

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LV ○ Enero-Febrero 1979 ○ Núm. 530

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

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 Goytisolo.
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 Cariñanos.

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», por
ENCARNA ROCA TRÍAS 9

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:

- «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del
Registrador», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO 75

VIDA JURIDICA:

- «II Congreso Internacional de Derecho de Familia», por CATALINO
RAMÍREZ RAMÍREZ 187

JURISPRUDENCIA:

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 193

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI 203
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON-
ZÁLEZ SALINAS 246

LIBROS:

- «Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado», por
JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 273

«Prácticas de Derecho Civil», de RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO y MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, por JOSÉ POVEDA DÍAZ	276
«Las reformas agrarias. De Zapata a Mao-Tse-Tung y la F. A. O.», de JEAN LE COZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	278
«Derecho Fiscal privado», de J. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	286
«Cibernética, informática y derecho», de ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ NUÑO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	290
«Estudios de Derecho civil», de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, por FÉLIX LÓPEZ	294
«El asociacionismo agrario», de ANTONIO SOLDEVILLA VILLAR, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	295
«Las ideas jurídicas de Castán», de L. VALLADARES LANZA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	301
«Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil», de C. DE LA VEGA BENAYAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	305

ESTUDIOS

Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: *Introducción.* I. *La presunción posesoria del artículo 38 LH:* A) Concepto. B) Impugnación de la presunción posesoria. C) Efectos de la presunción posesoria: 1.º Aplicación de la presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil. 2.º Aplicación de la presunción de justo título. 3.º Efectos procesales: a) acción reivindicatoria; b) interdictos posesorios; c) acción de desahucio por precario; d) acción del artículo 41 LH. 4.º Consecuencias de la presunción posesoria con relación a la tradición.—II. *La usucapión y el Registro de la Propiedad:* A) La usucapión *secundum tabulas*: 1.º El justo título. 2.º Presunción de ciertos caracteres de la posesión necesarios para usucapir: a) carácter público de la posesión; b) carácter pacífico; c) carácter ininterrumpido; d) posesión de buena fe; e) el concepto de dueño. 3.º Requisitos. 4.º Efectos: a) facilitación de la usucapión ordinaria; b) cómputo del tiempo.—B) La usucapión *contra tabulas*: 1.º Usucapión que se produce frente al titular inscrito: a) posibilidad de usucapión ordinaria *contra tabulas*; b) medios de interrupción de que goza el titular registral; c) medios del usucapiente para hacer constar su derecho en el Registro. 2.º Usucapión que se produce frente al tercer adquirente del titular inscrito que reúna las condiciones del artículo 34 LH: a) usucapión consumada; b) usucapión a la que falta un año para consumarse; c) usucapión en curso.—C) La *usucapio libertatis*: a) derechos que no llevan aneja la facultad de disfrute; b) derechos que impliquen facultad de disfrute cuando ésta no fuese incompatible con la causa de la prescripción; c) derechos que implican facultad de disfrute y son incompatibles las posesiones cuando sus titulares reúnan las circunstancias de no conocer o no haber tenido motivos racionales para hacerlo la posesión del usucapiente o que se consiente dicha usucapión dentro del año siguiente a la adquisición.—*Bibliografía.*

INTRODUCCION

El primer problema que plantea el estudio del tema de la posesión en sus relaciones con el Registro de la Propiedad estriba en que siendo el Registro un instrumento jurídico destinado a publicar «los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales», es difícil que refleje en sus asientos los hechos jurídicos que recaen sobre las fincas. Y si el Registro de la Propiedad no publica derechos de crédito (salvo el caso

del núm. 5 del art. 2 LH y 14 del Reglamento, en cuanto a este último se le considere verdadero derecho de crédito y no derecho real), mucho menos puede publicar, con todas las consecuencias derivadas de la fe pública registral, un hecho jurídico, como tal, cambiante y sujeto a las circunstancias fácticas de cada momento.

Esta introducción aparece ya como una premisa que va a constituir el punto de partida de este estudio, el que considero la posesión como un hecho que produce efectos jurídicos. Es lo que la doctrina ha denominado *hechos jurídicos*, que en definición de ALBALADEJO son aquellos a los que el derecho positivo liga unas determinadas consecuencias (1). En realidad, la posesión, la relación fáctica del hombre con la cosa, abstracción hecha del título por el que se posee, es algo que queda completamente al margen de la protección registral y ello por varias razones:

1.^a Porque según dice la propia Ley Hipotecaria en su artículo 1, el Registro publica titularidades jurídicas, lo que viene reflejado asimismo en el artículo 2 LH y en sus concordantes del Reglamento.

2.^a Porque el Derecho protege, en principio, cuando se trata de la posesión, la relación fáctica del poseedor con la cosa poseída. Esta situación de hecho que pertenece a la vida real no puede nunca encontrar un reflejo en el Registro.

3.^a Que el concepto posesorio del artículo 432 del Código Civil no puede nunca tampoco reflejarse en el Registro, en cuanto que significa la posición jurídica típica que el poseedor ejercita sobre el objeto, con independencia del título. Se trata, como más adelante aclararé, de la visibilidad posesoria, es decir, que a la vista de los actos del poseedor los demás nos damos cuenta del derecho que está ejerciendo sobre el objeto. Otra cosa distinta será que el artículo 38 LH sustituya el concepto posesorio del Código Civil por la presunción de posesión establecida en dicho artículo de la Ley Hipotecaria, pero esto tendré ocasión de estudiarlo.

4.^a Además, el artículo 430 del Código Civil cuando, al distinguir entre posesión civil y natural, lo hace en base a la intención del que posee, está cualificando la materia posesoria en base a un elemento psicológico, el *animus* que, como tal, no puede tener nunca acceso a un Registro. Lo más que cabría hacer es presumir que este *animus* existe, pero ello no queda establecido en ningún precepto concreto.

El que la materia posesoria como tal no tiene entrada en el Registro de la Propiedad lo demuestra claramente el artículo 5 LH. Este artículo viene a resolver una larga pugna y una situación que se había calificado

(1) No podemos decir que sea un acto jurídico, puesto que éste implica voluntariedad. Ver ALBALADEJO, Manuel: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, págs. 5 y 18.

de puramente original del sistema hipotecario español cuando admitía las inscripciones de posesión. Lo que está diciendo el artículo 5 de la vigente Ley Hipotecaria es que, a partir de la publicación de esta Ley, no se admiten en el Derecho español las inscripciones posesorias.

La inscripción posesoria fue una invención de los hipotecaristas españoles, destinada a salvar la falta de titularidad apta para inscribir la propiedad o los derechos reales. Ello quedaba plenamente justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, donde se decía que «la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les corresponden» era lo que hacía necesario «procurar que a la titulación perdida o nunca formada reemplace una titularidad nueva, lo cual si bien no podía inspirar desde luego tanta confianza ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, acreditará la posesión, y con el transcurso del tiempo y con llegar a ser más antigua que la prescripción más larga, será tan buena y tan segura como la titulación más completa». Los hipotecaristas que comentaron las inscripciones de posesión se las explicaban en base a que la posesión es un hecho que produce una serie de efectos jurídicos, uno de los cuales era la usucapión (2); otros autores entendían que cuando había inscripción de posesión existía en realidad la inscripción de un derecho (3). En el fondo se trataba, como decía la propia Exposición de Motivos, de introducir derechos reales en el Registro cuando faltaba la titularidad, como opinaba GAYOSO ARIAS, para quien la inscripción de posesión era un medio supletorio de llevar al Registro los derechos reales.

Ahora bien, cuando la vigente Ley Hipotecaria sienta la tajante afirmación del artículo 5, ¿se está contradiciendo con lo que explica su propia Exposición de Motivos? En efecto, dice la Exposición de la Ley vigente que «el derecho a poseer (es decir, el *ius possidendi*) es un verdadero derecho real que el Registro debe reflejar y proteger», sin que ello obste a que las situaciones de mero hecho deban permanecer completamente desconectadas del Registro, puesto que llevarlas aquí «equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica completamente extraña a su naturaleza y fines»: subsisten así la *possessio ad interdicta* y la *possessio ad usucapionem* en contra del Registro, con completa independencia de la institución registral. He dicho que las

(2) CALDERÓN NEIRA: *Estudios hipotecarios*, Madrid, 1885, pág. 75.

(3) GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Madrid, 1890, tomo IV, pág. 745. Véase asimismo la obra de GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918, tomo I, pág. 461, quien, comentando ya la Ley de 1909, justifica la posibilidad de inscribir la posesión, dado que el poseedor puede transmitir a otro su derecho por cesión gratuita y onerosa, lo que es absolutamente cierto en virtud de lo dispuesto en el artículo 439 del Código Civil.

palabras transcritas de la Exposición de Motivos se contradicen con lo que se establece en el artículo 5 y en el propio artículo 2 de la Ley, más sus concordantes del Reglamento, por cuanto si el legislador hipotecario considera que el *ius possidendi* es un verdadero derecho real, ¿por qué no se le ofrece la posibilidad de ingresar en el Registro por su propia virtualidad? Porque lo cierto es que en virtud del citado artículo 5 LH, que prohíbe la inscripción de títulos referentes al mero o simple hecho de poseer, ningún Registrador inscribiría un título relativo al *ius possidendi* abstractamente considerado. Lo que ocurre es que el *ius possidendi* como tal no tiene autonomía propia, lo que quiere decir que aparecerá en el Registro como una consecuencia del título de dominio o derecho real que se inscriba. En esto está en lo cierto el artículo 5 LH, puesto que en realidad el *ius possidendi* es una de las facultades derivadas del dominio o derecho real (4) y, por tanto, no puede darse nunca autónomamente considerado, sino que es una de las normales consecuencias de la titularidad inscrita. Al publicar el Registro el título, como una consecuencia del mismo, presumirá el contenido normal de dicho título.

Antes de entrar en la materia objeto del presente estudio quiero hacer una advertencia: se trata de que la posesión es una institución a la que el Registro debe forzosamente aludir, pero que no tiene por qué regular por las razones que he dado hasta aquí. Ello no quiere decir que no existan relaciones de hecho sobre las fincas que, como dice la Exposición de Motivos de la vigente Ley Hipotecaria, quedan al margen por completo de las declaraciones del propio Registro; por tanto, al ser la posesión una materia absolutamente extrarregistral debe regularse por el Código Civil. Es, por tanto, a la dependencia o independencia entre los preceptos del Código y de la Ley Hipotecaria a lo que me referiré a lo largo del presente trabajo. Si bien esto no ofrece demasiada dificultad cuando se trata del estudio de la presunción posesoria del artículo 38 LH,

(4) Hago esta salvedad porque al existir los derechos reales sin posesión de la cosa (hipoteca, ciertos tipos de servidumbres), se me podría acusar de imprecisión.

Sin embargo, últimamente se ha llegado a decir que la posesión «es también un derecho, y como tal derecho puede acceder al Registro con independencia de la titularidad con que se presenta», y se explica su exclusión en la actualidad diciendo que «incorporar la posesión como derecho en el Registro presenta la consecuencia de que siendo el título de la posesión la tenencia de la cosa, se organiza una titulación formal de un derecho fundado en una realidad material y que además, y por tanto, la publicidad de su propia tenencia debe ser superior a la inscripción». Véase ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: «La posesión y el Registro de la Propiedad», *R. D. P.*, 1978, número de junio, pág. 479. Estas afirmaciones parten de una base absolutamente falsa al confundir la tenencia de la cosa (objeto de la posesión) con el título de la misma, en cuyo caso se hace referencia al título del derecho en cuyo concepto se ha adquirido la posesión. Aparte de que olvida el clarísimo artículo 5 LH.

sí lo va a tener en el de la usucapión, que la Ley Hipotecaria facilita en el caso de la denominada *secundum tabulas*, a través de las presunciones establecidas en el artículo 35 LH y puede decirse que tolera en el supuesto del artículo 36.

