concordar el asiento inexacto con la realidad extrarregistral.

Como queda dicho, el asiento inexacto figura practicado a favor de ambos cónyuges conforme al apartado 1.º del artículo 95 del Reglamento, que se limita a dar normas claras y precisas sobre el modo de realizar las inscripciones de adquisición de bienes por los cónyuges. Así, cuando la adquisición se efectúa por uno solo de ellos, sin hacer declaración alguna sobre la procedencia del precio o contraprestación, la adquisición tiene un carácter presuntivamente ganancial y, en consecuencia, la inscripción habrá de practicarse a favor de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal, que es la verdadera destinataria del asiento. Sin embargo, el propio Reglamento contempla la posibilidad de que posteriormente a la inscripción se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación. En tal supuesto, que es el del caso que nos ocupa, dicha circunstancia se hará constar por nota marginal que determinará la atribución privativa de los bienes inscritos. Dada la trascendencia de esta nota marginal que altera la titularidad de los bienes inscritos y contrarresta la presunción legal del artículo 1.401 del Código Civil, es necesario que el hecho que la motiva resulte de documentación auténtica que en el presente caso está perfectamente acreditada por las premisas particulares del Libro de Familia y escritura de elevación a público del documento privado, a partir de cuyo momento tendrá éste fecha fehaciente.

E. F. C.

6. BIENES INMUEBLES GANANCIALES. ADQUISICIÓN POR MUJER CASADA. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. CLÁUSULA PENAL: SON INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO LAS COMPRAS HECHAS POR MUJER CASADA SIN INTERVENCIÓN DE SU MARIDO, DE QUIEN SE ENCUENTRA SEPARADA DE HECHO, CUANDO EL PAGO DE PARTE DEL PRECIO QUEDA APLAZADO, Y SE PACTA QUE LA FALTA DE PAGO DE UNO DE LOS PLAZOS DA DERECHO A LA VENDEDORA A DAR POR RESUELTO EL CONTRATO, EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL, QUEDANDO ENTONCES EN BENEFICIO DE LA VENDEDORA LAS MEJORAS QUE SE HUBIERAN REALIZADO EN LA FINCA Y EL 50 POR 100 DE LAS CANTIDADES PAGADAS.

EN TAL CASO, LA INSCRIPCIÓN HABRÁ DE PRACTICARSE NO CONFORME A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, SINO SÓLO A NOMBRE DEL CÓNYUGE ADQUIRENTE, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1.401-1.º DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON EL 1.407.

CUANDO COMPRA LA MUJER CASADA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES CON PRECIO APLAZADO SIN EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO, NO QUEDARÁN OBLIGADOS A LAS RESULTAS DEL CONTRATO LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, Y SOLAMENTE LO ESTARÁN EL PATRIMONIO PRIVATIVO DE LA MUJER ASÍ COMO EL PROPIO BIEN ADQUIRIDO.

Resolución de 4 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 17 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de compraventa autorizada en Barcelona por el Notario don Antonio Beaus Codes el 29 de septiembre de 1976, don Sebastián Auger de Pons, en nombre y representación de doña Rosa Comas de Lleonart, vendió a doña Matilde González González un piso vivienda por determinado precio, parte del cual quedó aplazado, para ser satisfecho en catorce plazos trimestralmente representados por otras tantas letras de cambio cuyos vencimientos se detallan, estipulándose que la falta de pago de uno de los plazos daría derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato en los términos del artículo 1.504 del Código Civil, quedando a beneficio de la vendedora, una vez causada la resolución, las mejoras que se hubieran realizado en la finca, y el 50 por 100 de las cantidades que ya hubiere percibido; la compradora doña Matilde González González, que comparece en nombre propio, declara que

está casada bajo el régimen de gananciales con don Heliodoro Rebollo Ramos, de quien se encuentra separada de hecho hace más de veinticinco años, por lo que carece de gananciales de su matrimonio, habiendo pagado la parte del precio satisfecha y proyectando pagar el resto con dinero de carácter parafernial.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse en el mismo los siguientes defectos:

1.º No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º, del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido, de conformidad con el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otras razones, que la aplicación del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario que propugna el Registrador, al no aludir directamente dicho artículo al caso que contemplamos, sólo puede ser analógica en los términos del artículo 4.º del Código Civil, pero que en todo caso sería mucho más adecuado tomar como precepto aplicable análogicamente el punto 2.º del mismo artículo; que el vacío legal es evidente, al no contemplar el supuesto de referencia el artículo 95, y adquiere verdadera importancia tras la reforma de 2 de mayo de 1975, en cuanto al régimen legal de las mujeres, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges; que en la inscripción en la forma que se indica por el recurrente estaría en relación con los antecedentes legislativos del precepto, cuya evolución tiende claramente a la progresiva protección de la mujer y su equiparación con el esposo, lo que haría absurdo que para rellenar el vacío reglamentario se utilizase un precepto cuya aplicación redundaría en desigualdad y perjuicio para la mujer casada requirente; que la inscripción en la forma prevista por el número 2 del artículo 95 del Reglamento en nada perjudica ni al esposo que no ratifica ni a los terceros, suficientemente protegidos por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; que en el caso de la escritura cuya calificación se recurre, en el que se afirma la existencia de una separación de hecho de más de veinticinco años, resulta falto de equidad el que un precepto reglamentario convierta una presunción de ganancialidad, salvo prueba en contrario, en una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal; que en cuanto al defecto señalado en el punto 2.º de la nota se

plantea de idéntica manera, tanto si se inscribe en la forma indicada por el Registrador como en la forma propugnada por el recurrente; que el hecho de garantizar el precio de la venta en previsión de incumplimiento no supone que se requieran mayores requisitos de capacidad que en el supuesto de simple aplazamiento sin más garantías que la acción del artículo 1.124 y la general responsabilidad patrimonial del artículo 1.911; que quien puede adquirir por sí solo con precio aplazado podrá adquirir garantizando con condición resolutoria o hipoteca su cumplimiento; que tampoco tiene trascendencia la cláusula penal, ya que ésta se hará efectiva sobre las mejoras y el 50 por 100 de las cantidades ya percibidas por la compraventa, por lo que cuando ello ocurriese sería sobre la parte de precio ya pagado por la compradora sobre el que se haría efectiva la pena.

El Registrador informó que el punto primero de la nota no es incongruente con el texto de la escritura calificada, pues aun cuando en la escritura no se solicita la inscripción del bien adquirido como parafernalia, las declaraciones de la adquirente respecto a su separación de hecho y carencia de gananciales tienen que tener una finalidad que no puede ser otra que el intentar que la adquisición se inscriba a su nombre exclusivamente; que es evidente que el caso concreto debatido no tiene encaje en ninguno de los supuestos que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario contiene, pero que si ahondamos en la *ratio* del precepto, así como las manifestaciones acerca de la parafernalia del precio que la escritura contiene, vemos que dicho supuesto tiene entrada en el artículo 95, regla 1.ª; que la tesis del Notario supone no ya interpretar la regla 2.ª del artículo 95 aplicando el artículo 3.º, 1, del Código Civil, sino hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, ya que el artículo es suficientemente claro; que la inscripción conforme a la regla 1.ª del artículo 95 no supone que se trata de bienes cuya naturaleza está ya definitivamente establecida como una presunción *iuris et de iure*, sino como una presunción *iuris tantum*; que en el caso de falta de acuerdo de los esposos no podría decirse que la inscripción con arreglo al párrafo 2.º del artículo 95 no perjudique a nadie, ya que se desplazan los poderes dispositivos (art. 96), de tal forma que si el marido pretendiera enajenar el bien adquirido y su cónyuge no le prestara el consentimiento, no podría acudir a la autorización judicial supletoria del artículo 1.413 del Código Civil, dándose la paradoja de que un bien que sin duda es ganancial queda sustraído del poder dispositivo del marido como administrador de la sociedad de gananciales; que en cuanto al punto 2.º de la nota, si bien se parte de la base de pleno respeto a la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, en cuanto al caso por ellas contemplado, en que se trataba de compras con precio pagado al contado, ha de resaltarse que en el caso debatido la mujer no sólo ejercita facultades como administradora al adquirir un bien, que por no acreditarse la procedencia del precio debe reputarse ganancial, de conformidad con el artículo 1.413 del Código Civil, lo cual se admite en base a las resoluciones citadas, sino que deja aplazado parte del precio y garantizado con una condición resolutoria que puede producir la consecuencia de que un bien que por ley es ganancial pierda este carácter sin que el marido tenga la más mínima intervención en el proceso; que el caso debatido entra de lleno en la esfera del último párrafo del artículo 1.441 del Código Civil cuando dice que los Tribunales conferirán la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado

a la familia, precepto éste que nos enseña el claro camino a seguir, caso de ser imposible conseguir el consentimiento del marido.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario y declarando además que de efectuarse la inscripción a nombre de la adquirente y en armonía con sus declaraciones no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien adquirido.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, justificando su decisión en los siguientes Considerandos.

B) *Doctrina de la Dirección General* (1).—Que en el estudio y resolución de este recurso hay que tener en cuenta la profunda modificación que la Ley de 1975 introdujo al sentar como principio general en el nuevo artículo 62 del Código Civil que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, lo que motivó, de una parte, que toda una serie de preceptos de ese Cuerpo legal fueran modificados y se adaptaran a la nueva legalidad introducida, y que para otras instituciones (la sociedad legal de gananciales) se previniera su futura regulación adaptada a esta nueva situación (una vez se resolvieran los complejos y arduos problemas que ofrece), por lo que hasta ahora, en tanto este hecho no se produzca, hay que tratar de cohonestar los preceptos legales todavía vigentes con el principio general antes señalado de plena capacidad de obrar de ambos esposos.

Que este Centro directivo declaró en las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 la inscripción al amparo del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario de las compras de inmuebles hechas por mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, en las que el precio había sido satisfecho al contado en base a los argumentos legales recogidos en las expresadas Resoluciones, planteándose ahora la cuestión de si serán o no inscribibles las mencionadas adquisiciones en el supuesto de que se haya pagado por la mujer sólo parte del precio y quede aplazado el resto con la garantía, igualmente pactada, de una condición resolutoria con cláusula penal.

Que el principal obstáculo que puede alegarse en contra del acto realizado aparece señalado en el defecto 2.º de la nota de calificación y hace referencia a la imposibilidad de la mujer casada para obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (art. 1.416 del Código Civil), por lo que, invirtiendo el orden de los defectos establecidos, se va a examinar éste en primer lugar.

Que como indicó la referida Resolución de 8 de febrero de 1977, el examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 de su nueva redacción.

(1) Vistos los artículos 59, 62, 63, 65, 86, 1.263, 1.301, 1.392, 1.395, 1.401, 1.407, 1.413 y 1.698 del Código Civil, 95 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de este Centro de 8, 11 y 26 de febrero de 1977

Que confirma el anterior aserto el contenido del artículo 1.698, 2.º, del Código Civil, vigente en esta materia como supletorio por la remisión que a las normas del contrato de sociedad hace el artículo 1.395 del mismo Cuerpo legal (incluido dentro del capítulo que regula la sociedad de gananciales), y en donde se establece que la sociedad no queda obligada respecto a tercero por los actos que haya realizado un socio no gestor, salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella, de donde se deduce que los actos celebrados por el cónyuge no administrador (en este caso, la mujer) producirán todos sus efectos en cuanto a su autor y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo, y no el de la sociedad de gananciales, salvo que ésta se hubiera aprovechado, criterio que el propio legislador ha ampliado a otros supuestos en la reforma de 1975, como ha sucedido al modificar la redacción del artículo 995 del Código Civil, en donde se establece que la falta de consentimiento del cónyuge del aceptante de una herencia no afecta a la validez del acto, sino sólo a la exclusión del patrimonio ganancial en la responsabilidad de las deudas hereditarias.

Que, en consecuencia, habrá de concluirse que la mujer casada en régimen de gananciales en el ejercicio de la potestad que como administradora de ciertos bienes gananciales (frutos de los parafernales y ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo) podrá realizar toda clase de contratos de compraventa, tanto al contado como a plazos, pero en este último caso, si el marido no presta el consentimiento que exige el artículo 1.416, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo será el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido, pues aunque tuviera la presunción de bien ganancial (art. 1.401) siempre quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (art. 1.124 del Código Civil) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

Que al no acreditarse suficientemente el carácter del precio que como contraprestación se ha satisfecho en parte por la mujer, y actuar la presunción general del artículo 1.401 del Código Civil, se plantea la cuestión de si la adquisición realizada habrá de inscribirse a tenor de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si las manifestaciones hechas en la escritura por la mujer compradora pueden enervar o matizar al menos la aplicación del mencionado precepto legal.

Que es indudable que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y puede producir determinados efectos jurídicos, por lo que en principio, y en relación con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la declaración hecha por el cónyuge adquirente condiciona el supuesto de aplicación, pues al no haberse acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad de la compradora, no cabe encuadrarlo dentro de la regla 3.ª de dicho artículo, así como tampoco dentro de la 2.ª, al haber sido hecha la aseveración por la misma compradora y no por su esposo, pero tampoco se está propiamente en el supuesto de la regla 1.ª, dada la finalidad y origen de este precepto reglamentario.

Que, en efecto, este artículo 95, en su redacción actual, es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la reforma que del artículo 1.413 del Código Civil hizo la Ley de 24

de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular, el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo la adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resulta mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador, y aun sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código Civil, aparecen justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario.

Que, en consecuencia, se está ante un supuesto de forma de inscribir una adquisición no prevista en las vigentes reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que habrá de realizarse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401, 1.º del Código Civil, en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mientras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente.

C) COMENTARIO:—Después de la reforma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975 se ha suscitado en numerosas ocasiones el problema de si la mujer casada, a quien no corresponde la administración de la sociedad conyugal, puede comprar bienes inmuebles sin intervención de su marido, pagando el precio con dinero ganancial o presuntamente ganancial. Problema planteado recientemente porque, antes de la reforma, la licencia del marido era necesaria para la validez del acto, y su omisión determinaba la anulabilidad del acto incompleto. Después de la reforma, en cambio, al suprimirse la licencia y reconocerse explícitamente la igualdad de los cónyuges y la plena capacidad de la mujer para contratar, parecía ser posible la compra en esas condiciones, si bien tropezaba con la dificultad de seguir correspondiendo al marido la administración de los bienes gananciales y la facultad de obligarlos. La cuestión así planteada resultaba problemática y objeto de discusión no sólo por los nuevos principios reguladores introducidos en la ley de reforma y por la distinta concepción que se pudiera tener respecto al papel del marido administrador sobre los bienes gananciales, sino también por tratarse de una reforma parcial, que había modificado numerosos artículos del Código relativos a la capacidad de obrar de la mujer casada, pero no los referentes a los bienes gananciales, por lo que seguían coexistiendo disposiciones no siempre homogéneas. Todo ello, unido a la frecuencia social de este tipo de actos, trajo como consecuencia que el referido problema pasara a primer plano de la actualidad y fuera objeto de numerosos estudios doctrinales.

En el ámbito jurisprudencial, las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 han venido a sancionar la validez de tales compras y su inscribibilidad, tomando en consideración un conjunto de prolijos argumentos—algunos de ellos desarrollados con especial finura jurídica por los recurrentes y por los autores que se ocuparon del tema—que no es oportuno rei-

terar aquí (2). Lo cierto es que esta jurisprudencia progresiva, cuya argumentación nos parece bien fundada y su solución acertada y muy acorde con el espíritu de la reforma, ha venido a fijar la vía de solución práctica de estos problemas. Sea cual fuere la línea de opinión que se mantenga al respecto, la validez civil de tales compras y su inscribibilidad registral parecen hoy perfectamente posibles.

El caso planteado en el presente recurso es parcialmente coincidente con el resuelto por aquellas resoluciones. Se trata, en efecto, de la compra de un bien inmueble por mujer casada sin intervención de su marido y en que la parte de precio ya satisfecha lo fue con dinero presuntamente ganancial o, al menos, no probadamente privativo. Pero se diferencia de aquellos otros casos en tres circunstancias, que concurren aquí y no allí, y que dan al presente supuesto de hecho una cierta peculiaridad: el aplazamiento de pago de parte del precio, las medidas establecidas para garantizar tal aplazamiento, y la separación de hecho en que se encontraban los cónyuges. Veamos por separado estas tres circunstancias:

a) Partiendo de esa reciente doctrina jurisprudencial, y de la validez de las compras hechas al contado por mujer casada en esas condiciones, ¿será aplicable igual solución cuando queda aplazado parcialmente el precio de la compra? Dando por supuesto que la parte de precio pagada al contado lo fue con dinero ganancial o presuntamente ganancial, por no acreditarse su carácter privativo, no parece que exista razón suficiente para alterar en este caso la solución dada por la Dirección General a los recursos precedentes. Porque el problema que aquí se plantea, por el aplazamiento parcial del precio, apunta no tanto a la validez de la compra hecha por mujer casada—teniendo en cuenta su capacidad para contratar sin restricciones, la supresión de la licencia marital, que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, y demás razones desarrolladas en los Considerandos de la Resolución de 8 de febrero de 1977, en relación con la reforma de 2 de mayo de 1975—, cuanto a las consecuencias de ese aplazamiento; es decir, a la responsabilidad patrimonial que puede quedar afectada por el eventual incumplimiento de esa obligación aplazada. En definitiva, se trata de decidir contra qué masa patrimonial podrá dirigirse el acreedor para cobrar el precio aplazado. Como el artículo 1.416 C. C. establece claramente que la mujer casada no puede obligar los bienes gananciales sin el consentimiento del marido (3), parece claro que en este supuesto no cabrá imputar esa responsabilidad al patrimonio ganancial, sino al patrimonio privativo de la mujer que compra y al propio bien comprado. Porque la esposa que puede comprar debe ser responsable de sus obligaciones con sus propios bienes. Y porque el vendedor impagado podrá siempre dirigirse contra el bien vendido, ya sea poniendo en marcha la garantía pactada (condición resolutoria expresa con eficacia frente a terceros por su inscripción), ya mediante el ejercicio de la acción resolutoria tácita (1.124), ya incluso porque aunque el bien comprado pueda reputarse ganancial (por satisfacerse la parte de precio pagada con dinero de esa naturaleza), su pertenencia al patrimonio común obedece precisamente a ese contrato de compraventa, cuya ejecución (pago parcial) no puede desligarse de la masa patrimonial a que afecta

(2) Véase nuestro comentario a dichas Resoluciones en esta misma Revista, núm. 522, septiembre octubre 1977, págs. 1094 y ss., y la referencia bibliográfica allí contenida.

(3) En el mismo sentido, artículo 995 del Código Civil, después de la reforma de 1975.

y de la que forma parte. Así lo establece expresamente la Dirección General, a mi juicio con plena razón.

Pero, en todo caso, la compra hecha por la mujer en esas circunstancias resulta perfectamente válida, tanto si paga el precio al contado como si lo hace a plazos. Si puede comprar entregando el precio en el momento de la compra, también podrá obligarse a entregarlo después, teniendo en cuenta que la mujer casada tiene capacidad contractual para obligarse por sí sola.

¿Cómo se inscribirán entonces tales adquisiciones? En principio, si el dinero pagado al contado era presuntamente ganancial o no se había probado suficientemente su carácter privativo, de la misma manera que la compra de bienes gananciales, siguiendo para ello las reglas generales de la legislación hipotecaria y específicamente el artículo 95, 1, R. H. Es decir, igual que se inscribían las compras al contado, según declaró la Resolución de 8 de febrero de 1977. Y como bien privativo, a nombre del cónyuge adquirente, si se justificó que el dinero satisfecho era de esta naturaleza (art. 95, 3). ¿Qué ocurrirá si el precio aplazado se paga, en todo o en parte, con dinero perteneciente a masa patrimonial distinta de aquella con que se pagó el precio al contado? Ejemplo: si el dinero inicial era común y los pagos posteriores son privativos. La respuesta a este interrogante dependerá de la solución que se dé al problema de fondo así planteado. Según se establezca una cotitularidad privativa y ganancial por cuotas del bien comprado en proporción a su respectiva cuantía; o se dé preferencia a la naturaleza del dinero con que se paga la mayor parte del precio total satisfecho, reconociendo un crédito contra esta masa patrimonial a favor de la otra con que se paga el menor precio; o prevalezca el dinero inicialmente pagado al contado, sea cual sea su cuantía, frente al satisfecho con posterioridad.

Sin entrar en la exposición de ese problema, nada pacífico y objeto de discusiones, y limitándonos a su enfoque registral, que es lo que ahora más nos interesa, podemos apuntar lo siguiente: cuando llega al Registro la escritura de compra normalmente se ha satisfecho sólo el precio al contado, tal como en la propia escritura se recoge, y falta por pagar el precio aplazado o, al menos, esta última circunstancia no consta documentalmenete. Como la calificación debe hacerse en el momento en que se presenta la escritura y en base a ésta, sólo podrán tenerse en cuenta los datos allí contenidos. De donde resulta que el dinero con que se paga el precio al contado condicionará la naturaleza del bien comprado. Siendo aquél con frecuencia presuntamente ganancial, como ganancial deberá inscribirse la vivienda comprada, aunque luego se satisfagan los plazos con metálico privativo. Y viceversa: cuando se justifique el carácter privativo del dinero pagado al contado, con igual carácter se inscribirá la adquisición. Si después de practicada la inscripción en esos términos se acredita la distinta pertenencia patrimonial de los pagos sucesivos, podrá modificarse el asiento haciendo constar esa doble concurrencia de masas patrimoniales, para que el Registro publique la cotitularidad correspondiente, aplicando por analogía, y a *sensu contrario* en su caso, el párrafo segundo del artículo 92 R. H.

b) La mujer casada puede comprar por sí sola, aun aplazando parte del precio. ¿Podrá también pactar la condición resolutoria expresa sobre el bien comprado en garantía del incumplimiento de esos pagos futuros?

Dependerá de la naturaleza del acto de constitución de dicha garantía. Si se piensa que la condición resolutoria expresa implica un gravamen o limitación que afecta al bien objeto de eventual resolución; que su finalidad es semejante a una nueva enajenación de la cosa comprada que retroadquiere el vendedor; y que la publicidad del Registro dota a esta garantía de eficacia oponible frente a terceros y le permite actuar como gravamen real, parece razonable afirmar que el acto de constitución de la garantía es un acto de gravamen, para cuya realización válida será precisa la capacidad de disposición.

En tal caso, deberán aplicarse aquí las reglas que disciplinan con carácter general los actos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles gananciales. Será necesario, por tanto, el consentimiento conjunto de marido y mujer (art. 1.413). La mujer podrá comprar por sí sola, de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial, pero no podrá imponer condición resolutoria expresa sin consentimiento del marido (o autorización judicial ante la eventual ausencia prolongada del esposo). Así lo exige la naturaleza de esta garantía como gravamen real inmobiliario. Igual que ocurría en materia de hipotecas, en que el marido podía cobrar, pero no prestar su consentimiento para la válida cancelación de la hipoteca que garantizaba aquel crédito. Por exigir la cancelación del derecho real de garantía la capacidad de disposición.

Centrada así la cuestión, y afirmada la necesidad de ese consentimiento dispositivo para establecer la condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado sobre el mismo bien que de tal manera se adquiere, cabría todavía matizar el problema desde una nueva perspectiva: la garantía del precio aplazado, sea cual fuere el cauce técnico a través del cual se establezca, va indisolublemente unida al acto de adquisición a plazos. Hasta tal punto que puede afirmarse que sin la creación de esa garantía la venta aplazada no llegaría a celebrarse. Esta unidad inseparable de ambos actos, y la dependencia que la garantía presenta respecto del acto de adquisición, han llevado a la Dirección General a sostener en otros recursos que, cuando el marido compra un inmueble a plazos y simultáneamente garantiza ese aplazamiento con hipoteca sobre el mismo bien comprado, puede realizar ambos actos por sí solo sin necesidad del consentimiento de su esposa para hipotecar el bien presuntivamente ganancial (4).

Sin exagerar la posible semejanza entre la hipoteca y la condición resolutoria expresa en garantía del precio aplazado, y aun reconociendo las diferencias existentes entre ambas figuras, podría pensarse que la misma solución jurisprudencial apuntada fuera aplicable al acto de constitución de la condición resolutoria, cuando ésta resulta simultánea a la compra aplazada y necesaria para que dicho aplazamiento pueda concederse. La subordinación que una y otra forma de garantía tienen respecto al negocio de adquisición a plazos, y la semejanza de ahí derivada, pueden justificar la interpretación analógica. De modo que podría darse por buena la constitución de esa garantía real por la mujer casada sin intervención del marido, a pesar de la necesaria concurrencia de éste para los actos de gravamen de inmuebles gananciales. Es decir, que tanto la compraventa como la condición resolutoria estaban válidamente constituidas.

(4) *Vid* Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, y mi comentario a esta última en *Revista Crítica*, núm. 472, mayo-junio 1969, págs 766 y ss

Tampoco debe silenciarse el tema de la cláusula penal pactada para el caso de resolución, que concedía a la vendedora el derecho a retener el 50 por 100 de las cantidades percibidas y las mejoras realizadas en la finca. Cuando se establecen tales cláusulas para prejuzgar contractualmente el importe de los perjuicios sufridos en caso de incumplimiento y subsiguiente resolución, es frecuente que dichas cláusulas resulten desproporcionadas o abusivas. Por ejemplo, cuando se conviene que el acreedor que resuelve, además de recuperar la cosa vendida, puede retener todas las cantidades ya pagadas o la mayor parte de ellas. En semejantes casos, la ruptura del principio de restitución de todo lo entregado, que es inseparable de la resolución del contrato, la falta de causa de garantía que justifique la medida, y su desproporción con el valor económico del perjuicio efectivamente sufrido por la falta de pago, junto con el aspecto abusivo que resulta de ser muchas veces estos contratos de adhesión, son razones que justifican replantear la licitud de esas cláusulas penales y su posible invalidez. Es el viejo y siempre renovado tema de las consecuencias abusivas en los pactos de resolución, en el que ahora no podemos entrar (5).

Sí debemos, en cambio, aludir a una de sus manifestaciones concretas, que es la que ahora más nos interesa: la posibilidad de que la invalidez de tales cláusulas pueda ser objeto de calificación por el Registrador antes de inscribir la escritura de compraventa en que se contienen, y denegada la inscripción en su caso. Personalmente soy partidario de que así se haga, como una aplicación más—y quizá de las más importantes—del principio de calificación de las cláusulas contractuales, de su licitud y validez, en orden a dotarles o no de publicidad registral. Creo además que la homologación registral es un importante medio para revisar esa validez a efectos del tráfico, sin necesidad de tener que acudir para su impugnación a un juicio declarativo, más largo, costoso y muchas veces difícil de iniciar. Comprendo, sin embargo, que ante las disposiciones generales de los artículos 1.124 y 1.152 C. C., y a falta de una norma expresa que regule con más detalle las causas de invalidez, no resulta siempre fácil decidir en la práctica si el caso examinado contiene una de esas cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que el abuso estará en función de la cuantía pactada. Salvo en los supuestos de flagrante desproporción.

En el caso aquí planteado, afortunadamente la cuantía del 50 por 100 de las cantidades percibidas en concepto de cláusula penal no parece lo suficientemente desproporcionada como para ser considerada, *prima facie*, como ilícita.

El Registrador estimó que la mujer necesitaba del consentimiento de su marido para obligar los bienes de la sociedad conyugal, de acuerdo con el artículo 1.416, tanto a través de la condición resolutoria pactada como de la cláusula penal. En el caso de ambas garantías, el problema quedó planteado desde el punto de vista de la responsabilidad de los bienes gananciales por la actuación de la mujer, lo cual es evidentemente uno de los temas que surgen cuando la mujer compra a plazos sin intervención del marido; pero no el único. La cuestión de responsabilidad podía ser resuelta, como hace la Dirección General, considerando que sólo el patrimonio privativo de la mujer compradora y el propio bien comprado servirán

(5) En el ámbito de las ventas a plazos ha venido a resolver estos problemas el artículo 11 de la Ley especial 50/1965, de 17 de julio, de evidente carácter imperativo en beneficio del comprador.

de base a la agresión del acreedor en caso de impago de algún plazo, sin que estuvieran sujetos a esa responsabilidad los demás bienes gananciales por la no intervención del marido. Con la cual imputación, por lo demás perfectamente correcta, se desvirtuaba la dificultad apuntada en la nota de calificación. Pero al lado de esta cuestión subsistían las otras dos, relativas a la capacidad de la mujer para pactar por sí sola la condición resolutoria con eficacia real (problema de capacidad de obrar concreta, no de responsabilidad), y a la posible invalidez de la cláusula penal por razón de su cuantía (problema de ineficacia por ilicitud de la causa). Ninguno de estos dos temas fueron recogidos en la nota de calificación negativa, a pesar de su innegable trascendencia práctica.

c) Al adquirir el piso, la compradora hizo constar en la escritura que estaba casada bajo el régimen de gananciales, pero que se encontraba separada de hecho de su esposo hace más de veinticinco años, por lo que carecía de bienes gananciales y había pagado la parte de precio ya satisfecha con dinero parafernial, con el cual seguiría pagando el resto aplazado.

La separación de hecho de los cónyuges, prolongada durante un largo período de tiempo, es un dato que puede tener indudable influencia en la resolución de este recurso. No es necesario recordar ahora la creciente importancia social de las separaciones matrimoniales de hecho, fenómeno que ha sido objeto en los últimos tiempos de atención por parte de la jurisprudencia y la doctrina (6). Se trata de una situación dotada de cierta duración cronológica, en que los cónyuges viven separados sin declaración judicial que así lo determine. A diferencia de la separación judicial, falta el título o causa que justifique esta anomalía en la relación matrimonial. El problema que aquí puede plantearse, entre otros, es el de si cabe atribuir semejantes efectos a uno y otro tipo de separación; o si se estima que ello no es posible, como parece evidente, qué eficacia jurídica produce la separación de hecho, aceptando su reconocimiento como fenómeno jurídico que de alguna manera incide en la relación matrimonial. Más en concreto, cómo repercute esta separación en el régimen económico del matrimonio, su subsistencia y su organización jurídica.

Dando por supuesto la admisión de cierto nivel de eficacia a esta realidad fáctica (7), recordemos que se pueden distinguir dentro de ella dos situaciones distintas, según exista o no convenio entre los esposos para regular el régimen de la separación. Cuando hay convenio, aunque no exista sentencia, cabe establecer normas negociales suficientes para regular la vida de los cónyuges separados, las relaciones jurídicas entre ellos y especialmente las repercusiones que la separación puede producir sobre el régimen económico: cesación de la comunidad, comienzo de la separación de bienes, facultades de cada cónyuge, reglas para respetar su autonomía patrimonial, etc. Por lo que se refiere al régimen económico del matrimonio, estos pactos son hoy bien fáciles de realizar, después de que en la última reforma del C. C. se ha permitido la celebración de capitul-

(6) Entre los trabajos publicados en los últimos años recordemos los de CÁMARA «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *A D C.*, 1969, XXII-1, pág. 3, y XXII-11, pág. 263; OGAYAR «Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce», *R G L J.*, julio-agosto 1972, pág. 35; ZANÓN «La separación matrimonial de hecho», Barcelona, 1974.

(7) Como ejemplo de esta admisión de eficacia puede recordarse, además de las numerosas sentencias en que se recoge esta figura, el anteproyecto de ley de reforma del Título IV, Libro I, del Código Civil, en que la separación de hecho aparece como una de las posibles causas de divorcio, una vez transcurridos diversos plazos, según sea libremente consentida o esté provocada unilateralmente por uno de los cónyuges.

laciones matrimoniales después del matrimonio o su modificación posnupcial (art. 1.315). Quizá una de las razones que justificaron la ruptura del principio de inmutabilidad del régimen matrimonial dentro del Código Civil fue precisamente ésta de facilitar la pacífica separación de los cónyuges sin necesidad de acudir al Juez.

¿Qué ocurrirá si el convenio de separación o pacto capitular no se han celebrado? La falta de vida en común que produce la separación puede justificar el que no existan ya bienes gananciales, o que no se reputen como tales los adquiridos en esa situación de separación. Porque el fundamento de la sociedad legal y de la existencia de un patrimonio común es la comunidad de vida y la necesidad de atender a los gastos comunes del matrimonio (8). A pesar de lo cual, la separación de hecho no actúa como causa de disolución de la comunidad ganancial. La disolución sólo se produce por la sentencia judicial de separación (o por las demás causas legalmente tipificadas: art. 1.417, en relación con 52, 73, 101 y 1.433 C. c.). Cabría pensar entonces que los bienes adquiridos con anterioridad a la separación de hecho que tenían la condición de gananciales seguirán conservando este carácter, toda vez que el patrimonio común aún no ha sido disuelto; pero no podrán ser calificados de tales los bienes que se adquieran después, al faltar la necesaria comunidad de vida. Los bienes adquiridos en esas circunstancias es *como si* fueran privativos del cónyuge adquirente. Falta el supuesto de hecho de la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1.407, y debería entrar en juego quizá la presunción contraria, según la cual los bienes son propios de quien los adquiere.

Pero aun admitiendo la posible exactitud del razonamiento así expresado, y su dosis de justicia al aplicarlo en la vida práctica, subsiste en todo caso una dificultad: la derivada de la necesaria prueba adecuada de esta situación de separación fáctica. si se quiere que su existencia desate aquellos niveles de eficacia. ¿Cómo podrá probarse en cada caso, sin necesidad de acudir al Juez, la separación de hecho como situación estable e indubitada, que afecte tan directamente a la subsistencia del régimen de comunidad? Al menos en el caso propuesto, la compradora declaró unilateralmente esa circunstancia, sin la aseveración del marido separado, y sin que conste una justificación distinta. ¿Cabría negar la condición de ganancial del piso comprado sólo porque la compradora manifieste su separación de hecho sin probarla? Parece que no.

Desde la perspectiva que ahora estamos considerando, confluyen en la resolución del presente caso dos elementos distintos: la inexistencia de comunidad en el matrimonio y la difícil consideración como gananciales de los bienes adquiridos por la mujer separada de hecho de su marido, de una parte; la continuación de la sociedad de gananciales por no haber sido aún disuelta y la falta de prueba fehaciente de la separación fáctica, de otra. Las soluciones a que se puede llegar por uno u otro camino son contradictorias. O se niega la posibilidad de nuevos gananciales y se consideran privativos los bienes adquiridos por la mujer separada, con todas sus consecuencias civiles y registrales, o se mantiene la subsistencia de la

(8) Como ha recordado CÁMARA cuando los esposos se separan y desaparece la comunidad de vida, faltan los presupuestos sobre los que técnicamente se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. De aquí que la Ley considere su disolución (art. 73.4 del Código Civil) como efecto característico de la separación personal de los cónyuges (judicialmente declarada) (*La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, pág. 11.)

sociedad conyugal y se califica de ganancial al piso comprado, que debería inscribirse como tal.

La Dirección General sigue en este punto una vía de solución intermedia. Parte de la existencia de la sociedad de gananciales, no desvirtuada por la separación de hecho, y en este sentido replantea los problemas de la validez de las compras de inmuebles hechas por mujer casada en régimen de gananciales con precio aplazado, su capacidad para comprar en esas circunstancias (naturalmente, conectada con el régimen de comunidad), y la responsabilidad del patrimonio privativo y ganancial por el impago del precio aplazado. Pero al considerar la forma en que debe inscribirse la adquisición así realizada, teniendo en cuenta la declaración hecha por la compradora respecto a la separación de hecho, estima que esta situación puede producir determinados efectos jurídicos y entiende, en consecuencia, que no es de aplicación la regla 1.ª del artículo 95 R. H., ni tampoco las otras dos—obviamente—; por lo que esta laguna reglamentaria, que surge al no regularse el supuesto de separación de hecho, debe suplirse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, de acuerdo con el artículo 1.401, 1.º, a pesar de ser ganancial el bien comprado.

En resumen: se acepta la validez de las compras hechas por mujer casada en régimen de gananciales, sin intervención del marido y con precio aplazado; se establece la responsabilidad correspondiente del patrimonio privativo de la compradora y del propio bien comprado para el caso de impago; y se ordena la inscripción como ganancial del piso, a nombre de la compradora solamente y sin aplicar las reglas del artículo 95 R. H., por haberse alegado en la escritura la separación de hecho.

Sin perjuicio de reconocer la posible oportunidad de esta solución práctica en un caso como el propuesto, los argumentos ofrecidos para conseguir esa forma de inscripción y para valorar la separación de hecho no resultan demasiado convincentes. Quizá porque la vía adoptada para llegar a tal decisión es intermedia y no muy precisa. Hubiera sido preferible enfrentarse más radicalmente con la cuestión de los efectos de la separación de hecho, y su prueba, en relación con el régimen de gananciales. Y concretar una solución más consolidada como antecedente de la forma de extender el asiento.

M. A. G.

7. RECTIFICACIÓN DE INEXACTITUD REGISTRAL POR ERROR CONTENIDO EN EL TÍTULO INSCRITO ACERCA DEL NOMBRE Y APELLIDOS DE LA ESPOSA DEL COMPRADOR: PRACTICADA LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRA, CONFORME AL ARTÍCULO 95-1 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, A FAVOR DEL COMPRADOR Y DE QUIEN ÉSTE DECLARA SER SU ESPOSA, PARA RECTIFICAR EL ERROR SUFRIDO Y QUE EL REGISTRO PUBLIQUE LA CO-TITULARIDAD DE LA VERDADERA ESPOSA BASTA PRESENTAR ESCRITURA DE ACLARACIÓN OTORGADA POR QUIEN DICE SER CÓNYUGE DEL COMPRADOR, ACOMPAÑADA DE LA CERTIFICACIÓN DEL MATRIMONIO EXPEDIDA POR EL REGISTRO CIVIL.

Resolución de 5 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 14 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Doña María de los Remedios Morales Gómez, mayor de edad, viuda, con domicilio en Madrid, otorgó escritura de aclaración de otra de compraventa autorizada por el Notario de Madrid don Roberto Blanquer Uberos el día 17 de febrero de 1977, en la que expuso que contrajo matrimonio canónico con don Alfonso Castañeira López, el día 12 de diciembre de 1912, según consta en el Registro Civil del distrito de la Inclusa, de Madrid (Sección 2.ª, Tomo 45, página 98), y resulta de la certificación que exhibe. Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Germán Pérez Olivares, el 7 de agosto de 1963, don Alfonso Castañeira López adquirió, por compraventa a doña María del Milagro Madañaga y Céspedes, un piso vivienda en la planta 2.ª de la casa número 11 (hoy, número 28) de la calle de Ríos Rosas, de Madrid, que se describe a continuación, compareciendo don Alfonso Castañeira como casado con doña Misericordia Alfonso Zurdo, funcionario y vecina de Madrid, con domicilio en la calle de Ríos Rosas, 25. La anterior escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Madrid, en la demarcación del actual número 6, el día 17 de enero de 1964, quedando inscrito el piso referido en dominio a favor de los esposos don Alfonso Castañeira López y doña Misericordia Alfonso Zurdo, conjuntamente y para su sociedad conyugal, sin haber alegado la naturaleza del dinero invertido por la compra que él hizo. La otorgante de la escritura de aclaración deja establecido como verdadero que el estado civil de don Alfonso Castañeira López era el de casado con doña María de los Remedios Morales Gómez, para lo cual acompaña certificación de matrimonio del Registro Civil correspondiente, y solicita que se extienda el asiento que proceda para publicar como co-

titular registral, conforme al artículo 95 del Reglamento Hipotecario, a doña María de los Remedios Morales Gómez como cónyuge del adquirente.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento porque para practicar el asiento solicitado es preciso el consentimiento del titular registral o resolución judicial, conforme a los artículos 40, *d*), y concordantes de la Ley Hipotecaria; la carencia de este requisito constituye falta insubsanable e impediría la anotación preventiva, la que no se ha solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura de aclaración interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, entre otras razones, que ha de distinguirse entre los datos registrales sobre el estado civil, que son extraños a la legitimación registral, y la titularidad de los derechos, que sí está amparada por el principio de legitimación; que en el caso que nos ocupa no puede aplicarse el artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, porque la materia sobre que recae el error del título inscrito, y que se subsana mediante el presentado, no está comprendida en la materia amparada por la publicidad registral y protegida por la salvaguardia de los Tribunales, sino que está comprendida en la materia amparada por el Registro civil; que ha de admitirse que sólo la parte de asiento referente al adquirente es la que, congruentemente con los artículos 1.º, 3.º y 9.º, párrafo 8.º, de la Ley Hipotecaria, está protegida por la publicidad registral al estar amparada en la autenticidad del título, no gozando en cambio de autenticidad ni de publicidad la inscripción a nombre de ambos esposos, que solamente expresa un juicio del Registrador con base reglamentaria y no legal; que el artículo 40, *d*), es de aplicación en el campo propio de la publicidad registral, esto es, cuando la inexactitud o defecto del título afecta al acto o contrato en cuanto se refiere a los derechos inscribibles; que en cuanto a los sujetos sólo es aplicable dicho artículo en lo referente a su identidad, materia amparada por la autenticidad, pero no a las otras circunstancias de los sujetos que debe mencionar la comparecencia de la escritura; y que en apoyo de esta tesis cabe citar las Resoluciones de 8 de mayo de 1954, 29 de septiembre de 1967 y 17 de febrero de 1969.

El Registrador informó que parece que el recurrente interpreta las palabras del párrafo 3.º del artículo 1.º en el sentido de que sólo los derechos inscribibles constituyen la materia que está bajo la salvaguardia de los Tribunales, pero hay que recalcar que dicho párrafo pone bajo la salvaguardia de los Tribunales a los asientos en cuanto a todo lo que se refiera a los derechos inscribibles, sin excluir la titularidad referida a los derechos, determinando que los asientos producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley; que por eso el artículo 40, párrafo 2.º, dispone que cuando haya de solicitarse judicialmente la rectificación se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho, es decir, los titulares o cotitulares registrales, por lo que el Registrador no tiene facultades para producir el cambio de titularidad, en virtud de la simple petición de quien no tiene ningún derecho según el Registro; que, por otra parte, ha de tenerse en cuenta que doña María de los Remedios Morales manifiesta en la escritura que es viuda, sin haberse acreditado el fallecimiento del señor Castañeira; que el recurrente distingue entre datos registrales sobre el estado civil, que son extraños a la legitimación regis-

tral, y la titularidad de los derechos que sí está amparada por el principio de legitimación, pero que esta distinción es inoperante en el presente recurso, pues no se impugna ni se discute el estado civil de los cotitulares registrales que es el de casado; que lo que ahora interesa es que doña Misericordia Alfonso Zurdo es cotitular registral y, por tanto, a todos los efectos legales, conforme al artículo 38, se presume que le pertenece como tal cotitular el dominio de la finca; que si el Registro fuera inexacto en cuanto al estado civil de cualquiera de los cotitulares, o en cuanto a la relación entre ellos, la inexactitud podría ser rectificada con el consentimiento de los titulares registrales, y si no consintieran se estaría en presencia de una contienda entre partes para cuya resolución no tiene competencia el Registrador, sino la jurisdicción ordinaria, conforme a nuestro ordenamiento jurídico y en concreto al artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que la nota no afirma ni niega que realmente el matrimonio del señor Castañeira con doña Remedios Morales perdurara ni que haya existido un segundo matrimonio con doña Misericordia, sino que la nota sólo reconoce la existencia de una titularidad y aplica las normas legales consiguientes de la legislación hipotecaria; que resulta que el matrimonio del señor Castañeira con doña Misericordia pudo existir y ser legítimo, y que en el caso de que fuera ilegítimo pudo producir efectos civiles a tenor del artículo 69.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador, basándose en los siguientes Considerandos (1).

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que practicada conjuntamente una inscripción a favor del comprador y de la persona que éste declaró ser su esposa, al amparo de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si puede rectificarse el asiento realizado, en virtud de una escritura de aclaración otorgada por quien dice ser cónyuge del comprador acompañada de la certificación del matrimonio expedida por el Registro Civil, o si, por el contrario, ha de requerirse el consentimiento del titular registral o, en su defecto, resolución judicial, de acuerdo con el artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria.

Que, como ya ha declarado este Centro directivo en recientes resoluciones, el obligado cumplimiento por parte de los Registradores de la Propiedad del mandato contenido en la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario trae como consecuencia que el Registro publique la titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición, y sin que, por tanto, su personalidad haya sido cubierta por la fe pública del Notario que autorizó la escritura, con lo que se produce una situación un tanto excepcional de discordancia entre el título y la inscripción, por la sola declaración del comprador o adquirente, situación que no parece se hubiera pretendido introducir por el legislador en el Decreto de 1959, cuando al modificarse por la Ley de 1958 el artículo 1.413 del Código Civil

(1) Vistos los artículos 1.214 y 1.413 del Código Civil, 1, 9-8.º, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria; 51-8.º y 95-1.º del Reglamento para su ejecución; 2, 4, 6, 69 y 76 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957; 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, 156-4.º, 159 y 187-3.º del Reglamento para su ejecución de 2 de junio de 1944, y las Resoluciones de 9 de marzo de 1917, 19 de octubre de 1949, 8 de mayo de 1954, 25 de mayo de 1964 (Servicio IV), 29 de septiembre de 1967 y 17 de febrero de 1969.

hubo necesidad de adaptar las normas hipotecarias a la nueva situación creada, que exigía el consentimiento de la mujer para los actos de disposición de inmuebles que hasta entonces podía realizar sólo el marido.

Que a consecuencia de lo expuesto pueden producirse situaciones como la del presente caso, en donde tiene lugar un conflicto entre dos legitimaciones, derivada una de la inscripción del inmueble a favor de sus titulares registrales y la otra del propio Registro Civil que constituye la prueba de los hechos inscritos—art. 2.º de la Ley de 8 de junio de 1957—, relativos al estado civil de las personas, y en el que la primera expresa como cónyuge del adquirente a alguien distinto de lo que la segunda publica.

Que cada una de estas instituciones tiene su campo propio de actuación, y de la misma manera que en el Registro de la Propiedad, en base a los artículos 1.º, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, se presume propietario del inmueble a la persona que aparezca con este carácter en los libros registrales, y a quien quiera negarle esta cualidad le corresponde la carga de la prueba; igualmente en el Registro Civil, y en base al artículo 2.º de la Ley que lo regula, el que asevere el estado de casado de una persona le basta con demostrar el hecho del matrimonio mediante la correspondiente certificación registral, y es quien niegue la existencia de esta situación el que deberá probar el hecho extintivo del matrimonio, pues mientras en el Registro no se haga constar la posible sentencia de nulidad o separación, o por otro medio se prueba aquella circunstancia, prevalecerá el contenido de las actas del Registro con la subsistencia del matrimonio.

Que teniendo en cuenta, por tanto, que de una parte los datos registrales sobre capacidad y estado civil son extraños a la legitimación registral, y que sobre unos datos no exactos sobre esta materia se practicó el asiento erróneo que quedaría perpetuado por una aplicación extensiva de los preceptos de la Ley Hipotecaria con mengua de una materia que está amparada por la fe del Registro Civil y que, como ha declarado en diversas ocasiones este Centro, cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es procedente la aplicación del artículo 40, *d*), de la Ley Hipotecaria, pues bastará para hacerla la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

C) COMENTARIO.—En los últimos tiempos se ha planteado repetidas veces el tema de la rectificación de inexactitudes en los asientos del Registro causadas por errores contenidos en los títulos inscribibles. Recuérdense las Resoluciones de 10 de marzo y 7 de abril de 1978 (2). La inexactitud registral viene provocada por error en el título, no apreciable en trámite de calificación. Si dicho error fuera apreciable por el Registrador que califica, su falta de examen implicaría una calificación equivocada y una inscripción indebida, cuya subsanación discurriría por otras vías. Aquel error en el título desata la inexactitud del asiento. Se produce un error o falta de exactitud entre la declaración formal del Registro y la realidad extrarregistral. En estos supuestos de hecho concurren dos elementos: de una parte, una declaración inexacta en el título, que puede ser relativa a cualquiera de las manifestaciones en él contenidas, ya hagan referencia

(2) Véase también la de 17 de febrero de 1969 y mi comentario en esta misma Revista, núm. 473, julio-agosto 1969, págs. 1059 y ss.

a los sujetos que intervienen en el negocio, al objeto o al contenido de la relación negocial; con la consiguiente responsabilidad, que no puede ser eludida, imputable a la persona que declara esa falsedad o inexactitud. De otra, esa declaración inexacta resulta no probada o no acreditada suficientemente. Lo cual llega a ser más sorprendente cuando los datos inexactos son susceptibles de prueba preconstituida a través de mecanismos organizados para funcionar como medios de legitimación en el tráfico. Tal es el caso de los Registros públicos. Si el dato que se omite, o cuya manifestación inexacta forma parte de la escritura pública, es fácilmente comprobable a través de la consulta del Registro correspondiente, ¿podrá el Notario autorizar la escritura recogiendo simplemente la alegación de las partes sin exigir su justificación adecuada? Piénsese en casos como el presente en que se falsea la identidad del cónyuge del adquirente, u otros datos relativos a la capacidad o al estado civil de las partes. Cuando bastaría la certificación del Registro Civil para acreditar cumplidamente tales extremos.

Las dos vías más frecuentes de rectificación de la inexactitud registral así planteada serían las siguientes: una, presentar nuevo documento en que conste el consentimiento del titular registral para la rectificación que se solicita o, en su defecto, resolución judicial, de acuerdo con el artículo 40, d), L. H; otra, cuando la rectificación se refiera a cuestiones de hecho, no dependientes de la voluntad del titular registral y susceptibles de prueba fehaciente, bastará con acreditar suficientemente el error padecido y la realidad de hecho subyacente a ese error. En todo caso será necesaria la declaración de voluntad del que solicita la rectificación cuando sea persona distinta del titular inscrito.

La doctrina de la Dirección General relativa a estos problemas de rectificación de inexactitud registral por error del título inscribible podría sintetizarse así (3): En primer lugar, y como regla general, la necesidad del consentimiento del titular registral a quien afecte la rectificación, según establece el artículo 40, d), L. H.

Semejante criterio legal se apoya en diversas razones: El principio formulado en el párrafo tercero del artículo 1.º L. H., según el cual los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, por lo que su modificación (por vía de rectificación en este caso) sólo puede ordenarla el Juez cuando el interesado no la consienta expresamente. De la misma manera, porque la titularidad registral deriva de la titularidad civil, salvo en los casos de inscripción constitutiva. Y la titularidad civil presupone un acto voluntario de adquisición, tanto si se adquiere por sí y para sí como si la ley atribuye a ese acto adquisitivo efectos más complejos (ejemplo: cotitularidad de ambos esposos sobre el bien ganancial comprado cuando compra sólo el marido). La titularidad registral (unitaria o conjunta) es consecuencia de ese acto voluntario de adquisición, aunque los

(3) Además de las Resoluciones de 17 de febrero de 1969, 10 de marzo y 7 de abril de 1978, a las que después se alude, véanse también las de 9 de marzo de 1917, 8 de mayo de 1954 y 29 de septiembre de 1967. De ellas, la más semejante con el caso ahora discutido es la de 1954. Se trataba de que el comprador aparecía en la escritura de compra como casado con una persona, cuando en realidad lo estaba con otra. Solicitada por ésta la rectificación del asiento inexacto cuando ya había fallecido el marido, la Dirección General no permitió la rectificación por estimar que no era suficiente para ello el acta de notoriedad presentada

efectos de la autonomía de la voluntad vayan enmarcados en la ley que la regula. En todo caso, será necesaria esa voluntad creadora, con unos u otros efectos. Pues bien, para modificar la situación jurídica creada será necesario la concurrencia de la voluntad que intervino en su creación. Además, la situación jurídica inscrita (relación jurídica registral) confiere al titular registral una específica y compleja protección que se traduce en distintos niveles de eficacia y que podemos denominar en sentido amplio como protección registral (con independencia o al margen de su propia eficacia civil). Por eso, para rectificar o modificar la titularidad registral, y la protección de ahí derivada, será preciso el consentimiento del titular afectado. Lo cual, en el fondo, no es más que una consecuencia del superior principio de legitimación registral.

En segundo lugar, la doctrina jurisprudencial que estamos recordando se apoya en una nueva idea: como excepción a esa regla general formulada en el artículo 40, *d*), y tan perfectamente justificada, es posible que la rectificación del error (y la consiguiente modificación de la titularidad registral en su caso) se haga sin necesidad del consentimiento del titular, siempre que concurren las siguientes circunstancias: 1) que sea un error del título el determinante de la inscripción inexacta; 2) que la situación erróneamente declarada no dependa de la voluntad de los interesados, sino que sea una realidad meramente fáctica dependiente de datos objetivos o circunstancias de hecho, aunque se manifieste en forma voluntaria y forme parte de una declaración de voluntad negocial. Por eso la realidad puede apreciarse, y el error demostrarse, mediante la prueba de los hechos correspondientes; 3) que se pruebe suficientemente el error padecido y la realidad subyacente.

Ejemplo de estas realidades fácticas podrían ser la muerte de una persona, o su situación de casado, o el régimen económico matrimonial vigente, etc. Se trata, en conclusión, de errores de hecho no voluntarios que pueden rectificarse demostrando la verdadera situación fáctica.

La aplicación práctica de este segundo criterio jurisprudencial no deja de suscitar algunos problemas: 1) ¿Cuándo la cuestión planteada es puramente fáctica y no voluntaria? La línea de separación entre ambas calificaciones no siempre se aprecia con claridad. Dentro de los datos fácticos podemos incluir no sólo los hechos independientes de la voluntad de las partes (nacimiento, muerte), sino también aquellas situaciones que, aunque voluntarias en su origen (matrimonio, adquisición voluntaria de nacionalidad o vecindad, régimen económico-matrimonial), tienen una realidad objetiva y estable, mientras no se modifiquen, susceptible de ser probada en forma suficiente para la legitimación en el tráfico. La Dirección General se ha ocupado en este sentido de temas relativos al régimen económico-matrimonial con criterio no siempre uniforme. Así, en la Resolución de 17 de febrero de 1969 se estableció que, inscritas varias adquisiciones de fincas a través de las correspondientes escrituras de compra como bienes privativos del marido comprador, por entenderse que era de vecindad catalana y estaba casado en régimen de separación de bienes, no puede su esposa por sí sola obtener la rectificación de los asientos registrales, y que se practiquen las inscripciones conforme al artículo 95, 1, R. H., a pesar de acompañar certificado de matrimonio celebrado en Vizcaya y acta de notoriedad acreditativa de la falta de capitulaciones y de la sumisión al régimen ganancial, sino que para ello es preciso el consenti-

miento del marido titular registral o, en su defecto, autorización judicial, según el artículo 40, d), L. H. (4).

En cambio, en la más reciente Resolución de 10 de marzo de 1978, un marido originariamente rumano y luego apátrida compró un piso en Barcelona, declarando en la escritura de compra que estaba casado y sometido al régimen de comunidad de adquisiciones. En el Registro se inscribió como bien común de ambos esposos. En otra escritura posterior el comprador manifestó el error padecido en aquella previa declaración, por cuanto el régimen económico aplicable a su matrimonio era el de separación de bienes, solicitando la rectificación de la inscripción practicada y que se inscribiera el piso comprado como bien propio del marido comprador. Para justificar dicho error acompañaba certificado del Instituto para los Países del Este en que se hacía constar que el régimen económico-matrimonial aplicable en Rumania en la fecha de celebración de su matrimonio era el de separación de bienes. La Dirección General permitió la rectificación de la inscripción y la extensión de un nuevo asiento del título de compra así completado en que constara la cualidad privativa del piso comprado, por entender que resultaba probado suficientemente el error de hecho sufrido y que en tal supuesto no era necesario el consentimiento del otro titular registral que exige el artículo 40, d), L. H.

Y en la posterior Resolución de 7 de abril de 1978 se permitió igualmente que se rectificara una inscripción inexacta basada en una escritura de compra errónea, en que el comprador aparecía como casado, cuando dicha escritura tenía por finalidad la elevación a público de un documento privado anterior, y en la fecha fehaciente en que se otorgó el documento privado el comprador estaba aún soltero. Bastó para practicar la rectificación, solicitada por el comprador en estado de viudo, presentar una escritura de subsanación a la que se acompañaba el Libro de Familia y la certificación de la inscripción de matrimonio.

2) ¿Cómo se prueba o cuándo se entenderá suficientemente probado el error padecido en el título determinante de la inscripción y la verdadera realidad subyacente a esa apariencia formal? Recordemos que para la rectificación de la inscripción sin necesidad del consentimiento del otro titular registral o de otros interesados en la misma era necesario que el error fuera objetivo o fáctico y que pudiera justificarse adecuadamente esa situación errónea o equivocada. Se trata, evidentemente, de una prueba extraprocesal, y no de una prueba plena, basada en documentos públicos y en los demás datos que puedan tener acceso al Registro, prueba que resulte suficiente a juicio del Registrador calificador. La justificación fehaciente de tales datos podrá hacerse especialmente a través de su constancia registral, cuando ésta exista. Así, por ejemplo, la certificación del Registro Civil respecto a la celebración del matrimonio, la existencia de capitulaciones matrimoniales o el fallecimiento de una persona.

En los dos últimos Considerandos de esta Resolución se hace aplicación al presente caso de la doctrina jurisprudencial ya apuntada en las Resoluciones de 1978, si bien modalizada aquí por la eficacia legitimadora y probatoria que tiene la publicidad del Registro Civil en cuanto a los

(4) En mi comentario a esta Resolución me permití criticar la solución dada por el Centro Directivo por estimar que para poder rectificar el asiento inexacto era necesario acreditar el régimen económico vigente en el momento de la celebración del matrimonio, ya que entonces, antes de la reforma del Código Civil del año 1975, el régimen económico matrimonial era inmutable para los vizcaínos y para los sometidos al Derecho común, como la propia Dirección General reconoce.

hechos que allí se inscriben. El error cometido en la escritura y trasladado a la inscripción se proyectaba sobre el nombre y apellidos de la esposa del comprador. Por tratarse de una adquisición presuntamente ganancial, dicho error adquiría especial importancia, pues condicionaba la cotitularidad registral de ambos esposos sobre el piso comprado. Pues bien, la Dirección General estima que la identificación de la esposa del comprador a través de su nombre y apellidos, referida al momento en que se otorga la escritura de compra, constituye un dato de hecho, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, y susceptible de ser probado fehacientemente a través de la correspondiente certificación del Registro Civil.

Ambas afirmaciones resultan inatacables. Si el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos, hasta el extremo de que sólo se pueden admitir otros medios de prueba cuando falte la inscripción o fuera imposible certificar del asiento (arts. 327 C. C. y 2.º L. R. C.) (5), y si el matrimonio es objeto de inscripción en el mismo con indicación del nombre y apellidos de los contrayentes, parece claro que ambos datos, la situación de casado y las circunstancias personales de los cónyuges, tendrán su cumplida justificación a través de la correspondiente certificación de este Registro. De donde resulta que bastará con esa prueba legal de la situación de hecho objetivamente existente, y la alegación de parte interesada (en este caso, la verdadera esposa del comprador) para que pueda rectificarse el error cometido en la inscripción, sin que sea preciso contar con la voluntad de la esposa erróneamente inscrita como cotitular del piso ganancial, ni con la del marido comprador. Además, este último parece actuar como responsable de la falsedad cometida en la escritura de compra y causante del perjuicio sufrido por su verdadera esposa. Por lo que la rectificación de aquel perjudicial error no debe depender de su voluntad.

En resumen, la solución del presente recurso nos parece aceptable. Tanto en la aplicación de la doctrina jurisprudencial ya mantenida por la Dirección General, que permite la rectificación de errores objetivos sin necesidad de exigir el consentimiento de quien los causó, como desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, al hacer posible así la protección de la verdadera esposa del comprador.

Sin embargo, en el presente caso concurren circunstancias especiales que permiten matizar la solución formulada por el Centro Directivo.

a) Sorprende, en primer lugar, que el marido comprador del piso falsificara el nombre y apellidos de su esposa, haciendo pasar por tal a persona distinta. ¿Cómo es posible esta grave ocultación de la verdad y a qué fue debida? No se alude a una posible separación de hecho de los cónyuges ni a que el marido viviera con la mujer cuyo nombre figura en la escritura como esposa. No procede, por tanto, examinar tan hipotéticas situaciones. En cualquier caso, no parece verosímil que el marido cometiera error al expresar el nombre de su esposa. ¿Por qué basta una mera declaración del comprador para atribuir a una persona la condición de esposa cuando

(5) En este sentido se ha afirmado autorizadamente que la inscripción en el Registro Civil tiene en todo caso un valor que excede al de la prueba preconstituida, es un medio de prueba legal que «hace fe» de los hechos inscritos. Estimada como manifestación de la verdad de los hechos, basta para el ejercicio de derechos y facultades (título de legitimación normal), y será el que, como tal, ha de ser atendido por autoridades judiciales y administrativas (FEDERICO DE CASTRO, *Compendio de Derecho Civil*, 5.ª ed., Madrid, 1970, págs. 318-319). Es decir, que la publicidad del Registro Civil funciona como título probatorio privilegiado y como título de legitimación en el tráfico.

en realidad no lo era, si esa declaración serviría para conferir a la falsa esposa una cotitularidad registral y era además fácilmente desvirtuable por constar lo contrario en el Registro Civil? Conforme a lo ya expresado, no se comprende que datos de tanta trascendencia jurídica puedan tener repercusiones notariales o registrales sin una justificación suficiente. Aparte la eficacia que pueda producir inter partes una declaración de ese tipo, no es aceptable que acceda al Registro de la Propiedad, que funciona como título de legitimación en el tráfico, sin su prueba correspondiente.

b) Es cierto que la publicidad del Registro de la Propiedad se proyecta sobre los derechos reales inmobiliarios o relaciones jurídico-registrales y las titularidades a ellas inherentes, mientras que la publicidad del Registro Civil afecta al estado civil y a los hechos y actos a ellas relativos. Pero quizá no resulte exacto afirmar que los datos sobre capacidad y estado civil de las personas son extraños a la legitimación registral. Porque las resoluciones judiciales modificativas de la capacidad de las personas pueden tener acceso al Registro de la Propiedad y ser divulgadas a través del mismo. Y, sobre todo, porque la titularidad inmobiliaria que este Registro publica se atribuye a una persona que se identifica con determinadas circunstancias (nombre, apellidos, estado civil, etc.; cfr. art. 51,9 del Reglamento Hipotecario). A ese sujeto así determinado (nacional o extranjero, mayor o menor de edad, soltero o casado, sometido a uno u otro régimen económico en su matrimonio, incapacitado o no, etc.) se refiere la publicidad registral, y mientras no se modifiquen los datos subjetivos que el Registro exterioriza, también ellos forman parte de la titularidad registral y de la legitimación para el tráfico de ahí resultante.

c) Como se afirma en los considerandos tercero y cuarto, el problema surge cuando entran en colisión los datos publicados por el Registro Civil y el Registro de la Propiedad. Evidentemente en tales casos debe prevalecer la verdad registral que directamente constituye el objeto de la publicidad de cada Registro. Es decir, las circunstancias de identificación personal y estado civil que brinda el Registro Civil, y las titularidades reales inmobiliarias que proporciona el Registro de la Propiedad. En este sentido, es claro que el error cometido al expresar el nombre y apellidos de la esposa del comprador en la escritura y en la inscripción puede fácilmente acreditarse mediante la certificación de matrimonio. Y la fehaciencia en la justificación de esos datos sirve de base para que la rectificación pueda realizarse mediante la instancia de la esposa interesada, sin necesidad de contar con el consentimiento de los titulares inscritos.

Pero la cuestión de fondo no es ésta. Sino la de cómo puede llegar a plantearse la colisión entre esas dos formas de publicidad registral, especialmente cuando se trata de dos Registros jurídicos básicos, como son el Registro Civil y el de la Propiedad. La necesaria conexión que debe existir entre los Registros públicos aconseja que no puedan inscribirse en un Registro datos o circunstancias que sean objeto directo de publicidad por parte de otro Registro sin que se justifiquen esos datos ya publicados. Esa innegable coordinación de Registros plantea no pocas dificultades en su formulación legal y en su aplicación práctica en cada caso. Se trata de un complejo problema en el que ahora no podemos entrar. Pero que debe quedar apuntado dada su importancia.

M. A. G.

REGISTRO MERCANTIL

2. ES REITERADA JURISPRUDENCIA DE ESTE CENTRO DIRECTIVO QUE EL CESE DE ADMINISTRADOR NO SE PRODUCE AUTOMÁTICAMENTE AL CUMPLIRSE EL PLAZO PARA EL QUE FUE NOMBRADO, CON EL FIN DE EVITAR QUE LA SOCIEDAD QUEDE SIN REPRESENTACIÓN LEGAL Y SIN LA POSIBILIDAD DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL.

LA ANTERIOR DOCTRINA, DE CARÁCTER EXCEPCIONAL, NO PUEDE HACERSE EXTENSIVA A SUPUESTOS DISTINTOS QUE NO SEAN VITALES PARA LA EXISTENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD.

Resolución de 12 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 20 de junio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada el 18 de mayo de 1967 ante el Notario de San Martín de Valdeiglesias don Alfonso Quereda de la Bárcena, se constituyó la Sociedad «Costa de Madrid, S. A.», modificándose por otra autorizada por el mismo Notario el 17 de septiembre de 1970, inscritas ambas en el Registro Mercantil; que el artículo 19 de los Estatutos dispone que el Consejo de Administración estará constituido por 10 Consejeros, cinco de los cuales representarán el capital privado y los otros cinco el capital municipal, siendo la duración del cargo de tres años, con renovación anual por terceras partes y posible reelección, indefinidamente, por iguales períodos de tiempo; que según la inscripción 8.ª de dicha Sociedad, en la Junta general de 19 de junio de 1974 fueron nombrados Consejeros don Angel Parras Simón, don Luis Sánchez Martín, don Ezequiel Alejandro de Francisco Bravo, don Felipe Blandín Fernández y don Tomás Salas Castellanos, y se ratificaron los nombramientos como Consejeros de don José González Borrego—Presidente—, don Enrique Sarasola Lerchundi, don Francisco Mola Esteban, don Luis Arregui Lucea y don José Ribera García; que según la inscripción décima consta el acuerdo de la Junta general universal de 17 de julio de 1975, por el que se daba el cese a los señores Salas Castellanos y Salas Martín, que son sustituidos por don José Álvarez Lastres y don Fernando Urquiza Santos; que mediante escritura autorizada por el ya citado Notario de 24 de septiembre de 1977 se protocolizan y elevan a públicos los acuerdos contenidos en las dos siguientes certificaciones:

A) Una, referente al Consejo de Administración, sesión de 9 de julio de 1977, por la que, de conformidad con la propuesta acordada por el Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias en sesión de 7 de junio de 1977, se nombraron, previo conocimiento de la dimisión presentada por el Presidente, don José González Borrego, como Consejeros de la parte pública, a los señores Parras Simón, Blandín Fernández, Clastre Calvet, Goicoechea Echaide y De Francisco Bravo, y a que éste además como Presidente; que los representantes de la parte privada aprueban la propuesta municipal a excepción de la designación del señor De Francisco Bravo, en razón a tener la Sociedad una querella contra dicho señor, argumento no aceptado por la parte pública, que, en consecuencia, considera integrado el Consejo por 10 señores, los cinco antes citados y los señores Sarasola Lerchundi, Arregui Lucea, Rivera García, don Fernando Mola Pascual y doña Josefa Juaristi Martínez, y como Secretario, el que ya lo era, don Manuel Acosta Bautista; que igualmente designan a don Angel Parra Simón y a don Joaquín Clastre Calvet para sustituir al Presidente y al Secretario, respectivamente, en caso de vacante, ausencia o enfermedad.

B) Que la otra certificación se refiere a la Junta general extraordinaria celebrada, en primera convocatoria, el 22 de septiembre de 1977, convocada por anuncios publicados en el *Boletín Oficial del Estado* y periódico *Ya* los días 12 y 23 de agosto de 1977, respectivamente, convocatoria que aparece firmada por el Secretario, don Manuel Acosta, con el visto bueno del Presidente, don Ezequiel de Francisco, cuyo punto 4.º del orden del día es «la reconsideración de todos los puntos tratados en la Junta general de 16 de marzo de 1977; que la Junta se celebró con asistencia de la representación de la mitad del capital social, correspondiente a las acciones de la serie A, o sea, de la parte pública, acordándose: a) la dimisión y cese de los Consejeros don José Álvarez Lastres, don Fernando Urquiza Santos, don Fernando Mola Esteban y don José González Borrego, éste además como Presidente; b) ratificación de los nombramientos acordados en el Consejo de Administración de 9 de julio de 1977 de la parte privada, con la excepción de don Enrique Sarasola Lerchundi, al que se separa de Consejero, por considerarle presunto responsable de las irregularidades que cita; c) de conformidad con la propuesta municipal, se designan Consejeros de la parte pública a don Ezequiel de Francisco Bravo, don Angel Parras Simón, don Angel Blandín Fernández, don Joaquín Clastre Calvet y don Rafael Goicoechea Echaide, y como Presidente, al citado don Ezequiel, al que se le confieren, en tanto se nombra nuevo Gerente, los poderes y facultades que los Estatutos establecen para el Gerente, certificándose al final que han sido tratados todos los puntos del orden del día.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, a la que se une la hoja del periódico *Ya* de 23 de agosto de 1977, convocando la referida Junta general, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos:

Primero.—Falta de inscripción en el Registro del nombramiento de los Consejeros que, presentes o representados, intervinieron en la reunión del Consejo de 9 de julio de 1977, ya que seis tienen su nombramiento caducado y los otros cuatro nunca han figurado como Administradores.

Segundo.—Incumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas para el nombramiento de Consejeros

interinos hecho en referida reunión, que son: cubrir vacantes causadas durante el plazo para el que fueron nombrados.

Tercero.—La convocatoria para la Junta general de 22 de septiembre de 1977 está firmada por quien, según el Registro, no sólo no es Presidente, sino ni siquiera Administrador, por figurar su nombramiento caducado.

Cuarto.—Falta el quórum de asistencia que exige el artículo 58 de la Ley en la citada Junta general, ya que el punto cuarto del orden del día comprende una modificación de Estatutos, según se desprende de la escritura que se califica y de la autorizada por el mismo Notario el 30 de septiembre último, presentada en este Registro de 10 de octubre, asiento 1.011 del diario 380 que se tiene a la vista.

La naturaleza de los defectos segundo y cuarto impide tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado».

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo y alegó que en cuanto al primer defecto ha de señalarse que el plazo de duración del cargo de Administrador no debe computarse por períodos de años completos, sino por el tiempo que media entre una y otra Junta general; que los seis Administradores cuyo cargo se califica caducado fueron elegidos en la Junta general de 19 de junio de 1974, por lo que su cargo dura hasta la Junta del año 1977, que se celebró el 22 de septiembre, por lo que, de conformidad con la doctrina, tenían sus cargos vigentes, interpretación acorde con el principio de evitar que la Sociedad quede huérfana de representación; que por otra parte el Consejo estaría facultado (art. 73, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas) para reelegir interinamente a los Consejeros por vencimiento del plazo en una fecha intermedia entre las Juntas; que los cuatro Consejeros que nunca han figurado como Administradores cubren vacantes por dimisiones y ceses, según consta en la certificación de la Junta de 22 de septiembre de 1977, habiéndose acordado su nombramiento provisional por el Consejo de Administración de 16 de abril del mismo año; que en apoyo de esta tesis han de citarse las Resoluciones de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974, de las que se deduce que se trata de un caso de mandato prorrogado de hecho de unos cargos de Administradores, y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que declara válida la convocatoria de una Junta realizada por Administradores con mandato caducado; que en cuanto al segundo defecto hay que alegar que el artículo 74 de la Ley no establece ninguna limitación para el nombramiento de Consejeros interinos, salvo la de que los nombrados que hayan de sustituir a los Consejeros cesados sean accionistas de la Sociedad, requisito que se estima cumplido, citando en su apoyo la resolución de 5 de noviembre de 1956; que en cuanto al defecto señalado en tercer lugar no es sino una consecuencia del primero, y que estando vigente el nombramiento del Presidente del señor de Francisco no puede dudarse de la legalidad de la convocatoria, que sería igualmente válida firmándola como simple Administrador (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1953 y 15 de octubre de 1966); que en cuanto al cuarto defecto del artículo 58 de la Ley refuerza el quórum de concurrencia para tomar determinados acuerdos, pero no exige el quórum reforzado en los demás asuntos del orden del día que por su naturaleza no lo requieran; que la Ley obliga a la Junta a resolver todos los asuntos de su competencia, no pudiendo posponerlos a la segunda convocatoria, ya que está establecida por la Ley para evitar el absentismo de

los accionistas, que no se dio en nuestro caso, citando en apoyo de su tesis las resoluciones de 26 de febrero de 1953, 19 de octubre de 1955 y 1 de febrero de 1957.