I. LA PRESUNCIÓN POSESORIA DEL ARTÍCULO 38 LH

A) *Concepto*.—La presunción posesoria del artículo 38 LH es el último paso en todo un proceso que empieza en los proyectos de Leyes hipotecarias anteriores a la definitiva de 1861, continúa con la posibilidad de inscribir la posesión y culmina en la actual redacción del artículo 38, que procede directamente del artículo 41 de la Ley de 1909, con la sustancial reforma que sufrió en 1927.

Si nos fijamos en los precedentes legislativos de la actual regulación podremos observar lo siguiente (5): el Proyecto de Código Civil de 1836, dentro del título relativo a los modos de acreditar en juicio los derechos y obligaciones, contenía el artículo 2.112, en el que se establecía la necesidad de «un registro público donde se anote cada acto de traslación de propiedad de bienes raíces»; el Anteproyecto redactado en 1848 por ANTÓN DE LUZURIAGA coincidía en este tema con las normas que el propio jurista incluyó en el Proyecto de Código Civil de 1851, cuyo artículo 1826 decía que «todo acto entre vivos de mutación o traslación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta, permuta, partición, transacción o cualquier otro se inscribirá en el Registro público», y el artículo 1.831 establecía a su vez la inscripción de los demás derechos reales, añadiendo un párrafo, el octavo, en el que se hablaba de inscribir «cualquier otro gravamen u obligación real» (6). Cuando posterior-

(5) Los textos que aparecen aquí citados están tomados de la obra *Leyes hipotecarias y registrales de España*, publicada por el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para el II Congreso Internacional de Derecho Registral, tomo I, Madrid, 1974, y tomo II, Madrid, 1974.

(6) GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. Edición anastática, Barcelona, 1973. El Proyecto de 1851 contenía varios artículos en los que se hablaba de «obligaciones reales»: el artículo 1.025, al hablar de la clasificación de las obligaciones, contenía la de «obligaciones personales o reales»; el 1.027 decía que «es real la obligación que afecta a la cosa y obra contra cualquier poseedor de ella». GARCÍA GOYENA dice que esta división no se encuentra en el Código Civil francés, pero que convenía recogerla, porque se alude a este tipo de obligaciones en otras disposiciones del Proyecto, como eran los artículos 1.966 y 1.967; en el comentario al artículo 1.027 definía la obligación real diciendo que es aquella que se «da contra el poseedor no por sí mismo, puesto que no contrajo ni se obligó, sino por la cosa que posee y es la obligada. Esto es lo que se verifica en toda acción *real*, cualquiera que sea su origen, y siempre versará sobre la propiedad o dominio, y sus diferentes especies o modificaciones, como las servidumbres, prenda, hipoteca y enfiteusis». De estas dos concordancias puede deducirse que en el comentario al artículo 1.025,

mente, el 1 de marzo de 1858, se aprobó en el Congreso de los Diputados un Proyecto de ley por el que se autorizaba al Gobierno para llevar a cabo la reforma legislativa hipotecaria, este proyecto contenía el artículo 7, en el que se decía: «El Gobierno facultará a los poseedores de derechos no registrados hasta el 23 de mayo de 1845 la inscripción de los mismos en el estado de posesión en que se hallen, con exención de todo impuesto y multa, teniendo en cuenta para ello las circunstancias especiales de la propiedad en algunas provincias de la Monarquía.» Esta disposición fue el precedente directo de las futuras inscripciones de posesión; cuando se discutió en el Congreso la Ley Hipotecaria de 1861 no se planteó ninguna discusión en torno al mantenimiento de las inscripciones de posesión, que se consideraban necesarias, sino que lo único que se discutió fueron los aspectos formales de la misma; en consecuencia, la Exposición de Motivos de esta Ley Hipotecaria la explicaba por la falta de titulación de la mayoría de españoles (7), lo que explicaba el texto del artículo 397 de esta Ley, que decía que «el propietario que careciere de título de dominio inscrito deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión ante el Juez de 1.^a Instancia del lugar en que estén situados los bienes».

Las sucesivas reformas a los artículos 397 y siguientes de la Ley Hipotecaria se referirían al procedimiento por el que debía inscribirse la posesión, pero no atacaron nunca su existencia.

GARCÍA GOYENA parece que confundía acción real con obligación real, por la referencia que hace a los artículos 1.966 y 1.967, que regulaban la prescripción de las acciones reales; pero en el comentario al artículo 1.027 queda clara la doctrina de dicho autor, aparte de que un estudio profundo sobre el tema es imposible en este momento. Hay que añadir, además, que los artículos 1.546, que define el comentario diciendo que «se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual, en retribución de un capital que se recibe en dinero» y la distinción que se da entre acciones reales y personales dentro del mecanismo de los censos, que se establece en el artículo 1.559 del propio Proyecto, cuando se dice que «el censo reservativo sólo produce acción real y únicamente sobre la finca gravada. Sin embargo, es admisible la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas...», se puede ver claramente un caso de obligación real de las que trataba el Proyecto en el artículo 1.027. Si a ello unimos la comparación de estos dos artículos con el 1.709, que al hablar de la renta vitalicia dice que «en el caso de que el deudor de la renta deje de pagarla, no tendrá el acreedor otro derecho, aunque se haya pactado lo contrario, que el de ejecutar judicialmente al deudor para el pago de las rentas atrasadas y para asegurar la prestación de las futuras», puede deducirse de aquí la diferencia que en el Proyecto de 1851 se establecía entre obligaciones personales y reales, categoría que no pasó a la redacción del actual Código Civil.

(7) *Ley Hipotecaria. Reglamento general para su ejecución e instrucción sobre la manera de redactar los documentos públicos sujetos a Registro*. Madrid, 1861, páginas 127-128.

Sin embargo, la reforma hipotecaria que se planteó a principios de este siglo intentó dar un nuevo enfoque a la cuestión de la posesión en sus relaciones con el Registro, manteniendo, eso sí, las inscripciones de posesión, pero introduciendo un nuevo elemento que más tarde habría de dar lugar a la presunción actualmente vigente en el artículo 38 LH; ello sucede en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909. El precedente del artículo 41 LH se encuentra en el artículo 15 del Proyecto de ley presentado por la Comisión encargada de dictaminar acerca de la reforma de la legislación hipotecaria el 16 de febrero de 1909 al Congreso de los Diputados. Este artículo, que no aparecía en el proyecto que se había discutido en la legislatura anterior ante el Senado, decía lo siguiente: «La posesión de inmuebles o derechos reales se presume a los efectos de Código civil en quien los tenga inscritos a su nombre. En consecuencia, el que por cualquier título tenga inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles o derechos reales gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en el título XIV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código Civil.» Este artículo se aprobó sin debate en la sesión correspondiente del Congreso de Diputados, aprobándose definitivamente la Ley en 8 de marzo de 1909. Esta Ley pasó entonces al Senado, donde también se vio refrendada sin discusiones en este punto concreto, siendo sancionada definitivamente el 21 de abril de 1909. La nueva Ley Hipotecaria se publicó el 16 de diciembre del propio año, aunque en el artículo 41 (que reproduce el texto del art. 15 del Proyecto) se omitió la referencia al título y libro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aclarándose dicho punto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que completaba la Ley, en el que se decía que el procedimiento a que se refería el artículo 41 LH era el regulado en el título XIV, libro III, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 fue modificado por el Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927, dejando la redacción del artículo en la siguiente forma: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro 2.º del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del mismo

Cuerpo legal. La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio en favor del poseedor.»

El vigente artículo 38 LH (8) modificó, simplificándolo, el anterior artículo 41, y las diferencias esenciales existentes entre ambas disposiciones podemos sintetizarlas de la siguiente forma: la primera redacción del artículo 41 LH ligaba la posesión de un modo absoluto a la inscripción correspondiente, de tal manera que el único legitimado para interponer interdictos posesorios era el titular inscrito. Si bien dicho artículo estaba redactado de manera que establecía una presunción, la protección registral que derivaba de esta presunción era imposible de destruir y, en consecuencia, el titular inscrito tenía a su favor todos los derechos derivados de la posesión, incluida la protección interdictal. Si a ello se une la redacción del segundo párrafo del artículo 41 citado, que concedía los mismos derechos al poseedor inscrito, éste se convertía prácticamente en propietario desde el momento de la inscripción de la posesión, aunque no lo fuera jurídicamente. Todos estos problemas se subsanaron en parte con la nueva redacción dada al artículo 41 LH (9), ya que la presunción, que práctica-

(8) El artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 tiene un claro precedente en el artículo 937 del Código Civil suizo, que dice: «S'il s'agit d'immeubles immatriculés au registre foncier, la presumption du droit et des actions possessoires n'appartiennent qu'à la personne inscrite.» Esta influencia la reconocía asimismo la Exposición de Motivos del Decreto de 1927.

(9) La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927 decía concretamente: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria, correspondiente al artículo 15 del proyecto presentado al Congreso de los Diputados por la Comisión respectiva en 16 de febrero de 1909, fue incluido en la reforma inmobiliaria aprobada por el Senado, sin ninguna justificación explícita, y esta circunstancia unida a la falta de precedentes doctrinales sobre la materia y a la redacción general y equívoca del texto en la Ley de 21 de abril del mismo año, ha provocado un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial.

Atribuyen al legislador los especialistas que han estudiado esta innovación, el deseo de unir estrechamente la propiedad registrada con la posesión efectiva, de tal suerte que la inscripción del dominio y el señorío de hecho marchasen paralelos y que el titular encontrara, por virtud del asiento practicado en el Registro, no sólo expedito el ejercicio de las acciones reales propiamente dichas (reivindicatoria, negatoria, confesoria, etc.), sino extraordinariamente facilitado el juego de los procedimientos interdictales o posesorios.

Tan aventurada orientación, que de un solo golpe destruía las irreductibles diferencias entre posesión y propiedad, llevaba consigo, según las más radicales opiniones, la protección en todo caso del titular registrado como poseedor inconvertible y confería el certificado que acreditase la inscripción el valor de prueba posesoria irrefutable y los efectos de una sentencia interdictal.

Frente al propietario, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de títulos más o menos defectuosos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios, sin poder alegar su posesión inmemorial. Justo es decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó en varias ocasiones oponerse a esta arrolladora corriente; pero la letra de la ley prestaba tan poca base a las normas tradicionales, que en las últimas sentencias se reconoce plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al cultivo real del que se creía poseedor legítimo.

mente era *iuris et de iure* en la primera redacción, admitió a partir de la redacción de 1927 prueba en contrario, y si a ello se unía el procedimiento establecido en el artículo 100 RH (10), que constituye el precedente del actual artículo 41 LH, hay que deducir que a partir de 1927 el titular registral era sólo un poseedor con mejor derecho a poseer (11); ello quedaba claramente reflejado en la remisión que el artículo 41 LH hacía al artículo 445 del Código Civil, con lo que el artículo 41 LH estaba presuponiendo un conflicto entre la posesión efectiva del titular registral y la del

Tampoco se presta el moderno matizado del concepto de propiedad a las aventuradas deducciones que se combaten. Los deberes del propietario, aunque no se acepte la teoría que ve en el dominio una función social y pública, adquieren cada vez mayor relieve en la legislación y resulta anticuada toda norma jurídica que permita romper la relación entre el dueño y la tierra, resucitar pretensiones arcaicas o derivadas de organizaciones territoriales extinguidas y amparar, frente al cultivador del suelo, los derechos secularmente dormidos, sobre la almohada de la inscripción en las Contadurías y Registros.