El Registrador, de conformidad con los cotitulares de la oficina, dictó acuerdo reformando, en parte, la nota calificadora, dejando sin efecto el defecto señalado en su apartado 1.º y manteniéndola en cuanto a los tres restantes, por los siguientes fundamentos: que cabe admitir como válida la actuación de los Administradores con cargo caducado por expiración del plazo para el que fueron nombrados, bien como admite la resolución de 24 de junio de 1968, por su asimilación al supuesto de funcionario de hecho o por imperativo de la doctrina de los actos propios y del principio de buena fe, o bien conforme a la resolución de 30 de mayo de 1974, por considerar el caso como mandato prorrogado de hecho, así como también por estimar, de acuerdo con parte de la doctrina y con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que el transcurso del plazo no determina el cese automático de los Consejeros, sino que éstos continúan su actuación hasta que se verifique el nombramiento de los nuevos por la primera Junta general convocada al efecto; que en cuanto al segundo defecto, la facultad conferida al Consejo de Administración por el artículo 73, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, para el nombramiento de Consejeros interinos hasta que se reúna la Junta general, exige, además de la cualidad de accionista en el designado, el que la vacante se produzca durante el plazo para el que fueron designados los Administradores (muerte, incapacidad, dimisión, etc.), quedando en consecuencia fuera de su campo de actuación todas aquellas vacantes originadas por el simple transcurso del tiempo por el que fueron nombrados; que de conformidad con lo expuesto, cabe admitir la legal constitución del Consejo de Administración de 9 de julio de 1977, pues aunque los Consejeros asistentes tenían el mandato caducado, pueden estimarse como Administradores de hecho, pero lo que no puede aceptarse es su nombramiento como Consejeros provisionales, pues tenían caducado su mandato por expiración del plazo, aunque pudieran actuar como Administradores de hecho hasta la primera Junta general; que tampoco cabe admitir el nombramiento como Presidente del Consejo del señor De Francisco, pues sólo fue aprobado por tres Consejeros de la parte pública, pero no por los Consejeros de hecho de la parte privada, por lo que no existió el quórum necesario al caso; que por ello, al no tener el señor De Francisco la cualidad de Presidente, la convocatoria hecha por él de la Junta de 22 de septiembre de 1977 no fue válida, al no estar legitimado para ello; que en cuanto al punto 4.º de la nota ha de señalarse que cuando en el orden del día figure algún asunto que exija el quórum de asistencia del artículo 50 de la Ley junto a otros asuntos para los que basta el quórum ordinario, la Junta no debe celebrarse en primera convocatoria, sino que debe relegarse a la segunda el conocimiento de todos los asuntos, pues de no seguirse este criterio y celebrarse la Junta sólo para aquellos asuntos de quórum ordinario, sería imposible la celebración de la segunda convocatoria (art. 54 de la Ley de Sociedades Anónimas); que por ello, al referirse el orden del día en su punto 4.º a la modificación de los Estatutos, y no habiendo concurrido a la Junta más que la mitad del capital social, se origina la invalidez de la misma aparte de que ya lo era por falta de legitimación del señor De Francisco para convocarla debido a haberse constituido sin el quórum de asisten-

cia necesario, y la Dirección General confirma el acuerdo y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección (1).—Al haber desistido el funcionario calificador del primero de los defectos señalados en la nota, procede examinar los restantes empezando por el segundo, que plantea la cuestión de si una vez cumplido el plazo de tres años para el que fueron designados como Administradores, pueden éstos integrados en Consejo de Administración ejercitar la facultad de cooptación establecida en el artículo 73, 2.º, de la Ley y proveer las vacantes que hasta entonces se habrán producido debido al fallecimiento de uno de ellos y a la dimisión de otros tres, y, en consecuencia, nombrar hasta que se celebre la primera Junta general cuatro Administradores interinos, a uno de los cuales se designa Presidente del Consejo, según la certificación librada, sin haber obtenido la mayoría exigida por el artículo 78 de la Ley.

Es reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, desde la resolución de 24 de junio de 1968, la de que el cese de Administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, sino que se encuentra todavía legitimado para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así, y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la Sociedad sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de Junta general, al no existir quien ostentara el cargo de Administrador.

La anterior doctrina, de carácter excepcional, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no son vitales para la existencia y funcionamiento de la Sociedad, pues no hay que olvidar que el mandato legal contenido, como regla general, en el artículo 72 de la Ley establece un plazo fatal, que sólo puede entenderse todavía en vigor a los limitados efectos de impedir la paralización de la Sociedad, pues no cabe ampliarlo a supuestos no imperativos, como es el comprendido en el artículo 72, 2.º, de la Ley, que confiere una facultad al Consejo para completar, dentro del plazo legal, las vacantes que en el mismo se hubieran producido, por lo que reunidos, una vez vencido aquel plazo, seis de los diez Administradores que integran el Consejo de la Sociedad, no cabe designar interinamente de entre los accionistas a los cuatro que faltaban, y menos todavía estimar elegido como Presidente a quien no habrá obtenido mayoría, dado el empate de votos que se produjo y dio lugar a la falta de quórum necesaria.

No puede aceptarse la alegación del recurrente de que las vacantes del Consejo fueron cubiertas en sesión celebrada con anterioridad al vencimiento del plazo de duración del cargo de Administrador, pues la reunión posterior—y una vez vencido éste—no hizo más que ratificar un nombramiento que ya había tenido lugar, lo que no consta fehacientemente que hubiese sucedido así, aparte de que no ofrece duda que la propuesta hecha por uno de los socios—el Ayuntamiento—fue inevitablemente posterior a la fecha en que se dice se celebró la primitiva reunión según resulta del acuerdo de dicha Corporación, por lo que los Consejeros que este Organismo designó no pudieron entonces ser nombrados.

(1) Vistos los artículos 50, 51, 53, 54, 71, 72, 73 y 78 de la Ley de 17 de julio de 1951, las resoluciones de este Centro de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974 y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1966, 17 de noviembre de 1973, 22 de octubre de 1974, 13 de mayo de 1976 y 3 de marzo de 1977.

De lo anteriormente expuesto se deduce que procede confirmar igualmente el tercero de los defectos de la nota de calificación, ya que la convocatoria de la Junta general se hizo por persona que no estaba legitimada para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21, *a*), de los Estatutos sociales, que confiere esta facultad al Presidente del Consejo de Administración.

Aunque no sería necesario entrar en el examen del cuarto defecto, al no haberse admitido el recurso respecto de los otros dos, no obstante se procede a su estudio a fin de completar todas las cuestiones debatidas, y en consecuencia hay que determinar si queda legalmente constituida la Junta convocada con la asistencia de socios que cubren solamente el quórum ordinario, cuando en el orden del día figuran además de los asuntos que exigen este quórum otros para los que se requiere el cualificado establecido en el artículo 58 de la Ley.

Procede acoger la argumentación expuesta en el acuerdo del funcionario calificador que aparece fundamentada en el artículo 53 de la Ley del que se deduce que han de tratarse todos los asuntos del orden del día en la Junta que se convoca, por lo que habrá de requerirse el quórum de asistencia reforzado cuando haya asuntos de esta índole, ya que además si no se siguiese este criterio y se celebrara la Junta sólo para los asuntos ordinarios, no podría tener lugar la segunda convocatoria, puesto que el artículo 54 de la misma Ley condiciona su celebración a que no se hubiera podido reunir en primera por falta de quórum.

E. F. C.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO INSTADO POR EL BANCO DE CREDITO A LA CONSTRUCCION CONTRA DEUDOR FALLECIDO Y HEREDEROS: NO PROSPERA LA ACCION DE NULIDAD DE DICHO PROCEDIMIENTO POR SUPUESTOS DEFECTOS DE TRAMITACION RELATIVOS AL REQUERIMIENTO DE PAGO Y AL DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES. NO EXISTE VICIO DE INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Los hermanos Alvarez Santiago formulan demanda contra el Banco de Crédito a la Construcción y contra los adjudicatarios en pública subasta de la finca hipotecada por el padre de los actores, ya fallecido, suplicando se dictara sentencia declarando la nulidad del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria seguido por el Banco demandado, por no haberse cumplido el requisito del requerimiento previo extrajudicial anterior al procedimiento, requisito previsto por el artículo 17 del Reglamento del Banco, y además por haberse ejecutado la finca incluyendo una cantidad por costas y gastos muy superior a la pactada como máximo afectante a la finca.

El Juez de Primera Instancia número 15 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, declarando que no se había producido incongruencia de la sentencia, ya que la sentencia recurrida, al deses-

timar la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ello lleva implícita la desestimación de las causas básicas de dicha nulidad. En cuanto a los demás motivos en que se apoyaba el recurrente, el Tribunal Supremo entiende que se parte de distintos supuestos que los que resultan del contenido de la sentencia impugnada, así, por ejemplo, el Tribunal de instancia no ha confundido el requerimiento de pago al deudor hipotecario establecido en la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con el requerimiento pactado en la escritura de préstamo, como pretende el recurrente.

PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA. RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NO HA LUGAR. LA PETICION DE RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA ESTA SUJETA A PLAZO IMPRORROGABLE. LA DENEGACION DE UNA DILIGENCIA DE PRUEBA NO DA LUGAR A QUEBRANTAMIENTO DE FORMA SI NO SE DEMUESTRA QUE CON TAL DENEGACION SE HUBIERA PRODUCIDO INDEFENSION (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Don Víctor M. Gariñan dedujo demanda contra don Manuel D. Regalado, sobre ejercicio de la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, suplicando que se dictara sentencia en la que se condene al últimamente citado, como perturbador del dominio de una finca urbana del accionante, a que desaloje la habitación que ocupa en dicha casa sin título alguno.

El demandado compareció en los autos representado por Procurador, prestó caución juratoria en el incidente de pobreza y formuló demanda de contradicción alegando que la ocupación de la habitación lo era en concepto de coinquilino, que mal puede calificarse de «precario».

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia estimando la demanda de contradicción y desestimando la demanda inicial.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife acogió la acción real deducida y desestimó la demanda de contradicción, condenando al contradictor a desalojar la habitación que ocupa en la casa objeto del pleito.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación, alegándose que había existido quebrantamiento de forma al no haberse accedido al recibimiento a prueba en segunda instancia y al haberse denegado la petición de confesión judicial, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso, por no haberse prestado la caución juratoria por parte del recurrente de pagar la cantidad correspondiente, en sustitución del depósito que es requisito imprescindible para la interposición del recurso, ya que se trata de un supuesto de beneficio de pobreza, por lo que al no haberse prestado ni la caución juratoria ni la promesa por el honor, el recurso tiene que ser desestimado (sentencias de 2 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1958 y 28 de junio de 1911).

Además, el recibimiento a prueba debió haberse pedido dentro de plazo, pues se trata en este caso de un plazo improrrogable, según el artículo 888

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, redactado por la Ley de 23 de julio de 1966.

Y «en cuanto a lo que pudiéramos llamar segundo motivo de casación, que parece ampararse en la causa quinta del referido artículo 1.693, tampoco podrá prosperar, porque si bien es verdad que la petición de la práctica de las diligencias de prueba admisibles según el artículo 863, puede hacerse desde que se entreguen los autos para instrucción hasta la citación para sentencia, y en este sentido, tal petición aparece realizada dentro de plazo y debió resolverse sobre ella, sin embargo, lo cierto es que aunque se quebrantó esa norma procesal, el recurrente no demostró—ni siquiera intentó hacerlo—que con esa denegación se le hubiera producido indefensión, como exige inexcusablemente el artículo 1.693, número quinto, para que tenga éxito el motivo».

PRELACION DE CREDITOS POR LA FECHA DEL DOCUMENTO. CREDITO DOCUMENTADO EN POLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO DE FECHA ANTERIOR A LA SENTENCIA DE REMATE RELATIVA A OTRO CREDITO. ES PREFERENTE EL PRIMERO, ATENDIENDO A LA FECHA DEL DOCUMENTO, SIN QUE INTERESE, A EFECTOS DE PRELACION, EL QUE NO SEA LIQUIDO O EXIGIBLE EN AQUEL MOMENTO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—El Banco Español de Crédito, S. A., formuló demanda contra la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución, S. A., y contra doña Catalina C. Manella y su esposo, sobre tercería de mejor derecho, alegando que sobre bienes inmuebles de dicha señora constan embargos por razón de los créditos del citado Banco y de la compañía demandada, siendo preferente el crédito del actor por ser la fecha de la póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio anterior a la fecha de la sentencia de remate recaída en el otro juicio ejecutivo promovido por la Compañía de Seguros. Suplica se dicte sentencia por la que se declare el mejor derecho del actor a hacerse pago con el importe de los bienes embargados por razón de la preferencia del crédito de la entidad demandada.

La citada Compañía contestó a la demanda oponiendo que la preferencia de las pólizas viene determinada no por la fecha en que se hubiera podido formalizar la misma, sino por la fecha en que se cierra y liquida la cuenta en que se plasma la póliza.

El Juez de Primera Instancia número uno de Sevilla estimó la demanda de tercería de mejor derecho, pero la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó en parte dicha sentencia del Juzgado, absolviendo a los demandados de la pretensión de la entidad actora.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrador don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que el número tercero del artículo 1.924 del Código Civil atribuye preferencia a 'los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública' (o póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala), 'o por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio'; precisando a con-

tinuación que 'estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias', casos en que la certeza del crédito parece *prima facie* evidente, habida cuenta de que la intervención del fedatario público en la primera hipótesis, y el procedimiento judicial en la segunda, garantizan la normal correspondencia entre realidad documentada y realidad jurídica.»

«Considerando que, por tanto, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de esos documentos (escrituras, pólizas o sentencias), y concretamente si es quirografario, su preferencia, es decir, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza (los que, sin privilegio especial, consten en documentos públicos o sentencias firmes), vendrá fijada con referencia a la fecha de los documentos en que respectivamente tengan aquéllos reflejo, sin que deban intervenir en la calificación jurídica del crédito cuya naturaleza de preferente se discute, otros rasgos del mismo (exigible o no exigible, líquido o ilíquido, documentado en título ejecutivo o no ejecutivo), trascendentes para determinar diferentes efectos jurídicos de dicho crédito, pero no para dilucidar si puede ser considerado por escriturario.»

«Considerando que la aplicación de esta doctrina hace prosperable el motivo primero del recurso, porque si el derecho del Banco tercerista se basa en la póliza de crédito suscrita el 14 de noviembre de 1970, es evidente que en esa fecha quedó constituida la obligación de los acreditados de devolver, en su día, al Banco Español de Crédito las cantidades que de éste recibiesen, que además tuvo lugar el mismo día de suscripción de la póliza, pues ésta era renovación de otra anterior que arrojaba un saldo deudor de un millón seiscientas sesenta y seis mil ochocientas pesetas, y lejos de ello el Tribunal *a quo* rechazando como fecha decisoria de la controversia la de constitución de la obligación (14 de noviembre de 1970) y la en que fue exigida (13 de mayo de 1971), atiende tan sólo a la fecha en que se suscribió la certificación del Agente de Cambio y Bolsa que acredita, a los solos efectos de despachar la ejecución, que el certificado expedido por el Banco concuerda con los libros y asientos de éste, aplicando al juicio de tercera requisitos y exigencias del juicio sumario ejecutivo, con lo que incurre en la denunciada violación del artículo 1.924, tercero, del Código Civil.»

«Considerando que asimismo es estimable el motivo segundo, que acusa la violación del artículo 1.120 del Código Civil, pues hallándose documentado el crédito en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, no puede discutirse que existe desde que la operación fue concretada el 14 de noviembre de 1970, y en todo caso desde su vencimiento el 13 de mayo de 1971, fecha anterior a la de la sentencia firme de remate de 15 de octubre de 1971, y al no entenderlo así la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción señalada, procediendo por todo lo expuesto la estimación íntegra del recurso.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

APROVECHAMIENTO DE AGUAS: CONFLICTO ENTRE CONCESIONARIO DE AGUAS Y CONCESIONARIO DE MINAS. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO ENTRE AMBOS: CONDENA AL CUMPLIMIENTO DENTRO DE UN PLAZO Y RESOLUCION DE CONTRATO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—La Compañía Inmobiliaria «Ciparsa» presentó demanda contra «Humer Fertilizantes Orgánicos, S. L.», sobre derecho de aguas, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a fin de que en lo sucesivo se abstenga de realizar obras en La Laguna de las Madres del Avitor, que perturben el derecho preferente al uso de las aguas de la dicha Laguna, del que es titular la actora, debiendo ser condenada también a que realice a su costa las obras necesarias para restablecer a su estado primitivo la canal de dicha Laguna y que garantice la toma del caudal preciso de agua concedida a «Ciparsa» por la Dirección General de Obras Hidráulicas para el abastecimiento que desde hace más de quince años viene haciendo permanentemente a la población en la Playa de Mazagón.

La entidad demandada se opone y formula reconvencción en la que suplica se declare: a) El derecho de «Humer Fertilizantes Orgánicos, S. L.», a poseer pacíficamente los terrenos que fueron objeto de concesión por Orden Ministerial de 1.º de septiembre de 1971, condenando a «Ciparsa» a que retire los tubos y elementos que tiene instalados dentro de tales terrenos dejando éstos libres y a la entera disposición de la recurrida, absteniéndose en lo sucesivo de perturbar los legítimos derechos de «Humer». b) El derecho de «Humer», como concesionario de las minas de turba «Jesús de Praga» y «Paquita», que ocupan la totalidad de la superficie de La Laguna de las Madres, a poseer pacíficamente la totalidad de sus yacimientos y a realizar en ellos cuantas obras le sean autorizadas por los órganos de la Administración que sean competentes de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de Minas, condenando a «Ciparsa» a estar y pasar por esta declaración, retirando las instalaciones que tiene situadas dentro del yacimiento de turba y absteniéndose en lo sucesivo de perturbar los derechos de «Humer», como concesionario de la explotación de la turbera. c) Se reconozca el derecho que corresponde a «Humer» para disfrutar y disponer de las aguas que manan en La Laguna de las Madres del Avitor o son halladas con ocasión de labores mineras, debidamente aprobadas, y que se viene desarrollando en las minas «Jesús de Praga» y «Paquita», dentro de la referida Laguna, condenando a «Ciparsa» a estar y pasar por esta declaración, absteniéndose de cuantos actos puedan perturbar los derechos de esta parte. d) Se declare resuelto y sin ningún valor ni efecto el contrato suscrito por los representantes de ambas entidades litigantes, con fecha 4 de abril de 1967, en razón de su incumplimiento por «Ciparsa». e) Alternativamente, para el caso de que no se declare la resolución que en el apartado anterior se solicita, se señale a «Ciparsa» un plazo no superior a tres meses para que dé cumplimiento a las obligaciones que en dicho contrato contrae, realizando las obras para la captación de las aguas que precisa para el abastecimiento de su Urbanización, de las conducciones realizadas por la

Confederación Hidrográfica del Guadiana, declarándose asimismo que «Humer» sólo viene obligado a abastecer de agua a «Ciparsa» cuando por estiaje, causas extraordinarias o fuerza mayor las conducciones de la Confederación Hidrográfica del Guadiana quedaren sin agua. Si transcurriera el plazo concedido por el Juzgado y «Ciparsa» no diera cumplimiento al contrato de fecha 4 de abril de 1967, solicita se declare su resolución.

Seguidos los trámites de réplica y dúplica y practicada la prueba declarada pertinente, el Juez de Primera Instancia de Moguer dictó sentencia desestimando la demanda y estimando parcialmente la reconvencción declara el derecho de la entidad «Humer» para poseer pacíficamente los terrenos que fueron objeto de concesión por Orden Ministerial de 1.º de septiembre de 1961, y señala a «Ciparsa» el plazo máximo de tres meses para el cumplimiento del contrato suscrito entre las partes. Desestima las restantes peticiones contenidas en la reconvencción.

Apelada la anterior sentencia por ambas partes, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmó la sentencia apelada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la entidad demandada, «Humer», el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, desestima los tres primeros motivos del recurso, por no ser los documentos alegados auténticos, por hacerse supuesto de la cuestión prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada y por tener que prevalecer la interpretación de la instancia respecto a la Orden del Ministerio de Agricultura de 13 de septiembre de 1967, al no ser una interpretación absurda ni ilógica. En cuanto al motivo cuarto, lo estima por lo siguiente:

«Considerando que la inaplicación del artículo 1.124 del Código Civil, denunciada en el motivo cuarto, amparado en igual cauce procesal que los dos anteriores, está fundada, en lo sustancial, en que, no obstante admitirse por el Tribunal de instancia, la sociedad actora, hoy recurrida, incumplió alguna de las obligaciones contraídas en el contrato de 4 de abril de 1967 —folios 133 y 134—, consistente en 'tomar las aguas en otras captaciones, realizando las obras necesarias para ello', dejó de aplicar el artículo 1.124, porque cumplió la obligación de apartarse de la querella que tenía interpuesta y de no continuar los pleitos civiles entablados, no constando una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Para resolver la cuestión planteada en el motivo ha de tenerse en cuenta lo siguiente: A) La recurrente solicitó, por vía reconvencción, que, alternativamente, para el caso de que no se declarara la resolución contractual, solicitada en el apartado anterior, se señalara a la Sociedad recurrida un plazo no superior a tres meses para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho contrato, realización de las obras para la captación de las aguas necesarias para el abastecimiento de la Urbanización de la misma, de las conducciones realizadas por la Confederación Hidrográfica del Guadiana, y que si transcurriera el plazo convenido y 'Ciparsa' no diera cumplimiento al contrato de 4 de abril de 1967, se declarase la resolución. B) El Tribunal de instancia, aunque admite que precedió a la petición resolutoria la del cumplimiento del contrato mencionado, tuvo en cuenta que por haberse formulado también en la resolución, de manera alternativa o subsidiaria, la resolución contractual, quedaba eliminada la contradicción entre las peticiones de cumplimiento y resolución, y que el artículo 1.124 autoriza a pedir la resolución después de haberse optado por el cumplimiento cuando

éste resultare imposible, supuesto que no es el de autos, por lo cual concedió a la recurrida el plazo máximo de tres meses para el cumplimiento de sus obligaciones, desestimando las restantes peticiones contenidas en la reconvención, expresándose en el considerando sexto de la sentencia del Juzgado, por la Sala de instancia, que transcurrido dicho plazo sin cumplir la recurrida las obligaciones ya expresadas, se puede declarar, *a instancia de parte*, la resolución contractual, lo cual equivale a que la resolución sea meramente ilusoria, ya que, por la efectividad de la misma, tendría la parte recurrente que promover innecesariamente la actividad jurisdiccional, no obstante ser consecuencia del transcurso del plazo, sin verificarse el cumplimiento, como debió declararse en el fallo recurrido, todo lo cual evidencia la infracción, por inaplicación, de lo que se establece en cuanto al plazo en el artículo 1.124, lo que ha de originar la viabilidad del motivo y la estimación del recurso, y la casación de la sentencia impugnada, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 1.745 de la Ley procesal citada.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo modifica la sentencia del Juzgado en el sentido de añadir que si transcurriera el plazo señalado sin dar cumplimiento al contrato de abril de 1967, quedará resuelto éste, confirmándose en lo demás la expresada sentencia.

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA. ACCESION INVERTIDA: LO ACSESORIO (EL SUELO) SIGUE A LO PRINCIPAL (EDIFICIO) (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Don Joaquín C. Zubieta formuló demanda contra don Jesús C. Martín y su esposa, suplicando se dictara sentencia, en su día, por la que se declare el derecho del actor a deslindar su finca de la parcela o solar de los demandados, determinando la línea divisoria de acuerdo con los datos de su descripción y con los que gráficamente refleja el plano incorporado a la escritura de compraventa del demandado; que la edificación que los demandados han levantado invade en parte la superficie de la finca del demandante, habiéndose construido de mala fe, y en consecuencia deben perder cuanto está edificado en la finca del actor, sin derecho a indemnización. Subsidiariamente, para el supuesto de que se declarase que la edificación no se hizo de mala fe, se suplica se declare el derecho de opción del actor conforme al artículo 361 del Código Civil.

Los demandados se oponen alegando que la razón de haberse hecho la edificación con extralimitación obedecía a que el anterior dueño de la finca, cuando ésta era rústica, presentó proyecto de urbanización a la Corporación municipal, que fue elevado después a la Comisión Provincial de Urbanismo, que dispuso que el promotor tenía que comprometerse a realizar por su cuenta la instalación de los servicios de alcantarillado, alumbrado, accesos, agua, etc., debiéndose redactar nuevo proyecto. Este nuevo proyecto se aprobó más tarde, con la condición de que se diera cumplimiento al informe emitido por el Jefe Provincial de Sanidad. Por acta notarial, el causante de los demandados asumió la obligación de ejecutar las obras de urbanización señaladas por la Comisión Provincial de Urbanismo, lo que se comunicó al señor Alcalde y al Secretario del Ayuntamiento. Como consecuencia de la negativa a la aprobación del primitivo proyecto, el anterior dueño de la finca, de la que proceden la del actor y demandados, tuvo que variar el pri-

mitivo emplazamiento de la edificación, construyéndose de momento el primer bloque, con el conocimiento del actor.

El Juez de Primera Instancia de Santoña dictó sentencia estimando la demanda, pero declarando que la edificación fue construida por el causante del demandado de buena fe, correspondiendo al actor el derecho de opción que establece el artículo 361 del Código Civil, que deberá ejercitar dentro del plazo de dos meses a partir de la fecha de la firmeza de la sentencia.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso interpuesto por los demandados, por lo siguiente:

«Considerando que ya esta Sala tiene establecido que en caso de acción por edificación en suelo ajeno hay que distinguir entre que la construcción lo haya sido totalmente en suelo ajeno o que edificando en el propio lo edificado haya invadido en parte terreno ajeno, ya que en este último caso si se edificó con buena fe y lo edificado, como en el caso presente, es un inmueble indivisible de por sí y de valor muy superior al terreno invadido (ochenta y un metros cuadrados), ha de ser aplicado el principio de derecho de que *lo accesorio cede a lo principal*, y al no haberlo estimado así la Sala de instancia, aplicando al caso lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil, cuando lo procedente era la estimación de que concurría *la acción invertida*, como establecen, entre otras, las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1923, 31 de mayo de 1949, 17 de junio de 1961, 19 de abril de 1972 y 23 de octubre de 1973, ha violado por no aplicación el principio de derecho de que lo accesorio sigue a lo principal y la doctrina jurisprudencial citada, violaciones denunciadas en el primer motivo, e igualmente ha aplicado indebidamente el artículo 361 del Código Civil, como en el segundo motivo se denuncia, procediendo, en consecuencia, la estimación de ambos y del recurso.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la buena fe acreditada en la edificación sobre suelo en parte ajeno, así como que lo construido es principal respecto a los 81 metros cuadrados de suelo ajeno invadido y de acuerdo con el principio de derecho de que lo accesorio sigue a lo principal, estima la petición accesoria de la demanda solamente en la parte en que establece que los demandados harán suyos los 81 metros mediante el pago al actor del valor del mismo que será determinado en ejecución de sentencia. En tal sentido, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, confirmandola en cuanto establece el derecho del actor al deslinde y la buena fe de los constructores.

ACCION REIVINDICATORIA DE PARCELAS DE PROPIEDAD PARTICULAR ENCLAVADAS EN MONTE PUBLICO. IDENTIFICACION DE FINCAS RUSTICAS: NO ES OBSTACULO QUE NO HAYA COINCIDENCIA EXACTA ENTRE LOS LINDEROS DESCRITOS EN EL TITULO Y LOS QUE CONSTAN EN LA REALIDAD. VALOR DE LA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Doña Vicenta A. Sánchez formuló demanda contra el Ayuntamiento de Calles y la Administración Pública, porque en el expediente de

deslinde del Monte de Utilidad Pública perteneciente al Ayuntamiento de Calles, se incluyó como enclave de propiedad particular, entre otras, una finca de algo más de 13 hectáreas, sin tener en cuenta que la finca de la actora es de 20 hectáreas, 94 áreas y 35 centiáreas, por lo que suplica se dicte sentencia por la que se declare que la demandante es dueña de dos parcelas de algo más de seis y dos hectáreas, respectivamente, que completan la superficie del enclave particular según los títulos y posesión, y que no pertenecen al citado monte, debiendo declararse la validez y subsistencia legales de la inscripción de la totalidad de la finca, que figura en el Registro a nombre de la actora, y declararse la cancelación o nulidad parcial de la inscripción del monte público del Ayuntamiento de Calles, que figura en el Registro de la Propiedad de Chelva, en cuanto a esas superficies.

Contestada la demanda por el Ayuntamiento y por la Administración Pública, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia de Valencia número cinco dictó sentencia desestimando la demanda, pero la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia la revocó estimando la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración Pública, por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida estima perfectamente identificadas y comprendidas en el título legitimador del dominio de la demandante las dos parcelas que ésta reivindica, fundándose para ello en que 'se observa por la diligencia de reconocimiento judicial (folio 157 y siguientes), que las partes están de acuerdo en que una zona en la que se adentra la Autoridad judicial es el objeto de la reivindicación', así como el reconocimiento del segundo punto que constituye la otra parcela, por lo que no puede existir duda en cuanto a la adveración 'sobre el terreno' de las porciones que constituyen la materia de este pleito, adheridas, por así decirlo, a la zona plenamente reconocida..., según los lindes establecidos en la demanda, comprobados, por tanto, *in situ*, ante la conformidad de los litigantes respecto a la ubicación respectiva de las zonas objeto de la reclamación.»

«Considerando que dicha sentencia, después de sentar esas puntualizaciones respecto a la identificación de las parcelas reivindicadas, aún añade: a) 'que el título que inicialmente constituye la legitimación de lo que aquí se postula supera las dos zonas que se reivindican, y a tal efecto se ha de tener presente que dentro de dichas controvertidas franjas de terreno, se encuentran plantados olivos, se hallan cultivadas unas porciones, se comprueba la existencia de bancales..., que en la diligencia de reconocimiento judicial se consignan como 'huella de la mano del hombre'..., cultivos aquéllos y obras éstas que ponen de manifiesto los vestigios de que habla la sentencia.. de 25 de junio de 1959, como reveladores de la explotación desde tiempo inmemorial, de anteriores cultivadores, extraños, desde luego, a la explotación meramente arbórea o leñosa de la Corporación Municipal, que pudo autorizar algunos aprovechamientos, sobre todo después de obtener la posesión del monte a virtud del deslinde', y b) 'que para ubicar topográficamente la finca de más de 20 hectáreas—primitiva o global—, de manera que subsistan esos aludidos linderos de condición natural o genuina, es necesario incorporar las dos parcelas que, de algún modo, circundan la zona

reconocida como enclave en favor de la demandante..., con lo que, al par que se acoge la certeza del perímetro, se respeta su extensión superficial'»

«Considerando que contra la apreciación probatoria que de esos elementos hace la Sala sentenciadora, alza la parte recurrente el primer motivo de su recurso, imputándole 'error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1.217 y 1.240 del Código Civil'; según aquella parte: a) existen algunas discrepancias entre alguno de los linderos que se atribuyen a las parcelas reivindicadas y los que se reflejan en la fotografía aérea y planos superpuestos, de cuyas discrepancias quiere deducir que las porciones descritas en la demanda y las configuradas en los otros documentos no pueden ser las mismas, por lo que entiende que la sentencia, al afirmar lo contrario, viola el artículo 1.218 del Código Civil, y b) de la diligencia de reconocimiento judicial, no puede deducirse que se hayan identificado las parcelas en cuestión.»

«Considerando que, por lo que respecta a la primera de aquellas argumentaciones, cabe oponer que a las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida no se enfrentan documentos oficiales o públicos que proclamen rotundamente lo contrario, sino meras deducciones de la parte recurrente, que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no sirven para evidenciar el error en la apreciación probatoria que se imputa a la sentencia que se combate.»

«Considerando que, además, hay que destacar que las fincas rústicas casi nunca tienen una figura rectangular cuyos lados coincidan exactamente con los cuatro puntos cardinales, por lo que, al describirse los límites de tales fincas, las referencias a esos puntos cardinales son meramente producto de apreciaciones subjetivas del que hace esa descripción y resultan diferentes, sin que ello implique que se trata de fincas distintas, ni que con ello se imposibilite su identificación.»

«Considerando que las alegaciones que la parte recurrente hace, respecto a la diligencia de reconocimiento judicial, son totalmente ineficaces para demostrar el error de apreciación que, con relación a ellas, se atribuye a la Sala sentenciadora: Primero. Porque tal medio de prueba sólo es impugnabile por infracción de los artículos 1.240 y 1.241 del Código Civil, en el supuesto de habérsele dado valor vulnerando las prohibiciones establecidas en dichas normas—sentencias de 26 de mayo de 1956 y 12 de julio de 1906—, y en el caso de autos no se demostró tal vulneración. Segundo. Porque en realidad, la parte recurrente lo único que hace frente a tal medio probatorio es sostener que de las descripciones que en ella figuran no puede obtenerse la identificación de las parcelas litigiosas, pero sin evidenciar, como era preciso, que las consecuencias deducidas por la Sala sentenciadora sean absurdas, ilógicas o contrarias al buen sentido, por lo que no puede prosperar tal impugnación totalmente injustificada. Tercero. Porque, además, dicha Sala se funda también en la expresada conformidad de las partes, manifestada en el acto de dicho reconocimiento, manifestaciones de las partes que tampoco se impugnaron eficazmente.»

«Considerando que el fracaso del primer motivo del recurso impone inexcusablemente el del segundo, en el cual se invoca la 'aplicación indebida del artículo 348, párrafo primero', y se sostiene que las parcelas objeto de reivindicación no han sido identificadas, que no se ha ofrecido título de dominio eficaz y que el Ayuntamiento de Calles viene poseyendo de tiempo inmemorial el monte número 44 del Catálogo; todas estas aseveraciones se

oponen a las que proclama la sentencia recurrida como básicas de su fallo, y precisaban, para que pudieran prosperar, una debida justificación que no ha llevado a cabo la parte recurrente, que venía obligada a ello.»

COMENTARIO.—Habiéndome preocupado desde siempre el problema de la identificación de fincas rústicas, no puedo pasar por alto, siquiera sea brevemente, el interesante «considerando» quinto de esta sentencia, que hace referencia al mismo.

Se trata de un «considerando» que recoge muy bien la «cara» y la «cruz» de las descripciones literarias de las fincas rústicas. Hablamos aquí de descripción literaria como concepto contrapuesto al de descripción planimétrica, o sea, al de descripción basada en un plano.

Por un lado, dice la sentencia que la finca rústica no es casi nunca una figura rectangular y que sus lados no coinciden exactamente con los cuatro puntos cardinales. Añade, además, que las descripciones responden a las apreciaciones subjetivas de quien hace la descripción. Todo esto representa la «cruz» de la descripción literaria, pues se basa en los cuatro puntos cardinales y, como dice la sentencia, los lados de la finca no suelen coincidir con ellos. Por eso precisamente habíamos apuntado hace tiempo la conveniencia de llegar a una descripción planimétrica, tal como ya se ha conseguido en los supuestos concretos de concentración parcelaria y de reparcelación.

Pero en el «considerando» de esta sentencia que comentamos también vemos una referencia a la «cara» de la descripción literaria, es decir, al aspecto positivo de la misma, que no siempre hemos destacado, a pesar de su adecuado funcionamiento durante más de cien años. En este sentido, la sentencia advierte que las dificultades descriptivas señaladas no «imposibilitan la identificación de la finca». Esto supone, aunque sea velada o implícitamente, un cierto reconocimiento del valor de la descripción literaria o, al menos, un reconocimiento de que no es tan mala en la práctica como todos hemos venido diciendo, incluido yo mismo. Todo ello sin perjuicio de insistir en que cuando se plantee adecuadamente el tema de la coordinación Catastro-Registro, podría perfeccionarse el sistema tradicional de descripción literaria.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LAS NORMAS DE PRESCRIPCION DE LA ACCION POR CULPA AQUILIANA NO SON DE APLICACION AL CONTRATISTA Y ARQUITECTO EN UN ARRENDAMIENTO DE OBRA (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Las normas específicas temporales legalmente asignadas a la culpa extracontractual o aquiliana, y concretamente para su ejercicio en el tiempo, singularmente por el período de un año a efectos de prescripción, no son de aplicación al supuesto de responsabilidad del contratista y del arquitecto director en el caso de contrato de arrendamiento de obra por ajuste o precio alzado, a que se contrae el artículo 1.591 del Código Civil, debido a que siendo la *ratio legis* de este precepto legal que la entrega del edificio y el examen que de él se haga no son suficientes para

suponer que el dueño de aquél tenga ocasión, por la misma naturaleza de las cosas, para conocer perfectamente todos los vicios de que la casa pueda adolecer a efectos de ruina, y antes al contrario, lo probable será que no sean manifiestos, de tal manera que sólo puedan llegar a ser conocidos por el transcurso del tiempo, determina de *lege data* que en la consiguiente responsabilidad del contratista y del Arquitecto director, en el supuesto de que el edificio se arruinase por vicios de la construcción o ya por vicio del suelo o de la dirección, respectivamente, se distingue un plazo de garantía que es el de diez años desde que concluyó la construcción, fijado por el artículo 1.591, constituyendo en realidad un tiempo de prueba de la buena ejecución de los trabajos, significativo de que para poder ser ejercitada con posibilidad de viabilidad la acción de responsabilidad, sea requisito imprescindible que los vicios o defectos se manifiesten durante la vigencia de dicho plazo decenal, y un plazo de prescripción de la indicada acción de responsabilidad que se impone por la naturaleza de la misma derivada de la producción de los efectos de la expresada garantía.

En cuanto al módulo temporal, se han venido planteando en el ámbito doctrinal varios criterios, en esencia vinculados al de un año, a que se refiere el artículo 1.968 del Código Civil; el de diez años, coincidente con el aludido de garantía que señala el tan mencionado artículo 1.591, y el de quince años, previsto por el artículo 1.964 del citado cuerpo legal sustantivo, y de todos ellos es de acoger el de atribuir a la acción de que se trate el término especial de quince años, a que alude el último de dichos preceptos, al tratarse de una acción personal, puesto que tal responsabilidad decenal, del artículo 1.591, en cuanto es módulo de garantía que tiene su causa fundamentadora en vínculo contractual, consecuencia de que el contratista o el Arquitecto director no hubieren cumplido exactamente con las reglas de su arte, que han pasado a integrar el contenido del contrato de obra, es revelador de un aspecto de culpa contractual y no de culpa extracontractual.

VENTA DE UN PISO CON UNA PLAZA DE GARAJE COMO ANEJO, QUE RESULTA INADECUADA PARA TAL FINALIDAD: EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION ES EL GENERAL DE QUINCE AÑOS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Para dilucidar el problema que plantea el recurso es necesario precisar el tipo concreto de relación jurídica que surge en estos casos de venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a una plaza de garaje, así como los remedios a aplicar cuando, como sucede en este caso, en el momento de la entrega resulta que dicha plaza carece de las condiciones adecuadas para ello, con la inevitable repercusión en los plazos prescriptivos de la acción a ejercitar por el comprador perjudicado; siendo de observar, ante todo, que se está en presencia de una venta de cosa no genérica, sino específica, cual es el piso concreto que se determina en el contrato, especificidad que no se altera por el hecho de que como anejo figure una plaza de garaje, de la que sólo se precisa que estará ubicada en el semisótano de la casa, y nada más se puntualiza, debiendo entenderse entonces que habrá de ser para albergar automóviles de tipo medio, por lo que cuando esta finalidad no se cumple con lo que se entre-

ga, no se puede pensar en la pérdida de la cosa vendida, a que se refiere el artículo 1.460 del Código Civil, sencillamente porque aquí nada se ha perdido, sino que tal y como se pactó, aquella parte nunca llegó a tener existencia; tampoco cabe pensar en el supuesto de la falta de cabida o defecto de cantidad del párrafo 2.º del artículo 1.469, porque no concurre el requisito exigido por el precepto de que la venta se haya hecho «con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número», no ya en cuanto a la plaza de garaje propiamente dicha, sino ni siquiera por lo que se refiere al piso, que es objeto principal del contrato; tampoco puede estimarse comprendido en el caso del párrafo 3.º del mismo artículo 1.469, o sea, el de la falta de calidad expresa en el contrato, pues no se trata de una cuestión de calidad que para nada se tuvo presente, sino, como se ha dicho, de finalidad, en la que quedan englobadas ambas, cantidad y calidad, como integrantes, pero no como determinantes ni conjunta ni aisladamente; asimismo es impensable la hipótesis de los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, porque no puede hablarse de nada oculto estando, como estaba, a la vista la irregularidad denunciada. Esta falta de regulación especial, para casos como el contemplado u otros semejantes, dentro de las normas del contrato de compraventa, explicable, por otra parte, habida cuenta la fecha de nuestro Código Civil, no puede significar el desamparo o indefensión del comprador que resulta perjudicado, sino que lleva consigo la necesidad de buscar su tutela en la normativa general que para las obligaciones se contiene en el título I del libro IV del propio Código, y en este sentido es preciso recordar que cumplir una obligación es satisfacer el interés del acreedor de una manera exacta, íntegra y puntual; y tratándose de obligaciones contractuales, el que esté o no completamente cumplida dependerá de lo que se establezca en el contrato, pues, según el artículo 1.091, «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos», que es justamente lo que no se observa en casos como el presente, en los que sin incurrir en alguno de los supuestos específicamente tipificados para la compraventa, más que incumplir total o parcialmente, se viola positivamente el crédito del comprador, por mal cumplimiento o cumplimiento inexacto, que no se atiene al tenor fijado en el contrato; como consecuencia de dicho mal cumplimiento, el vendedor viene obligado a reparar, indemnizando al comprador por los daños y perjuicios causados, no con amparo en la acción resolutoria ni rescisoria, ni de sanear, sino en la petición de cumplimiento exacto de la obligación, como una de sus modalidades, que permite expresamente el artículo 1.101 del Código Civil, según el que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones no sólo los que incurran en dolo, negligencia o morosidad, sino también «los que de cualquier modo contraviniesen el tenor de aquéllas»; acción que fue realmente la ejercitada en su día por el actor, al limitarse a reclamar la reducción del precio total, que carece de un plazo especial de prescripción, por lo que habrá de serle aplicable el de quince años del artículo 1.964.

DESISTIMIENTO DE LA OBRA: EL CONTRATISTA HA DE SER INDEMNIZADO POR LAS UTILIDADES QUE HUBIERA OBTENIDO EN LA PARTE DE OBRA PENDIENTE DE EJECUCION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.594 del Código Civil establece una excepción del principio general contenido en el artículo 1.256, al otorgar al dueño la facultad de desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella; en su virtud, el dueño que desiste de la construcción de la obra viene obligado a dejar indemne al contratista, es decir, a que el patrimonio de éste no sufra menoscabo alguno como consecuencia de aquel desistimiento, y por ello, la utilidad a indemnizar es la que pudiera obtener el contratista de la totalidad de la obra y no tan sólo de la parte ejecutada, y como la sentencia recurrida, pese a reconocer ser de abono al contratista el 15 por 100 de beneficio industrial que le corresponde por la obra ejecutada, deja fuera del ámbito indemnizatorio ese mismo beneficio industrial correspondiente a la parte de obra pendiente de ejecución al tiempo de producirse el desistimiento, es visto que al proceder de ese modo incurre en la infracción que se alega en el recurso.

LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO ADECUADAMENTE PUEDE RESULTAR CONTRARIA AL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA CONTRATACION (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La llamada *exceptio non rite adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1.258 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia, que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado.

Dentro del ámbito del contrato de obra y en la hipótesis de ejecución parcialmente no acomodada a la *lex artis* o pericia profesional requerida, tal imperfección o cumplimiento defectuoso, no contemplado en la parca regulación que el Código Civil dedica a tal figura para evento distinto del aludido en el artículo 1.591, provocará la condigna responsabilidad del contratista ante el comitente por cumplimiento irregular o inexacto de la obligación, con derecho al consiguiente resarcimiento, que se traducirá bien en la reparación específica o *in natura* si así se postula, a fin de realizar las obras correctoras precisas, incluso a costa del contratista, bien en el cumplimiento por equivalencia, por reducción en el precio, siempre, claro está, que los vicios de la obra no alcancen tal grado de imperfección que por ha-

cerla impropia para satisfacer el interés del comitente permita la utilización de las acciones del artículo 1.124 del Código Civil; medida de la disminución proporcional del precio en razón de las deformidades o vicios, no obstante ser la obra hábil para su destino, que es una de las establecidas para tal supuesto por ordenamientos positivos foráneos y también autorizada por nuestro derecho general de obligaciones, según la jurisprudencia tiene resuelto.

DANOS CAUSADOS POR UN MENOR: RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PADRE (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Un niño de diez años arrojó una pesada piedra desde un puente, apareciendo en aquel momento una barca, y uno de sus ocupantes fue alcanzado en la cabeza, sufriendo graves lesiones. El padre del menor es condenado a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Si la Ley de Tribunales Tutelares de Menores desplaza el conocimiento de las acciones civiles por indemnización de perjuicios, derivado de actos ejecutados por un menor, a los Tribunales ordinarios en el orden civil, en la clase de juicio que proceda, por no dar competencia en tal aspecto al Tribunal Tutelar de Menores, es sobre la base de los hechos que éste haya declarado probados.

El Código Civil español, inspirado en el criterio de la doctrina francesa, impone la obligación de reparar el daño causado en virtud de una presunción *iuris tantum* de culpa por parte de quien tiene bajo su autoridad al causante del daño, derivada de no haberse puesto el cuidado y la vigilancia debida en los actos del sometido a aquélla, y cuya presunción sólo cesa cuando se prueba que el obligado por el acto ajeno empleó toda la diligencia de un buen padre de familia, al no ser la causa de la designación impuesta ni la representación, ni el interés ni la necesidad de que haya quien responda del daño causado por el que no tiene personalidad ni garantías de solvencia para responder por sí, sino el incumplimiento implícito o supuesto de los deberes de precaución y presencia que imponen los vínculos civiles que unen al obligado con las personas por quien debe reparar el mal causado, que es precisamente la razón de que tal obligación se coloque entre las que provienen de la culpa o negligencia.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: BASTA CON DIRIGIR LA ACCION CONTRA LOS QUE QUEBRANTARON EL DERECHO DEL ACCIONANTE (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Cuando la declaración de voluntad o negocio jurídico que sea base impugnatoria producida por el demandante dimana exclusivamente de las personas llamadas a la contienda jurídica, sin que el derecho del accionante haya sido quebrantado por otros, aunque estén interesados en la situación primigenia, a fines de adecuada constitución de la relación jurídico procesal, baste con dirigir la correspondiente demanda contra los que hayan creado tal manifestación de voluntad o producido el negocio jurídico que da lugar a la controversia.

El litisconsorcio pasivo necesario, que puede ser definido como una carga de intervención común de las partes, cuya razón se encuentra o bien en una norma expresa que así lo establezca positivamente, o ya en el principio general de que la indivisibilidad o inescindibilidad de una cierta situación jurídica procesal no permite su tratamiento por separado con relación a los diversos sujetos que en ella concurren, parte del indeclinable supuesto de que un posible fallo separado y contradictorio sea jurídicamente, mejor que lógicamente, intolerable.

SE PRODUCE LA VENTA DE UN INMUEBLE A CUERPO CIERTO CUANDO NO SE INDICA UN PRECIO POR UNIDAD DE MEDIDA (SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Nuestro Código Civil, en sus artículos 1.469 a 1.472, dicta respecto a la cantidad de la cosa en las ventas inmobiliarias, reglas especiales que no se refieren a la hipótesis de una diferencia entre la cantidad efectiva del inmueble en el momento de la conclusión del contrato y la cantidad entregada y, por tanto, a un inexacto cumplimiento de la obligación de entregar, sino que presupuesta la coincidencia de aquellas dos cantidades, se refieren a una diferencia entre la cantidad efectiva en el momento de la conclusión del contrato y la cantidad erróneamente estimada por las partes o, al menos, por una de ellas, excluyendo, por tanto, la sanción del incumplimiento de la obligación de entregar, puesto que la diferencia no surge en fase de ejecución, sino que se ha verificado ya antes de la perfección del contrato, y por ser razonable presumir en numerosos casos que el contrato se hubiera concluido lo mismo, aunque las partes hubieran conocido a tiempo la medida exacta, el legislador adopta, en vía normal y presuntiva, la configuración de mero error de cálculo, que deja en pie el contrato y puede conducir al máximo con su rectificación, a una correspondiente modificación del precio.

Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato las dimensiones, la medida, pudiendo esta indicación tener dos significados distintos: Primero. Que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, estableciendo que en tanto se convenía tal precio en cuanto el inmueble tenía tal medida, siendo obvio entonces que si después resulta que en realidad el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente, en más o en menos, hipótesis de la venta de inmuebles por unidad de medida o número, prevista y disciplinada por los artículos 1.469 y 1.470. Segundo. Que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1.471.

La venta a cuerpo cierto indudablemente se verifica cuando en el contrato no sólo no es precisado el precio singular por unidad de medida, sino que tampoco son indicadas las dimensiones globales del inmueble; pero también se verifica cuando, aun no habiendo sido indicado un precio singular por unidad de medida, sin embargo, es especificada la dimensión total del inmueble, en cuyo último caso, entre los dos índices en contraste, constituido uno por la falta de precio singular por unidad de medida, y el otro por la concreción de las dimensiones globales del inmueble, la ley da preva-

lencia al primero y presume que aquella individualización no había tenido por las pares valor esencial, que sólo constituía una superabundancia, y no significa que las partes hayan convenido aquel precio global sólo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente aquellas dimensiones totales, siendo de estimar que ésta es una presunción absoluta, contra la cual ni el comprador ni el vendedor pueden articular prueba en contrario.

Por tanto, ni uno ni otro pueden pretender una disminución o un suplemento de precio cuando las dimensiones globales efectivas del inmueble resulten después menores o mayores que la indicadas en el contrato, aunque aduzcan que sólo en tanto han convenido aquel precio en cuanto creían que las dimensiones de la cosa fueran las precisadas en el contrato.

DONACION: EL SUPREMO RECTIFICA CRITERIOS ANTERIORES MAS FORMALISTAS, EN ORDEN A ENTENDER ACEPTADA UNA DONACION (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Ciertamente es que si en la donación manual se perfecciona y consuma el contrato por la simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia y tránsito de un patrimonio a otro de la cosa donada, en la no manual, carente de esa unidad de acto, se precisa la aceptación posterior y por escrito del donatario, que transforma la voluntad del oferente o donante en obligación exigible y a éste en deudor. También es cierto que lo que el Código Civil configura como aceptación del donatario en forma escrita se da en el caso presente, pues no de otro modo puede calificarse una solicitud dirigida al Juez para que, en su presencia, reconozca el donante su firma al pie del escrito de donación, tendente naturalmente a una exigencia de cumplimiento, pero sobre todo mostrándose como tal donatario al poner así de manifiesto y por escrito su voluntad indudable de aceptar la donación, conclusión que no pugna con la doctrina jurisprudencial alegada por la recurrente, porque si bien las sentencias de esta Sala de 6 de junio de 1908 y 26 de junio de 1914 exigen, al interpretar el artículo 632, que la aceptación conste por escrito y sea expresada y probada, no es menos cierto que sí armoniza con lo declarado por la sentencia de 15 de octubre de 1924, al indicar que no podía estimarse falta de aceptación—se trataba de donación de inmuebles a un Ayuntamiento—cuando éste había realizado «actos que implicaban la aceptación de la misma».

Esta interpretación de la norma no sólo se ajusta a una lógica de lo razonable, sino al criterio finalista contenido como última *ratio* en la adopción legal del artículo 3.1 del Código Civil, justificable en atención a la naturaleza gratuita del contrato, que al ser hecho sin ninguna *premia*, según decían las *Partidas*, pedía el cumplimiento de ciertas precauciones para garantizar la solidez y seguridad del *animus donandi* y evitar generosidades quizá precipitadas, en armonía con el espíritu o ética vigente al promulgarse el Código Civil, en cierto modo temeroso y paternalista; pero lo que tampoco se puede hacer es olvidar que al ser otros los tiempos, modos y circunstancias—realidad social del tiempo en que se vive—, otro el estilo de las costumbres y actitudes vitales, otro debe ser también el criterio interpretativo, salvando siempre, como es natural y obligado, la vinculación a la

norma, respecto a ésta y a su exigencia formal, prevista también, indudablemente, en beneficio del donatario, a quien no se puede obligar a recibir nada sin su consentimiento.

DISTINCION ENTRE LA PROMESA DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE COMPRAVENTA CON OPCION (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es de distinguir la promesa de compraventa, sometida al régimen del artículo 1.451 del Código Civil, de la compraventa con opción, sea con o sin asignación de precio, configurando a la primera de tales instituciones por la circunstancia de que las partes no venden y compran, sino que meramente se obligan a vender y comprar, es decir, a prestar su ulterior consentimiento, y tipificando la segunda como el ofrecimiento por el concedente de la venta, con precisión de sus términos caracterizantes, que al ser aceptado por el optante queda perfeccionado, y en cuyo momento de aceptación quedan fijadas definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido para el ejercicio de la opción, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación en su transcurso.

Si aquella expresión de voluntad optante tiene carácter recepticio, con ello lo que se quiere decir es que venga destinada al concedente, a fin de que éste tenga noticia de ella, pero no que carezca de efecto.

LA «EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS» MAS QUE UNA VERDADERA EXCEPCION, CONSTITUYE UNA «NEGACION» (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El arrendamiento de obra es un contrato bilateral originador de obligaciones recíprocas, en el que el crédito del contratista no se dirige escuetamente a la prestación de pago del precio por parte del comitente, sino a una contraprestación, esto es, a la prestación del cobro del precio a cambio de su prestación de entrega de la obra ejecutada, por lo cual dicho comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si el contratista solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Aun cuando la doctrina sigue empleando en ambos casos el término de «excepción», heredado de los glosadores, no se trata en realidad de verdaderas excepciones, ni en el sentido del derecho material ni en el sentido del Derecho procesal, puesto que si en nuestro caso, a la pretensión dirigida al cobro del precio, apoyada por el contratista en su alegación de haber puesto a disposición del comitente el resultado de su actividad, se opone éste aduciendo que el contratista no ha cumplido su obligación de entrega o que la ha tratado de cumplir de modo parcial o defectuoso, no hace valer propiamente un contraderecho ni introduce en el proceso otros

hechos nuevos que impidan la producción de efectos jurídicos a los alegados por el actor, sino que se limita a negar pura y simplemente los aducidos por el demandante; tipo de oposición a la pretensión denominado «negación», que si puede ser incluido bajo el término de «excepciones» en sentido amplísimo, no merece desde luego tal calificación cuando el término deba ser entendido en el recto y técnico sentido de la palabra.

LA COMPRAVENTA DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL ES UN CONTRATO NORMADO Y NO DE ADHESION (SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la infracción del artículo 1.288 del Código Civil, por entenderse que al haberse redactado el contrato de compraventa únicamente por el recurrido, a él es imputable la oscuridad del mismo y no puede favorecerle su interpretación; el recurrente, para fundar su aserto o impugnación, pretende integrar dicho contrato en la categoría doctrinal de los de adhesión—seguros, por ejemplo—, lo cual es evidentemente impropio, sobre todo por confundir, al argumentar así, los contratos de adhesión con los que la doctrina llama normados, es decir, previamente regulados por el legislador en alguno de sus aspectos más importantes—ejemplo, los arrendamientos excluidos del Código Civil—, y que si bien libres en su constitución, se sustraen, sin embargo, en parte de su contenido a la voluntad de los contratantes, en interés sobre todo del más débil o del situado en posición económica o jurídica inferior; inferioridad que la ley compensa con una especial protección de sus derechos para que la libertad contractual se cumpla y las prestaciones se equilibren, como es el caso de los supuestos previstos en la legislación sobre viviendas protegidas o de renta limitada: calidad de la construcción, precios tasados, calificación administrativa, plazos de entrega, aseguramiento del precio anticipado, etc., por lo que mal puede alegar el comprador una oscuridad provocada por el vendedor cuando éste ha de ajustarse a las prevenciones y limitaciones legales.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: NO PROCEDE YA QUE EL ARRENDATARIO TIENE DERECHO DE PRORROGA, AL TRATARSE DE FINCA CUYO APROVECHAMIENTO PRINCIPAL ES EL DE PASTOS (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1978).

Se realizó el contrato de arrendamiento de pastos por un año, pasado el cual se requirió al colono, después de la prórroga de un año, para que abandonase la finca, lo que se negó a hacer, por lo que se instó el desahucio ante el Juzgado de Aranjuez, oponiendo el demandado la excepción de falta de legitimación activa por haber enajenado los actores la finca con posterioridad al contrato. El Juez desestimó esta excepción, así como la

demanda, absolviendo al demandado de las pretensiones de los actores, lo que confirmó la Audiencia de Madrid.

El recurso de revisión interpuesto por los demandantes no tuvo éxito. Fundado el recurso en el número 4, causa 3.ª, del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos, el punto a discutir es si se trata de arrendamiento de finca ganadera con aprovechamiento principal de pastos de los números 1 y 2 de la letra b) del artículo 9 o de un aprovechamiento de rastrojeras, pastos secundarios, aprovechamientos forestales, etc., a que alude el número 3 del apartado b), resultando claro que la descripción de la finca arrendada que resulta de la certificación de la Hermandad de Labradores y de la certificación del Catastro, así como del reconocimiento judicial practicado en autos, es la de un predio cuya mayor parte es adecuada sólo para explotación ganadera y una pequeña para cultivo cereal, por lo que es indudable que el arrendamiento no puede incluirse en el párrafo 3.º del apartado b) del artículo 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

DESAHUCIO: NO PROCEDE EN EL RECURSO DE REVISION LA ALTERACION DE LA RESULTANCIA FACTICA EN LUGAR DE LA IMPUGNACION DEL FALLO DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1978).

Al tratarse de arrendamiento protegido, el contrato con sus prórrogas concluía en 1976, habiendo dejado de pagar el arrendatario el último año de renta, por lo que se solicitó el desahucio ante el Juzgado de Toro, que estimando parcialmente la demanda, declaró resuelto el contrato, pero obligándole a pagar por la última anualidad una cantidad inferior a la reclamada por el demandante, lo que confirmó la Audiencia Territorial. El recurso de la demandante se fundó en que, a partir de 1970, el precio del trigo se incrementó oficialmente, por lo que la renta debió subir, y no se admitió así en la sentencia recurrida.

No prospera este recurso, ya que se impugna no el fallo, sino la resultancia fáctica, cuando lo único recurrible es el fallo, e independientemente de tal defecto, no se combate para nada la declaración contenida en el mismo de no poder entrar a conocer más cuestión que la del desahucio por no ser acumulables las acciones ejercitadas. La declaración de estar bien hecha la consignación de rentas se hace únicamente a efectos del presente litigio, sin entrar a conocer de la reclamación de rentas y los otros motivos referentes a la libertad de contratación, y los daños y perjuicios no tienen relación con el fallo recurrido.

DESAHUCIO: LA ELEVACION DE RENTA PROVOCA LA SUMISION A LA DISCIPLINA LEGAL DE LOS ARRENDAMIENTOS ORDINARIOS Y LA EXCLUSION DE LA DE LOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS, SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1978).

Se realizó el contrato en 1966, y pasados seis años, se requirió al arrendatario para que desaloje las fincas y las deje libres, lo que no hizo, por lo

que se le demanda ante el Juzgado número 1 de Avilés, que desestima la demanda; pero interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Oviedo revocó la anterior y dio lugar al desahucio por cumplimiento del término.

No ha lugar al recurso de revisión. El Tribunal entiende que las sucesivas elevaciones de renta determinan una mutación objetiva fundamental, que al rebasar los 40 quintales métricos de trigo provocan la remisión a la disciplina legal de los arrendamientos ordinarios y la exclusión de la de los especialmente protegidos, según la doctrina jurisprudencial, que dice que si la renta alcanza el límite máximo preceptuado, el privilegio concedido a tales arrendamientos no puede aplicarse, y si se aumentase posteriormente la renta, el contrato deja de ser protegido por no reunir las condiciones indispensables requeridas. Se ha operado una novación extintiva por existir una modificación trascendental en cuanto a la normativa que ha de ser aplicada, quedando sustraído a la voluntad de las partes y resultando de inexorable observancia para ellos, sin que valga el pacto de conservar la normativa aplicable. Es improcedente aplicar el párrafo 3.º del artículo 92 del Reglamento sobre la preexistencia del carácter de arrendamientos especialmente protegidos, ya que este precepto se refiere a la elevación legal hasta el 50 por 100 del canon buscando un equilibrio patrimonial a las prórrogas obligadas para el arrendador; pero esta hipótesis no se asemeja al voluntario pacto de mutación de la renta, según la sentencia de 14 de diciembre de 1972. Tampoco el cambio de sujetos implica más que la mera subrogación en el complejo de derechos y obligaciones que correspondían al arrendatario difunto; al ser el recurrente el único hijo que moraba en la casería y estar ausentes los demás hermanos es natural que fuese él quien continuase en el arrendamiento a la muerte de su madre, sucesora a la vez del primitivo arrendatario.

CONVERSION DE APARCERIA EN ARRENDAMIENTO: NO PROCEDE SI HA TRANSCURRIDO EL PLAZO MAXIMO QUE PARA LOS ARRENDAMIENTOS FIJA EL ARTICULO 9.º DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1978).

Se concertó el contrato de aparcería en 1969 por siete años, y próximo al fin del plazo contractual, se citó de conciliación al dueño para que se aviniera a prorrogar la aparcería por otros cinco años, y caso de no avenirse, se transformase el contrato en arrendamiento, celebrándose el acto sin avenencia, por lo que se le demanda ante el Juzgado número 2 de Albacete para que celebre contrato de arrendamiento del 77,50 por 100 de la finca que cultiva en aparcería, cuyo contrato se sujetará a los plazos legales, es decir, cinco años más hasta cumplir los doce. El demandado contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando la resolución de la aparcería, pero el Juez estimó la demanda, desestimando la reconvencción. La Audiencia rechazó tanto la demanda como la reconvencción.

No tiene éxito el recurso de revisión del actor. El Reglamento de 1959 contiene todas las normas vigentes en materia de arrendamientos rústicos, siguiendo la sistemática de la Ley de 1935, sin más alteración que la impuesta por la supresión de preceptos y sin más adición que las indispensables para salvar lagunas o dudas, que ha venido a aclarar o llenar la jurisprudencia. Por tanto, no contradicen este Reglamento otras normas

de rango superior, como la Ley de 1935. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que ha hecho reiterada aplicación del artículo 49 del Reglamento, que agregó al párrafo 3.º un inciso para impedir que el aparcerero pueda convertirse en arrendatario si ya transcurrió el plazo máximo de duración que para los arrendamientos fija el artículo 9 del Reglamento, y mucho menos si incluso ha pasado el plazo prevenido en el artículo 10. Así lo reconoció la sentencia de 27 de octubre de 1975, que entendió que la aparcería duró ya los seis años de plazo que el artículo 49 señala para el ejercicio de tal derecho de opción por el arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EXISTE CAUSA DE RESOLUCION AL VARIAR LA NATURALEZA DEL CONTRATO POR DEDICAR UNA FINCA RUSTICA A USOS INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1978).

El actor promueve demanda alegando que el arrendatario ha hecho obras en la finca arrendada que la han dejado inservible para los fines agrícolas llevándose la tierra cultivable, por lo que solicita el desahucio de éste. El Juez número 2 de Telde declaró resuelto el contrato, lo que confirma la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de revisión. La sentencia de instancia da por probado que el contrato primitivo fue una locación de tipo rústico, que se cambió en el tiempo por la ocupación del terreno para materiales de construcción, impropia para la explotación de un predio rústico, cometiendo daños que lo desnaturalizan, sin que el demandado señale cuáles documentos de los aportados evidenciaban el error de hecho en la apreciación de la prueba, y, en cambio, el acta notarial justifica la construcción de una plataforma de cemento y de una zanja o pozo sin que conste la extensión que tales obras ocupen, y la realización de tales obras es la que dio pie a la Sala para declarar como hecho probado la existencia de daños, aunque no se fije su cuantía, lo que no es obstáculo para el desahucio, según jurisprudencia que dice que basta que tales daños existan y que se atribuyan al arrendatario haciendo imposible el poder destinarla a la explotación agrícola. Las normas comunes a todo arrendamiento, tanto del Código Civil como del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, imponen la obligación de cuidar de la cosa como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, por lo que al faltar el arrendatario a esa obligación incurre en culpa o negligencia. El arrendatario faltó a su obligación contractual al destinar a usos industriales una finca arrendada para la explotación agrícola, quedando incurso en la causa de desahucio 6.º del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, rectamente aplicada por el Tribunal de instancia.

RETRACTO: NO SE PRUEBA QUE SE HAYA INTERPUESTO LA DEMANDA FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1978).

No se hizo la preceptiva notificación al arrendatario de la venta de la finca arrendada, interponiéndose demanda de retracto ante el Juzgado de Cuenca, que la estimó, confirmando la Audiencia de Albacete.

El recurso de revisión es igualmente desestimado. Se alega error de derecho en la apreciación de la prueba testifical sobre el conocimiento de la venta por los demandantes, lo que no puede admitirse porque este error se comete cuando se infringe un precepto legal valorativo de un determinado medio probatorio no reconociendo la eficacia que la ley le otorga, pero el recurrente no cita el concepto en que la infracción se haya producido, y por otra parte, dichos preceptos no contienen norma alguna de valoración de prueba, pues se trata de preceptos admonitivos y no preceptivos, no aptos para fundar en ellos un recurso de revisión. Por otra parte, el recurrente pretende que su criterio prevalezca sobre el más autorizado y objetivo del juzgador al decir que se ha interpuesto fuera de plazo; pero esto no es lícito porque estos hechos han de prevalecer en tanto no sean contradichos y desvirtuados por el único cauce legal, que es la causa 4.ª del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, lo que no ha hecho el recurrente.

DESAHUCIO: NO PRESCRIBE LA ACCION PERSONAL PARA RECLAMAR LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO MIENTRAS CONTINUE SIN VARIACION LA SITUACION FACTICA CREADA POR EL CITADO ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1979).

En 1948 se cedieron en arrendamiento 14 fincas por un período de seis años y por una renta de 62 quintales métricos de trigo y 62 kilogramos, superior, por tanto, a 5.000 pesetas anuales, habiendo sufrido los incrementos legales correspondientes. Transcurrido el plazo contractual, los arrendatarios no solicitaron en forma legal la prórroga, por lo cual quedó resuelto, aunque hayan pasado bastantes años desde ese vencimiento—unos veintiséis—, por lo que se solicita el desahucio ante el Juzgado número 12 de Madrid, que declaró extinguido el arrendamiento, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

El recurso de revisión se fundó, sobre todo, en la prescripción de la acción personal, por haber pasado más de quince años, pero no tiene éxito. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el vencimiento de los plazos legales o convencionales, que no consta que fuesen prorrogados, extingue la relación locativa sin que surja un nuevo contrato por tácita reconducción, y la continuidad en dicha relación fáctica no puede enervar el derecho a pedir el cese de una situación que no tiene otro fundamento ni justificación que el primitivo contrato, que no puede considerarse prescrita mientras continúe aquella situación con base para el ocupante en el mismo contrato y en la tolerancia de su persistencia de hecho, todo lo cual impide la prescripción de la acción encaminada a actualizar la extinción jurídica consumada, en tanto en cuanto la situación de hecho continúe.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

DESAHUCIO: NO SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, SINO DE LOCAL DE NEGOCIO, Y, POR TANTO, ES INADECUADO EL PROCEDIMIENTO ENTABLADO, QUE HA DE SER EL DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Según el actor, se arrendó un solar prohibiéndose el subarriendo, así como la transformación en vivienda o local de negocio, permitiéndose el ejercicio de una industria, pero sin poder cambiar su objeto. Subarrendado dicho solar, el subarrendatario lo transforma en local de negocio sin autorización del propietario y llevando a cabo construcciones en el solar que alteran su destino. El Juzgado número 7 de Barcelona admitió la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el demandado, y sin entrar a conocer el fondo del asunto absolvió a aquél. La Audiencia Territorial rechazó la apelación.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. El objeto del arrendamiento lo integra un conjunto de edificios aptos para el desarrollo de una industria de productos químicos, por lo que tales construcciones han permitido una actividad industrial y, en este sentido, son habitables, hechos que la parte recurrente combate por estimar error de hecho en la apreciación de la prueba, según acreditan el contrato de arrendamiento y el inventario de las construcciones, sin que los documentos alegados tengan la condición de auténticos a los efectos de la casación. La Sala llega a la conclusión de que dicho contrato es de arrendamiento de local y no de solar, pues los contratos no dependen de la denominación que les den los contratantes, sino lo que resulte de las estipulaciones de las partes, y en este caso hay que atenerse a que las cosas son y no a lo que las partes dicen, siendo la interpretación facultad exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de aceptarse en casación cuando es lógica y racional. Es cierto que la habitabilidad de las construcciones existía, al menos, cinco años antes de la fecha del contrato y no después de ella, como pretende el recurrente, y además, por doctrina del Tribunal Supremo, la nota diferencial entre solar y local de negocio está en que sea un lugar habitable, no en el momento de deducirse la demanda, sino al celebrar el contrato, reuniendo entonces las condiciones mínimas de habitabilidad las edificaciones existentes. Estando clara la naturaleza del contrato es inadecuado el procedimiento seguido por el recurrente, por estar incardinado dicho contrato en la Ley de Arrendamientos Urbanos, tanto en el orden sustantivo como en el procesal.

RETRACTO: NO PROCEDE POR TRATARSE DE UN DERECHO DE PREFERENTE ADQUISICION, PARA CUYO EJERCICIO ES INDISPENSABLE LA INTERVENCION DE LA VENDEDORA, QUE NO HA SIDO CITADA EN EL PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1978).

En el contrato se concedió a la arrendataria un derecho de preferente adquisición sobre la finca arrendada; vendida la finca sin efectuar la no-

tificación pertinente, interpone la inquilina demanda de retracto ante el Juzgado de Vendrell, no compareciendo la vendedora demandada, por lo que se siguió el procedimiento en rebeldía. Tanto el Juzgado como la Audiencia no admitieron el retracto.

Igual suerte corrió el recurso de casación por infracción de ley. Se decía en el documento que el contrato era de arrendamiento de negocio, excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, rigiéndose por las disposiciones del Código Civil, y al efectuarse la venta, la arrendataria entabla un derecho de retracto con base en el artículo 10, 5, del Código, respecto a la legislación aplicable, que debía ser, según ella, la alemana, por tener esta nacionalidad las tres intervinientes en el asunto, pretensión que fue rechazada en las dos instancias con distinto fundamento: en la primera porque no se había probado la autenticidad del documento, base de la reclamación, y en la segunda porque no había sido demandada la vendedora. El derecho alegado no es ni un retracto convencional de la compra-venta ni tampoco el arrendaticio de la legislación especial, siendo consecuencia que la acción no está concedida por ministerio de la ley, en cuyo caso sólo podría dirigirse contra el comprador, sino que se trata de un derecho de adquisición preferente nacido del contrato, en cuya discusión es indispensable la intervención de la vendedora, que no fue demandada, infringiéndose el principio del litis consorcio pasivo necesario, del modo configurado por el Tribunal Supremo en constante jurisprudencia. No son aplicables los preceptos del Código alemán por remitirse las partes al Código español expresamente. La pretendida confabulación entre vendedora y compradora viene a confirmar lo decidido por el Tribunal *a quo*, pues la vendedora no fue demandada y, por tanto, no puede ser condenada sin ser oída y citada en juicio.