En fin, la acción social agraria, de innegable intensidad en estos últimos tiempos, sin desconocer el derecho del propietario, vuelve su vista a las familias que han laborado la tierra y procura armonizar las contradictorias pretensiones apoyadas en el título desvirtuado y en la posesión viva y fecundante.

Por estas razones, el texto del repetido artículo 41 debe volver a sus cauces técnicos: si está inscrito en el Registro un derecho a favor de cualquier persona, se presume que le pertenece y que ha engendrado, en lo procedente, la situación posesoria respectiva.»

(10) El artículo 100 del Reglamento Hipotecario se redactó de nuevo por el Real Decreto-ley de 19 de julio de 1927. La redacción del artículo 100 en el Reglamento Hipotecario de 1915 decía lo siguiente: «El procedimiento a que se refiere el artículo 41 de la ley es el regulado en el título XIV del libro III de la de Enjuiciamiento Civil», y el artículo 100 en la redacción de 1927 estableció lo siguiente: «Quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión podrá solicitar, con arreglo a los artículos 2.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posesión judicial aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir.

Si a la solicitud presentada se hiciere oposición por algún interesado, el Juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de quince días para que formule por escrito su reclamación.

Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán, sin demora ni publicación de edictos, al que hubiese obtenido la posesión para que las conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días. El procedimiento se tramitará como contencioso, con arreglo a los artículos 1.642 al 1.650, ambos inclusive, de la referida ley, siendo potestativo valerse o no de Letrado y Procurador.»

Sobre los problemas que el transcrito artículo del Reglamento presentaba y los que, a su vez, suscitaba el artículo 41 de la Ley de 1909, reformado en 1927, me remito a la obra de ROCA SASTRE, Ramón M.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1942, págs. 267 y sigs.

(11) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de abril de 1929 decía que «las personas a cuyo favor aparezcan extendidos los asientos del Registro tienen derecho, según los artículos 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, a que se les respete su situación jurídica, con arreglo a los términos de la inscripción, mientras los Tribunales no declaren lo contrario», lo que claramente muestra el establecimiento de la posibilidad de impugnar la presunción registral. Así, el titular registral sólo tenía un mejor derecho a poseer, como se dice en el texto.

poseedor extrarregistral (12). Por otra parte, era lógico que la consideración del titular registral como un poseedor de mejor derecho, siempre que no se demostrara que los términos de la inscripción eran inexactos o que existía un poseedor con mejor derecho (13), comportaba a renglón seguido la presunción de que el titular registral poseía efectivamente la finca, y por esta razón ROCA SASTRE entendía que al titular inscrito le correspondía el ejercicio de los remedios o procedimientos de efectuación posesoria, concluyendo de forma parecida a lo que establece el artículo 937 del Código Civil suizo.

La diferencia entre este artículo de la Ley de 1909 y el artículo 38 de la vigente estriba precisamente en las distintas consecuencias que la presunción posesoria comporta. Sin dejar de ser un efecto del principio de legitimación registral, las consecuencias son bastante distintas, como puede comprobarse en el estudio que efectuó de dicha presunción; pero antes de entrar en el estudio de los efectos hay que determinar la naturaleza de la presunción posesoria del artículo 38 LH.

Frente a la presunción del artículo 38 LH la doctrina ha formulado diversas teorías, que voy a exponer a continuación:

1.^a ANGEL SANZ entiende que la Ley Hipotecaria *presume la posesión de hecho del inmueble*, basándose en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1946 que, referida a una inscripción posesoria efectuada al amparo de la anterior Ley Hipotecaria, decía que se presumía que tiene la posesión real el que la tiene registrada a su favor. SANZ añade que el titular tiene derecho a poseer y puede reclamar si alguien le perturba su derecho, la entrega de la cosa, pero entre tanto se presume que tiene efectivamente la posesión de hecho. Esta presunción, por tanto, según SANZ, es *iuris tantum* y de hecho, aunque añade que el titular registral no puede, en base al artículo 38, utilizar los interdictos si efectivamente no posee (14).

Esta tesis es la mantenida asimismo por COSSÍO, quien entiende que el artículo 24 LH reformada (art. 38 del texto refundido hoy vigente) no sólo contiene una presunción legal de derecho, sino una presunción

(12) No como decía ROCA SASTRE, entre la posesión civilísima del titular inscrito y la material del poseedor contendiente. Ver *ob. cit.*, pág. 289.

(13) La referencia al artículo 445 del Código Civil creemos que era errónea y se prestaba a muchas confusiones, porque podría ocurrir que ambos contendientes tuvieran título.

(14) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, págs. 500 y 497. Véase asimismo NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Fe pública registral», *RDN*, núm. 20, pág. 55, donde dice que «el artículo 38 establece que 'de igual modo se presumirá' que el titular registral del dominio tiene también la posesión. O lo que es lo mismo, el dominio inscrito equivale *iuris tantum* a la posesión actual, coetánea y paralela del dominio».

legal de hecho, y de aquí deduce que el Registro no crea una posesión privilegiada, sino que se limita a conceder al titular una ventaja procesal en cuanto le releva de la carga de la prueba; queda en pie, por otra parte, la cuestión de cuál sea el procedimiento a utilizar por el titular que no posee para convertirse en poseedor real y efectivo, cuando la aludida presunción no se ajuste a la realidad, aunque en este caso COSSÍO entiende que no cabe hablar de inexactitud registral, dado que la posesión es un hecho que el Registro puede presumir, pero no reflejar (15).

2.^a MARTÍNEZ CORBALÁN entiende que el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 LH es el *ius possidendi*, basándose, por una parte, en las palabras de la Exposición de Motivos, ya que «la Ley quiere destacar frente a la presunción jurídica de la existencia del derecho la presunción de su ejercicio que se concentra fundamentalmente en el derecho a poseer» y, por otra parte, en la naturaleza de tal facultad dominical. MARTÍNEZ CORBALÁN critica la tesis anteriormente expuesta porque considera que el Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren a su titular el derecho a poseer presupone, con presunción *iuris tantum*, que el derecho existe y, además, que su titular inscrito lo ejerce poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho, lo que se concreta en el artículo 38 LH, que establece la presunción cuando el derecho inscrito sea perfecto: *ius possidendi*, y en el artículo 35 LH cuando el Registro sea inexacto, en cuyo caso concede al titular registral la posibilidad de usucapir *contra tabulas*.

Este autor concibe, además, la presunción del artículo 38 LH como complemento del derecho inscrito, refiriéndose al ejercicio del mismo, y concluye que «la presunción posesoria del artículo 38 o se refiere al *ius possidendi* o (caso de estimarse que esto implica una redundancia superflua porque presumiendo el derecho en sí se entienden presumidas todas y cada una de las facultades que lo integran) representa una supervivencia absurda y perturbadora».

En un escrito anterior el propio autor había sostenido que la presunción del artículo 38 LH se refería «al derecho a poseer, al *ius possidendi*, como básica para el aprovechamiento económico de la cosa» (16).

Otro autor que está de acuerdo con la opinión de MARTÍNEZ CORBALÁN es AZPIAZU, quien opina que esta presunción debe referirse al *ius possidendi*, emanación y facultad del dominio», añadiendo que «si se

(15) COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona 1945, págs. 99 y 107.

(16) MARTÍNEZ CORBALÁN: «Más sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1946, pág. 521. Ver también, del propio autor: «La reforma de la Ley Hipotecaria. Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores», *RCDI*, tomo XIX, 1946, pág. 108.

refiriese al hecho de la posesión sería facilísimo destruirla por la prueba en contrario, ya que casi siempre que se acude al procedimiento del artículo 41 LH es que el actor no tiene la posesión de hecho a los solos efectos de recabarla» (17).

También VILLARES PICÓ considera que el titular del dominio inscrito tiene a su favor la presunción de que está en poder de la facultad de goce o *ius possidendi* (18).

3.^a Otra opinión acerca de la naturaleza de la presunción del artículo 38 LH es la manifestada por LACRUZ, para quien lo que presume la Ley Hipotecaria no es el hecho de la detentación en un instante determinado, sino simplemente *la posesión civil en el sentido de los artículos 430 y siguientes del Código Civil* (19).

4.^a Una última opinión es la manifestada por ROCA SASTRE, para quien el artículo 38 LH presume el ejercicio efectivo del derecho, puesto que no cabe desligar la presunción de posesión de la de existencia del derecho del propio artículo 38; sigue diciendo ROCA que la esencia de la presunción del artículo 38 LH no se reduce «en la manifestación del *ius disponendi* ni tampoco en una simple situación posesoria, sino que está ligada al derecho inscrito y su presunción parece con este derecho» (20). Añade que más que una presunción el artículo 38 contiene una norma de carácter material, consistente en reputar al titular registral de un derecho como poseedor del mismo (21), para concluir que ello constituye un supuesto de *posesión civilísima*, concepto que ya había utilizado este autor en una obra anterior y con referencia a la presunción del antiguo artículo 41 LH (22).

Después del resumen de las doctrinas expuestas por los hipotecaristas y los civilistas, debe decirse que, excepto la opinión manifestada por LACRUZ, las demás coinciden, aunque difieran en la formulación.

(17) AZPIAZU: «A manera de réplica», *RCDI*, 1947, pág. 18.

(18) VILLARES PICO: «La posesión y el Registro», *RCDI*, 1947, pág. 442.

(19) LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 228. Ver también la obra *Derecho inmobiliario registral*, escrita en colaboración con Francisco de A. SANCHO REBULLIDA, Barcelona, 1968, página 184 y nota 3 de la misma página, donde refutan las tesis de ROCA y de SANZ.

(20) ROCA SASTRE, Ramón M.: *Derecho hipotecario*, 6.^a ed., Barcelona, 1968, tomo I, págs. 403 y sigs.

(21) Esta afirmación no es cierta, por cuanto el artículo 38 LH se refiere a la posesión de la finca sobre la que recae el derecho real y no a la posesión del propio derecho real.

(22) Esta afirmación parece recogerla la sentencia de 3 de mayo de 1963, cuando dice que «es doctrina legal reiteradísima que el título de dominio inscrito en el Registro acredita debidamente la posesión legal con los caracteres de civilísima, legalmente exigidos para poder promover el juicio de desahucio contra el poseedor material sin título y sin pagar renta».

Por ello creo que debe replantearse la cuestión, porque en realidad *el artículo 38 LH presume que se posee en el mismo concepto que está incorporado al título inscrito*. Lo que hay que hacer es relacionar el concepto posesorio con la presunción del artículo 38 LH; no es cierto que el artículo 38 esté presumiendo siempre la posesión civil, puesto que ello depende fundamentalmente del derecho que aparezca inscrito. Por ello puede decirse que la redacción del artículo 38 LH no es demasiado precisa, ya que si bien al referirse a la presunción de existencia del derecho lo hace con referencia a los derechos reales en general, cuando establece la presunción posesoria distingue entre dominio y derechos reales, pero está redactado de tal manera que parece referirse al dominio (como titularidad) del derecho real correspondiente y no a la disyuntiva actualmente vigente propiedad-derechos reales. No puede hablarse, pues, de dominio de los derechos reales (23), sino de dominio y derechos reales.

Como dice muy bien LACRUZ, esta presunción se refiere a aquellos derechos reales susceptibles de posesión, pero esta afirmación hay que matizarla en el sentido de que no todo derecho comporta posesión de la cosa, y que ello es cierto puede comprobarse con los siguientes supuestos que a continuación propongo:

- a) En el usufructo el usufructuario posee la cosa: cuando deja de poseer por cualquier causa, lo que sigue poseyendo es el derecho.
- b) El propietario de un inmueble arrendado posee el derecho de propiedad, pero no el objeto material sobre el que dicho derecho recae.
- c) El ejemplo de LACRUZ de la servidumbre negativa es el típico caso en el que inmueble sobre el que recae la servidumbre no es poseíble, pero sí lo es el derecho de servidumbre; lo propio ocurrirá con el derecho real de hipoteca. Y pasando a otro plano puede decirse que se posee el derecho de crédito, pero no se le ocurre a nadie decir que en este caso se posee la cosa sobre la que recae la obligación.

En resumen, pues, puede decirse que pueden poseerse todos los derechos (en el bien entendido que nos referimos siempre a los derechos patrimoniales, dejando aparte la problemática de los derechos derivados de las relaciones familiares, derechos de la personalidad, etc.), y ello en el sentido a que se refiere el artículo 437 del Código Civil, pero no todos los derechos comportan posesión efectiva de la cosa: en unos casos por-

(23) Si la redacción del artículo fuese la que se desprende de sus palabras tendría razón el profesor LACRUZ, pero esta redacción comportaría una subversión de los conceptos jurídicos. Véase también, a mayor abundamiento, GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, pág. 741.

que está disociada: la posesión y la tenencia, y en otros, como en los derechos de crédito, porque no existe un *ius in re* (24).

A la vista de lo anterior debo decir que en el artículo 38 LH están contemplados dos supuestos distintos: *a)* el dominio y derechos reales que comportan una relación física con la cosa, y *b)* los derechos reales que no comportan esta relación física. Por otra parte, habría que deducir de la lectura del artículo 38 LH y en una primera interpretación gramatical que las palabras «de los mismos» que aparecen al final del primer párrafo se refiere a la palabra «dominio» y también a la expresión «derechos reales», con lo que la afirmación del segundo inciso del primer párrafo constituiría una redundancia relacionada con la presunción de existencia, establecida en el inciso anterior, puesto que se presumiría la posesión de los derechos: pero dicho párrafo hay que entenderlo en el sentido de que la expresión «los mismos» puede interpretarse de distintas formas, según se entienda que se refiere a posesión de cosas inmuebles a través del dominio y demás derechos reales que comportan posesión de los mismos, o bien de simple posesión de derechos, sin relación física con la cosa: esta última interpretación sólo podría predicarse de aquellos derechos reales que no comportan detentación (25). En definitiva, cuando se refiere a inmuebles la expresión «los mismos» se refiere a posesión, y cuando se refiere a derechos reales que no llevan consigo detentación de la cosa se referirá a la posesión del derecho o cuasi-posesión (26).

Esta última interpretación es importante cuando se trata de establecer el verdadero sentido de la presunción posesoria del artículo 38 LH, dado que *el artículo 38 traslada al campo tabular el concepto posesorio, entendido como visibilidad posesoria; es decir, que la situación jurídica típica que se ejercita sobre el objeto, que normalmente vendría dada por los actos del poseedor, queda sustituida por la inscripción*. La inscripción va a dar la medida de la presunción, dado que el artículo 38 establece que la extensión del derecho real va a quedar conformada por la titularidad formal: *el Registro presume en consecuencia que el titular que tiene inscrito su derecho ejerce sobre el objeto («inmuebles») los derechos típicos derivados del contenido del título inscrito*.

(24) Para ilustrar la discusión acerca de la naturaleza de la cuasi-posesión, puede consultarse el Apéndice a la Partida 3, título 30, redactado por Ignacio SANPONTS, MARTÍ DE EIXALÀ y SUBIRANA, en la edición de las *Partidas* publicada en Barcelona en 1844, págs. 842 y sigs.

(25) Entiendo que la posesión únicamente puede referirse a cosas y que la cuasi-posesión se refiere a derechos, de acuerdo con la interpretación que históricamente se nos ha ofrecido. Sin embargo, para mayor claridad, en el texto hablo sólo de posesión de cosa y posesión del derecho real sobre la cosa.

(26) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, Pamplona, 1971, págs. 834-835.

A efectos legitimadores, el alcance de la posesión vendrá conformado por el título inscrito. Si bien es cierto que el concepto posesorio viene proporcionado siempre por la actuación real y efectiva del titular y nunca por la inscripción, lo que ocurre es que el Registro va a presumir que sobre aquel inmueble se ostenta el concepto posesorio derivado o configurado en el título inscrito; en consecuencia, el artículo 38 LH, al establecer esta presunción, invierte claramente la carga de la prueba; coloca al titular en una posición muy cómoda, por cuanto la Ley va a presumirle, por el simple hecho de haber inscrito, que el concepto posesorio propio del título lo está ejerciendo realmente sobre el inmueble o que por lo menos está en situación de poder hacerlo, debiendo probar la afirmación contraria quien se oponga a ello. Esto es claramente contrario a lo que establecía el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 en su primitiva redacción. De todos modos, debe advertirse que el artículo 38 LH deja intacta la realidad extrarregistral, dado que posee quien efectivamente posee, como dice ROCA SASTRE, sin que el Registro cree una nueva presunción *iuris et de iure* indestructible; por ello, el artículo 36 LH prevé la posibilidad de que se produzca una usucapición *contra tabulas*, ya que puede existir un poseedor real en concepto de dueño distinto del titular inscrito.

Puede añadirse que en el artículo 38 LH se plantea [como va a ocurrir en el art. 36, párrafo b), LH] un conflicto entre dos formas distintas de tutelar la apariencia jurídica: la posesoria y la tabular, y por ello resulta muy difícil establecer el verdadero alcance de la apariencia tabular, por cuanto va a incidir de lleno en una realidad que normalmente ha venido manifestándose a través de otro sistema tutelador de la apariencia como es la posesión (26 bis). Sin embargo, no puede hablarse de un antagonismo entre el sistema de publicidad del Registro y el sistema de publicidad de la posesión, puesto que la legitimación no se superpone a la posesión en el artículo 38 LH (27).

(26 bis) Ultimamente se ha puesto reiteradamente de relieve la vertiente de publicidad que tiene la posesión. Así se reconoce en la obra que he citado de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ y en la de DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Apariencia jurídica. posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, donde dice, entre otras cosas, que «la exteriorización en que consiste la posesión tiene un valor empírico en sí misma considerada, ya que en no pocas ocasiones se la identifica socialmente con la titularidad del derecho a que aparentemente responde. De manera que el hecho de que una persona *posea* a ciencia y conciencia de los demás miembros de la colectividad no da lugar de ordinario a que estos últimos se formulen juicios o valoraciones sobre su correcta o incorrección jurídica» (pág. 38).

(27) Por ello no son ciertas las afirmaciones que en este sentido hace ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pág. 474, porque de ellas se deduce la idea de que la legitimación registral atribuye un derecho a poseer. Ello se desprende de la afirmación de que «el titular registral en virtud de la publicación de su derecho por el Registro, que todos pueden conocer, es lógico que goce de un ámbito de poder jurí-

B) *Impugnación de la presunción posesoria*.—Un problema que se presenta como derivado de la naturaleza de la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es el de establecer si es posible destruir la presunción posesoria sin atacar la inscripción, es decir, sin aplicar el segundo párrafo del propio artículo 38. Con referencia a este punto, dice ROCA SASTRE que quien pretenda desvirtuar la presunción posesoria del artículo 38, 1.º, LH, «debe atacar simultáneamente la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito, de la cual es derivación lógica» (28); LACRUZ, por su parte, dice que «mientras no se impugne la inscripción, la presunción sigue vigente, y el hecho de que el titular registral no sea poseedor no hace inexacto el Registro, por cuanto el Registro no publica la posesión y se limita a presumirla», y añade que «mas es preciso que ésta sea nula o en algún modo impugnabile; si no lo es, aunque el titular no posea, no cabrá evitar la vigencia de la presunción» (29).

Respetando la opinión de estos autores, debo decir que difiero sustancialmente de la misma, ya que de sus afirmaciones se deduce que sólo examinan la presunción posesoria con relación a una determinada categoría de derechos reales consistente fundamentalmente en el dominio, pero puede ocurrir que la posesión esté atribuida válidamente a otra persona que además tenga un título que la acredite como poseedor de mejor derecho que el propietario. Pueden existir varios casos:

- a) Que se posea en virtud de un derecho real limitativo del dominio que comporte posesión del inmueble: por ejemplo, el usufructo.
- b) Que se posea en virtud de un derecho personal o de crédito: por ejemplo, el comodato o un arrendamiento no inscribible.
- c) Que el poseedor lo sea porque haya adquirido el derecho real correspondiente a través de una usucapión *contra tabulas*.

De todos los supuestos enumerados creo que sólo debe aplicarse el procedimiento del segundo párrafo del artículo 38 LH en el señalado con c). Explicaré lo que quiero decir con esto: en cualquier caso en que lo que niegue el contradictor sea la titularidad inscrita y pretenda introducir una nueva titularidad, perfectamente incompatible con la ya exis-

dico (legitimación) para poder ejercitar *prima facie* las facultades anejas al derecho que el Registro publica», unido ello a su pregunta sobre «quién tiene mejor derecho a poseer: quien tiene la cosa en concepto de dueño o su titular registral». Ello no es cierto dado que el artículo 38 LH simplemente *presume* que el titular registral posee, no le otorga un derecho a poseer, dado que está preveyendo la posibilidad de que pueda existir un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral.

(28) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, cit., pág. 405.

(29) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, págs. 183-184. En este mismo sentido, véase ATARD GONZÁLEZ, Rafael: «La posesión en la legislación hipotecaria española», *AAMN*, tomo III, 1946, pág. 83.

tente, debe aplicarse el segundo párrafo del artículo 38 LH. Esta afirmación puede deducirse de la propia redacción de dicho párrafo cuando dice que «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos... sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente». Ello queda perfectamente claro por cuanto lo que hace el contradictor de la inscripción es contradecir la presunción de exactitud del Registro, manifestada de forma clara cuando el primer inciso del artículo 38, 1.º, presume la existencia del derecho inscrito y su pertenencia al titular, en la forma determinada en la inscripción (30). Puede ocurrir, pues, que el contradictor persiga la finalidad de que el Tribunal declare a su favor la titularidad de un derecho real compatible con el ya inscrito, en cuyo caso no se aplicará el párrafo citado. Pero ¿qué ocurre con la posesión? Al permitir las anteriores leyes hipotecarias la inscripción de posesión, parecía claro que, aun estando inscrito el dominio, pudiera pedirse la inscripción de posesión, aunque algunos autores habían negado esta posibilidad (31); pero presumiendo la vigente Ley que el titular está en situación de ejercer efectivamente sobre el objeto los derechos derivados del título, no veo lógica la postura de los autores que entienden que cuando se contradice únicamente la presunción de posesión, por existir un tercero con mejor

(30) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, pág. 177. Véase asimismo las sentencias de 22 de septiembre de 1965 y 23 de abril de 1949.