DESAHUCIO: NO PROCEDE LA REVISION, YA QUE LA RECURRENTE HABIA ENTABLADO OTRA ACCION, QUE DEMUESTRA QUE TENIA CONOCIMIENTO DEL DESAHUCIO ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1978).

El arrendatario demandó a la subarrendataria para el desahucio del piso por falta de pago, pero quedó sin citar la demandada por no haber recibido la papeleta consiguiente. Fue desahuciada por el Juez de Distrito número 13 de Madrid y la sentencia se notificó por edictos, con lo que la sentencia logró firmeza, y al ir a notificar por cédula, se encontró ya a la demandada en su domicilio.

Se interpone recurso extraordinario de revisión que no tiene éxito. La prueba practicada demuestra la contradicción con la que se produce la recurrente al afirmar que no tuvo conocimiento de la existencia del juicio de desahucio por falta de pago, puesto que habiendo tenido lugar el requerimiento personal de la demandada en 30 de septiembre de 1977, con fecha 1 del mismo mes había interpuesto demanda de juicio declarativo de menor cuantía para dejar sin efecto la sentencia de 23 de julio que había dictado el Juez de Distrito en el desahucio, en cuya demanda se solicitaba la nulidad de las actuaciones seguidas en dicho juicio de desahucio, lo que evidencia que en dicha fecha tenía conocimiento la subarrendataria de tal juicio, demanda que fue denegada, por lo que la sentencia

contra la cual iba aún no era firme, y contra este auto de inadmisión de la demanda se entabló apelación, encontrándose pendiente de resolución, por lo que son dos los procedimientos seguidos para el logro de la misma finalidad, siendo improcedente el recurso de revisión interpuesto.

C. R. R.

TESTAMENTO. PORCION VACANTE. SUCESION INTESTADA. USUFRUCTO. SUSTITUCION. DERECHO DE ACRECER. MEDIOS DE PRUEBA EXRINSECOS. Artículos 675; 912, párrafos 2.º y 3.º; 913; 927; 947; 948; 982, 1.º, y 983 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1979).

La voluntad del causante es la ley suprema de la sucesión *mortis causa*. El derecho de acrecer tiene como único fundamento la voluntad presunta del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora, apelante y, naturalmente, recurrente, contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, en base a las siguientes consideraciones, de las que se deducen los hechos objeto del pleito:

Considerando que son hechos reconocidos por las partes que su causante común, don F. M. R., falleció en Aracena el diecisiete de julio de mil novecientos veintitrés, bajo testamento abierto otorgado el veintiséis de agosto de mil novecientos veinte, en cuya cláusula sexta, en el remanente de sus bienes, instituye y nombra por heredera usufructuaria con relevación de fianza a su esposa doña A. C. A., y herederos nudo propietarios a su hermana doña P. M. R., que será sustituida por sus descendientes, percibiendo una mitad de dicho remanente, y a los hijos que pueda tener su hermana doña M. M. R., que percibirán la mitad restante, y en la cláusula séptima manda que en el caso de que sobreviva la esposa del testador, la hermana de éste llamada doña M. usufructúe la misma vitaliciamente y con relevación de fianza la parte de bienes a cuyo disfrute están llamados los hijos que pueda tener dicha señora, cuya disposición tendrá efecto existan o no los expresados descendientes; ocurriendo el óbito de su viuda doña A. C. A. el quince de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, consolidándose el pleno dominio de la mitad de los bienes dejados por el causante común en la hermana del mismo doña P., pasando la otra mitad en usufructo vitalicio a su hermana doña M., y continuando sin titular la nuda propiedad, por carecer la segunda de descendientes; que el catorce de mayo de mil novecientos setenta y tres falleció doña P., y once días después, el veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y tres, acaeció el óbito de doña M., y en tres de enero de mil novecientos setenta y cinco, el Juez de Primera Instancia de Aracena, a petición de doña A. F. A. M. (hoy actora), declaró a ésta y a su hermano don J. F. A. M. (ahora demandado) herederos abintestato de los bienes constituidos de la porción vacante de la herencia de su tío don F. M. R.,

correspondiéndoles la nuda propiedad de los mismos desde el momento de la muerte del causante, y en pleno dominio desde el fallecimiento, el veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y tres, de la usufructuaria doña M. M. R.

Considerando que postulado en el presente proceso por la parte actora que procede declarar que don J. y doña A. F. A. M., como únicos herederos abintestato por partes iguales en cuanto a la porción vacante de la herencia de su tío carnal don F. M. R., son adjudicatarios por dicho título de aquella porción y les corresponden el pleno dominio por mitad de todos y cada uno de los bienes que la integran; desestimada la demanda en ambas instancias, por no darse los supuestos legales necesarios para efectuar la declaración de herederos que se postula, ni la adjudicación y división de bienes que en su consecuencia se solicita, el motivo primero del recurso denuncia la interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, en relación con el artículo 912, párrafos segundo y tercero, del mismo Cuerpo legal; igualmente infringido por violación, que debe prosperar, pues, como refleja la disposición testamentaria del causante común, éste reconoció a favor de los descendientes de doña P. M. R. el derecho de sustitución de ésta en la institución hereditaria establecida a favor de la misma sobre la nuda propiedad de una mitad del remanente de los bienes del testador, y omitió ordenar que su hermana doña P. acreciera la porción de la herencia a cuya nuda propiedad fueron llamados los hijos que pudiera tener y no tuvo la otra hermana doña M., ni le atribuyó a ésta otra cosa que el usufructo de esa mitad vitaliciamente, por lo que su intención fue reservar la propiedad de esa porción vacante, a falta de hijos, a los que resultaran herederos legítimos a la muerte de ésta, y esa interpretación testamentaria fue estimada siempre sin contradicción, por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trata, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras, de carácter extrínseco al testamento mismo, que, como autoriza la jurisprudencia, contribuyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador.

Considerando que también hay que estimar el motivo tercero, que denuncia la infracción de los artículos 982, primera, y 983, en que incide también la Sala al desestimar la demanda, pues el derecho de acrecer tiene como único fundamento reconocido por la jurisprudencia (sentencias de trece de noviembre de mil novecientos once y cinco de junio de mil novecientos diecisiete, entre otras) la voluntad presunta del testador, y por ello ha de ser admitida la aplicación de dicho derecho no sólo en los casos de porción vacante, a que alude el artículo 982, y en algunos otros supuestos que resultan de otros artículos complementarios, sino también en el de que sea nula la disposición testamentaria en favor de uno de los herederos conjuntos cuando tiene apoyo el derecho de acrecer en la interpretación de la voluntad del causante, ley suprema de la sucesión *mortis causa* (sentencias de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro y resolución de uno de diciembre de mil novecientos sesenta), lo que no sucede en el caso de autos, en que la voluntad del testador rechazaba este derecho, aparte de no concurrir el requisito inexcusable del número primero del artículo 982 de conjunción de llamamientos, ya que el contenido en la cláusula sexta de su testamento fue en favor de su hermana doña P., sustituible por sus descendientes, respecto de la nuda propiedad de la

mitad del remanente de sus bienes (personas determinadas), y en cuanto a la otra mitad, los hijos que pudiera tener su hermana doña M. (indeterminados y, desde luego al firmar el causante su testamento, sin que pudieran estimarse personas), por lo que no procede el derecho de acrecer establecido por la Audiencia, cuya resolución debe casarse íntegramente.

Y congruentemente, en la segunda sentencia se establece:

Considerando que es de aplicación el número segundo del artículo 912 del Código Civil, por lo que procede declarar que don J. y doña A. F. A. M., como únicos herederos abintestato por partes iguales en cuanto a la porción vacante de la herencia de su tío don F. M. R., son adjudicatarios por dicho título de aquella porción y les corresponde el pleno dominio por mitad de todos y cada uno de los bienes que la integran, según resulta de los artículos 913, 927, 947 y 948 del Código citado, correspondiendo a actora y demandado la nuda propiedad de los bienes respectivos desde el momento de la muerte del causante, y el pleno dominio desde el fallecimiento, el veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y tres, de la usufructuaria doña M. M. R., con las consecuencias del artículo 1.063 en la partición a efectuar en ejecución de sentencia, siendo improcedentes los restantes pedimentos de la demanda, por carecer de la indispensable base fáctica, atendida la apreciación conjunta de la prueba para que puedan prosperar las acciones en ellas ejercitadas.

LEGADO. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS. INTERPRETACION DE TESTAMENTO: SUS ELEMENTOS. Artículo 675 del Código Civil (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1979).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y recurrente contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes razonamientos:

Considerando que para fijar el alcance del legado ordenado por la causante doña D. S. V. en su testamento abierto de seis de diciembre de mil novecientos setenta y uno, favoreciendo «a su primo hermano don J. S. P. y al hijo de éste don J. S. C., por mitad y proindiviso en ellos», con «la casa números cuarenta y cinco y cuarenta y siete de la calle Mayor de Santa Coloma de Gramanet», cuestión que constituye el único tema debatido en la instancia y traído a la casación, la Sala sentenciadora, manteniéndose en la misma línea argumental que el órgano del primer grado, establece los siguientes datos, de indudable relieve en trance de averiguar la intención verdadera de la *de cuius*: Primero. La casa objeto de la manda figura en el Registro de la Propiedad como perteneciente a la finca número ochenta y nueve (folio doscientos veintitrés, tomo doscientos veinte, libro treinta, de Santa Coloma de Gramanet), compuesta por tal edificio y una porción de terreno o solar de algo más de novecientos metros cuadrados de superficie, sito en la parte zaguera de la construcción. Se-

gundo. Tal finca se halla identificada en la actualidad mediante tres números de policía, el cuarenta y tres bis, correspondiente al solar, y cuarenta y cinco y cuarenta y siete para el cuerpo edificado. Tercero. La testadora diversificó claramente en vida los respectivos destinos de la casa y del solar, pues mientras que la primera la cedió en arrendamiento, el segundo lo dedicó a huerto propio, con excepción de un cobertizo existente en el mismo, que alquiló a persona ajena al debate. Cuarto. No sólo independizó la causante en vida el aprovechamiento y destino de la casa y el solar, sino que también en el orden físico afirmó la sustantividad de una y otro como predios independientes, separando la porción de terreno del edificio mediante un muro de ladrillo rematado por red de alambre. Quinto. Ninguno de los arrendatarios de la casa números cuarenta y cinco y cuarenta y siete, según designación actual, ha poseído ni utilizado el solar sito en la parte posterior, pues los inmuebles carecen de comunicación entre sí y el terreno en debate da a la vía pública, con la que tiene un frente de más de siete metros. Sexto. Los demandantes y recurrentes han hecho pago del impuesto general sucesorio tan sólo por la casa números cuarenta y cinco y cuarenta y siete, mientras que la demandada y recurrida lo hizo por el referido solar, señalado a efectos administrativos con el número cuarenta y tres bis, según queda dicho.

Considerando que centrada la controversia en el problema de averiguar el sentido de la manifestación contenida en la cláusula primera del mencionado negocio jurídico *mortis causa*, determinando su verdadera significación, es de recordar que el principio tradicional de que «en los testamentos se interpretan más plenamente la voluntad de los testadores» (*Digesto*, cincuenta, diecisiete, doce: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*) y consiguiente inexcusable respeto a lo querido por el causante, se traduce en la exigencia de ceñirse a las expresiones utilizadas por el disponente, según ya estableciera nuestro derecho histórico («las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente, así como ellas suenan, e non deve el Juzgador partir del entendimiento dellas», Partida séptima, título treinta y tres, ley quinta), y ordena el artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, «expresión recopilada de preceptos tradicionales del Derecho patrio» (sentencia de once de febrero de mil novecientos cuarenta y tres), a cuyo tenor toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y es en razón de esa supremacía que ha de concederse a la voluntad del único autor de la declaración, acentuando su carácter subjetivo, que a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador, en definitiva, a sus circunstancias personales, tal como ya indicó el citado texto del derecho castellano («ca entonces deve ser entendida su palabra según acostumbraba a entenderla») y lo ha declarado esta Sala (sentencias de ocho de julio de mil novecientos cuarenta, cinco de junio de mil novecientos cuarenta y dos, uno de junio de mil novecientos cuarenta y seis y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho), conjugando armónicamente el elemento literal con el lógico, sistemático y teleológico como procedimientos interpretativos y acudiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios extrínsecos o extratestamentarios) utilizables, en cuanto hechos significativos dimanantes del testador, como medios de

interpretación para hallar la voluntad real del *de cuius*, si bien partiendo de las propias declaraciones del documento testamentario por imperativo de lo dispuesto en el artículo seiscientos setenta y cinco y del carácter formal o solemne (*forma dat esse rei*: artículo seiscientos ochenta y siete) que el testamento reviste (sentencias de ocho de julio de mil novecientos cuarenta, uno de junio de mil novecientos cuarenta y seis, tres de junio de mil novecientos cuarenta y siete, dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y cinco de octubre de mil novecientos setenta), tesis que sobre estar recibida por la jurisprudencia se ofrece a todas luces convincente, pues según señala la doctrina científica el testamento, como declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico, se produce teniendo como fundamento una constelación de antecedentes fácticos, contemplados por el causante en el momento de expresar la disposición.

Considerando que, por otra parte, es constante la doctrina jurisprudencial en cuanto a que corresponde al Tribunal *a quo* precisar el sentido y alcance de las declaraciones de última voluntad, y su interpretación sólo puede ser combatida con éxito en la casación cuando se patentiza el error cometido por la Sala de instancia al contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador con una exégesis violenta (sentencias de doce de febrero y nueve de abril de mil novecientos sesenta; veinte de enero, veinte de marzo y veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y uno; veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres; treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y cinco; doce de febrero y cinco de julio de mil novecientos sesenta y seis; diez de octubre de mil novecientos sesenta y nueve; cinco de octubre y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve; cinco de octubre y nueve de diciembre de mil novecientos setenta; veintitrés de septiembre de mil novecientos setenta y uno, y dos de octubre de mil novecientos setenta y cinco, entre otras), impugnación que habrá de realizarse bien por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si la apreciación errónea afecta a los antecedentes de hecho, ora por el cauce del número primero del mismo precepto cuando han sido vulneradas las normas del Código Civil reguladoras de la interpretación testamentaria (sentencias de nueve de noviembre de mil novecientos sesenta y seis y veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, además de las citadas).

Considerando que la sentencia recurrida, íntegramente confirmatoria de la recaída en la primera instancia, obtiene la voluntad real de la testadora expresada en la cláusula discutida acudiendo a la propia locución utilizada («la casa números cuarenta y cinco y cuarenta y siete»), a su relación con las restantes disposiciones del testamento y a la propia conducta de la causante, que había dividido la finca registralmente única en dos partes «claramente diferenciadas entre sí, tanto en sus respectivos destinos o aprovechamientos como en su independencia, mediante separación física constituida por la propia dueña; afirmación fáctica de la Sala no combatida en el recurso, que lleva a entender como indudablemente correcta la labor interpretativa acometida por el Tribunal de instancia, y en cuanto concluye que el legado en discusión alcanza al edificio con sus dependencias y no a dicho terreno posterior, separado por instalación divisoria y poseído inmediatamente para su cultivo por la testadora,

a diferencia de la casa números cuarenta y cinco y cuarenta y siete entregada en arrendamiento, lo que hace improsperable el motivo primero del recurso, que por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal denuncia violación de los artículos seiscientos cincuenta y siete, seiscientos cincuenta y ocho, seiscientos cincuenta y nueve y seiscientos sesenta del Código Civil, preceptos que por su generalidad en nada importan al concreto tema de la contienda, ya que obvio resulta que la Sala sentenciadora no ha infringido, al fijar la extensión objetiva del legado, las disposiciones generales de las sucesiones invocadas por los recurrentes ni desconoció los efectos propios del fenómeno sucesorio, sino que atribuyéndoles a los actores la condición de legatarios precisó el elemento real objeto de la disposición ateniéndose rigurosamente a la *voluntas testatoris*, que ha indagado certeramente sirviéndose de criterios intrínsecos (literal, sistemático y finalista) y extrínsecos, para concluir que ese terreno, separado de la casa legada y cultivado en todo tiempo por la causante, no se halla incluido en ninguna de las mandas y, por tanto, se integra en la masa herencial a recibir por la recurrida, hija adoptiva de la testadora.

Considerando que tampoco puede ser estimado el motivo segundo, que por la misma vía alega violación de los artículos ochocientos ochenta y uno, ochocientos ochenta y dos, ochocientos ochenta y tres y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil, pues incólumes los hechos afirmados por la sentencia recurrida y respetadas por la Sala de instancia las normas que gobiernan la tarea interpretativa de los testamentos, claro es que al excluir del legado el terreno a que el litigio se refiere, se atuvo a tales preceptos al determinar la cosa objeto del legado específico según la voluntad de la testadora, cuya libertad y autonomía en manera alguna venían coartadas por la constancia de los libros registrales, poco acordes con la realidad en punto a la fáctica división de la finca; y la misma suerte desestimatoria merece el motivo tercero, basado en el propio ordinal para aducir violación de la doctrina contenida en las sentencias de dieciséis de abril de mil novecientos cuarenta y siete, cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho y catorce de abril de mil novecientos setenta y seis, ninguna de las cuales sienta teoría que importe al supuesto debatido en el proceso, pues la primera de ellas rechaza la inclusión en el legado de cosa específica de la parte de dehesa que se pretendía y las restantes se atienen también a las particularidades del caso contemplado, manteniendo las sentencias de instancia que determinaban con toda lógica la extensión objetiva del legado ateniéndose a la unidad de la cosa legada en todas sus manifestaciones, dado que «no existían elementos justificativos de ser otra la intención de la testadora».

F. C. L.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

INTERES LEGITIMADOR PARA TENER ACCESO A LOS ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACION. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LA CONSTITUCION. INAPLICABILIDAD DIRECTA (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 1979).

I. HECHOS

1. El 14 de diciembre de 1976, la Asociación de Vecinos de Erandio, por medio de su Presidente, pide en la Junta de Obras del Puerto y Ría de Bilbao que se pongan a su disposición o se facilite copia de los documentos relacionados con las concesiones que en 1947, 1958 y 1965 se hicieron a favor de Astilleros Tomás R. de V., S. A., de los terrenos demaniales ribereños a la Ría conocidos de tiempo como «Paseo de Churruca» y enclavados en la Dársena Axpe.

2. La petición es denegada por la Junta en acuerdo de 14 de diciembre de 1976, confirmado el 15 de enero de 1977, y confirmados, a su vez, los anteriores por el Ministerio de Obras Públicas en resolución de 4 de mayo de 1978.

3. La Asociación de Vecinos interpone recurso contencioso-administrativo, que gana al dictar la Sala de la Audiencia de Vizcaya sentencia de 30 de enero de 1979 anulando los actos administrativos que denegaron la exhibición de los documentos y reconociendo el derecho de la Asociación actora a acceder y examinar los expedientes de concesión de terrenos.

4. El Abogado del Estado interpone recurso de apelación contra la sentencia, siendo estimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 1979.

II LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE OCTUBRE DE 1979 *

En esta sentencia de la Sala Tercera (ponente: Roldán) se estima la apelación de la Administración en base a las siguientes consideraciones:

(*) En prensa estas líneas aparece en REDA, 24, un comentario a la misma sentencia de F SAINZ MORENO que por su interés no debe dejar de ser utilizado.

Primer considerando: Que la pretensión de inadmisibilidad del recurso a que esta apelación se refiere, con base en falta de legitimación de la Asociación de Vecinos de Erandio para impugnar las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas recurridas, opuesta por el representante de la Administración demandada, y que reitera en esta segunda instancia, por entender el Abogado del Estado que la Asociación demandante carece de interés directo en los expedientes administrativos de concesión de terrenos demaniales a la S. A. Astilleros Tomás R. de V., toda vez que estos expedientes administrativos fueron tramitados y resueltos en los años de 1947, 1958 y 1965, fechas en las que todavía no existía dicha Asociación de Vecinos, por lo que ningún interés directo, personal y legítimo pudo haber resultado afectado por las resoluciones de tales expedientes, por lo que estima que la citada Asociación de Vecinos no está legitimada para promover el recurso contencioso interpuesto; pero esta pretensión de inadmisibilidad, como ya se razona en la sentencia apelada, no debe ser examinada con carácter previo y resuelta por la somera vía de la inadmisibilidad, como ya se razona en la sentencia apelada, no debe ser examinada con carácter previo y resuelta por la somera vía de la inadmisibilidad, por ser doctrina de esta Sala que cuando las causas de inadmisibilidad del recurso estén íntimamente ligadas al fondo del asunto, de tal forma que no sea posible resolver aisladamente aquéllas sin entrar a examinar éste, hay que abordar directamente el problema de fondo por elementales normas de lógica, puesto que de lo contrario se vendría a hacer supuesto de la cuestión planteada.

Segundo considerando: Que el tema objeto de debate es decidir si la mencionada Asociación de Vecinos tiene o no derecho a *tomar vista* de los expedientes administrativos concesionales terminados en los años 1947, 1958 y 1965; *toma de vista* solicitada por escrito presentado por el Presidente de la referida Asociación de Vecinos con fecha *14 de diciembre de 1976*, al Presidente de la Junta de Obras del Puerto de Bilbao, con la petición literal «que se ponga a disposición de los representantes de dicha Asociación los expedientes de concesión o cualquier otra documentación que afecte al asunto», indicando en el cuerpo del escrito que se refería a los terrenos ribereños a la Ría de Bilbao conocidos de tiempo como «Paseo de Churruca», enclavados en la Dársena Axpe (antiguo Municipio de Erandio), otorgados por Concesión Administrativa a la S. A. Tomás R. de V., deduciéndose de los términos claros contenidos en la referida solicitud, que la petición de la actora es que *se le dé vista* de tales expedientes, a lo que *se negó la Administración* en los acuerdos impugnados, informándole que los citados expedientes habían sido sometidos en su día a la preceptiva información pública y que en ellos había recaído ya resolución definitiva en las expresadas fechas, por lo que tratándose de expedientes que ya estaban terminados no podían intervenir por primera vez los interesados que no se habían personado durante su tramitación.

Tercer considerando: Que las razones o fundamentos consignados por el Tribunal *a quo* en los considerandos de la sentencia apelada para llegar a la estimación del recurso promovido por la citada Asociación de Vecinos de Erandio, anulando en el fallo los acuerdos que denegaron la exhibición de dichos expedientes y el reconocimiento a la actora del derecho a acceder y examinar los tan repetidos expedientes administrativos de concesión de terrenos, no pueden ser aceptados por esta Sala, porque con arreglo a la técnica de la Ley de Procedimiento Administrativo, la legitimación para intervenir como interesado en un procedimiento administrativo sólo se reconoce a los que ostentan derechos que resultaran directamente afectados por la decisión y a los portadores de intereses legítimos, personales y directos; pero para que a estos segundos, es decir, los titulares de intereses, la ley les reconozca legitimación, o sea, el carácter de interesados legítimos, se requiere que se personasen en el procedimiento *antes de recaer resolución definitiva*; tanto del preámbulo de la propia Ley de Procedimiento Administrativo, que explica con interpretación auténtica lo que el legislador ha querido, como del contenido de sus preceptos, que señalan lo que realmente se manifieste en forma clara e indubitada que las referencias que en los diversos capítulos de la ley se contienen en orden al *status* jurídico del administrado, se hacen contemplando su faceta de interesado en un procedimiento determinado; la condición de interesado legítimo en el procedimiento administrativo, lo que pudiera llamarse «*interés legitimador*», no la ostenta la colectividad de personas, sino que la ley exige para tener tal carácter que se personen en el procedimiento *antes de recaer resolución definitiva*; en la esfera administrativa, el interés legitimador tiene, pues, carácter personal, exige una participación activa o especial relación con el objeto de procedimiento; todos los derechos cuyo ejercicio la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce a los interesados, ya se trate de personas individuales o grupos ya organizados, como son los derechos de tomar vista y audiencia en expedientes *ya ins-truidos*, sólo se reconocen a los interesados que justifiquen su intervención activa en el mismo; lo contrario sería confundir la postura de interesado legítimo con la acción popular, que no se establece ni en la Ley de Procedimiento Administrativo ni en el procedimiento especial de otorgamiento de concesiones de bienes demaniales por el Ministerio de Obras Públicas; por lo que en el presente caso, al faltar este requisito, condición o presupuesto subjetivo de la relación sujeto-objeto en que consiste la legitimación de los simples interesados en los procedimientos administrativos, puesto que la demandante ni promovió los expedientes concesionales de los referidos terrenos, ni se personó en los mismos antes de haber recaído resolución definitiva, ni siquiera ésta le fue posteriormente notificada, por lo que a la vista de estos antecedentes es incuestionable que no reúne el carácter de ser interesado legítimo a los efectos contenidos en su escrito: solicitud pidiendo que se ponga a su disposición los susodichos expedientes concesionales o facilite copia de los documentos que obren en los

mismos, pues de una coordinada contemplación de los artículos 23, 24, 62 y 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la Asociación de Vecinos recurrente no justificó ser titular de derechos subjetivos en relación al terreno de dominio público objeto de aquellas concesiones administrativas que le permita fiscalizar la legalidad administrativa de aquellas concesiones, ni el simple interés que pueda presumirse tenga en mantener el llamado tiempo atrás Paseo de Churruca es un interés legitimador que le dé el derecho a *tomar vista* de dichos expedientes por las razones que ya se dejan expuestas, de no haberse personado en el procedimiento antes de recaer resolución definitiva; *mientras no se produzca una modificación legislativa, la legitimación por interés* está regulada, en los procedimientos administrativos, por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y en el procedimiento contencioso-administrativo, por la Ley de esta jurisdicción, cuyo artículo 28-1-a) habilita para demandar la nulidad de un acto administrativo a los legitimados por simple interés directo, presumiendo, según la doctrina jurisdiccional, que este interés existe cuando *por la estimación de la pretensión del accionante éste obtenga un beneficio*, deduciéndose, en consecuencia, que no se puede confundir la legitimación para intervenir en un recurso contencioso con la legitimación para intervenir en un procedimiento administrativo; la Asociación de Vecinos que promovió el expediente en que se dictaron los acuerdos recurridos está, pues, legitimada para la interposición del recurso contencioso a que esta apelación se refiere, por ser manifiesto que, con relación a los actos recurridos, tiene la condición de interesado legítimo, pero no lo está para pedir que se le dé vista en aquellos anteriores procedimientos administrativos concesionales, ya que el derecho a pedir que se pongan a su disposición los expedientes de concesión de la zona descrita en la solicitud, es un derecho que la Ley de Procedimiento Administrativo sólo reconoce a los interesados que se encuentren comprendidos en alguno de los *casos que contemplan los apartados a), b) y c) del artículo 23, y la tan repetida Asociación no justificó hallarse comprendida en ninguno de ellos*.

Cuarto considerando: Que si bien la sentencia apelada implícitamente reconoce que en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no existe un asidero seguro para la pretensión de quien, como la actora, no ha sido parte en aquellos expedientes concesionales que ya fueron resueltos por el correspondiente acto administrativo que les puso término, y eran firmes por no reconocer la Ley de Procedimiento Administrativo más que una publicidad limitada del procedimiento; pero apoyándose en otros textos legales que admiten con más amplitud el principio de publicidad en la actividad administrativa del Estado, los utiliza, como la propia sentencia manifiesta, como «argumento definitivo» para estimar el recurso; dichos textos legales son el artículo 105-b) de la reciente Constitución y el artículo 1.º de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, el primero de los cuales establece que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros

administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, por lo que entiende el Tribunal *a quo* no estando comprendida la exhibición de los expedientes concesionales en los límites que dicho precepto constitucional fija, procede dar a conocer el contenido de dichos expedientes a la actora; pero tal argumentación no es compartida por esta Sala, porque sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional expresamente dispone que «una ley regule» el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, indudablemente se está manifestando por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, porque todas las normas declarativas de principios básicos precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y aplicación concreta, de las que no cabe decir que por el hecho de que encaucen aquellos principios en aras de la convivencia general, las nieguen o sean contrarias a las normas jurídicas básicas recogidas en el texto constitucional, sino que, por el contrario, las afirman al posibilitar su aplicación, como así sucede, por ejemplo, con la libertad de ir y venir por todo el territorio nacional, que precisa de un Código de la Circulación, que realmente limita dicha libertad, pero no está en contradicción con ella, sino que, al contrario, evita llegar a consecuencias absurdas y permite que la libertad de trasladarse de un lugar a otro pueda tener efectividad; de igual modo puede predicarse del principio de publicidad que consagra el artículo 105 de la Constitución, que exige de una ley que lo regule, y mientras ésta no se elabore y publique, no se puede situar a la Administración frente a una laguna legal para resolver las situaciones jurídicas que se produzcan, pues la actividad administrativa ha de estar en todo momento sometida al Ordenamiento Jurídico preestablecido, por lo que mientras esa ley de desarrollo que enuncia el texto constitucional no exista, sigue siendo aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; de no estimarlo así se quebrantarían los principios fundamentales en todo Estado de Derecho, el de la certeza del Derecho y la seguridad jurídica, por los que tanto el administrado como la Administración conocen la norma y pliegan a ella su conducta; el Estado, a través de la potestad legislativa de las Cortes, es el que dicta el Derecho; a la jurisdicción sólo le corresponde aplicarlo al caso concreto, y la formulación del Derecho por los Tribunales y la Jurisprudencia no debe alcanzar hasta el extremo de sustituir los sistemas jurídicos establecidos; por esto es muy peligroso el subjetivismo interpretativo que desborde la norma establecida sobre el principio de publicidad en los procedimientos administrativos; nuestra Ley Orgánica sólo confiere a los Tribunales la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero no hacer una modificación legislativa al socaire de una interpretación hecha al amparo de un principio constitucional que no deja a los Tribu-

nales la facultad de desarrollo, sino que expresamente prescribe que sea una ley la que lo regule, por lo que mientras esta ley no se dicte es claro que el ámbito o extensión que debe darse al principio de publicidad tiene que ser el fijado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, *sin que, por tanto, se pueda reconocer a los administrados no legitimados en un procedimiento administrativo ya terminado el derecho de que se les dé vista del mismo*; finalmente, tampoco es válido apoyarse para el reconocimiento de la pretensión de la actora en la Ley de Secretos Oficiales ni en la Ley de Prensa, por la sencilla razón legal de ser «leyes especiales» reguladoras de materias específicas; ninguna de las dos fueron dictadas para desarrollar la Ley de Procedimiento Administrativo, que es ley general; para que los preceptos de ésta puedan estimarse derogados o abrogados por una ley especial posterior era preciso una expresa y nominativa derogación; la simple regulación o modificación del principio de publicidad establecido en la ley especial, no implica la abolición de las leyes y disposiciones generales; procediendo por todo lo expuesto estimar el presente recurso de apelación, sin que sean de apreciar motivos para hacer una especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

III. COMENTARIO

1. Legitimación procesal

Como viene siendo habitual, la primera argumentación utilizada por el Abogado del Estado será la falta de legitimación procesal del administrado, constitutiva de una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso. Así se dedujo en la primera instancia, y ante la admisión (y estimación) del recurso por la Sala de Vizcaya de nuevo se aduce ahora en apelación.

La posición del Supremo en la sentencia que se comenta puede centrarse en el doble aspecto de rechazar un análisis *previo al fondo* de dicha causa de inadmisibilidad y afirmar la existencia de legitimación procesal en la Asociación de Vecinos de Erandio.

El análisis de la legitimación, juntamente con el fondo del asunto, tiene base en una reiterada doctrina jurisprudencial que no es necesario recordar y se encuentra resumida al final del *primer considerando* (1). No obstante, debe señalarse que el planteamiento del tondo—centrado en el tema de la legitimación para intervenir en el procedimiento administrativo—y el modo de plantear la causa de inadmisibilidad por el Abogado del Estado (*primer considerando*) parece ser lo que, en el supuesto concreto de la sentencia, hace al Supremo acudir a dicha ordenación de cuestiones. Al centrarse el fondo en un problema de determinación del interés de la Asociación de Vecinos en obtener una información, para responder al interés de dicha Asociación en la anulación de los actos administrativos que la denegaron, los Jueces esperan a analizar conjuntamente ambos temas. A su vez, al aducirse por el Abogado del Estado la inexistencia de un

(1) *Vid*, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, 1012 y ss., 1020 y ss.

interés directo, *personal* y *legítimo*, el Tribunal se ve obligado a distinguir ambas legitimaciones (*tercer considerando*, final), precisando que aunque no se da la legitimación para pedir la toma de vista de los expedientes, sí se da la procesal (2).

La afirmación de la legitimación procesal se hace en base a la doctrina jurisprudencial que ha interpretado reiteradamente el artículo 28-1-a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el sentido de requerir simplemente que por la estimación de la pretensión del demandante éste obtenga un beneficio. Cuando se advierta la aparición de tal beneficio, se cumplirá la exigencia de que el demandante tenga un interés *directo* (3), como ocurre en el caso (*tercer considerando*).

El Supremo, analizadas conjuntamente las legitimaciones procesal y procedimental, llega a la conclusión de que la procesal existe y, consiguientemente, puede entrar a resolver sobre el fondo. Precisamente, el planteamiento del fondo—esto es, si los vecinos tienen derecho a tomar vista de los expedientes de concesión de los terrenos de la Ría de Bilbao—se centra en la legitimación de éstas para dicha petición.

2. Legitimación en la Ley de Procedimiento Administrativo.

El bloque del *tercer considerando* está dedicado a sostener que la Asociación de Vecinos de Erandio no tiene derecho a tomar vista de los expedientes de concesión sobre la base de la falta de legitimación.

El razonamiento de la Sala viene a ser el siguiente:

Parte de los artículos 62 y 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Según el 62:

«Los interesados en un expediente administrativo tendrán derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación, recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes.»

Según el 63:

- «1. Los interesados podrán solicitar que se les expida copia certificada de extremos concretos contenidos en el expediente.
2. La expedición de estas copias no podrá serles negada cuando se trate de acuerdos que les hayan sido notificados.»

Se deduce de los anteriores artículos que sólo los interesados pueden tener acceso al expediente, y la conceptualización de interesados se encuentra en los artículos 23 y 24.

Aparte el 24, según el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo:

(2) Luego podrá advertirse que hubiera sido posible un análisis separado y previo de la apuntada causa de inadmisibilidad, claramente rechazable, prueba de ello es que, a pesar del análisis conjunto de las legitimaciones procesal y el interés legitimador para pedir la información, debe de repararse que la una no prejuzga el otro.

(3) J. GONZÁLEZ PÉREZ, cit., 412 y ss.

«1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos.

b) Los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.»

Es decir, quienes no ostenten un derecho, y sólo un interés, para poder ser considerados en el procedimiento interesado, su interés deberá no sólo ser directo, sino además *personal y legítimo*, y ellos deberán haber *comparecido* en dicho procedimiento.

En el caso, la Asociación de Vecinos de Erandio no ha justificado tales extremos y, consiguientemente, se considera que no tiene lo que el Tribunal llama «interés legitimador», que daría derecho a tomar vista de los documentos administrativos.

Una serie de consideraciones se suscitan al respecto.

En primer lugar, la estricta interpretación del término interesados (artículos 62 y 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo) que se hace al conceptuar según el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que contrasta con la terminología de la legislación de régimen local, en éste, como en otros temas, más progresista (Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, art. 318) (4).

¿Acaso no podría interpretarse más generosamente el término no exigiendo un interés cualificado ni la comparecencia previa en el procedimiento? Nótese que el supuesto es sólo de toma de vista, no de hacer alegaciones que luego habrán de tenerse en cuenta e incluso demostrarse su falsedad (5).