(31) A favor de esta tesis, CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, pág. 77, diciendo que «inscrito el dominio, está virtualmente inscrito el derecho de poseer y, como consecuencia, la ley presume la existencia del hecho que se deriva de tal derecho, presunción *iuris et de iure* en cuanto a terceros (art. 35) mientras en el Registro no aparezca la posesión de otro», añadiendo en la página 83 que si «inscrito el dominio. ¿será obstáculo este principio para inscribir la posesión a nombre de una tercera persona?» (se está refiriendo al principio de que inscrito un derecho en el Registro, no puede inscribirse ninguna enajenación del mismo si no la verifica la persona a cuyo favor está inscrito, es decir, al tracto sucesivo), CALDERÓN contestaba a la pregunta anterior diciendo que «la posesión es un hecho que supone el ejercicio de hecho de un derecho, sin que esto implique que al poseedor corresponde el derecho; por tanto, el derecho y su posesión pueden pertenecer a personas distintas. En consecuencia, inscrito el dominio, puede inscribirse la posesión en favor de persona diferente y viceversa», exponiendo a continuación una serie de situaciones en las que puede encontrarse la situación posesoria de la finca: 1.ª, que esté inscrito el dominio y pretenda inscribirse la posesión, cosa que consideraba plenamente factible, porque se desvanece la presunción de posesión; 2.ª, si inscrita la posesión, puede inscribirse el dominio en favor de otra persona, dando una solución afirmativa, y 3.ª, si inscrita la posesión, es inscribible otra vez en favor de persona diferente, cosa que considera imposible porque no pueden existir dos posesiones a la vez sobre la misma cosa.

En contra de esta tesis, véase GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo II, pág. 341, preguntándose «qué ocurre si inscrita la posesión se presenta un título traslativo de dominio, en que el transferente no sea quien la tiene inscrita a su favor. El Registrador debe negarse a admitirlo».

derecho a poseer, debe impugnarse a la vez la inscripción. Creo que el título inscrito da el alcance y contenido de la posesión, y por ello el segundo inciso del primer párrafo del artículo 38 LH es una consecuencia de la presunción de existencia y, sobre todo, de la de pertenencia (32); pero la presunción posesoria no comporta la presunción de la existencia del derecho (entre otras cosas porque, como he dicho, la posesión es un hecho), sino que comporta la de la posibilidad de ejercicio del mismo. Puede ocurrir que existiendo el derecho y siendo exacto el contenido del Registro, por cuanto, además, el derecho pertenece al titular en la misma forma en que aparece en la inscripción, sin embargo, su titular no pueda ejercitarlo con plenitud de facultades o al revés, que aparezca con menos facultades que las que en realidad tiene, ya porque el derecho dominical se halle modificado por la existencia de un derecho real limitativo del dominio o bien por la de un derecho personal, derivado de una relación contractual (arrendamiento, comodato), en cuyo caso no es posible darle entrada en el Registro.

Cuando, dejando intacta la titularidad inscrita, se persiga simplemente el limitarla o conformar el ejercicio del derecho inscrito tal como existe en la realidad y, consecuentemente, de modo distinto a como en el Registro aparece conformado, no hay necesidad de atacar la misma inscripción, porque esto debe hacerse, como dicho antes, cuando se ataca el título inscrito. En consecuencia, la conclusión a que debe llegarse es la de que *se puede atacar el alcance posesorio del derecho real inscrito, sin que sea necesario atacar la propia inscripción, estableciendo que dicho alcance no está de acuerdo con la realidad*; debe impugnarse, pues, la inscripción cuando se contradiga el derecho inscrito, pero nunca cuando dejando intacto este derecho lo que se pretenda sea establecer su verdadero alcance posesorio. Sería, por otra parte, contradictorio exigir la petición de nulidad o cancelación de la inscripción cuando el contradictor está reconociendo que el derecho del titular existe y le pertenece, y precisamente por esto se pide la constancia de otro derecho real, perfectamente compatible con el ya inscrito.

Después de estas conclusiones estamos en condiciones de estudiar los supuestos que enumeraba al plantear el problema:

1.º *Que estando inscrito el dominio se pida la inscripción de un derecho real limitativo del mismo, como enfiteusis, usufructo, servidumbres, etcétera. Si se llega a inscribir se transforma la presunción posesoria, por-*

(32) En el sentido de que quien aparezca como titular tabular es quien tiene la facultad de disposición del derecho inscrito, que se entiende y presume como existente.

que al titular del derecho real inscrito se le presumirá la posesión y al dueño la posesión de su derecho de propiedad.

2.º Que estando inscrito el derecho real limitativo del dominio se pretenda inscribir a nombre de una persona distinta del titular el dominio, pero reconociendo el derecho real limitativo en favor de quien lo tenga inscrito. La consecuencia será la misma que en el supuesto anterior (33).

3.º Que el derecho que comporta posesión sea de tipo personal (arrendamiento, comodato, etc.), que salvo en el supuesto del párrafo 5.º del artículo 2 LH no puede tener una constancia registral. El Registro en este caso presumirá siempre la posesión efectiva en cabeza del titular registral cuando en realidad no posee el inmueble, sino el derecho. La presunción será siempre contraria a la realidad y podría comportar incluso una verdadera injusticia por cuanto el titular inscrito goza siempre de la posibilidad de interponer la acción real del artículo 41 LH. Sin embargo, en este caso, le queda al verdadero poseedor la posibilidad de oponerse al ejercicio de esta acción en base a la regla de oposición segunda del citado artículo 41 LH.

C) *Efectos de la presunción posesoria.*—He dicho al comienzo de este trabajo que la materia posesoria debe quedar regulada por lo dispuesto en el Código Civil, dado que la Ley Hipotecaria no tiene por qué regularla de forma distinta; en consecuencia de ello hay que aplicar al titular registral las mismas consecuencias que el Código atribuye al poseedor, aunque convenientemente matizadas, por la especial naturaleza de la presunción del artículo 38 LH:

1.º *Presunción de buena fe del artículo 434 del Código Civil.* Como consecuencia de la misma debe entenderse que el titular registral posee de buena fe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 433 (34). Esto será muy importante en relación con la percepción de frutos, puesto que el artículo 451 es una de las consecuencias más importantes derivadas de la citada presunción. Pero surge una cuestión en este punto cuando se trata de presumir la buena fe de un titular registral: ¿esta buena fe debe referirse al ámbito puramente registral o, por el contrario, debé aplicarse al poseedor el artículo 433 del Código Civil? Digo esto porque si se refiere al ámbito puramente registral, la buena fe consistirá en la ig-

(33) Imaginemos que quien aparece en el Registro como usufructuario llega a adquirir la nuda propiedad, pero no inscribe su título; existirá aquí una clara discrepancia entre Registro y realidad, puesto que el Registro sigue presumiendo el concepto posesorio de acuerdo con el derecho real que aparezca inscrito.

(34) Ya se verán las consecuencias que ello comporta en relación a la aplicación del artículo 35 LH.

norancia de la inexactitud registral y el artículo 433 del Código Civil la concibe como la ignorancia de que exista realmente un vicio en el título o modo de adquirir. Si bien es cierto, como dice ALBALADEJO (35), que la posesión de buena fe se basa en un error, uno será un error registral y el otro lo sería extrarregistral. Si bien el planteamiento parece a primera vista interesante, creo que en el fondo la cuestión de la distinción entre estos dos tipos de error no ofrece demasiada relevancia: en efecto, la buena fe consistente en desconocer que el contenido del Registro es inexacto da lugar, unida a las demás circunstancias del artículo 34 LH, a una adquisición *a non domino*, y, por tanto, aunque después el adquirente llegue a conocer el vicio del título base de su adquisición, ya es propietario y posee como tal y, por tanto, de buena fe, dado que conoce que se ha producido a su favor la citada adquisición y que su título era perfectamente válido. Si no se dan las circunstancias del artículo 34 LH y el adquirente inscribe, se le presumirá asimismo la buena fe, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 LH, a los efectos de la usucapión *secundum tabulas*.

Pero ¿es posible que quien adquirió de buena fe, de acuerdo con el contenido del Registro, devenga poseedor de mala fe? Cuando la adquisición se produce en virtud del mecanismo del artículo 34 LH, aunque después se llegue a conocer la inexactitud registral, de todos modos se ha producido una adquisición firme, por lo que se posee no en virtud de un título derivativo, sino originario, y el convencimiento de la validez de este título legitima la buena fe de la posesión. Cuando en el momento de adquirir existe buena fe, pero no concurría alguna de las circunstancias del artículo 34 LH, puede ocurrir que el poseedor, inicialmente de buena fe, devenga en poseedor de mala fe por llegar al convencimiento de que «en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide»; en este caso habrá que aplicar la disposición del artículo 435 del Código Civil, por lo que si este titular estaba usucapiendo *secundum tabulas*, por ejemplo, dejará de operar dicha presunción a los efectos de lo dispuesto en el artículo 35 LH.

Una última cuestión que se plantea con relación a la materia de la buena fe es la de que el artículo 38 LH no cubre la buena fe del tercer adquirente posterior porque la mecánica registral consiste en la protección frente a derechos reales no inscritos, pero no frente a situaciones de hecho, a las que no se extiende la protección registral. Al ser la posesión un hecho jurídico y presumirla el Registro, está estableciendo una presunción de hecho que no garantiza al tercer adquirente que el titular re-

(35) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1974, pág. 58.

gistrar esté realmente poseyendo. Por ello el artículo 36 LH, en relación con la usucapción *contra tabulas*, exige en el adquirente del titular usucapido una diligencia especial para que el Registro pueda mantenerle en su adquisición, puesto que si bien en principio se ha producido una adquisición acorde con los requisitos establecidos en el artículo 34 LH, la existencia de un hecho obstativo que no puede aparecer en el Registro no puede asegurar que el titular inscrito posea realmente y en el concepto que puede deducirse del título inscrito.

2.º *Presunción de justo título.* En relación con este tema, VALLET DE GOYTISOLO (36) entiende que «la presunción del artículo 38 LH es una presunción *prima facies*. Que cae si se demuestra que otra persona posee en concepto de dueño con más de un año de antigüedad, en cuya hipótesis la presunción del artículo 448 del Código Civil se impone».

Creo que esta afirmación es ciertamente precipitada, porque lo primero que debe estudiarse en este punto es qué es lo que realmente presume el artículo 448 del Código Civil. Según VALLET, este artículo «sienta en favor del poseedor en concepto de dueño una presunción de dominio o de titularidad real, pero enraizada en el acto adquisitivo», añadiendo que «se presume que el poseedor en concepto de dueño adquirió legalmente el dominio» (37). BADOSA COLL, por su parte, dice que el artículo 448 del Código Civil «en realidad lo que establece es una presunción de existencia del derecho a poseer correspondiente al concepto en el que se posee. El artículo 448 significa, pues, que se presume que el poseedor es titular del derecho, en cuyo concepto posee», añadiendo que «ambos puntos, presunción de la existencia del justo título (en el sentido de hecho jurídico) y presunción de la existencia del derecho correspondiente al concepto posesorio, se reúnen en una sola presunción de justo título eficaz» (38).

A la vista de estas dos concepciones, que coinciden en lo fundamental, creo que hay que entender que la presunción de justo título para el titular inscrito no hay que derivarla de la presunción posesoria del artículo 38 LH, sino de la de existencia del derecho, contenida en el párrafo 1.º del propio artículo 38. Es de aquí de donde el artículo 38 LH deduce el derecho a poseer del titular inscrito y precisamente en el concepto que se desprende de dicho título. Así, pues, *en el sistema hipotecario, de la presunción de existencia del derecho se deduce la presunción de posesión y no al revés, como ocurre en el Código Civil.*

(36) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», en *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1973, págs. 342 y sigs.

(37) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 341.