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, resulta de una contemplación de la Ley de Procedimiento Administrativo, en su conjunto, la anomalía de exigir previa comparecencia a quien sólo acude al expediente para ver. Durante la tramitación del expediente puede que concurra algún administrado simplemente para informarse, y aunque interesado (con el interés cualificado del art. 23), no tenga el menor interés en que se le tenga por personado en el procedimiento. La Ley de Procedimiento Administrativo está partiendo de la idea de posibilitar a los comparecientes la toma de vista, porque evidentemente para poder alegar, previamente hay que informarse (art. 83 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Pero parece excesivo que la finalidad de la Ley de Procedimiento Administrativo haya sido exigir la comparecencia (que se sea interesado en los términos del art. 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo) para la simple toma de vista. Que se exija un interés en el tema parece lógico a la hora de pedir información sobre un expediente en tramitación. Que ese interés sea cualificado por su carácter *directo* o incluso *personal y legítimo*, también puede entenderse lógico. Pero ligar irremisiblemente la cualidad del

(4) Así, por ejemplo, T. R. FERNÁNDEZ, REDA, 8, 149 y ss.

(5) Véase, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA T. R. FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, 401 y ss

que sólo pide vista con el que se convierte en interesado (en sentido técnico) en el procedimiento es ir contra la lógica; el administrado primero tomará vista, y si lo considera oportuno pedirá que se le tenga por personado en el procedimiento a efecto de las notificaciones y citaciones correspondientes posteriores (arts. 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Una vez terminado el procedimiento, exigir que se hubiese intervenido *activamente* en el mismo para poder tomar vista del expediente también parece una interpretación excesivamente rigurosa de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo. Tal es el caso y la interpretación en la sentencia comentada. Significa que una vez recaída resolución en el procedimiento, éste queda definitivamente cerrado y opaco incluso para aquellos que tengan un cualificado interés personal, directo y legítimo si no tuvieron intervención activa en aquél.

En cualquier caso, lo que se ha expuesto pone de manifiesto lo limitado de las posibilidades que en base a la Ley de Procedimiento Administrativo puedan concederse a los ciudadanos que pretendan averiguar el proceder de la Administración. La interpretación del Tribunal Supremo en este punto viene a coincidir con la dominante, que reproduce análogos argumentos y destaca las limitaciones que, tanto en el orden subjetivo (de la legitimación, visto) como en el objetivo, existen para dar transparencia a las actuaciones administrativas (6).

En este sentido pueden releerse los citados artículos 62 y 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo y recordar cómo la sentencia comentada utiliza como argumento el que no se hubiese notificado la resolución definitiva de los expedientes concesionales a la Asociación de Vecinos. No se trata de que por no haber sido notificados los actos administrativos que pusieron fin a los procedimientos, la Asociación no haya podido tener la cualidad de interesada en los mismos, ya que si se han de notificar es precisamente a los interesados por serlo, y se es o no interesado en base a los criterios del artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Que la Administración no haya considerado interesado a un administrado y, consiguientemente, no le ha notificado, no quiere decir que no sea interesado, sino que de serlo (arts. 78 y sigs. de la Ley de Procedimiento Administrativo), se producirán una serie de consecuencias derivadas de la omisión que favorecen al particular. En este caso, la Asociación de Vecinos, cuando se otorgaron las concesiones a la Sociedad Mercantil de Astilleros, no existía y difícilmente (imposiblemente) se la podía haber notificado. Lo que quiere significar la Sala Tercera del Supremo, al traer a sus argumentaciones la falta de notificación, va por otro camino, que es la implícita referencia al párrafo segundo del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo (...). No estamos, según este párrafo, ante la cualidad de interesado en el procedimiento, sino frente a la posibilidad, que se desprende de una interpretación a sentido contrario, de que se puedan negar copias de los acuerdos no notificados a los interesados (o no) por la Administración. Se trata de la determinación (ligada con los límites objetivos del supuesto) del interés legitimador *a efectos de obtener la copia* o la información. Este es el sentido de la argumentación jurisprudencial, poniéndose de nuevo sobre el tapete el estrecho margen que da la Ley de Procedimiento Administrativo para la efectiva consecución

(6) Véase, por ejemplo, E. GÓMEZ-REINO, REDA, 8, 119 y ss

de un principio de transparencia y publicidad en el quehacer de los que administran y los intereses privados que inciden en los expedientes. La propia sentencia apelada reconoce en este sentido que no existe un asidero seguro en la Ley de Procedimiento Administrativo, incluso para quienes puedan tener un interés cualificado, si no se compareció a tiempo, y la sentencia del Supremo, además de recoger tal afirmación (principio *cuarto considerando*), subraya tajantemente que no puede llegarse a otra conclusión «mientras no se produzca una modificación legislativa».

Constatados los problemas que una apertura de los archivos de la Administración plantea, en base a la Ley de Procedimiento Administrativo, pero señalada también la posibilidad de una interpretación de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, que no por menos técnica y gramatical es menos jurídica, conviene—antes de pasar a otros hilos argumentales—resaltar expresamente la íntima relación que une las ideas de transparencia administrativa y democracia efectiva. Y no sólo esto, sino también con la misma idea de eficacia que se desprende de la publicidad. En palabras del diputado Ombudsman sueco, Wennergren:

«Cuando el Gobierno obra con publicidad, los funcionarios están ansiosos de cumplir con sus obligaciones y los ciudadanos, en compensación, mejor preparados para depositarles su confianza. La mera existencia de la regla de la publicidad purifica el ambiente.»

Palabras como las transcritas son de perfecta aplicación a la Administración en general, y de singular importancia cuando se trata de realizar una reforma administrativa verdadera (7).

3. Las Leyes de Prensa y Secretos Oficiales

La última argumentación de la sentencia comentada va dirigida a rechazar la posibilidad de apoyar la admisión de la pretensión de la Asociación de Vecinos en las Leyes de Prensa y Secretos Oficiales «por la sencilla razón legal de ser leyes especiales». Si la interpretación hecha de la Ley de Procedimiento Administrativo lleva a la desestimación de la pretensión, y mientras no se produzca una modificación de la misma las cosas deben permanecer así, ahora el Supremo lo que hace es dismantelar el argumento de que tales leyes han derogado a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Según el artículo 7, 1, de la Ley de Prensa:

«El Gobierno, la Administración y las Entidades Públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas en la forma que legal o reglamentariamente se determine.»

Quiere significarse que la especialidad de la Ley de Prensa se concreta en el acceso a la información por parte de la prensa. El Supremo parece

(7) Véase, por ejemplo, E. GÓMEZ-REINO, cit., con interesante bibliografía, del que tomo la cita de WENNERGREN. También M. ALVAREZ RICO, *DA*, 183, 103 y ss.

dar a entender que no es de aplicación la ley a los ciudadanos que no tengan el carnet de periodista (...).

Aparte mayores precisiones que pudieran hacerse (8), en relación con la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968 (modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978), la especialidad es de más difícil detección. Como antes, el Supremo se limita a aducir el carácter especial de la ley, que no puede, consiguientemente, «derogar», «abrogar», «abolir» la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto general. Pudiera decirse que la especialidad radica en el hecho de ir dirigida—la de Secretos Oficiales—a los que deben guardar tales secretos, los funcionarios civiles y militares, aunque indirectamente afecte a aquellos a quienes llegue el conocimiento de los mismos. Contrasta en este sentido la generalidad que caracteriza el preámbulo de la ley con la letra concreta del articulado de la misma.

Debe advertirse, no obstante, cómo según el artículo 1.º:

«Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, *de acuerdo con las normas que rijan su actuación*»,

y las normas que rigen la actuación de los órganos del Estado son fundamentalmente las de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por otro lado, según el artículo 14:

«La calificación de secreto o reservado no impediría el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados.»

En definitiva, tanto de la Ley de Prensa como de la Ley de Secretos Oficiales, no puede, según la doctrina de la sentencia comentada, desprenderse un principio de publicidad en la actuación de la Administración más allá del estrecho cauce que la interpretación ofrecida de la Ley de Procedimiento Administrativo proporciona. Ello en virtud del carácter especial de ambas leyes, aunque en la del 68 se diga (principio del preámbulo) que:

«Es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras leyes fundamentales, la publicidad de la actividad de los órganos del Estado porque las cosas públicas que *a todos interesan* pueden y deben ser conocidas de todos.»

4. *Transparencia administrativa y aplicabilidad directa de la Constitución*

A pesar de no constituir la Ley de Procedimiento Administrativo un asidero seguro para permitir a la Asociación de Vecinos una visión de lo ocurrido en la concesión de terrenos del antiguo «Paseo de Churruca»,

(8) Entre otras, por ejemplo, el sistema de *band outs* a que responde la Ley de Prensa y no el acceso directo a las fuentes, con lo que se «corre el grave riesgo de convertirse (la información) en propaganda oficial» y parece responderse a un «derecho del Estado a controlar esa información y su difusión posterior a los efectos de intervenir, asimismo, en el proceso de formación de la opinión pública». Véase E. GÓMEZ-REINO, cit., 127.

según reconocía la misma sentencia apelada como argumento definitivo, además del provisorio de una interpretación generosa de la Ley de Procedimiento Administrativo, se aducían las Leyes de Prensa y de Secretos Oficiales y el artículo 105, b), de la Constitución. El Supremo dismantela la definitiva argumentación que las dos indicadas leyes suponía, limitándose a aplicar el principio de que la ley especial no puede derogar la general (final *cuarto considerando*). Mayor detenimiento, empero, dedica la Sala Tercera del Supremo a dismantelar el argumento delimitativo que la entrada en vigor de la Ley de Leyes significaba para la Sala de Vizcaya.

Según el artículo 105, b), de la Constitución Española:

«La ley regulará.. : b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.»

Como era de esperar, la exhibición de los expedientes concesionales a favor de la Mercantil Astilleros Tomás R. de V., S. A., no está comprendida en ninguno de los límites indicados y así lo apreció la Sala de la Audiencia de Vizcaya reconociendo el derecho de la Asociación de Vecinos a examinarlos.

El Supremo no entra a analizar si se dan o no los límites constitucionales indicados en el supuesto. Lo que argumenta es que el apartado b) del artículo 105 de la Constitución no es de aplicación (*cuarto considerando*). Tal argumentación basa en el dato de constituir el apartado b) del artículo 105 de la Constitución Española un principio básico, que implica, por un lado, que precisa de una reglamentación concreta para tener virtualidad normativa y, por otro lado, y consiguientemente, que no tiene efectos derogatorios, concretamente respecto de la Ley de Procedimiento Administrativo: Hasta que no sea modificada la Ley de Procedimiento Administrativo por la entrada en vigor de la regulación complementaria del principio constitucional, la materia seguirá rigiéndose por dicha Ley de Procedimiento Administrativo. El hecho de disponer expresamente la Constitución Española en este punto que «la ley regulará» ese acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos, sirve al Supremo para subrayar que lo que contiene el precepto constitucional es una simple declaración de un principio básico. Además, se añade que por el hecho de que se encaucen los principios constitucionales legislativamente, ello no quiere decir que se nieguen o contradigan tales principios, sino que, por el contrario, se está afirmando la posibilidad de su aplicación, como sucede, por ejemplo, con la libre circulación y la regulación contenida en el Código de la Circulación.

Merece la pena retener lo último. Parece como si el Supremo pretendiese justificar que la existencia de la regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo no es incompatible con el *contenido* del principio básico recogido en el artículo 105, b), de la Constitución Española. Al respecto debe precisarse que si bien en términos generales—y aparte el aspecto formal de la disposición—la afirmación podría ser admitida, más detenidamente cabe matizar. En primer lugar, resulta evidente que si se dan los límites constitucionales al principio de publicidad (seguridad y defensa del Estado, etc....), las limitaciones desarrolladas por la Ley de

Regulación serían perfectamente admisibles. No produciéndose tales limitaciones, el problema radica en hasta qué punto la Constitución permite al legislador acotar la publicidad de la actuación administrativa. También resulta evidente a este respecto que las limitaciones pueden derivar claramente de la efectividad de dicho principio, regulándose el *procedimiento* o cauce para obtener la información pretendida (órgano ante el cual puede —debe—pedirse tipo de instancia o posibilidad de petición oral, etc.), incluso teniéndose en cuenta las exigencias de un funcionamiento eficiente de la Administración (evitándose el entorpecimiento de los órganos administrativos por excesivas e inoportunas peticiones de información..., creando órganos específicamente dedicados a esta finalidad, limitando el momento en que pueda acudir a la consulta, etc.). Pero lo que resulta discutible es que la actual regulación de la Ley de Procedimiento Administrativo, tal y como se interpreta en la sentencia, sea compatible con el contenido sustantivo y finalista del apartado b) del artículo 105 de la Constitución, porque, según se vio, las limitaciones (objetivas y, sobre todo, en relación con la legitimación) que se entienden derivadas de la Ley de Procedimiento Administrativo suponen una perspectiva radicalmente distinta de la que las constituyentes han intentado establecer. No resulta, en efecto, difícil interpretar que la Constitución lo que ha pretendido es establecer un principio general de publicidad con unos límites, eso sí, pero en modo alguno condicionando el acceso a los archivos y registros de la Administración tan sólo a los que en tiempo fueron interesados—en sentido técnico—en el procedimiento administrativo en que se produjeron los documentos que ahora interesan. Podría pensarse en una limitación del interés legitimador de quienes tengan un interés (en su sentido no técnico) en consultar los expedientes, cualificando ese interés de una manera u otra para evitar que la simple *curiosidad* del ciudadano permita acceder a archivos no públicos. Lo que no creo que ofrezca duda es que las limitaciones existentes, según la interpretación que se viene haciendo de la Ley de Procedimiento Administrativo, estén justificadas a la hora de desarrollar el principio constitucional. Tales limitaciones no encauzan, sino que limitan el principio desvirtuándolo, y caso de producirse una regulación en tales términos no sería inesperada una declaración de anticonstitucionalidad.

De lo anterior, que resulte criticable la utilización de tal argumento por el Supremo y la equiparación al ejemplo del Código de la Circulación y que el argumento verdaderamente relevante deba encontrarse en los primeros pasos de los razonamientos utilizados para dismantelar lo considerado por la sentencia apelada. Ello por demás dejaría en un plano marginal la compatibilidad de la regulación anticonstitucional con la Constitución, ya que si la Constitución, en el punto que se analiza, no es de aplicación directa, aunque sea incompatible con la regulación anterior, no implicaría una derogación de la misma hasta que entrase en vigor su legislación de desarrollo.

Volviendo, por tanto, al principio del hilo argumental, el tema es la afirmación de la inefectividad directa del artículo 105, b), de la Constitución. Ello a pesar de la disposición derogatoria, párrafo 3, y en base a que lo establecido en este punto constituye un simple principio básico, que tendrá efectividad una vez que *la ley* regule la materia. Baste añadir al respecto la no configuración del «derecho» a la transparencia adminis-

trativa como un derecho fundamental (título I de la Constitución Española) de los de aplicación directa (art. 53, 1, de la Constitución Española) y la localización del tema en la regulación del Gobierno y la Administración (título IV) (9).

En la sentencia comentada hay, no obstante, dos ideas de interés, que vienen a completar la argumentación remachando la idea fundamental. Las dos, tal y como se exponen, hacen recordar el tópico de la división de poderes que con más o menos consciencia estaría presente en el Juez al redactar la sentencia.

Por un lado, se aduce el principio de legalidad de la Administración, en el sentido de apoyar la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo para cubrir el vacío que, de entenderla derogada, se produciría a falta de la legislación de desarrollo. Si la Administración debe estar sometida al ordenamiento jurídico preestablecido—se parece sostener—es anómalo entender que pueda quedar fundamentada su actuación en el genérico e inconcreto artículo 105, b), de la Constitución Española.

El argumento—a mi modo de ver—no tiene excesiva consistencia, por cuanto una cosa es que la Administración deba actuar con sometimiento pleno al Derecho, y otra cuestión distinta determinar cuál es el Derecho aplicable. Por el hecho de tener que estar sometida la Administración al Derecho, no puede justificarse que una ley no haya podido ser derogada por otra menos precisa y concreta.

Otra idea utilizada en la sentencia es la subordinación del Juez a la ley. Si quedaba constatado que la Constitución Española no podía derogar la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el principio de publicidad de los procedimientos administrativos, ahora el Supremo sale al paso de la posibilidad de interpretar la Ley de Procedimiento Administrativo en concordancia con el principio constitucional (10), y reprocha a la Sala de Vizcaya que haya efectuado «una modificación legislativa al socaire de una interpretación hecha al amparo de un principio constitucional», incurriendo en un «muy peligroso subjetivismo interpretativo», que está vedado dado que a los Tribunales sólo les corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado, no «la facultad de desarrollo» normativo, sobre todo en un tema en el que los propios constituyentes han prescrito que su desarrollo sea por ley.

En relación con tal argumento, baste indicar *que* parte del presupuesto de una interpretación de la Ley de Procedimiento Administrativo cerrada y, para el intérprete, tajantemente clara y *que* no se niega una interpretación del ordenamiento jurídico como algo unitario y en base a unos principios entre los que deben tenerse como fundamentales los constitucionales, sino que lo que no se admite es la utilización de la interpretación como vía de modificación de lo que sólo las fuentes del Derecho, en sentido subjetivo, pueden modificar. Si se hubiera partido (como la sentencia apelada) en una interpretación menos dogmática y cerrada de la Ley de Procedimiento Administrativo, y si se hubiera valorado más generosamente la función que corresponde a los Jueces, junto con el valor interpretativo de la Constitución, aun en un punto en el que no es de aplicación expresamente el artículo 53, 3, de la Constitución Española, probablemente el fallo hubiera sido otro.

(9) Véase, por ejemplo E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ *Curso de Derecho Administrativo* I, Madrid, 1980, 99 y ss.

(10) E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ *Curso* . I, cit., 112 y ss.

En cualquier caso, y a modo de *conclusión*, pudiera decirse que el principio de publicidad y transparencia administrativa, según este pronunciamiento del Tribunal Supremo, para su efectividad debe esperar (ya que la Ley de Procedimiento Administrativo no es exponente del mismo) a que las Cortes aprueben, con la significativa iniciativa gubernamental, una ley reguladora del tema y que lo será del régimen jurídico de la Administración del Estado o de procedimiento.

5. *Conclusión*

Aparte otros aspectos del problema del caso, la sentencia de 16 de octubre de 1979 se podría resumir diciendo que constituye un reproche a la Sala de la Audiencia de Vizcaya por haberse apresurado a aplicar la Constitución Española en un punto en que todavía no es posible. Ello en base a los argumentos y con los problemas que se han dejado esbozados en estas líneas.

Debe notarse, como se habrá advertido, la ausencia de un punto que puede tener importancia en las argumentaciones: la fecha de la entrada en vigor de la Constitución, posterior a los hechos del caso. No obstante su importancia en relación con el tema de la retroactividad de las leyes, en la sentencia (las sentencias) no se utiliza.

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

COMRAVENTA.—TRANSMISION ONEROSA DE ASCENDIENTES A FAVOR DE DESCENDIENTES POR AFINIDAD. CUANDO RESULTE DE APLICACION EL ARTICULO 74 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO, LA LIQUIDACION DEBE PRACTICARSE CON ARREGLO AL NUMERO 1.º DE LA TARIFA DEL IMPUESTO GENERAL SOBRE SUCESIONES Y NO AL NUMERO 3 (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1979).

Hechos.—La cuestión sobre la que aquí se pide fijación de doctrina legal consiste en determinar si la liquidación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales a practicar sobre la compraventa de una vivienda otorgada por el vendedor a favor de su yerno, debe realizarse aplicando el número 1 (sucesión en favor de descendientes legítimos), como resolvió la sentencia apelada, o el número 3 (sucesión entre descendientes y ascendientes por afinidad), como sostiene la apelación, ambas de la tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Sainz Arenas, decide en favor del criterio mantenido por la sentencia apelada, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que han de tenerse en cuenta el artículo 155, 5, de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 y el artículo 74 del Texto Refundido de los nombrados Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Sucesiones, que cumpliendo mandato consignado en el artículo 241 de la citada ley reformadora, el Gobierno redactó y aprobó por Decreto de 6 de abril de 1967; preceptos que establecen que las transmisiones onerosas de bienes y derechos otorgadas por los ascendientes a favor de sus descendientes se liquidarán «por el número 1.º de la tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones», según el precitado artículo 155, 5, o en expresión del también precitado artículo 74, «por el número correspondiente» de la misma tarifa, si las cuotas resultantes fueran superiores a las derivadas de la aplicación del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales; cuestión que ha de resolverse sentando como postulado que, en caso de discordancia entre dichos artículos, como después se razonará, ha de prevalecer el texto legislativo directo sobre el refundido, dado que éste carece de eficacia jurídica para poder modificar o efectuar innovaciones en aquél, y si, como queda recogido, el legislador,

en el artículo 155, 5, de la Ley de 1964, ordenó aplicar en todo caso el número 1.º de la tarifa del Impuesto de Sucesiones no obstante contraerse su epígrafe a los descendientes consanguíneos y ser, en cambio, especialmente destinado a los descendientes por afinidad el número 3, y pese también a estar incluidos unos y otros en el término genérico «descendientes», sin distinción de clases de parentescos, empleado en los textos literales de los preceptos objeto de comparación para designar el adquirente en la transmisión onerosa, la expresión «número correspondiente» de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones, que se emplea en el Texto Refundido, ha de interpretarse igualmente remitida al número 1.º de la tarifa, porque limitar la aplicación de este número a los casos de transmisiones onerosas a favor de descendientes consanguíneos y aplicar el número 3 a las que obtengan los descendientes por afinidad, como la apelación postula, es establecer una distinción en clara contradicción con la inequívoca regla del repetidas veces citado artículo 155, 5, de la Ley de 11 de junio de 1964.

Considerando que, a mayor abundamiento, tampoco los preceptos legales y reglamentarios que la sentencia apelada y la apelación analizan, autorizan el distinto trato fiscal que pretende la apelación, porque establecida por vez primera la norma que aplica a las transmisiones onerosas a favor de los hijos los tipos impositivos de las herencias en el artículo 104 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, fecha en que los parientes por afinidad eran tenidos por extraños por el Impuesto de Derechos Reales, no pudo surgir la cuestión hasta que la Ley de 17 de marzo de 1945 introdujo en la tarifa el número 34, aplicable a las herencias entre ascendientes y descendientes por afinidad, y no sólo no parece que se planteara entonces, sino que, por el contrario, es más seguro que no se haya planteado antes de dictarse la Ley de 11 de junio de 1964, puesto que al detallarse en el artículo 29, 2, del Reglamento de 15 de enero de 1959 (todavía vigente en cuanto no se oponga a los preceptos del Texto Refundido de 1967, según lo declara la sexta disposición transitoria de éste) como destinatarios de la norma en discusión los hijos legítimos, naturales y adoptivos que adquieran de sus padres bienes o derechos a título oneroso, era evidente su inaplicación a los hijos por afinidad, así como que los tipos impositivos del número 34 de la Tarifa, antes citado, sólo podían aplicarse en las transmisiones por herencia.

Considerando que la afirmación antes hecha de ineficacia jurídica de los textos refundidos en los supuestos de discordancia con las disposiciones de rango legal objeto de refundición—que es el caso al que conduce la interpretación que se da en el recurso al artículo 74 del Texto Refundido del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y que, conforme al artículo 39, párrafos 2 y 4 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, abre paso a la vía revisora en cuantas ocasiones se aplique con tal alcance—, reitera doctrina de este Tribunal Supremo razonada en las sentencias de 23 de mayo de 1969 y 16 de febrero y 9 de marzo de 1970 (dictadas las dos últimas en relación con el texto refundido del Impuesto sobre el Lujo, redactado, como el de los Impuestos sobre Transmisiones y Sucesiones, por el común mandato del artículo 241 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964), tiene declarado que entra dentro de la función revisora atribuida por la ley a los Tribunales de la Jurisdicción examinar si la Administración, al elaborar un Texto Refundido, pro-

cedió con arreglo a derecho o incidió en infracciones del procedimiento y si la refundición se halla ajustada al mandato legislativo, ya que con ello no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración; que el valor de la ley formal del Texto Refundido está condicionado evidentemente por la finalidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido, o lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación, siendo de destacar cómo el artículo 11 de la Ley General Tributaria concede carácter de meras disposiciones administrativas a esos textos en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación, con lo cual es visto que no se produce incompetencia de jurisdicción en relación al rango del Texto Refundido, que, por la razón aludida, es, sin duda, impugnabile ante esta jurisdicción en lo que pudiera contradecir a la legalidad, y que al enjuiciar los Tribunales de esta jurisdicción el contenido de un Texto Refundido confeccionado por el poder ejecutivo refiriéndolo al de una ley, producto ésta y no aquél del órgano único facultado para emitir textos legales propiamente dichos, para nada vienen a inmiscuirse en la esfera de lo legislado, sino que, antes al contrario, se colocan a su lado, velando por la genuinidad de su obra, esto es, porque en la actuación de lo gubernativo o administrativo no venga a verse desvirtuado lo que la voluntad del legislador dejó concedido o reconocido en forma de leyes; doctrina que en adelante, además de contar, en materia fiscal, con el apoyo del citado artículo 11 de la Ley General Tributaria y con el genérico del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que prohíbe a la Administración dictar disposiciones contrarias a las leyes, contará en todo caso con el respaldo de la Constitución Española, sancionada en 27 de diciembre de 1978, cuyos artículos 82 y 85 regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con carácter de ley, denominadas Decretos Legislativos, y sin perjuicio de que las leyes de delegación puedan establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, asientan la competencia propia de los Tribunales como sistema básico de tal control.

PERMUTA.—LA PERMUTA DE FINCAS ENTRE PARTICULAR Y AYUNTAMIENTO, CUANDO ESTE ADQUIERE LA FINCA POR EL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACION FORZOSA EN BASE A URGENTE OCUPACION, SOLICITANDOSE POR EL PARTICULAR AFECTADO, EN EL PRECEPTIVO EXPEDIENTE, QUE EL PRECIO SE LE PAGARA MEDIANTE PERMUTA DE UN SOLAR DEL AYUNTAMIENTO, ESTA EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—Cierta Ayuntamiento, con destino a la construcción de una ciudad escolar, tramitó y obtuvo la declaración de urgente ocupación—conforme al Decreto de 17 de septiembre de 1971—de una finca propiedad de un particular, solicitando éste en el expediente normal de justiprecio, y al amparo del artículo 48-2 de la Ley de Expropiación Forzosa, que se le pagara el precio mediante permuta de un solar propiedad del Ayuntamiento, lo que efectuado por autorización del Ministerio de la Gobernación—Direc-

ción General de Administración Local—en 12 de junio de 1975, con el carácter de convenio expropiatorio, produjo el correspondiente acuerdo municipal de 26 del mismo mes de junio y la subsiguiente escritura pública de permuta de 6 de abril de 1976, en la que se hacía constar, de conformidad con el artículo 49 de la ley citada, que por ser el precio en pago de expropiación, todo gasto o impuesto sería a cargo del Ayuntamiento y que no se pagaría el Arbitrio de Plusvalía o de Incremento de valor de los terrenos.

Presentada la escritura en la oficina liquidadora correspondiente, se practicó liquidación a cargo del particular expropiado sobre el valor del solar permutado, siendo abonada la liquidación por el Ayuntamiento en base a lo establecido y según acuerdo de la Comisión Municipal Permanente. Planteada por el Ayuntamiento reclamación económico-administrativa por entender que la liquidación, al tratarse de una transmisión derivada de expropiación forzosa, no era procedente, resolvió en única instancia el Tribunal Provincial declarando que el Ayuntamiento no tenía legitimación para formular la reclamación planteada, por falta de interés legítimo, personal y directo, resultante del acto administrativo de gestión.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial, en sentencia de 18 de febrero de 1978, que ahora se recurre por el Abogado del Estado en apelación extraordinaria, al resolver el recurso jurisdiccional promovido por el indicado Ayuntamiento, reconoce la legitimación de éste para actuar su pretensión, de conformidad con el artículo 166 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y constante jurisprudencia, rechazando, en consecuencia, la causa de inadmisión aducida por el defensor del Estado, al amparo de los artículos 82-*b*), en relación con el 28-1-*a*), ambos de la ley reguladora de esta jurisdicción, y al mismo tiempo declara exenta la transmisión que nos ocupa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, a tenor del artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, por tratarse en este supuesto de la entrega de un inmueble en función del pago del precio de un bien expropiado, con arreglo al artículo 48-2 de la propia ley, lo que lleva a la Sala de Audiencia a anular el acuerdo impugnado del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, así como la liquidación practicada por la oficina liquidadora, criterio igualmente mantenido por el Tribunal Supremo, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en relación con la cuestión que afecta a la legitimación del Ayuntamiento recurrente ha de ser mantenido el criterio de la Sala Territorial si al respecto se tiene en cuenta que es totalmente procedente la aplicación del artículo 166, en su apartado *b*), de la Ley General Tributaria—artículo de contenido análogo al del artículo 35-1, *a*), del Reglamento de Procedimiento de Reclamaciones Económico-Administrativas de 26 de noviembre de 1959—, que dicha Sala cita, en relación con la jurisprudencia sentada por este Tribunal, a que también alude, expresiva en términos generales de que existe interés para una persona cuando el acto representa para ella un perjuicio propio cuando de prosperar la acción ejercitada obtuviera un beneficio, sin que, en cambio, sea aplicable, como sostiene el representante de la Administración para fundamentar el recurso extraordinario, el apartado *d*) del artículo 167 de la misma ley—también de contenido igual al del artículo 35-2, *d*), del precitado Reglamento—, que se refiere a los que asumen obligaciones tributa-

rias en virtud de pacto o contrato, siendo así que en el supuesto de litis no se trata de un pacto o contrato de esta naturaleza, sino de un convenio expropiatorio celebrado entre Ayuntamiento expropiante y el particular expropiado determinante, con base en el artículo 48-2 de la Ley de Expropiación, de una especial forma de pago del precio, aprobado por la autoridad competente, y que a consecuencia del cual el referido Ayuntamiento expropiante cumple con el mandato legal, derivado del artículo 49 de la propia ley, de satisfacer el impuesto que trata de exigirse por la transmisión del solar permutado cuando, como en este caso ocurre, el efecto traslativo se produce *ope expropiacionis*.

Considerando que en lo que atañe a la cuestión que concierne a la exención discutida del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, también ha de ser ratificado el punto de vista de la Audiencia si se advierte al efecto la oportunidad de la aplicación de los artículos 48 y 49 de la Ley de Expropiación Forzosa en los mismos términos en que la meritada Sala lo realiza, sin que sea posible admitir la tesis de la no vigencia del artículo últimamente citado, que mantiene el representante del Estado —a cuyo juicio solamente las expropiaciones urbanísticas tienen derecho a la exención, y la litis no lo es—, también como apoyo del recurso extraordinario, por cuanto que tal artículo fue declarado vigente por el artículo 230-5 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, de la que, como es sabido, deriva el Texto Refundido del Impuesto, y con posterioridad a este Texto por el artículo 17 del Decreto-ley número 15 de 27 de noviembre de 1967, sobre ordenación económica—capítulo de medidas tributarias—para todo caso de expropiación forzosa.

MEDIOS DE COMPROBACION.—TASACION PERICIAL. EL NOMBRAMIENTO DE PERITO TERCERO HA DE HACERSE CUMPLIENDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 93 DEL REGLAMENTO DE DERECHOS REALES DE 15 DE ENERO DE 1959 (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—La cuestión se centra en determinar si empleado como medio de comprobación el extraordinario de tasación pericial y habiendo tenido que acudir al nombramiento de perito tercero, al no haberse formulado las listas de peritos previstas en el artículo 93 del Reglamento de Derechos Reales de 15 de enero de 1959 y careciendo el nombrado de título profesional, el cual tampoco fue nombrado por sorteo, debe considerarse válida la liquidación definitiva practicada por la oficina liquidadora o más bien debe anularse con reposición del expediente al trámite del expresado nombramiento.

El Tribunal Supremo se muestra partidario de esta última solución, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que en el aludido recurso ceñido a la comprobación de valores, y concretamente a la práctica de la tasación pericial contradictoria, se han cometido efectivamente graves irregularidades determinantes de indefensión, en primer lugar, porque el perito tercero no fue designado en la forma prevista en el artículo 93-2 del Reglamento de

Derechos Reales de 15 de enero de 1959, es decir, mediante insaculación de la lista de peritos formada discrecionalmente por el Presidente de la Audiencia a solicitud del Delegado de Hacienda, y en segundo lugar, porque en su informe ni siquiera se hace la menor referencia a esos fundamentos tenidos en cuenta para el avalúo, a que se refiere el artículo 91-1 del Reglamento referido.

Considerando que la doctrina jurisprudencial de esta Sala es terminante en la interpretación del artículo 120 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967. Así, en la sentencia de 28 de mayo de 1973 se dice que «la tasación pericial llevada a cabo, como medio extraordinario de comprobación por el Perito 3.º—Ingeniero Agrónomo nombrado, previa insaculación, por el Juzgado de Primera Instancia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 y siguientes del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes del 1959, especialmente el artículo 93—es conforme a Derecho», ya que los referidos artículos son «aplicables al supuesto enjuiciado, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria 6.ª del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967», declarándose además en la sentencia de 15 de febrero de 1973 que «los Tribunales del orden económico-administrativo habrán de limitarse a observar si se han cumplido las formalidades ordenadas en los artículos 90 a 99 del antedicho Reglamento, estándoles vedado enjuiciar sobre el acierto o desacierto del valor obtenido por la peritación.

Considerando que es por ello por lo que resulta procedente, con revocación de la sentencia apelada, declarar la nulidad de las actuaciones tramitadas en el expediente de gestión seguido en la Oficina Liquidadora y en la Delegación de Hacienda correspondiente, para nombrar perito 3.º, con reposición del expediente al trámite del expresado nombramiento, a fin de que dicho perito sea designado en la forma que previene el artículo 93 del Reglamento del Impuesto, anulándose, por tanto, las liquidaciones definitivas giradas por dicha Oficina.

C. M. A.

LIBROS

BARREDA GARCÍA, ARMANDO A.: *Medicina legal. Temas procesales*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1978.

El presente libro del Magistrado señor BARREDA consta de un total de 334 páginas, distribuidas a lo largo de una serie de capítulos o trabajos, que iremos reflejando a medida que vayamos introduciéndonos en la lectura de la obra.

Comienza hablando de la técnica de la pericia médico-legal, indicándonos, ante todo, que con este trabajo se pretende destacar el aspecto procesal de la técnica de la pericia médico-legal, es decir, qué requisitos ha de contener para que sea viable ante los Tribunales de Justicia, dejando a un lado la de los médicos forenses.

Tras una breve introducción, en la que se esboza el plan a seguir, se hace referencia a las indicaciones históricas, y aquí, una vez más, se ponen de relieve los escasísimos antecedentes y la falta de sistemática casi absoluta en todos los problemas de la Medicina en relación con la Justicia, y es que, como dice el autor, cuando una rama de la ciencia está en ciernes, todos sus inicios, sus prolegómenos, están envueltos de una penumbra, de unos rudimentos o atisbos que difícilmente resisten la más mínima crítica y no pueden ser sino como lo que son: primeros pasos de una ciencia que se inicia y con los ojos de la época en que aparecen sólo se puede ver.

Cuando habla del valor que para la pericia médica tiene el reconocimiento directo, pone de manifiesto las inmejorables condiciones de emitir un juicio sobre la persona, intentando agotar la gama de situaciones que acarrea el reconocimiento previo y la secuela que trae el paliar o mediatizar ese reconocimiento, que considera necesario y, la mayor parte de las veces, imprescindible.

Por otro lado, los adelantos del progreso humano en la investigación no pueden ser ajenos a la Medicina legal como a la Medicina en sí, y, claro, han de repercutir necesariamente en la Administración de Justicia; de aquí que se refiera a la necesidad del empleo de aparatos, examinando los tres problemas fundamentales que considera deben analizarse en este apartado: A) Cuándo es necesario su empleo. B) Preferencia sobre otra prueba médica que no haya tenido en cuenta ese empleo; y C) Consecuencias que puede acarrear su no empleo.