(38) BADOSA COLL, Fernando: *Justo título*, Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971, pág. 686.

Ahora bien, la posesión es un hecho jurídico que vive como tal al margen del Registro, y puede ocurrir que o bien el titular registral haya invertido su concepto posesorio, o bien que un tercero esté usucapiendo (y, por tanto, poseyendo en concepto de dueño) frente al titular registral. Qué ocurre en estos supuestos?

a) En el caso de que el titular registral haya invertido el concepto posesorio hay que decir que, en principio, le afecta la presunción del artículo 436 del Código Civil, en el sentido de que se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió. Pero puede ocurrir que el titular registral cambie el concepto en que posee «por efecto de una mutación del *animus* adecuadamente exteriorizada» (39). Ello puede ocurrir bien porque de forma unilateral se cambie el concepto en que originariamente se poseía, o bien porque este cambio lo efectúa unilateralmente el propio poseedor. Este último supuesto ha sido considerado por algún autor como un acto antijurídico que tiene unas características similares al despojo, pero lo cierto es que la doctrina española ha venido admitiendo de forma unánime la posibilidad de la inversión del concepto posesorio, por acto unilateral del poseedor. Ocurrirá, pues, que se ha producido una inversión del concepto reflejado en el título inscrito, bien por un acto bilateral no inscrito (40), bien por un acto unilateral; en estos casos debe concluirse que el justo título se va a presumir en quien efectivamente posee en concepto de dueño, con independencia de las proclamaciones registrales (41).

b) Cuando existe un tercero que esté usucapiendo *contra tabulas*, quiere decir que posee en concepto de dueño, por lo que en este caso la proclamación registral es totalmente inexacta y en consecuencia no favorecerá al titular la presunción del artículo 448 del Código Civil. Sin embargo, debe decirse que la presunción del artículo 38 LH no puede servir de base a la usucapición, puesto que, como veremos, el artículo 35 LH parte de una base distinta.

3.º *Efectos procesales.* Se concretan en cuatro puntos: a) la posibilidad de interponer la acción reivindicatoria; b) la posibilidad de inter-

(39) MORALES MORENO, Antonio: *Posesión y usucapición*, Madrid, 1972, pág. 101.

(40) Piénsese en una compraventa en la que la tradición se efectúa a través del *constitutum possessorium*.

(41) Sin embargo, no me parece adecuada la afirmación de VALLET de que cuando la presunción de exactitud registral queda contrarrestada por la del artículo 448 del Código civil: «La consecuencia será que existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral. Quien adquiere de este último no estará protegido por el artículo 34 LH» (*ob. cit.*, pág. 344), y ello no es cierto porque el juego de la fe pública actúa precisamente aquí y el adquirente será verdadero tercero hipotecario, salvo cuando deba afectarle la posesión *ad usucapionem* extrarregistral, de acuerdo con el artículo 36 LH.

poner interdictos poseorios; c) la posibilidad de interponer la acción de desahucio por precario, y d) la posibilidad de ejercitar la acción real del artículo 41 LH.

a) *Acción reivindicatoria*. La presunción del artículo 38 LH es legitimadora e invierte la carga de la prueba; es posible, pues, al amparo de la inscripción, interponer la acción reivindicatoria de dominio, debiendo probar la no titularidad el demandado. Lo que ocurrirá es que al titular registral le resulta más fácil interponer la acción real del artículo 41 LH que accionar mediante la reivindicatoria (42).

b) *Interdictos posesorios*. La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 desconecta totalmente la posesión de hecho «que permanece completamente desconectada del Registro», y como consecuencia de ello afirma que «la *possessio ad interdicta* subsiste con plena virtualidad al no venir condicionada por las declaraciones del Registro. Derivada de la necesidad de mantener la paz pública o de la conveniencia de conservar la continuidad de las relaciones de la vida, se desenvuelve con independencia de la institución registral». Ahora bien, a pesar de estas declaraciones la doctrina no es pacífica en este punto, puesto que los autores sustentan opiniones distintas en orden a la consideración de si, en base a la pura inscripción, se pueden interponer interdictos.

(42) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo I, pág. 416, dice que «si en virtud del artículo 38-1 de la Ley Hipotecaria quien tenga inscrito a su nombre el dominio (u otro derecho real) sobre inmuebles se presume que éste existe y *le pertenece*, evidentemente el titular según el Registro no deberá probar que le pertenece dicho dominio, pues es suficiente que *lo afirme y corrobore* con certificación registral». y PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol 1.º, Barcelona, 1971, pág. 205, dice que «a los efectos del ejercicio de la acción reivindicatoria basta la presunción de que existe el derecho de propiedad inscrito». Sin embargo, ambos autores basan la posibilidad de interponer dicha acción no en la presunción de posesión, sino en la de existencia del primer inciso del primer párrafo de dicho artículo 38 LH.

ALVAREZ CAPEROCHIPÍ niega la posibilidad de que se pueda interponer la acción reivindicatoria a partir de la presunción del artículo 38 LH, porque dice que esta opinión «supone la prevalencia absoluta del titular registral sobre el poseedor, por cuanto que el titular registral puede reclamar el derecho a poseer la cosa con la sola inscripción y en la medida en que no conste el dominio del poseedor, pero supone algo más: desencaja el sentido de las acciones plenas», y se pregunta que cómo van a permitirse los efectos de la cosa juzgada en base a la sola apariencia, llegando a la conclusión de que «la acción plenaria nunca puede ser vehículo que se asiente en la apariencia, sino que su fundamento es la titularidad plena, que deberá probarse» (*ob. cit.*, pág. 484).

A pesar de esta teoría, creo que la opinión mayoritaria es plenamente válida, porque lo que afirman los autores citados, y ésta es la opinión que se recoge en el texto, es que en este caso, *la inscripción invierte la carga de la prueba*, no que produzca prueba plena. Así, la inscripción legitimará para accionar e invertirá la carga de la prueba del mejor derecho a poseer del actor.

ANGEL SANZ, después de declarar, de acuerdo con la Exposición de Motivos citada, que la protección interdictal es totalmente independiente de las declaraciones registrales, añade que «en todo caso disfrutará (el titular) de la presunción de que es poseedor y queda relevado de la carga de la prueba, con lo que puede ejercitar los interdictos sin más que acreditar su titularidad con certificación del Registro» (43); LACRUZ, por su parte, basándose en una interpretación de los artículos de la Ley Hipotecaria, relacionándolos con los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluye que «no hay inconveniente en que el titular registral pueda ejercitar el interdicto sin aportar, en principio, otra prueba que la certificación del asiento» (44).

Sin embargo, otros autores se muestran vacilantes a la hora de admitir la posibilidad de interponer interdictos al amparo de la presunción del artículo 38 LH. Para ATARD, la protección interdictal no tiene eficacia registral fuera del derecho transitorio, ya que «desde el momento en que el titular inscrito goza de una presunción de posesión, no cabe lógicamente atacar al titular, sino atacando el asiento que lo proclama» (45); MARTÍNEZ CORBALÁN separa la posesión del titular inscrito de la del poseedor *de facto*, y con relación a este último entiende que la posesión transcurre por sus cauces civiles «y tanto el titular inscrito, si realmente posee y es perturbado, como el poseedor de hecho, si quiere la posesión conforme al artículo 460, pueden ejercitar los remedios posesorios e interdictales» (46); en otra obra refuerza esta opinión y dice, refiriéndose a los efectos procesales del artículo 38 LH, que «si el titular inscrito entabla el interdicto no podrá basarse en la presunción posesoria del artículo 38 LH para evitarse la prueba que exige el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni el demandado tiene por qué destruir mediante prueba en contrario» (47); ROCA SASTRE parece aceptar también esta tesis, puesto que afirma que la posesión de hecho está completamente desconectada del Registro, citando en su apoyo las palabras de la Exposición de Motivos (48).

Creo que esta segunda posición es la más acertada (49), por varias

(43) SANZ, *ob. cit.*, pág. 501.

(44) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185.

(45) ATARD GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 83.

(46) MARTÍNEZ CORBALÁN: *La reforma de la Ley Hipotecaria, cit.*, pág. 108.

(47) MARTÍNEZ CORBALÁN: *Más sobre los artículos 24, cit.*, pág. 529.

(48) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 406.

(49) Aunque el propio LACRUZ no sostiene con demasiada firmeza su teoría porque considera que si bien, en principio, la prueba de la certificación del asiento debería bastar al titular para interponer el interdicto, añade que la inscripción sólo ayuda limitadamente y que la consideración *prima facie* como despojado del titular registral que no posee, sólo se mantendrá cuando, en efecto, el despojo haya tenido lugar. Ver LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185.

razones derivadas fundamentalmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así el artículo 651 Ley Enjuiciamiento Civil dice que podrá interponer interdictos posesorios quien «se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa»; de aquí puede deducirse que la presunción posesoria del artículo 38 LH no faculta al titular despojado que no posee realmente para interponer interdictos, porque para ello no basta la simple presunción de relación física con la cosa, sino que se requiere la real y efectiva relación fáctica. En la actualidad, la ley concede a todo poseedor la facultad de defenderse contra las intromisiones injustas de terceros, con independencia de título que se alegue para poseer. Esta posibilidad fue una innovación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1853, cuando concedió la posibilidad de interponer interdictos a cualquiera que estuviese en poder de la cosa y fuese despojado de la posesión; superaba con ello esta ley de concepción histórica, según la que, al distinguirse entre poseedor natural (relación material con la cosa, sin ánimo de dueño y en nombre propio) y detentador (no poseedor, poseía en nombre ajeno), no se otorgaba posibilidad de accionar mediante interdictos a este último (50). Pero actualmente y desde esta ley de 1853 que no distinguía entre los distintos tipos de poseedores puede ejercitarlos cualquiera que tenga la posesión efectiva.

Las razones por las que creo que la presunción posesoria del artículo 38 LH no legitima al titular registral para interponer interdictos posesorios son las siguientes:

a') porque la Ley de Enjuiciamiento Civil requiere la *posesión real* (el hecho físico posesorio) sobre el inmueble, pero del artículo 38 LH no puede deducirse esta posesión. El artículo 38 LH se limita a establecer una presunción, que según doctrina comúnmente admitida por los hipotecaristas, es *iuris tantum*, admite prueba en contrario y se limita a presumir una realidad que vive completamente al margen del Registro;

b') porque el interdicto de retener y recobrar (típicamente posesorio) exige una desposesión previa o que el poseedor haya sido perturbado «por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle» (art. 1.651 L. E. C.), lo que se repite en el segundo párrafo del artículo 1.652 Ley de Enjuiciamiento Civil; la prueba, pues, ha de concretarse a este extremo y aun admitiendo la posibilidad de que al amparo del artículo 38 LH se pudiera interponer dicho interdicto, la naturaleza de la prueba exigida en el artículo 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede ser nunca suplida por la presunción del artículo 38 LH;

(50) Véase la glosa de Gregorio LÓPEZ a las leyes de Partida 3, 30, 12, 13 y 14, para las diferentes maneras como se pierde la posesión y la distinción entre poseedor natural, poseedor civil y detentador.

c') por último, los interdictos requieren que se interpongan en el plazo de un año desde la producción del acto que ocasiona el despojo o la inquietación en la posesión. Es imposible basar esta prueba de que se ejercita el interdicto dentro de plazo, ya que el titular inscrito, que hubiese sido inquietado o despojado, si basara su alegación únicamente en la presunción posesoria, no podría acreditar nunca la fecha en que se produjo dicha perturbación, por lo que siempre debería rechazarse la demanda.

El interdicto se basa, pues, en la protección de la relación física hombre-cosa (51), para la protección del orden público, jurídico y tiene su manifestación en el artículo 441 del Código Civil (52); con él se busca únicamente la reposición del poseedor usurpado en su relación con la cosa, con independencia de si esta relación está basada en un título justo o no lo está; para esto, el propio artículo 441 del Código Civil establece que debe acudirse a los tribunales cuando se pretenda la posesión de una cosa que su tenedor se niegue a entregar, siempre y cuando el que lo pretenda tenga derecho a ello. *No se puede, pues, basar el interdicto en una presunción de posesión, porque la presunción posesoria del artículo 38 LH deriva de haber inscrito un título y el interdicto no tiene como fundamento el título, sino el hecho mismo de la posesión.* No se discute aquí si el despojante tiene o no derecho a reclamar la posesión de la cosa (ello sería objeto de una reivindicatoria o de un juicio de desahucio), sino que a la vista de un acto injusto (en base al artículo 441 del Código Civil), la ley concede la posibilidad de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes del despojo, con la reserva de que pueda discutirse en otro procedimiento el derecho del despojante a la posesión.

c) La presunción del artículo 38 LH faculta al titular registral para interponer *la acción de desahucio por precario*. La razón estriba en que dicha acción se basa en la falta de título para poseer por parte del precarista, al paso que el titular registral tiene un título que le acredita con derecho a poseer. Aquí la cuestión no se mueve en el terreno de los puros hechos, sino de quien tiene título para poseer la finca; por tanto, debe prevalecer una proclamación jurídica, derivada de los pronunciamientos registrales, frente a una situación de mero hecho, dado que el precarista no tiene ningún título que le legitime para poseer.

(51) Puede consultarse DE LOS MOZOS, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962. DE DIEGO LORA: *La posesión y los procesos posesorios*. Madrid, 1962, quienes se pronuncian en el sentido que se apunta en el texto.

(52) Este artículo suprime la *exceptio domini* en el interdicto *unde vi*. Véase, en este sentido, MARTÍ MIRALLES, Juan: *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarra-gona, 1972, pág. 141.

El juicio de desahucio por precario se basa en un título y dicho título puede darlo el Registro, el cual, por el hecho de inscribir invierte la carga de la prueba, facilitándola al titular inscrito. Por ello puede decirse que la acción de desahucio por precario busca acomodar el Registro a la realidad extrarregistral, al igual que ocurrirá con la acción del artículo 41 LH y su objetivo será reclamar la posesión que injustamente ostenta una persona distinta del titular registral (53). En realidad, sin embargo, lo que facultará al titular registral accionante para interponer dicha acción será lo dispuesto en el artículo 444 del Código Civil, buscándose la efectividad real de una simple presunción posesoria (la del art. 38 LH). Por ello, el titular puede basar su pretensión en la inscripción, debiendo probar el precarista que posee en virtud de título (con lo que la prueba que se le exige es la de que no sea precarista).

d) *Posibilidad de ejercitar la acción registral del artículo 41 LH.* Dejando al margen el problema de la naturaleza del procedimiento a que da lugar dicha acción (54), creo que dicho proceso es una consecuencia, no tanto de la presunción de posesión, sino de la presunción de existencia y veracidad del primer inciso del artículo 38 LH. En realidad, no puede decirse que la acción del artículo 41 LH sea un verdadero interdicto, ya que le falta uno de los requisitos esenciales al mismo, cual es el de que el poseedor despojado se hallase en posesión de la cosa y que fuese perturbado en esta posesión. Ahora bien, aun no tratándose de un verdadero interdicto y sí simplemente de un juicio ejecutivo basado en un título, que en este caso es la inscripción, en el propio artículo 41 LH existen unas palabras que nos hacen dudar si la acción real algunas veces no puede ser asimilada a los interdictos. Se trata de la referencia del artículo 41 al legitimado pasivamente que serán aquellos que «perturben su ejercicio» (el de los derechos inscritos): si comparamos esta expresión con lo que se dice en el artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habla del poseedor que ha sido perturbado, creo que es posible distinguir dentro del artículo 41 LH varias posibilidades: teniendo en cuenta que la finalidad de la acción del artículo 41 LH es la puesta en posesión del titular registral, es decir, adecuar el Registro a la realidad jurídica, haciendo real-

(53) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 185, y sentencias citadas en la nota 5 de esta misma página. Ver asimismo ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 418.

(54) Ver un resumen de las teorías sustentadas por los distintos autores en ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 450 y sigs. Últimamente puede consultarse el trabajo citado de ALVAREZ CAPEROCHIPI, pág. 483, donde opina que si bien «no es una acción posesoria (un interdicto) tiene como finalidad atribuir la efectividad posesoria de un bien inmueble al titular registral», opinando asimismo (pág. 482) que «la acción real registral persigue la efectividad posesoria del derecho inscrito; es fundamentalmente una acción recuperadora de la cosa inmueble».

mente efectiva la presunción posesoria, hay que partir del supuesto que el titular inscrito al que se presume poseedor, en realidad no lo es. A partir de aquí y adecuando esta afirmación con lo que realmente presume el artículo 38 LH, hay que decir que *cualquier acto que impida el ejercicio del derecho de acuerdo con el concepto posesorio puede ser rechazado mediante el ejercicio de esta acción*. Por ello, el artículo 41 LH legitima pasivamente a aquellos que se opongan al derecho inscrito sin título suficiente o que, teniendo un título inscrito, se hayan excedido en su ejercicio (art. 138 RH) (55).

Cuando la Ley hipotecaria habla de *perturbación*, hay que entender, como dice ROCA SASTRE, que se refiere a aquellos supuestos en que el titular registral posee, pero «es inquietado en su posesión por el demandado, asignando al concepto de perturbación el sentido amplio de toda lesión de la posesión del titular registral, siempre que tal lesión no implique desposesión o despojo» (56); en este punto hay que decir que la acción real se asemeja a los interdictos.

Sin entrar a fondo a tratar este tema, creo que la conclusión a que debe llegarse es que *el artículo 41 LH crea una acción civil real, basada en una presunción hipotecaria*. Me inclino por afirmar que se trata de una acción posesoria que si bien no tiene la naturaleza de los interdictos, sí es paralela a ellos y no se basa en un hecho, sino en una simple presunción. No es un interdicto, pero al no poderlo ejercitar el titular registral en base a la presunción del artículo 38 LH, la ley hipotecaria concede al titular inscrito una acción paralela, concretada en el artículo 41 LH.

4.º *Consecuencias de la presunción posesoria en relación con la tradición*. Si bien de los distintos proyectos de leyes hipotecarias se puede deducir la idea de que los juristas del siglo XIX deseaban hacer constitutiva la inscripción (57), este deseo no se plasmó en ninguna dispo-

(55) Podría incluirse en este apartado cualquier acto de tercero, invirtiendo el concepto posesorio.

(56) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 474.

(57) El Proyecto de ley presentado al Congreso el 11 de febrero de 1858, por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Fernández de la Hoz, en el que se autorizaba al Gobierno para emprender la reforma hipotecaria, en su artículo 1 contenía la base primera, en la que se decía que «será obligatoria la inscripción en los Registros públicos de todos los derechos, de cualquier especie, que se adquieran, transmitan, modifiquen o extingan sobre bienes inmuebles o derechos reales». Esta misma redacción aparecía en el Proyecto de ley aprobado definitivamente por el Congreso el 1 de marzo de 1858. Es evidente que en la terminología actual no es lo mismo que la inscripción sea obligatoria o que sea constitutiva. Sin embargo, de las discusiones y justificaciones que se daban a este Proyecto puede deducirse que la idea de los redactores de estas leyes estaba en que la inscripción fuese constitutiva para facilitar el crédito territorial, que en el estado de cosas en que se hallaba en 1858 se veía muy disminuido.

sición legal ni en la Ley de 1861, ni en la de 1869. Por tanto, el sistema del Código Civil sigue acogiendo la teoría clásica del título y el modo, consagrada en los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Por tanto, 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. Ahora bien, la necesidad de tradición queda muy minimizada por la disposición del artículo 1.462, 2.º del Código Civil cuando establece que cuando se haga la venta en escritura pública, su otorgamiento equivale a la entrega, salvo voluntad contraria de las partes; en relación a este punto debe hacerse una observación: existen dos posibilidades, o que el *tradens* tenga la posesión material efectiva de la finca o que no la tenga. En el primer supuesto, no existe ninguna duda de que el otorgamiento de escritura pública puede equivaler a la entrega en los casos del artículo 1.462, 2.º del Código Civil; en el segundo supuesto, si el *tradens* no tiene la posesión, como dice ALBALADEJO, no es posible entender la tradición como transferente de la posesión mediata (58), pero en este caso, ¿puede servir de algo la presunción posesoria del artículo 38 LH? SANZ entiende que «la presunción de posesión del artículo 38 implica la de haberse adquirido dicha posesión con arreglo a título inscrito, o lo que es lo mismo, la de haberse efectuado la tradición» (59), fundamentando esta solución en que requiriéndose título y modo, no se adquiere el derecho sino mediante la tradición y como la presunción del artículo 38 LH lo es de existencia, es preciso completarla con la de que se ha efectuado la tradición. Realmente esta posición puede ser objeto de crítica, ya que la presunción de posesión deriva de la de existencia del propio artículo 38 y esta presunción de existencia se produce como consecuencia de la inscripción, no de la tradición. Claro es que mientras no se demuestre lo contrario, hay que entender que ha mediado la tradición, pero ello derivará del otorgamiento de escritura pública y como consecuencia del artículo 1.462, 2.º del Código Civil.

Lo que hay que afirmar es que la presunción del artículo 38 LH no facilita para nada la tradición; efectivamente, si el titular registral posee, la tradición, por medio de la escritura pública, se producirá con absoluta independencia del Registro; si no posee, la presunción del artículo 38 LH no favorece al tercero, porque al ser una simple presunción de hecho, no le garantiza que el contenido del Registro sea exacto y, en consecuencia, no podrá alegar dicha presunción para basar la efectividad de tradición mediante escritura pública, si el *tradens* realmente no

(58) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *ob. cit.*, pág. 127. Véase asimismo MORALES MORENO, Antonio, *ob. cit.*, págs. 278 y sigs.

(59) SANZ FERNÁNDEZ, Angel, *ob. cit.*, págs. 258 y sigs.

poseía. Por este razonamiento, sin embargo, podría llegarse a la absurda consecuencia de afirmar que en estos casos el propietario no poseedor no podría nunca transmitir válidamente el dominio, pero ello no es cierto porque el *tradens* tiene la posesión de un derecho incorporeal (el derecho de propiedad), debiendo aplicarse en este caso el artículo 1.464 del Código Civil en cuanto regula la tradición cuando lo que se transmite sea un derecho incorporeal. En consecuencia, también será mediante escritura pública como se transmitirá la posesión de un derecho incorporeal, el derecho de propiedad.

II. LA USUCAPIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El otro gran punto de conexión de la materia posesoria con el Registro lo constituye el tema de la usucapión, en cuanto que la posesión continuada, unida a unas determinadas características, conduce a la adquisición del dominio o derecho real que se está usucapiendo.

Resumiendo el tema desde el planteamiento histórico, hay que decir que la usucapión ha constituido tradicionalmente un grave problema cuando se la ha relacionado con el Registro; es cierto que se trata de una materia relativa al derecho civil puro, pero siendo uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, es lógico y además necesario, que se la deba relacionar con la institución registral, porque puede ser fuente de profundos desajustes entre la realidad y el Registro.