En otro apartado trata de la posibilidad de discrepancia sobre pericia o informe emitido, y siempre sobre la base de libre apreciación por los Tribunales de Justicia, en aras de la obtención de la verdad material y sobre la base de la fundamentación como algo que desea todo técnico en Derecho para poder obrar en consecuencia.

Tiene también repercusión en las actuaciones judiciales lo que vul-

garmente suele llamarse máquina burocrática, siendo muchos los aspectos administrativos que podría tener la pericia médico-legal; pero el autor se limita a exponer los tres que fundamentalmente tienen mayor importancia. Primero: ¿Cuándo ha de intervenir en la peridicia médica la Administración a través de los órganos adecuados? Segundo: ¿Qué valor tiene esa intervención a efectos judiciales? Y tercero: ¿De qué forma se ha de acreditar en autos aquella intervención?

Los apartados siguientes son una reseña parca de disposiciones y resoluciones del Tribunal Supremo, adoleciendo todas ellas, a su juicio, de falta de sistemática, apercibiéndose cada vez más una preocupación más racional y generalizada sobre todos estos problemas que tanto contribuyen a la uniformidad, tan deseada como conveniente.

Finalmente, se encuentra el epílogo obligado de las conclusiones, difíciles como cada vez que se intenta condensar en pocas palabras lo que se ha procurado exponer en unas líneas.

El siguiente capítulo concierne a la valoración de la pericia médico-legal, siendo su plan de exposición análogo al que en otros trabajos sigue el autor.

Comienza con los antecedentes históricos o, más bien, lo que llama atisbos o personalidades que se constituyen en precursores de la Medicina legal.

En otro apartado trata tanto de la repercusión en el mundo del Derecho de la asistencia médica en potencia, para cuando haga falta, como para la convalecencia o recuperación.

Entre los variados temas que en este aspecto expone, cabe destacar: a) Los concernientes a las lesiones hasta la muerte, deportivas, taurinas y laborales y su valoración médico-legal; b) Cuestiones que plantea la recuperación, prótesis, aparatos ortopédicos, trasplantes, así como la vida sexual, la fetal y los llamados bancos de sangre; c) Estas mismas cuestiones en los accidentes de circulación, y d) Cuestiones en materia de intoxicación y en materia de capacidad mental.

Por último, y en lo que concierne a jurisprudencia, tras destacar que no hay doctrina jurisprudencial sistemática sobre la pericia médico-legal, la va entresacando de la doctrina general de las pericias, donde está inmersa, la médica, y aun así, donde es copiosísima es en el campo del trastorno mental, ya sea transitorio o definitivo, completo o incompleto, en el campo penal y la capacidad mental en el civil.

Finalmente, tratando de condensar en pocas palabras lo que modestamente y con miras esencialmente prácticas intenta justificar respecto del aspecto procesal de la pericia médico-legal, sienta una serie de conclusiones.

Otro estudio que también recoge el libro, publicado en el año 1966 en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, es el relativo al parte médico en el ordenamiento penal.

Sobre este tema, el autor comienza tratando de lograr un concepto, tanto positivo como negativo, que permita afrontar los arduos problemas que esta cuestión plantea ante los Tribunales de Justicia, órganos a los que va dirigido aquél y que han de decidir las consecuencias jurídicas que de él pueden dimanar.

Tras hacer una pequeña historia y abordar el problema de su naturaleza y requisitos legales que ha de reunir, examina el parte médico y

los delitos de omisión punible, denegación de auxilio y resistencia, así como también la asistencia en casas de socorro, hospitales y demás centros de asistencia médica, con inclusión de los accidentes de trabajo; para terminar abordando el tema de la posibilidad legal del parte médico, una vez extendido el certificado normal o el de impreso oficial.

Ofrece igualmente una serie de conclusiones, que no aspiran a ser axiomáticas, ni mucho menos, sino a intentar aportar algo de luz en materia tan importante y con la que los técnicos del Derecho tropiezan todos los días, dejando a su vez abierto el diálogo para que personas más autorizadas, más doctas y más expertas—según dice—señalen definitivamente lo que debe ser el parte médico.

Otro tema, publicado en el año 1967 en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, es el concerniente al posterior parte médico, con especial alusión a los problemas de sanidad mental y circulación.

El objetivo que aquí persigue el autor es destacar cada vez más el parte médico en el ordenamiento penal; estudiar las consecuencias y la importancia, dentro del procedimiento penal, del mismo, con toda la gama de situaciones que nos presenta la vida cotidiana en cuanto nos relaciona con la integridad física o psíquica humanas.

El primer punto tratado es el de la sanidad probable, analizando su admisibilidad, efectos, dificultades prácticas y situación advenida distinta de la probabilidad dada.

Otros apartados abordan los problemas que plantea la existencia de partes de facultativos distintos, posibilidad o necesidad de parte posterior cuando exista un informe anterior y admisibilidad de citación para juicio oral del médico forense que haya emitido informe.

El quinto apartado se refiere a los inconvenientes que trae consigo la exigencia de que sean dos los facultativos a informar, y que en la legislación ya se ha paliado bastante con las Leyes de Urgencia y la del Automóvil, aparte de la orden sobre práctica de autopsias por un solo médico forense.

Otro punto abordado es el de la necesidad por parte del médico forense de conocer los antecedentes para emitir el informe, pretendiendo resaltar la creencia errónea de que por una interpretación rigorista del secreto del sumario, el facultativo no tiene ningún derecho a conocer los antecedentes obrantes en el sumario, juicio de faltas o diligencias preparatorias de circulación.

Posteriormente se propone el autor analizar todas las cuestiones anteriores referidas especialmente a la sanidad mental y a la circulación, temas de candente actualidad y en las que llegan voces de los distintos campos clamando por una regulación más acorde con las necesidades de los tiempos en que vivimos, tanto en el aspecto preventivo como represivo, buscando fórmulas que aboguen por un tratamiento más científico y humano.

Termina con unas conclusiones en las que resume toda la materia abordada, dejándolas abiertas al diálogo y opiniones, a su juicio, más autorizadas.

Inmediatamente después nos encontramos con el trabajo publicado en el año 1963 en el *Boletín de Información de la Asociación Nacional de Médicos Forenses* sobre el tema de la conveniencia de la autopsia.

Tras una breve introducción y examen de los antecedentes, enfoque en

la doctrina actual y en el Derecho comparado, entramos en la normativa contenida en la Ley del Automóvil, que establece la posibilidad de exclusión de la autopsia cuando así lo acuerde el Juez, una vez se dictamine por el médico forense sobre las causas de la muerte sin necesidad de práctica de aquélla.

Conexo con este tema está el de los problemas que plantea su exclusión, con examen especial de la posibilidad de causas ajenas a los traumatismos y dificultad de apreciación en los casos de alcoholismo, enfermedades no diagnosticadas y comprobación de lesiones internas (óseas y viscerales).

Finalmente, se estudia la utilidad y conveniencia de la autopsia y su contribución al esclarecimiento de los hechos y desarrollo de la medicina, sentando como conclusiones su utilidad y conveniencia, la exclusión excepcional, y el que la autopsia sea completa y efectuada en el momento más rápido posible.

Relacionado con el tema anterior está el concerniente al informe de autopsia y el secreto del sumario, publicado en el año 1961.

A continuación nos encontramos con un trabajo que bajo el título de «Intervención de los médicos forenses en los asuntos civiles», fue publicado en el ya citado *Boletín de Información* en el año 1962; intervención que, según destaca el autor, está fuera de dudas porque viene impuesta por la esencia misma de su función, aunque los médicos forenses actúan normal y casi exclusivamente en la esfera de lo criminal.

BARREDA GARCÍA antes de desarrollar cada uno de los casos en que pueda haber fricción o duda entre la posible intervención de los forenses y los demás facultativos existentes en la localidad donde se ha de practicar la pericia civil, y aparte del requisito común a toda pericia, sea médica o de otra clase, como es su necesidad o conveniencia, hace unas aclaraciones y dos salvedades: una es que hay que excluir los casos de incomparecencia o inasistencia de las partes, testigos, peritos, letrados y procuradores por enfermedad, y otra es la referente al Registro civil.

Posteriormente habla de la intervención exclusiva y compartida; de su intervención en la esfera laboral; de las especialidades médicas que, en principio, deben excluir a los médicos forenses, y de los casos civiles en que pueden actuar los médicos forenses, sentando las conclusiones que estima más procedentes.

Por último, bajo el epígrafe de «Jurisprudencia criminal», recoge y comenta las tres siguientes sentencias de nuestro más Alto Tribunal:

La primera, de fecha 19 de enero de 1972, comprensiva de una avanzada doctrina, que si bien no ha sido reiterada por otra u otras posteriores para constituir verdadera jurisprudencia en sentido formal, representa un paso más en la doctrina penal y procesal de la imprudencia profesional y, por ende, de la pericia médico-legal, objeto fundamental del comentario. En ella se perfila la figura del médico imprudente en su intervención como tal y se analizan los requisitos que debe contener la pericia médica para poderse apreciar con la siempre secular libertad que preconiza la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La segunda, de fecha 15 de enero de 1974, trata sobre la imprudencia médica, pretendiendo resaltar no la imprudencia de un profesional, porque ello en sí no tiene ninguna singularidad respecto de cualquier otro, sino que se refiere a la pericia médico-legal, o mejor dicho, va perfilando cómo

ha de constar la pericia para que pueda tener efectividad dentro del proceso. En resumen, el autor viene a resaltar que con esta sentencia, el aspecto procesal de la pericia médico-legal va ganando en claridad.

La tercera y última es la de 15 de diciembre de 1976 y concierne a la violación.

La pericia médico-legal continúa siendo el objetivo fundamental o primordial del trabajo del autor, y si bien en el caso que contempla la sentencia comentada, no se trató de ninguna negligencia médica, si quiere resaltar dicha pericia en cuanto a la necesidad de la misma, o sea, si a la vista de los términos en que se pronuncia esta gran sentencia es posible generalizar dicha doctrina.

El autor, desmenuzando los fundamentos de la sentencia, intenta agotar el tema de la necesidad de la pericia médico-legal en los delitos de violación.

Resumiendo, con esta obra el Magistrado señor BARREDA GARCÍA nos ofrece un compendio de diversos temas procesales relacionados con la medicina legal, publicados a lo largo del tiempo en revistas y boletines de relevancia jurídica, de notable interés práctico, amenos en su lectura y sustanciosos de contenido.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español común y foral*. Tomo II: «Derecho de cosas». Volumen I: «Los derechos reales en general». Volumen II: «Los derechos reales restringidos». Reus, S. A., Madrid, 1978.

Traigo unitariamente a esta recensión los dos volúmenes de que consta esta parte del Derecho, pues creo que en ellos existe la necesaria unidad, sin perjuicio de que la «puesta al día» de ambos sea debida a distintos autores. La primera parte, referente a la generalidad de la doctrina del derecho real, está a cargo de GABRIEL GARCÍA CANTERO, y la segunda, donde se matiza la especialidad del estudio de los diferentes derechos reales, está manejada por PASCUAL MARÍN PÉREZ, ambos figuras eminentes del campo del Derecho que han sabido respetar las puras esencias que la obra de CASTÁN contiene.

Ante la enorme dimensión que la obra está adquiriendo me voy a permitir distinguir entre lo que yo llamo obra-fuente y obra-instrumento. La obra que manejamos los opositores de una determinada época (y no me atrevo a concretarla porque coincide con esos años que se han considerado oprobiosos) fue una obra-instrumento. Es decir, fue una obra que mediante unos subrayados y alguna acotación y agregación sirvió de tema tangible y manejable. Todos conocemos a figuras jurídicas que llegaron a «primeras» sabiendo esos acotados temas de CASTÁN. Ahora la obra, a mi entender, se ha convertido en obra-fuente. Es decir, de ella hay que ir sacando los temas, de ella hay que ir extrayendo la materia que permite en unos folios materializar el tema para el estudio. Desde la perspectiva del opositor, la obra ha perdido su manejabilidad, convirtiéndose en ele-

mento necesario de consulta y de fuente. El profesional del Derecho ha ganado con estas ampliaciones, pues en ella, aparte de las esencias antiguas, se encuentra la tremenda dimensión que el Derecho va adquiriendo día a día. Nostálgicamente quizá añore otros tiempos, pero desde mi tribuna de jurista del presente hay que agradecer el esfuerzo que representa la voluminosa oferta.

I. *Volumen primero: Los derechos reales en general.*—El adaptador de la obra a la vigencia o rigor legislativo, GABRIEL GARCÍA CANTERO, comenta en su nota previa a la undécima edición, que ha tenido que llevar a cabo su trabajo contando con un cúmulo de nuevas disposiciones que provocan siempre un inevitable reajuste de textos y de coordinación de opiniones. Entre los temas más destacados o afectados por las reformas están la Ley del Patrimonio del Estado, la legislación sobre reforma y desarrollo agrario, la Ley de Minas, la Ley de Caza y las últimas manifestaciones, aragonesa y navarra, de las compilaciones. Hace una invocación a esa Constitución española—en vías de gestación cuando el libro se elabora—para evitar que su normativa no ofrezca un inevitable divorcio entre las leyes fundamentales y el Código Civil.

Vigente ya la Constitución hay en ella, como todos conocen, el reconocimiento expreso de la propiedad, aunque sometiéndola a las «delimitaciones» que su función social está llamada a desempeñar. De ahí, en principio, el texto que se nos ofrece sirva perfectamente para el momento actual. De cómo va a desarrollarse ese «sentido social» y de cuál han de ser las disposiciones que afecten a la propiedad es donde habrá que pensar en una posible remodelación de su exposición. El urbanismo, la materia agraria, el tema de las viviendas, las expropiaciones, etc., están a la puerta llamando con cierta urgencia en su proyección social.

Tres grandes apartados o temas se abren al lector en este volumen: el derecho de cosas y los derechos reales en general, el derecho real pleno o dominio y la posesión. Son las grandes materias conflictivas en las que los sistemas políticos ejercen mayor empeño en remodelar. La teoría general de los derechos reales resulta ya difícil de superar en estos momentos y sigue exponiéndose con el criterio tradicional que impusiera SAVIGNY, abriendo la gran puerta esperanzadora de la nueva creación de otros tipos de derechos reales. El dominio, en su proyección institucional, es estudiado exhaustivamente desde su fundamento y evolución, hasta los elementos, extensión y contenido, pasando por las acciones que lo protegen y las limitaciones que lo configuran. Igualmente se precisa lo que podríamos denominar como dinámica del mismo o lo que es lo parecido: la adquisición y pérdida, con sus especiales medios de ocupación, acceso, tradición y prescripción. Entre las modalidades del dominio se ofrecen las que imprime el sujeto (comunidad de bienes) y las que se derivan del objeto (aguas, minas, intelectual e industrial). La posesión, esa institución que constituyó una especie de obsesión para HERNÁNDEZ GIL, se ofrece en sus perfiles habituales: naturaleza, clases, protección, adquisición y pérdida, así como sus efectos. Inevitablemente relacionados con el Registro de la Propiedad se tratan dos temas fundamentales: el de la tradición y la inscripción, así como las relaciones que la posesión tiene con el Registro. No habiendo profundizado en otras materias me debo abstener y me abstengo de hacer ningún comentario al respecto.

II. *Volumen segundo: Los derechos reales restringidos.*—La duodécima edición de esta parte está puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, el cual en su nota previa rinde culto a la memoria del maestro CASTÁN brindando al estudiante, opositor o profesional del Derecho lo que él llama, y llamamos todos, «el Castán», tal y como su ilustre autor lo escribió. Yo creo que dentro de este reconocimiento está la grandeza de la obra de adaptación, pues al manejar un texto ajeno hay que ir rechazando aquella serie de tentaciones que las ideas propias y los pareceres diferentes provocan.

Quizá el éxito de la adaptación se extiende no sólo al contenido, sino a la sistemática que se respeta, y así para ofrecer esta parte se divide el estudio en dos secciones: la que corresponde a los derechos restringidos de goce y a los de garantía, sin perjuicio de añadir, y creo que con novedad, la materia del Derecho internacional privado en materia de bienes. Si en los derechos de goce se estudian y exponen los de usufructo, uso y habitación, servidumbres, personales, reales y legales, censos y derechos análogos, superficie y sus semejantes, en los de garantía se ofrecen las figuras de la hipoteca, sus diferentes variantes, la prenda y la anticresis. Cualquier persona que esté familiarizada con estos temas verá la gran dificultad que ofrecen en su exposición dadas las innumerables disposiciones que se interfieren en los esquemas generales, y así a las disposiciones forales que ofrecen singulares especialidades, se unen todas aquellas normativas que desde el punto de vista de las servidumbres y las modalidades de hipoteca van acumulando requisitos y circunstancias que agrandan y complican la institución.

Como hemos apuntado antes, la última parte de la obra, sección sexta, recoge el estudio del régimen de bienes y derechos reales en el Derecho privado internacional, y aquí sí que el adaptador tiene que hacer un nuevo esfuerzo para adaptar todo lo ya dicho a las nuevas disposiciones que modificaron el Código Civil en el año 1973. El estudio es amplio y comprende las diferentes manifestaciones del dominio, derechos reales y posesión, descendiendo luego a los buques, a las aeronaves, los títulos valores y los derechos de propiedad intelectual e industrial, materias a tener muy en cuenta en ese mundo cada vez más estrechamente relacionado, aunque no unificado.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español común y foral*. Tomo VI: «Derecho de sucesiones». Volumen I: «La sucesión en general». Octava edición, Reus, S. A., Madrid, 1978.

El hijo de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS pone al día y revisa el volumen que hoy traemos a recensión. JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, aparte de un gran amigo y eminente jurista, me suele distinguir con cierta frecuencia con algún libro, pergamino, edición curiosa y poco conocida, etc. Es hombre que mueve muy bien los peones de las librerías de viejo y sabe mucho de libros. Ir de librerías con él tiene un gran encanto. Todavía yo me puedo permitir esos «lujos». Pues bien, a lo que iba, entre los regalos que yo he

estimado más está una separata que se hizo con una semblanza de la vida y obra de su padre al poco de fallecer. De cuando en cuando la leo porque en ella está perfectamente reflejada la manera en que un buen jurista entiende lo que es el Derecho, cómo hay que estudiar el Derecho y cómo hay que comunicárselo a los demás. Saber es muy importante, pero legar, transmitir y hacerlo con claridad creo que es mucho más. Pero es que en esa transmisión—ahora se llama comunicación—es donde reside toda la ética del buen maestro. Guardar el conocimiento es egoísmo, transmitirlo mal es torpeza y ofrecerlo para que todos los entiendan es labor que enaltece y agranda la figura de quien maneja ese difícil arte de hacerse entender de los demás.

En los actuales tiempos hay más violencia que ofrecimiento y, sobre todo, esa transición política ha hecho brotar una tentación que todo buen maestro debe rechazar: la educación en el odio. La reforma del Código Penal debería recoger esta torcida forma de educar como delito cualificado. Es una gran responsabilidad para el educador. Y entiendo que se puede difundir, inculcar y agrandar el conocimiento de una lengua vernácula, pero no enseñar a odiar a través de ella. Por eso, de esa semblanza de la figura de CASTÁN quiero destacar en este momento aquello que decía NÚÑEZ LAGOS—uno de sus discípulos—de la forma en que este magistral jurista enseñaba: «Era el sembrador, que derramaba generosamente semillas seleccionadas en horas de austeridad y sacrificio. Su única preocupación fue que tuvieran buen germinar y un mejor frutecer. Las lecciones de CASTÁN iban ahincadamente a la mente de sus discípulos con tanta pasión de ánimo, y al mismo tiempo con tanta dulzura...; más bien, por su voz y sus ademanes, parecía un franciscano en ocasión de ejercitar esa caridad que a todos los bautizados obliga».

Creo que al recensionar una obra que trata de las sucesiones era necesario hablar de lo que este medio de transmitir y prolongar refleja del ilustre autor, por quien profeso tanta admiración. Por eso, al repasar la separata con la semblanza de CASTÁN, de los varios apartados en que se incluye al mismo: catedrático, maestro, bibliotecario, magistrado y publicista, yo siempre me quedo con el «oficio» que representa la docencia y que se prolonga y cristaliza en su obra, parte de la cual recensionamos.

Si los hijos deben guardar «respeto y reverencia a sus padres», conforme dice el Código Civil, aunque esto no pasa de ser una pura quimera en los tiempos actuales, JOSÉ MARÍA CASTÁN aún milita en las filas de aquellos que a pie firme, como los de infantería, teníamos el buen gusto de hacer humana y posible esa fórmula jurídica decimonónica de nuestro primer Cuerpo legal. Ahora somos «bordes», «carrozas», «poco preparados», llenos de «traumas» (incluido el sexual) y poco propicios a la comprensión y evolución. Claro que yo pienso que si esto sigue evolucionando tan rápido a estos adolescentes, ¿qué calificativo les van a brindar sus hijos?

JOSÉ MARÍA CASTÁN honra—y hace muy bien—la memoria de su padre, y ello lo refleja en el gran respeto con que ha hecho la adaptación y puesta al día de este primer tomo de sucesiones. La idea de la refacción—palabra ésta que aún no ha llegado al lenguaje de los políticos y, sobre todo, a su mente—es la que debería presidir todas nuestras actividades. Reconstruir sobre lo ya construido, completar, perfeccionar respetando, es más

fácil si el protagonismo no aflora, que destruir y comenzar el edificio sobre un solar en el que hay que empezar haciendo excavaciones y garajes...

Fijaros en las primeras palabras o frases que JOSÉ MARÍA CASTÁN dedica a la forma en que ha llevado a cabo la adaptación y puesta al día: «Me propuse mantener el mayor respeto al texto del autor, conservándolo virtualmente en su integridad e incorporando por mi parte solamente algunas adiciones que parecían necesarias o convenientes por el tiempo que desde la edición anterior ha transcurrido». El haberlo logrado es la mayor felicitación que el autor puede recibir.

El esquema de la obra en este volumen me va a permitir dibujar en sinopsis lo que es su contenido y las modificaciones introducidas. Vamos, siguiendo el esquema de la obra, a distinguir tres partes fundamentales:

A. *El derecho sucesorio: sus conceptos fundamentales.*—Dentro de los conceptos fundamentales del derecho sucesorio hay que destacar los de sucesión y derecho de sucesiones, la herencia, el derecho hereditario y las diversas situaciones en que puede encontrarse la herencia. Las grandes novedades que el adaptador aporta a esos temas tradicionales son la de incorporar aspectos doctrinales que con profusión se han volcado en esta parte sucesoria, destacar la legislación foral aparecida con posterioridad a la anterior edición y destinar un capítulo importante a la problemática de las sucesiones en los países socialistas.

B. *Constitución y extinción del derecho sucesorio.*—Donde hay un campo de manifestación de lo que podríamos llamar «libertad» es cuando de aceptación o repudiación de la herencia de una persona se trata. El egoísmo y el desprendimiento son las dos salidas que condicionan la libertad... De la apertura, vocación, delación, adquisición y aceptación, junto con los beneficios del heredero y su repudiación, se trata extensamente en esta parte de la obra. Las aportaciones del adaptador son importantes, sobre todo en materia foral, pues las notables diferencias existentes entre estas legislaciones y la común obligan a diversos apartados específicamente destinados a las mismas.

C. *Efectos del derecho sucesorio.*—Es la parte más extensa de la obra, ya que los temas cruciales son en orden a lo que supone una aceptación de la herencia y la condición de heredero, la responsabilidad que ello lleva consigo, la cesión de los derechos hereditarios, las vinculaciones que suponen las reservas hereditarias, la posible comunidad hereditaria entre herederos, la forma de salir de la misma a través de la partición, los efectos que dicha partición produce y las acciones que contra la misma se pueden interponer, seguido de un último capítulo destinado a las acciones que protegen la condición de heredero.

Realmente el trabajo de adaptación aquí ha revestido mayores dificultades, pues la doctrina había profundizado mucho en materias como las de reservas, partición, colación, etc., sin perjuicio de las variantes forales, que también se recogen en cada uno de los temas tratados.

Vista en forma muy genérica la panorámica de la obra en su nueva versión, cabe apuntar lo que ya he dicho anteriormente: que conserva sus prístinos valores y que sigue siendo el gran elemento de trabajo que todo

jurista necesita. Lleva la obra, y esto es importante, una guía bibliográfica muy amplia de obras generales españolas y extranjeras. El índice sumarial cierra la publicación.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

JUAN FENOLLAR, RAFAEL: *La formación de la agroindustria en España (1960-1970)*. Serie Estudios, Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Madrid, 1978, un tomo de 283 págs.

El Ministerio de Agricultura viene publicando en esta serie títulos interesantes de los aspectos sociales, jurídicos o económicos de las materias de su competencia, algunos de los cuales hemos resumido y comentado.

En esta ocasión saca a la luz un importante estudio de RAFAEL JUAN FENOLLAR, que nos muestra los primeros pasos dados en España para arrancar desde una economía puramente agrícola a niveles industriales, con el intermedio de la modernización e introducción de la maquinaria en el campo. El libro centra su atención en la década de los sesenta, que es cuando tuvo lugar esa arrancada, tras aquella amarga postguerra mundial que, pese a nuestra neutralidad, nos hicieron pasar los países ex beligerantes, los mismos que aun ahora no nos quieren comprar nuestras naranjas y vinos ni nos dejan pescar, aunque a cambio, eso sí, nos felicitan de cuando en cuando efusivamente y dicen que se dignan otorgarnos su amistad porque ya somos, a su imagen y semejanza, unos demócratas como la copa de un pino. Y es que ya se sabe que es mucho más fácil predicar que dar un solo grano de trigo. Pero algo es algo y menos da una piedra, hombre.

En fin, dejemos las ironías y vamos, sin más rodeos, a nuestro comentario. El autor llama «agro-industria» al escalón intermedio o inicial. Es un sistema de producción, transformación y distribución de productos alimentarios para la satisfacción de las necesidades de nutrición de una sociedad inserta dentro de un proceso creciente de industrialización y urbanización capitalistas, y que se caracteriza por una contribución cada vez menor de la agricultura en la formación del producto alimentario final, por un crecimiento de las grandes firmas agroalimentarias y por el desarrollo de las relaciones contractuales en las ramas más industrializadas del sector agrario y del fenómeno de cuasi integración de la agricultura campesina en este sistema.

El libro, según su propio autor, tiene por objetivo presentar la viabilidad de la teoría de la agroindustrialización como explicativa del desarrollo agrícola español superando los enfoques clásicos de oposición entre grandes y pequeños propietarios, con el consiguiente fomento del mito del dominio de la tierra o aquellos otros que veían a los campesinos descolgados del resto de la sociedad, poniendo el énfasis en la dualidad campo-ciudad y mitificando la unidad campesina o agricultora. Esta teoría de la agroindustrialización trata de mostrar la interrelación existente entre el desarrollo agrícola y el proceso creciente de industrialización y urbanización, con los consiguientes efectos sobre la cultura alimenticia y sobre los esquemas de producción, transformación y distribución de los productos del campo.

En el capítulo primero, *Introducción*, comienza estudiando la relación

entre agricultura y desarrollo, que puede decirse arranca desde el mismo momento en que en Inglaterra surge la revolución industrial a finales del siglo XVIII. A partir de entonces, el proceso de desarrollo de la economía occidental viene fundamentalmente marcado por una creciente industrialización; decir que la agricultura se ha industrializado significa que tanto los objetivos como las formas de organización, las tecnologías y los comportamientos nacidos de la sociedad industrial se extienden a la agricultura.

La agricultura no sólo ha suministrado cantidades crecientes de alimentos, sino que también ha supuesto un gran comprador para los productos industriales, ha transferido trabajadores e incluso capitales a otros sectores de la economía, contribuyendo de esta manera a la construcción y afianzamiento de la sociedad industrial y urbana. La contribución de la agricultura al crecimiento económico occidental ha necesitado en el transcurso del tiempo progresos técnicos importantes que no podían ser puestos en práctica sin una transformación profunda de la economía agrícola. Pero este proceso de cambio en el seno de la agricultura no puede calificarse como de un proceso interno y exclusivo de ella y de los otros sectores económicos por separado; la agricultura no puede ser comprendida ni explicada sino situándola dentro del marco de la economía y la sociedad globales. En este sentido, la teoría del desarrollo agrícola explica las transformaciones de la agricultura en el contexto del cambio social considerado como un todo.

En varios cuadros se examina la situación del sistema agroindustrial en España durante la década 1960-1970, mediante el análisis de su proceso de formación y localización espacial, teniendo en cuenta las acentuadas diferencias socioeconómicas de las diversas regiones de nuestra Patria. Para ello se vale de tres criterios: 1.º Por la composición de los gastos alimenticios. 2.º Por la importancia de la agricultura respecto a las industrias alimentarias. 3.º Por la proporción de productos agrícolas transformados en la utilización alimentaria final. Estos criterios le llevan a detectar para el período que estudia la existencia de lo que llama «ciertos síntomas agroindustriales».

Capítulo segundo: *Las causas de la formación de la agroindustria en España*. ¿Cuáles son las más significativas? Según el autor, el mayor consumo de productos alimentarios transformados viene determinado por:

- 1.ª La adaptación de la agricultura a las exigencias del proceso global de industrialización.
- 2.ª El proceso creciente de urbanización del país.
- 3.ª La mejora del nivel de vida.
- 4.ª El desarrollo de las industrias agrícolas alimentarias.

En cuanto a la primera causa, o sea, la *adaptación agrícola al proceso de industrialización*, se materializa a través de las transformaciones experimentadas por las formas tradicionales de producción agrícola en España. El autor estudia las razones del retraso de casi un siglo en el desarrollo industrial español, en comparación con el de otros países europeos, y la importancia del papel de la agricultura en el posterior despegue del proceso de industrialización español, y contempla especialmente las transformaciones agrarias durante el período de crecimiento económico de los años sesenta.

Respecto al último punto destaca que en los años dichos de una agricultura que producía para vender, se pasa a otra que compra para poder producir, es decir, que si en un principio la agricultura se presentaba como una fuente de capitales o recursos, ahora se presenta como demandante de ellos.

Estas repercusiones del crecimiento económico—sigue diciendo el libro—marcan una nueva adaptación de la agricultura en proceso de industrialización, que puede ser medida por el estado en que se encuentra la mecanización y aplicación del progreso técnico en el campo, por la evolución de la población laboral agraria, por los cambios experimentados en las estructuras de la propiedad de la tierra y por el cariz de la intervención del Estado.

Entrando en el detalle, señala que el número de máquinas utilizadas por los agricultores españoles se triplicó durante el período 1961-1971, siendo la importancia de este hecho más patente porque no se trata solamente de un aumento del número de máquinas, sino también de la potencia de las mismas, que además, siendo más perfectas, suponen una mayor capacidad productiva. Por ejemplo, el número de tractores se multiplicó por cuatro en diez años, y en lo que se refiere a su potencia, mientras que para 1961, como media por tractor, se alcanzaban los 36 caballos, para 1971 sobrepasaban los 45. También debe reseñarse la fuerte subida del número de las segadoras-trilladoras con motor auxiliar.

Puesto que del progreso técnico no se puede hablar sin contar con la estructura de la propiedad de las explotaciones, la actuación de la concentración parcelaria se deja notar, y el autor confirma este dato diciendo que es comprobable que en lo que respecta a sus dimensiones, las explotaciones son mayores después de la década 1962-1972.

El Estado intervino a través de instituciones de crédito, cajas de ahorro y organismos especializados. El capitalizar a la agricultura se realizó por la financiación mayoritaria del Banco de Crédito Agrícola, de carácter oficial, ayudado por otros organismos, como el Instituto Nacional de Colonización y el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, hoy fundidos en el I.R.Y.D.A., así como por el Servicio Nacional de Productos Agrarios y otras entidades oficiales o privadas.

La intervención estatal en la puesta en regadío de tierras a través del Instituto dicho y la Dirección General de Obras Hidráulicas pudo haber tenido mejores resultados, según el autor, teniendo en cuenta el número de agricultores y hectáreas afectados. Sin embargo, cosa curiosa, no menciona la labor realizada en la concentración parcelaria, de indudable repercusión, tanto en las estructuras como en regadíos.

Es también opinión del mismo autor que además del esfuerzo apreciable realizado en materia de repoblación forestal, puede ser que la intervención más significativa de la Administración, en el sentido de las transformaciones agrarias, haya sido la realizada por el Servicio de Extensión Agraria, ya que el objetivo del organismo, siendo menos ambicioso, se sitúa más próximo de la verdadera base de la agricultura, los agricultores en su medio y la vulgarización del progreso técnico. Desde 1961 a 1970 más de 500 delegaciones del Servicio de Extensión Agraria han sido instaladas en el medio rural.

Tras esta exposición genérica, extensiva a todo el territorio nacional, estudia la participación de cada una de las provincias españolas en la adap-

tación de su agricultura en el proceso de industrialización, con amplitud de cuadros estadísticos y gráficos demostrativos.

La segunda causa de formación de la agroindustria es el fenómeno de la *urbanización*. Como consecuencia del proceso de industrialización y de las fuertes diferencias del nivel de vida entre el campo y la ciudad, incluso entre unas zonas y otras, el éxodo rural y las migraciones interiores hinchaban las ciudades, sobre todo las industriales y comerciales. RAFAEL JUAN señala cómo, desde la llamada «revolución industrial española», ha tenido lugar un éxodo constante de la población rural hacia las grandes metrópolis, en donde la industria, el comercio o los servicios constituían las principales actividades. Mientras en 1950 la población urbana era el 37 por 100 del total, en 1970 ese porcentaje se había situado en el 65 por 100; estas cifras dan una primera imagen de la importancia del proceso de urbanización experimentado. El fenómeno favorece el aumento del consumo de alimentos transformados y exige la instalación de industrias agrarias alimenticias. Sobre estas bases analiza el consumo urbano de alimentos en relación con el realizado en el medio rural, las tendencias y localización de las migraciones interiores españolas y el proceso de nuestra concentración urbana, orientado todo ello a mostrar el interés agroindustrial de las distintas provincias según la importancia del fenómeno de la urbanización.

La *mejora del nivel de vida*, materializada en un aumento de la renta *per cápita*, es otra de las causas de la formación de la agroindustria. Esta noción de nivel de vida lleva consigo la satisfacción adecuada de las necesidades humanas teniendo en cuenta los *standards* de una sociedad determinada, como resultado de una cultura y una civilización muy concretas. Se habla de nivel de vida adecuado cuando los bienes y servicios considerados como representativos son consumidos, al menos, por la mayoría de las economías domésticas. Según el autor, si nos colocamos en la España de los años sesenta, podemos afirmar que el nivel se alcanzó en lo que se refiere al empleo doméstico de electricidad y del agua potable, del aparato de radio y de la televisión, del frigorífico, etc., pero aún quedaba lejos en lo referente al automóvil, que llegaría después. Con los acostumbrados y utilísimos cuadros se muestran los niveles de renta y el consumo alimentario, contemplando las disparidades regionales en dicho consumo y en las rentas *per cápita*, con estudio de la participación de cada una de las provincias en este proceso de mejora del nivel de vida.

La cuarta causa de formación de la agroindustria es el *desarrollo de las industrias agrícolas y alimentarias*, las cuales si se encuentran en situación de satisfacer mejor las necesidades alimenticias de los consumidores españoles de los años sesenta es porque se emplazaban cerca de ellos, es decir, que se adaptan mejor a través de sus productos agroindustriales a las nuevas necesidades alimenticias de los consumidores, sobre todo de los urbanos, los cuales forman mayoría y marcan la tendencia a seguir por el resto. Estando las aglomeraciones urbanas lejos de las zonas de producción agrícola, dependen para nutrirse de la distribución comercial alimentaria; además, para que los alimentos lleguen en buenas condiciones para el consumo urbano deben experimentar una transformación que realizan las industrias agrarias alimentarias; estas últimas compran la materia prima alimentaria a la agricultura y la transforman para adaptarla a las necesidades de los consumidores urbanos. Con este antecedente analiza el lugar que corresponde a las industrias agrarias alimenticias entre las demás em-

presas industriales españolas más importantes, su evolución y localización, así como la parte que en el desarrollo de estas industrias correspondió en el periodo contemplado por el libro a cada una de las provincias españolas.

En el capítulo tercero, *Las zonas agroindustriales españolas*, se intenta una aproximación regional al sistema agroindustrial español en los años sesenta, analizando por separado el interés de las diversas provincias y dividiendo las zonas en las que, según la situación de conjunto de las cuatro causas antes analizadas, se puede hablar o no de la existencia de una verdadera agroindustria.

A modo de conclusión de la obra, el autor hace algunas consideraciones, entre las cuales destacamos que, a su entender, la problemática agraria no puede ser terreno reservado para agrónomos, como no puede serlo para antropólogos o economistas u otra disciplina en exclusividad, ya que ello supondría otorgarle a la agricultura una visión y una perspectiva unidimensional, que queda lejos de ser oportuna y adecuada en las sociedades complejas.

También opina que la asociación que se suele hacer entre «cuestión agraria» y «cuestión campesina», como simbiosis esencial, así como la tan manipulada oposición entre campo y ciudad y el dilema industrialización o ecología, podrían ser satisfactoriamente enfocados desde la óptica de la teoría de la agroindustrialización. Lo cual no implica dejar en el olvido la problemática específica para cada una de estas cuestiones, sino darles un nuevo enfoque teniendo en cuenta el rumbo que toma el desarrollo agrícola dentro de la sociedad actual.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Nouvelles perspectives d'un Droit commun de l'Europe. Aportaciones al Coloquio celebrado en mayo de 1977 en la sede del Instituto Universitario Europeo, Abadía de Fiesole, y editadas, bajo la dirección de M. CAPPELLETTI, en 1978.

La Universidad Europea, viejo sueño de la C.E.E., cristalizó en el citado Instituto, cuyas actividades ordinarias se iniciaron en el otoño de 1976. Como complemento a ellas, en 1977 se celebró el referido Coloquio, que historia, con detalle de debates, MARIO CAPPELLETTI, *chairman* del Departamento de Derecho del Instituto, en una amplia introducción, en la que queda resaltada la irracional balcanización de Europa Occidental, con 21 Estados, excluida Finlandia, algunos totalmente artificiales, diversas legislaciones y ansias unificadoras, requisito *sine qua non* para su supervivencia histórica. Acaso dicha Universidad, en la senda de su antecesora de Bolonia, como instrumento de intercambio de ideas y aproximación de normativas, pueda contribuir a aquella finalidad urgente e indispensable. Ninguna otra área puede epitomizar la historia pasada y presente con tanta perfección como el Derecho ni registrar con mayor sensibilidad este momento trascendental, titánico o suicida para Europa.

La primera sesión: «Derecho común de Europa: base histórica», corre a cargo de dos juristas de recia personalidad: HELMUT COING, del Max Planck, y GINO GORLA, de Roma. Al primero, la rica herencia europea le hace remontar hacia las universidades del medioevo, que dotaron de prestigiosos cuadros de funcionarios o asesores a la Iglesia y a los organismos civiles. La cultura jurídica común se extendió por el orbe cristiano, desde Escocia a Hungría, pasando por Polonia, con la importante excepción inglesa. El *Jus Commune* no fue sólo civil, sino también, en ciertas esferas, el procesal, penal y hasta compartimentos del Derecho público. El Iluminismo, basado en el estudio del *Ius Gentium* romano, extiende igualmente unas ideas, libertad, igualdad, propiedad, que se universalizan con la independencia americana y la Revolución francesa, alcanzando a nuestra época. Uno de sus frutos, los Códigos, aunque unifican derechos nacionales, dividen el común. Inglaterra, que no participa en la codificación, cuenta con el mejor tratadista de ella, JEREMÍAS BENTHAM. La industrialización, fenómeno común, se aparta del *Volksgeist* y para idénticas necesidades produce normas similares: sociedades mercantiles, patentes y Registros Territoriales, con los que se consiguen capitales para la industria mediante los préstamos hipotecarios. En nuestros días reviven tales tendencias, de las que destaca el proyecto europeo sobre bancarrotas de 1977.

GORLA, por su parte, indica que si bien desde el siglo XII predomina la *communis opinio* de los doctores universitarios, que consiguen derechos civiles no distantes y hasta ciertas unificaciones (derechos feudal, mercantil y marítimo), a partir del siglo XVII la que prepondera es la de la jurisprudencia. Los *argumenta a similibus* desbordan fronteras, tanto en el ámbito romanista como en el de la *common law*. Se va superando la distancia entre estos sistemas y se intenta volver a lo que el cardenal LUCCA llamaba *il mondo de la nostra civile comunicazione*.

* * *

El profesor belga JEAN LIMPENS y el de Turín RODOLFO SACCO son los ponentes de la segunda sesión. El primero aborda el tema general «Nacimiento de un nuevo Derecho común de Europa», afirmando que la historia no se repite, por lo que no son de esperar retornos utópicos. Tampoco el mundo occidental ni la Europa de este adjetivo tienen el marco de la cristiandad; el límite hiriente de Europa es el telón de acero desde el que se abre entre las dos grandes superpotencias, hallándose afecta a vastos trasvases de poblaciones de índole sociológica o simplemente turística. Tiene uniformes problemas de contaminación, urbanización y hasta determinadas modalidades de criminalidad, lo que incita más que a un derecho común a una única gobernación, cosa ilusoria a corto plazo. Todavía las soberanías nacionales mantienen su preponderancia excesiva y la aproximación va alcanzándose a base de rudimentaria artesanía, no por la imposición directa y efectiva de un poder supranacional. Las materias uniformes, no escasas, ciertamente, van engendrando normativas similares gracias a imperativos ideológicos, económicos y políticos, que se complementan y sobreponen con incidencia varia. Pero es obra lenta en la que cuentan generaciones, no años.

SACCO indica que aunque la técnica difiera no sólo entre *common law* y *civil law*, sino aun dentro de cada uno de ellos, el derecho puede considerarse común en Europa en el sentido de que los valores que radican

en su base son muy similares. Tampoco es imposible la unidad jurídica, recordando Austria, cuyo único Código se aplicaba sin estridencias a diez pueblos muy diversos, o el proceso unificador de Alemania, altamente ejemplar. Pero normalmente ello es el fruto lejano de modelos normativos, jurisprudenciales y, sobre todo, doctrinales. Es la enseñanza comparatista la que puede suscitar vocaciones y la elaboración de modelos supranacionales. Un recuerdo muy especial dedica a los seminarios de la Cornell University.

* * *

«*Common law* y derechos del continente» es el tema de la tercera sesión. RENÉ DAVID, uno de los grandes comparatistas, y el profesor ORTO KAHN-FREUND, de Oxford, asumen la ponencia. La exposición de DAVID es magistral, simplemente, y unas breves líneas no pueden reflejar su excepcional calidad. Entendiendo por *common law* el derecho de los pueblos de habla inglesa, tenemos que tanto el mismo como el continental no son un conjunto de reglas concretas, sino modelos generales dentro de un mismo espíritu. Sus diferencias se apuntan en muchas ocasiones como producto de una observación superficial. No es línea de demarcación la existencia de Códigos, pues las diferencias existían ya antes de aparecer éstos, que sólo abarcan zonas jurídicas muy limitadas y, por otra parte, ha podido escribir SCARMAN en 1974, y no precisamente con fines de resaltar la artificiosidad de la presunción del conocimiento general de la ley, que el Derecho inglés legislado excede de las 27.000 páginas impresas. Tampoco los procedimientos judiciales, pues pese a la *golden rule*, los Tribunales ingleses no se apartan demasiado del *precedent*, ni los continentales se acomodan excesivamente a la letra de la ley, acudiendo a un cúmulo increíble de distingos y sistemas interpretativos. La unidad de jurisdicción tampoco es férrea en Inglaterra, donde abundan ya los *administrative Tribunals*.

Para DAVID, la diferencia fundamental es de estructura y lenguaje. Mientras el Derecho continental es universitario, producto académico, el *common law* es obra de prácticos y jueces que durante siglos han carecido de tal formación y han tenido que adaptarse a rudimentarias y rígidas *forms d'action*. Y como ambos sistemas solucionan en la propia forma los mismos problemas, estima que el mejor procedimiento de aproximación sería el marco de «leyes-modelo», que cada Estado acomodaría a su técnica. A ello hay que añadir la aparición del Estado-providencia, que genera un nuevo orden, en el que las fronteras entre derecho, política y administración van desapareciendo; los derechos subjetivos pasan a ser «sociales» y a ellos corresponden deberes del Estado y la sociedad, y nociones tan sólidas y clásicas como las de propiedad, contrato o responsabilidad quedan tan desfiguradas que hacen necesaria una reelaboración conceptual.

Sir Orro comparte el deseo de armonización legislativa; después de citar los ejemplos unificadores de Francia y Alemania recuerda las zonas en las que el *common law* convive con el Derecho continental: Escocia, Quebec, Louisiana..., y aún anota los campos específicos en que es posible realizarlo rápidamente: el mercantil y ciertos sectores del laboral, penal y fiscal; pero teme que en otros la tendencia se vea dificultada por el enorme peso de la tradición, los métodos y hábitos dimanantes de la enseñanza y la práctica, dilatadas. Pero tampoco se intenta unificar a corto plazo la variedad lingüística continental. Es muy cierto que la autoridad del *prece-*

dent inglés es comparable a la de la jurisprudencia del *civil law*, pero el Juez inglés se siente autoridad, no funcionario, *Beamter*, tampoco la estructura de los Tribunales ni los procedimientos o forma de razonar o determinar los hechos admiten concordancia; la propia distinción entre el Derecho público y privado es difícil en el ámbito del *common law*. Los principios se buscan más en las decisiones judiciales que en la norma. Hay un método diverso, un estilo peculiar y *l'style c'est le Droit*. No puede avanzarse sino paulatinamente y con una constante formación académica, pues *taught law is tough law*. Quien mucho abarca, poco aprieta. Pero ¿dispone Europa de tiempo para *go slowly*?

* * *

La cuarta sesión, dedicada a «Tendencias unificadoras y principios generales del Derecho», tiene por *reporters* a L. NEVILLE BROWN, de Birmingham, y JOHN H. MERRYMAN, de Stanford. BROWN alude a dichos principios como una de las fuentes para la inspiración y elaboración del Derecho señaladas para el Tribunal de Estrasburgo, vehículo de considerable importancia para refinar las resoluciones de tal Corte, en la que tienen incidencia fundamental las reglas de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En Inglaterra, la expresión «principios generales» es desconocida para los juristas, y aun en 1951 un autor, HAMLYN, justificó el título de su obra *La fuerza racional del Derecho inglés*, como expresión de la falsedad de la corriente afirmación de sus *lawyers* de que el Derecho de su país es desordenado e irracional en grado sumo. Se conocen, en cambio, máximas de equidad y tres reglas fundamentales:

a) La de razonabilidad, de la que se deduce la de proporcionalidad, uno de cuyos ejemplos concretos es el de 1974, en el que el titular de un puesto del Mercado, después de la hora de clausura oficial, en la que tampoco funcionaban los *lavatories*, víctima de una ineludible llamada de la naturaleza depositó sus aguas residuales en un callejón del Mercado, abroncándose seguidamente con dos empleados que le sorprendieron y con un policía al que fue denunciado. El Comité del Mercado decidió su expulsión, pero el Juez, aplicando tal principio o regla, revocó el acuerdo, desproporcionado a un incidente aislado y trivial.

b) La de ser oído, sin perjuicio del *acting fairly* de los funcionarios. Y así, el oficial de inmigración que ordenó la detención de un joven pakistaní en cuyo pasaporte figuraba como fecha de nacimiento el 29 de febrero de 1951, día inexistente, procedió con *fairness*.

c) Y las dimanantes de los Derechos Humanos, que antes de la Convención Europea, en Inglaterra más que un enunciado eran una atmósfera relativamente diáfana.

MERRYMAN, entre los sistemas de *common law* y *civil law*, enfoca directamente los problemas de convergencia y divergencia, anticipando que desde CICERÓN la diversidad de sistemas legales ha sido considerada una Babel diabólica, perturbadora, madre de toda clase de confusiones. Cree en el predominio de la convergencia, que cuenta con una filosofía de abundantes directrices: los sueños del pasado, la lenta evolución, las diversas escuelas de Derecho natural, el Derecho como superestructura, considera-

ción marxista de la que resulta ser el Derecho un *social artifact*; también la dimanante de las convenciones internacionales o las diversas instituciones creadas con la finalidad uniformadora.

A la filosofía hay que añadir la estrategia: unificación, trasplante de normas, en forma simple o en grupo, convergencia natural, etc.

Los movimientos divergentes dimanar fundamentalmente de factores políticos, religiosos, históricos o lingüísticos, algunos de los cuales parecen resurgir en nuestros días, por lo que a la vez el Estado moderno se desmembra con cesiones soberanas al exterior y a organismos internos. Hay que tener en cuenta que el Derecho no es simple norma, sino también, y sobre todo, cultura, tradición, estructura, procedimiento, historia. Ni la unidad ni la uniformación son cosas simples, alcanzables a breve plazo.

* * *

«Aplicaciones prácticas del Derecho comparado» es la materia sobre la que versa la sesión quinta, que abre J. S. JOLOWICZ, de Cambridge, enfocando los aspectos prácticos. Aportando infinitos casos concretos, muestrario curiosísimo, demuestra que la identidad normativa simple no es la armonización o unificación. La ley jamás puede prever todas las hipótesis. Una interpretación complementaria, también uniforme, es indispensable para que pueda hablarse de un Derecho común. De ahí la importancia de las directivas y, sobre todo, de la labor académica de Derecho aplicado comparado.

OLE LANDO, de Copenhague, deriva hacia dos perspectivas poco relacionables. Por una parte, analiza las cláusulas inicuas, opresoras, de los contratos de adhesión o en serie, reputadas válidas durante mucho tiempo en méritos de la pretendida libertad e igualdad de los contratantes, pero hoy objeto de control, ineficacia o nulidad, según las técnicas. LANDO advierte que también el interés empresarial debe contar con el problema. El otro aspecto estudiado es la posibilidad de ofrecer a Europa un modelo de Código de Comercio en procedimiento análogo al seguido en los Estados Unidos con el «Uniform Commercial Code», adoptado por casi todos los Estados. No se le escapa que las diferencias entre los Estados europeos son mucho más profundas que las existentes entre los americanos.

* * *

GUIDO CALABRESSI, destacado especialista norteamericano en materia de *torts*, inicia la sexta sesión, cuyo tema general es el de «Legislación, jurisprudencia y renovación necesaria del Derecho». Destaca los peligros de petrificación y obsolescencia dimanantes de armonizaciones o unificaciones no controlables con rapidez y eficacia por un gobierno fuerte y centralizado o un sistema político-jurídico potente. Con su considerable experiencia ofrece un abanico de casos concretos que iluminan el problema con vivos colores y destacan su considerable importancia. Las leyes se crean fácilmente, pero se renuevan con dificultad, lo que debe hacer que los juristas europeos mediten sus uniformaciones antes de alcanzar unas estructuras políticas adecuadas. En los Estados Unidos, la inercia legislativa, o tal vez mejor el sistema de irresponsabilidad legislativa, la falta de agilidad del

common law, ha dado lugar a numerosos vacíos de norma que se rellenan con el arbitrio judicial y las más sofisticadas, jesuíticas e increíbles interpretaciones o una verdadera orgía de *statutes*, reglamentos, opuestos descaradamente a la ley, de donde una completa anarquía. Ya Thomas Jefferson había recomendado que todas las constituciones y leyes debían entenderse caducadas a los diecinueve años, plazo reputado excesivo por Mr. Justice Hugo Black, que indicó como correcto el de diez.

La ponencia complementaria, de THIJMEN KOOPMANS, de Leiden, es dura, amarga, densa y sarcástica, pero digna de singular análisis. Se inicia con una cita de ALAIN: «Todas las ideas generales son falsas; esto es una idea general», y al acabar la lectura, la angustia llega a la garganta y se siente que esta Europa sin capitán alcanzará su unidad con la capital moscovita. Es la conclusión implícita en el informe del comisionado francés, que transcribe:

Lorsque, dans un Etat, l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation.

Dirige sus pensamientos hacia los problemas del poder legislativo; a la incompetencia, ineficacia y abdicaciones de las estructuras parlamentarias, que se traducen en referendums, descentralizaciones y dejación de amplias áreas del poder en manos administrativas, reglamentarias y en las de los jueces, preparados profesionalmente para decidir casos concretos, no para los de largo alcance, de índole fundamentalmente política. La enfermedad, estructural o institucional, es grave.

KOOPMANS ofrece unas atractivas citas bibliográficas. Resulta difícil dejar de anotar algunas de ellas: MARCIC: *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957; THOMPSON: *Democracy in France*, 1969; FULLER: *The Morality of the Law*, 1969; FRIEDMAN: *Law in a Changing Society*, 1972; HAILSHAM: *Elective Dictatorship*, 1976; DEVLIN: *Judges and Lawmakers*, 1976; SCARMAN: *English Law: New Dimension*, 1974.

☆ * *

La séptima sesión la asume íntegramente el universitario griego y miembro de la Corte Europea de Derechos Humanos (tema al que se contrae la sesión), DIMITRIOS J. EVRIGENIS. Examina las razones, fundamentalmente políticas, que militan a favor del Derecho común en Europa e intenta la caracterización de su concepto, que navega entre las vaguedades de unificación, coordinación, armonización, aproximación y otras. Se inclina por la tercera, instrumento político de largo alcance, pasando a examinar la Convención de Salvaguardia de los Derechos Humanos, que con sus declaraciones e instituciones orgánicas constituye un ejemplo de lo que debe ser una adecuada armonización. No sólo por imponer su carácter superior a las normativas nacionales, sino también por obligar a éstas a adaptar sus reglas a tales imperativos y aun de insertarlas en sus respectivos órganos internos con rango superior al de ley. Todo ello permite contribuir a la uniforme interpretación de la normativa.

☆ * *

La octava y última sesión, dedicada a «Derecho público e instituciones políticas», tuvo un especial interés dados los profundos, casi absorbentes, estudios de sus ponentes, que señalamos particularmente. El primero de ellos, J. D. B. MITCHELL, de Edimburgo, lo inició con una referencia a Europa, que se había creído constituía una superior unidad cultural y moral, convicción que desapareció con la segunda guerra. Ahora, bajo el nombre geográfico, se intenta promocionar unos ideales (democracia, libertad...) adecuados para partidos políticos. Se quiere crear, no resucitar.

Si el Derecho privado es un resultado histórico en el que las tradiciones tienen peso excepcional, lo propio ocurre en el campo del Derecho público, donde la asimilación es más factible, y para ello se han creado numerosos organismos y formulado contundentes y ampulosas declaraciones. Pero siempre hay que contar con la historia, la fuerza de los hábitos seculares, la inercia. El placer de creación, actividad intelectual, es intenso, pero las innovaciones rápidas acostumbran a ser efímeras. El recuerdo a CASANDRA es inevitable.

Se crean burocracias, cuya organización, formación y prestigio requieren tiempo, tradición, y luego son estas mismas las que, con sentido de responsabilidad, impiden alcanzar los fines para los que fueron creadas. Hoy parecen hallarse claudicantes grandes principios depurados por la historia. Se acusa a la centralización de jacobina, se envilecen sus intentos de imponer una conducta uniforme al ciudadano y a la maquinaria gubernamental sin tener en cuenta los siglos transcurridos para lograrlo; se intenta desviar de sus cauces tradicionales la función judicial. Y aunque la evolución es imparable, las explosiones de cambios, con más propósitos que sistema, son temibles.

JEAN RIVERO, de París, aborda el tema desde el ángulo del Derecho administrativo. En nuestras sociedades industrializadas, urbanizadas, tecnificadas, las estructuras e ideologías son muy próximas y permiten esperanzadoras soluciones idénticas. Pero entre unas y otras se interpone la técnica jurídica, que, afortunadamente, en el campo administrativo es relativamente moderna.

La monarquía absoluta, centralizada y jerarquizada, de Francia es la gran herencia que recoge y mejora Napoleón, uno de los grandes artífices del Estado moderno. El primer tratado de Derecho administrativo es alemán y está fechado en 1896. Por ello la evolución europea es un conjunto patrimonial muy similar en este ámbito importante. Antes sólo Francia exportaba reglamentos y estructuras. Hoy, en infinitas materias, el intercambio es constante y se copian disposiciones a la letra. Zonas inmensas de la vida ordinaria moderna constituyen su ámbito, tal vez el que más posibilidades ofrezca para una inmediata unidad.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

«La reforma del régimen económico del matrimonio», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.—*Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXII, abril-septiembre de 1979 (26 págs.).

La regulación actual de los regímenes matrimoniales, aun tras la reforma de 1975, dice el autor, no satisface las aspiraciones de justicia de una sociedad igualitaria, y tiene un cierto número de arcaísmos: ante todo, la disciplina de la dote.

El texto actual del proyecto de reforma es el resultado de un largo proceso, que se inicia, apenas promulgada la Ley de 1975, en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, en forma de una excelente ponencia comprensiva de un nuevo articulado, del entero Título III (artículos 1.315 a 1.444) que redactó el profesor DÍEZ-PICAZO.

Al cabo de dos años o algo más se había revisado el texto varias veces, llegándose a una redacción definitiva, que se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 4 de octubre de 1978. A juicio del autor, este proyecto adolecía de defectos importantes, inevitables en una obra en la que había tomado parte demasiada gente, y, consciente de ello, el Ministerio de Justicia introdujo luego importantes correcciones. Sobre este texto, enviado por el Gobierno actual a la nueva legislatura, y publicado en el *Boletín de las Cortes* de 14 de septiembre pasado, versa el contenido del presente trabajo, cuyo resumen esquemático hacemos a continuación.

En síntesis, el estudio del profesor LACRUZ comprende las siguientes partes: un análisis de las líneas generales de la reforma; las dificultades técnicas que presenta una regulación coherente de la sociedad de gananciales; la solución que ha dado al problema el Derecho Comparado; y, finalmente, la solución del proyecto. Veamos someramente cada una de ellas

a) En relación con el Derecho vigente, dice, la reforma abarca tres grandes líneas: la supresión de la dote y los parafernales; la regulación, como optativos, de los regímenes de separación y participación en las ganancias; y la concesión de iguales poderes y trato, en la comunidad de gananciales, a marido y mujer. Todo ello acompañado de una serie de reformas menores.

b) La segunda de las que hemos dado en llamar partes del trabajo es la que el autor llama «aporia de la sociedad de gananciales», porque las diversas alternativas de reforma que suelen proponerse presentan una serie de inconvenientes que convierten la solución en problemática y hacen difícil la elección.

En efecto, una vez que en nombre del principio de igualdad de sexos, dice el profesor LACRUZ, salvemos a la comunidad del poder gestor y excluyente del marido, habremos de conferir ese poder, por aplicación del mismo principio, a ambos cónyuges por igual. Esto se puede entender de dos maneras: o sólo actuando conjuntamente marido y mujer pueden administrar los bienes e intereses comunes y disponer de ellos; o cada uno de los esposos puede por sí regir y enajenar. Lo primero es lo más acorde, en pura teoría con la idea de comunidad, pero ofrece el inconveniente de quedar entredada la marcha de la economía del matrimonio a la capacidad de entendimiento de ambos cónyuges. Si la exigencia del doble consentimiento amenaza con paralizar la vida del patrimonio consorcial, un poder omnímodo e igual de cada uno sobre los bienes y asuntos comunes podría acarrear ese mismo resultado al neutralizarse las gestiones y los contratos dispares y aun contradictorios. Los más recientes sistemas de comunidad de gananciales, dice el autor, han tratado de alcanzar el doble y contradictorio resultado de satisfacer el principio de igualdad entre los cónyuges y conseguir un gobierno ágil y diligente de las incumbencias familiares, mezclando ambas fórmulas. Seguidamente examina los sistemas francés de 1965, italiano de 1975 y alemán oriental de 1967.

c) Frente a estas experiencias extranjeras, el proyecto español, dice el profesor LACRUZ, es en cierto modo tradicionalista, pues si prescindimos de las reformas de técnica, que son muy abundantes y afortunadas, en el aspecto político, lo fundamental de su tarea consiste en atribuir a ambos cónyuges, conjunta o separadamente, las facultades que antes competían al marido.

Examina a continuación, a la luz del proyecto, el ámbito de la comunidad; el ingreso de los bienes en el consorcio; la tenencia y administración individual de los gananciales; la adquisición individual de los mismos; el principio de gestión conjunta; y, finalmente, el poder individual de obligar a la comunidad.

En orden al ámbito de la comunidad, destaca entre otras, como novedad, la caracterización como bienes privativos de «las ropas y objetos de uso personal que no sean especialmente valiosos» y «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter común».

En orden al ingreso de los bienes en el consorcio, se detiene de modo especial en el supuesto de cuándo se hacen gananciales los bienes a los que el Código señala este carácter al haber sido «obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges» y «los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales». Ante las distintas posibilidades de opción, considero preferible, dice el autor, entender que no se puede reconocer la existencia de verdaderas ganancias mientras no se haya liquidado el ejercicio económico y el exceso de bienes aparezca en forma de un remanente, por lo común, en dinero. Esta idea se acepta en el proyecto.

En orden a la tenencia y administración individual de los gananciales, se pregunta si cabe reclamar para que se incorporen al acervo de bienes sometidos a la administración conjunta de los cónyuges a aquellos que se encuentran en titularidad o posesión de uno solo de ellos. Y pone el ejemplo de la mujer que compra una finca con fondos gananciales que tiene en

su poder o en una cuenta a su nombre y la inscribe en el Registro a su nombre y para la sociedad conyugal. ¿Puede administrarla ella sola mientras dure la comunidad, con exclusión del marido? ¿O bien puede éste reclamar que la administración se lleve entre los dos? El cónyuge, se contesta, puede seguir administrando los bienes, percibiendo sus rentas, acaso invirtiéndolas, tanto tiempo cuanto su consorte no reclame la administración conjunta de los bienes gananciales, en cuyo momento, opina, que el hecho de provenir los importes que el cónyuge administra de ingresos, industria o bienes propios, no es suficiente para seguir administrándolos él solo. Cabe preguntarse, con todo, si no resultaría preferible, para simplificar y evitar conflictos, que el proyecto adoptase la solución opuesta de conservar cada cónyuge en su poder y administrar con independencia los bienes ganados por él, lo que operaría un verdadero reparto de competencias muy conveniente.

En orden a la adquisición individual de bienes gananciales, estima que, según las normas del proyecto, no puede un cónyuge, contratando él solo y sin anuencia del otro, adquirir con los bienes y ahorros que conserva en su poder otros bienes, comprometiendo, por el pago del precio, a los bienes gananciales.

En orden al principio de gestión conjunta, el hecho de que toda la administración de los gananciales y la familia, el ingreso, la inversión y el gasto corresponda al colectivo de los cónyuges y haya de ser resultado de una decisión colegiada, puede entorpecer la marcha de asuntos importantes para la economía conyugal. Cuando el acto de administración lo realizan ambos esposos conjuntamente responden de las obligaciones asumidas los bienes gananciales y sus patrimonios privativos. Cuando el acto lo realiza un cónyuge, sin oponerse el otro, será el patrimonio de aquél, junto con los bienes gananciales, el que responda. Pero ¿qué ocurre cuando se trata de un acto realizado a iniciativa de un cónyuge, para el cual ha solicitado y obtenido el consentimiento el otro? ¿Responde también el patrimonio de éste? El proyecto no resuelve expresamente el problema, y el profesor LA-CRUZ opina que las razones en pro y en contra de la solución afirmativa se hallan equilibradas.

En orden al poder individual de obligar a la comunidad, tratándose de satisfacer necesidades ordinarias de la familia (la conocida «potestad de las llaves»), cada uno tiene las mismas posibilidades de comprometer no ya sólo los bienes comunes, sino asimismo los del otro cónyuge. La regla general de actuación conjunta de ambos cónyuges tiene algunas otras excepciones en el proyecto, como por ejemplo cuando se realizan gastos urgentes de carácter necesario, aunque sean extraordinarios.

En su conclusión crítica, nos dice finalmente el autor que el proyecto pretende guardar la posible fidelidad a las líneas maestras del Derecho vigente, y, dentro de la gran dificultad que supone, encomendar el gobierno de las relaciones económicas del matrimonio a una diarquía, opina que el proyecto propone fórmulas aceptables, tratando de que el principio de dualidad de consentimientos perjudique lo menos posible al tráfico. A su juicio, la fórmula que puede conciliar mejor los encontrados intereses de los cónyuges, los de los terceros, e incluso la discusión entre quienes optan por la sociedad de gananciales y los que preconizan el régimen de participación, consiste en ampliar, de acuerdo con la unánime tendencia europea, el espacio de los patrimonios regidos con amplios poderes por el cónyuge

que los gana o adquiere, dejando que el régimen de gananciales funcione a media máquina constante matrimonio, para recuperar toda su virtualidad en el momento de disolverse. Ello tendría además la ventaja de aproximar el régimen del Código Civil al de separación catalán y balear.

«La Agricultura de Grupo en el Registro de la Propiedad», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.—*Revista de Estudios Agro-sociales*, número 108, julio-septiembre de 1979 (25 págs.).

En los últimos años, dice el autor, se viene produciendo en la agricultura una transformación tal que se ha pasado repentinamente, en el agro, de una simple economía de subsistencia a una economía de mercado. De tener como factor casi único a la tierra, se ha pasado a tener que contar también con el capital y la maquinaria. En definitiva, para mantener debidamente una explotación agrícola se necesita dinero. Esto induce al autor a plantearse el problema de la explotación viable. La idea de la viabilidad o suficiencia ha tenido éxito no sólo en la doctrina, sino en varios textos legales. La viabilidad económica se alcanza cuando la explotación tiene una dimensión suficiente para proporcionar, dados los sistemas de explotación y precios vigentes, una renta social aceptable a los agricultores. Es una cuestión puramente técnica y económica determinar en cada momento la extensión que debe considerarse óptima. Si el agricultor la tiene en su mano, poseyendo además los medios adecuados de cultivo, el papel del Estado será ayudarle a mantener la unidad de explotación con incentivos. Y se pregunta: ¿es el Registro de la Propiedad un instrumento apto para conseguirlo? Parece hasta un poco herético plantear la posibilidad de inscripción de las explotaciones en un sistema hipotecario como el nuestro, donde el Registro gira en torno a la unidad básica o fundamental constituida exclusivamente por la finca. Analiza aquí diversos criterios doctrinales sobre la ampliación de este concepto clásico de finca, que pueden servir a los fines expuestos, y considera explicable el tenor de la doctrina hipotecaria de que el folio real con base en la finca viniese a caer, por vía de cada vez más elásticas concesiones y ampliaciones, en folios personales semejantes a los de otros sistemas registrales más débiles.

A su juicio, la tesis de la «finca funcional» supone un peldaño muy próximo a la meta. Por curiosa paradoja, el artículo 44 del Reglamento Hipotecario, que ahora brinda una clara posibilidad a la agricultura asociativa para su entrada en el Registro, se concibió en su redacción más bien como una restricción a la norma legal que lo sustenta, el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. En efecto, la primera condición que impone, o sea que la explotación agrícola tenga un nombre propio que sirva para diferenciarla, no supone, dice el autor, una dificultad demasiado grave. La segunda tiene ya un mayor contenido técnico y agronómico, ya que exige que esa unidad de explotación tenga una organización económica que no sea la puramente individual. Está claro, pues, que la explotación agraria, llevada por sociedades, cooperativas, asociaciones o grupos, sean familiares o de ámbito más amplio, que goza de la protección de las leyes agrarias y económicas, tiene

también la posibilidad de acogerse, como conjunto, como unidad organizada, al asidero seguro del Registro. En definitiva, con las garantías necesarias para evitar que se llegue al «folio colectivo», la legislación española contiene ámbito y normativas suficientes, a juicio del autor, para que el Registro pueda recibir esta figura ya insoslayable de nuestra realidad campesina que es la explotación agraria, familiar y asociativa.

Estudia finalmente este trabajo la conservación registral de la explotación agraria, especialmente en lo que se refiere a las adjudicadas por el IRYDA, y con referencia a las legislaciones civiles, común y foral.

II. NOTICIA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 146. Marzo-abril de 1980

Los incrementos injustificados de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por P. Serrera Contreras, págs. 325 a 353.

Regularización de balances. Deducción por inversiones y fomento al empleo. Inspecciones tributarias, por E. Piedrabuena, páginas 355 a 364.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL (IBEROAMERICANA)

Números 3 y 4 de 1979

La incapacitación del enfermo mental, por Miguel Fenech Navarro, páginas 475 a 496.

La responsabilidad civil en el proceso penal, por Esteban Emilio Hernández Henríquez, págs. 497 a 534.

La Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y su competencia objetiva en materia penal (2.ª parte), por Alberto Montón Redondo, págs. 535 a 558.

El «Labyrinthus» procesal de los partidos políticos, por Andrés de la Oliva Santos, págs. 559 a 579.

Valor previo del fundamento normativo de la pretensión, por Valeriano Palomino Marín, páginas 581 a 607.

El Ministerio Fiscal, por Manuel Serrera Domínguez, págs. 609 a 677.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1980

Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal, por Luis Arechederra Aranzadi, págs. 123 a 136.

El matrimonio en la Constitución, por Iván C. Ibán, págs. 137 a 145.

Evolución del Derecho privado alemán durante el año 1976, por Hans Stoll y Norbert Schröder-Lings, páginas 146 a 165.

Aspectos prácticos: la caducidad y la rehabilitación de los nombres comerciales y de los rótulos de establecimiento. Diferencias con las marcas, por Arturo Cauqui, páginas 166 a 168.

Marzo de 1980

Los efectos civiles del matrimonio canónico en el acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español, por Rafael Navarro Valls, páginas 217 a 244.

La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa, por Enrique Aldar Riera, págs. 245 a 270.

Cláusulas de valor, por E. Hirschberg, págs. 271 a 276.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero de 1980

Apuntes sobre la jerarquía y elección de las figuras de planeamiento, por María Blanca Blanquer Prats, págs. 13 a 53.

La alteración del planeamiento urbanístico y las peticiones de licencia en trámite, por Mauricio Pérez Almanza, págs. 55 a 88.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Núm. 109. Octubre-diciembre 1979

Asentamientos rurales en España, por Miguel Bueno Gómez, págs. 7 a 28.

El turismo rural en España: una estrategia artesanal para un turismo masivo, por Venancio Bote Gómez, páginas 29 a 53.

Turismo y desarrollo de la comunidad: una experiencia venezolana, por Alfredo Áscanio, págs. 53 a 70.

Estudio de los factores determinantes de la evolución del consumo de aceites vegetales en el mercado nacional, por Juan Antonio Cañas Maduelo, págs. 71 a 95.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 424-425. Enero-febrero 1980

Hacia una reforma en profundidad del Ordenamiento jurídico (Conclusión), por Enrique Ruiz Vadillo, páginas 3 a 17.

Núm. 426. Marzo de 1980

Nuevas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa de la instrucción. (Breve comen-

tario a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre), por José Vicente Gimeno Sendra.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Febrero de 1980

Las separaciones de hecho y la situación de la mujer casada, por Enrique Taulet Rodríguez-Lueso, páginas 109 a 142.

El cambio legislativo. Normas de transición y normas de conflicto, por Joaquín M. R. López y Luis Moisset de Espanés, páginas 143 a 149.

Incidencias de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, páginas 151 a 168.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Enero-marzo de 1980

Cotejo con la Escuela Histórica de Savigny (3.ª parte), por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 7 a 47.

El proyecto de Código de Derecho Civil de 1851 y el Derecho Civil catalán, por Pablo Salvador y Coderch, págs. 49 a 98.

La extensión de la culpa extracontractual hacia un carácter social, por José Francisco Valls Gombau, páginas 99 a 131.

La figura jurídica del President de la Generalitat a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, por Carles Viver Pi-Sunyer, págs. 133 a 178.

La simulación en el matrimonio civil, por Luis Arechederra, páginas 179 a 220.