El primer texto en el que se encuentra una referencia a las relaciones entre usucapión y Registro en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861, que decía que «la prescripción no perjudicará a terceros adquirentes si requiriendo justo título, no se hallere éste inscrito en el Registro»; la razón de ser de esta disposición la encontraba GÓMEZ DE LA SERNA en que la Ley Hipotecaria limita los efectos de la usucapión a que no pueda ser perjudicado el tercero, dejando los demás derechos dentro de las condiciones del derecho común (60). Para PANTOJA y LLORET este artículo iba mucho más allá, entendiendo dichos autores que a partir de la Ley Hipotecaria se requería para la usucapión que el título en que se apoye esté inscrito en el Registro (61).

Según la legalidad vigente a la vista de las anteriores leyes hipotecarias era posible que la posesión inscrita se convirtiese en inscripción de dominio por el mero transcurso de treinta años; esta posibilidad la

(60) GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862, tomo I, pág. 641.

(61) PANTOJA, José M.^o, y LLORET, Antonio M.^o: *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, Madrid, 1861, tomo I, página 239. Ver asimismo CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, pág. 102.

justificaba GAYOSO ARIAS diciendo que la inscripción da a conocer al dueño la posesión y el título del poseedor y facilita la reivindicación, acusando en él mayor negligencia (62); cita, además, una sentencia de 14 de febrero de 1905 en la que se decía que aun sin conversión, a los treinta años produciría la inscripción posesoria los mismos efectos que la de dominio.

La actual Ley Hipotecaria regula la incidencia de la usucapión en la materia registral en los artículos 35 y 36, que responden a la necesidad, apuntada en la Exposición de motivos, de conservar la debida concordancia entre la realidad y el Registro. La Ley Hipotecaria acoge los tipos de usucapión, que no modifican para nada la normativa del Código Civil, ocupándose en primer lugar, de aquella que «convalida y ratifica las situaciones registrales» y «aquella otra que actúa en contra de los derechos inscritos» (63). La doctrina las denomina *usucapión secundum tabulas* (u. s. t.), regulada en el artículo 35 LH, y *usucapión contra tabulas* (u. c. t.), regulada en el artículo 36 LH.

A) *La Usucapión secundum tabulas*

La mayoría de los autores entienden que el principio proclamado en el artículo 35 LH es una consecuencia de la legitimación registral (64). Se trata con ello de favorecer al adquirente que inscribe su derecho, a fin de que adquiera con el transcurso del tiempo aquel dominio o derecho real que no adquirió en virtud de la transmisión. Pero antes de entrar en el estudio concreto del artículo 35 LH hay que plantear el problema de si el citado artículo está estructurando una verdadera usucapión o, por el contrario, plantea, aunque sea indirectamente, una prescripción extintiva. Díez PICAZO entiende que en nuestro Código Civil la pérdida del dominio por el antiguo dueño constituye un caso de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del derecho real, de modo que toda usucapión de dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, aunque el propio autor cree que no puede decirse que la usucapión haya sido el acto de adquisición, ya que el usucapiente adquirió la cosa con el acto o negocio que le permi-

(62) GAYOSO ARIAS, *ob. cit.*, tomo I, pág. 466.

(63) Esta regulación tiene su origen en los trabajos de PORCIOLES, que se concretan en su conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 5 de mayo de 1944, titulada *La prescripción y el Registro de la Propiedad*. Verla en el volumen *Cuestiones de Derecho hipotecario y social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945, págs. 163 y sigs.

(64) DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 99; LACRUZ BERDEJO: *Lecciones*, cit., pág. 229, y ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo I, pág. 413.

tió comenzar a poseer y el paso del tiempo produce en realidad una conversión de la posesión en dominio (65), si bien esta última afirmación no la considero del todo válida, a la vista de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil. De todos modos es absolutamente cierto que lo que ocurre es que se producen a la vez dos fenómenos distintos: por una parte, una prescripción adquisitiva en el usucapiente y, por otra parte, una extintiva en el antiguo dueño, que se ve privado de la posibilidad de reivindicar, al poder oponerle el usucapiente que ha consumado a su favor la usucapición, esta excepción.

Dejado aparte este tema, hay que decir que si bien la Ley Hipotecaria facilita la usucapición a aquel adquirente que inscriba, en realidad no desliga totalmente el proceso de la realidad extrarregistral; en efecto la antigua conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio por el mero transcurso de los treinta años provocaba una verdadera prescripción tabular, en la que la constancia de aquel derecho en el Registro, prolongada durante el plazo de tiempo que marcaba la Ley, producía el efecto de transformar una inscripción de posesión en inscripción de dominio, con las consecuencias que ello comportaba. Pero el artículo 35 LH no contempla actualmente este tipo de usucapición: *requiere que la inscripción venga acompañada de la posesión efectiva para que pueda producirse a favor del titular inscrito la adquisición efectiva del derecho de que se trate*. Esta conclusión nos la proporciona un dato que nos ofrece la propia Ley Hipotecaria: en efecto, entre las presunciones del artículo 35 LH no se encuentra la presunción de posesión, ya que dicho artículo se limita a presumir los caracteres de la posesión que efectivamente debe ostentar el titular inscrito para llegar a adquirir, por usucapición (66). Algún autor, como, p. ej., BÉRGAMO LLA-

(65) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, págs. 50 y 52.

(66) DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949, pág. 550. Véase asimismo COSSÍO, *ob. cit.*, págs. 149-150, y Roca SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 11. En contra, ATARD, quien afirma que el artículo 35 LH crea una presunción de existencia y posesión, *ob. cit.*, pág. 85, y BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: «La usucapición y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, tomo III, 1946, pág. 283, donde dice que el artículo 35 presume la posesión. Últimamente, ALVAREZ CAPEPOCHIPI parece inclinarse por la tesis de que el Registro presume la posesión, ya que afirma que «el titular inscrito, a tenor del artículo 35 LH, se presume que posee», aunque añade que ello constituye una presunción *iuris tantum* (pág. 477); sin embargo, parece existir una contradicción en su línea de pensamiento dado que más adelante (pág. 486) afirma que «no puede decirse que la legislación hipotecaria organice un sistema de adquisición tabular independiente del fenómeno posesorio... Dado que la inscripción registral no sustituye la posesión de los bienes inmuebles, la adquisición por usucapición se produce con independencia del Registro, sin perjuicio de la eficacia que produce en esta sede jurídica la propia presunción de posesión». Y digo que se manifiesta una contradicción porque dicho autor parte de la tesis de que la posesión, por una parte,

BRÉS, entiende que en este caso el artículo 35 LH presume la posesión, porque ello no es más que un desplazamiento a la teoría de la prescripción de los efectos de la posesión tabular del artículo 38 LH; pero creo que si se interpreta debidamente el artículo 38 LH, no puede llegarse a semejante conclusión, dado que dicho artículo establece la presunción de posesión porque antes ha establecido la de existencia del derecho y su pertenencia al titular inscrito. La presunción de existencia del derecho subsiste, porque es independiente de que el titular real; pero cuando dicho titular no lo es real, porque se trate de un simple poseedor *ad usucapionem* (aun cuando ésta se halle facilitada por el hecho de la inscripción), el derecho no le pertenece como titular, sino que pertenecerá a su titular real, que no aparece inscrito. Como consecuencia de ello, la presunción de pertenencia y la posesoria, consecuencia de la misma, no operarán. En conclusión, pues, *la presunción posesoria, que en realidad deriva de la presunción de pertenencia, unida a la de existencia, no podrá operar en favor de un titular registral al que la propia Ley considera poseedor ad usucapionem y consecuentemente deberá ser poseedor real si quiere llegar a adquirir el derecho* (67).

Los medios de que la Ley Hipotecaria se vale para facilitar la usucapión al titular registral son los siguientes:

1.º *Justo título*. El artículo 35 LH afirma que « los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción». Con respecto a este punto la doctrina se halla dividida en el sentido de que una parte de la misma entiende que la frase transcrita establece, no una presunción de justo título, sino que es una afirmación rotunda en el sentido de que la inscripción es por sí misma, justo título. A partir de la opinión en este sentido manifestada por PORCIOLES (68), muchos autores, ajustándose a la letra del artículo 35 LH siguen esta línea de pensamiento: así puede citarse a AZPIAZU, quien opina que el artículo 35 LH contiene una afirmación legal de existencia de justo título (69), basándose en una interpretación gramatical del precepto: COSSIO quien opina que «en virtud del principio de legitimación registral que a todo titular inscrito favorece, la inscripción

y el Registro, por otra, son dos sistemas casi antagónicos de publicidad de situaciones jurídicas reales y, en cambio, utiliza la presunción de posesión en la *u.s.t.*, que, según propia afirmación, «es un fenómeno fundamentalmente extrarregistral que se produce por la posesión durante el tiempo determinado por la ley» (pág. 486).

(67) COSSIO dice que de la inscripción deriva una presunción posesoria que no es sino el desenvolvimiento concreto de la general establecida en el artículo 38 LH, *ob. cit.*, pág. 150.

(68) PORCIOLES Y COLOMER, José M.ª, *ob. cit.*, pág. 189, donde dice que a la inscripción se le concede el carácter de justo título.

(69) AZPIAZU, José: «Más sobre el tema 'la prescripción y el Registro'», *RCDI*, 1945, pág. 427.

es considerada justo título»; para LA RICA, la presunción de justo título es *iuris et de iure*, «porque la Ley contiene no una presunción, sino una afirmación: la inscripción en el Registro actúa siempre de justo título; suple a cualquier otro título mejor o peor, y únicamente será impugnabile en los casos de falsedad» (70); LACRUZ y SANCHO opinan que «el tenor absolutamente afirmativo de esta parte del precepto, sobre todo comparándolo con las presunciones de posesión pública, pacífica, etc., que le siguen, da a entender bien claramente que la inscripción no supone una presunción *iuris tantum* de título, sino que la inscripción misma del acto nulo es el título» (71); ROCA SASTRE opina que «la inscripción hace las veces de causa hábil o de justo título para la usucapión ordinaria». Es por sí sola «el sucedáneo del justo título requerido para este tipo de usucapión» siempre que el usucapiante figure como titular registral y que subsista la inscripción, entendiéndose, además, que la norma del artículo 35 LH contiene un *dicere* (72). Aunque con una argumentación mucho más original, BADOSA COLL está en esta misma línea de pensamiento, puesto que entiende que «el título del artículo 35 funciona como si corrigiera las deficiencias del título material inscrito, aunque en realidad lo que hace es crear un nuevo título con virtualidad *per se* y autónoma» (73); también ALBALADEJO entiende que la inscripción es por sí misma justo título y no una mera presunción del título (74).

En contra de esta interpretación encontramos las siguientes argumentaciones: SANZ FERNÁNDEZ contrapone la declaración del artículo 1.954 del Código Civil en el que se afirma que el justo título no se presume nunca, a la afirmación del artículo 35 LH y considera que si se admitiese la interpretación que he resumido en el anterior párrafo, «se iría mucho más allá de los efectos de la legitimación registral, ya que... este efecto de la inscripción ni puede tener más alcance en nuestro sistema que el de ser una presunción de existencia de título, ni pasa de ser una simple presunción *iuris tantum*. Existe, pues, una contradicción entre el artículo 38 y el 35 que atribuye a primera vista este carácter a la inscripción». Interpretando el artículo 35 en sentido restrictivo, SANZ resuelve esta contradicción en favor del artículo 38, de modo que para este autor, el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* de

(70) DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios*, cit., pág. 99. Véase asimismo, en este sentido, DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Madrid; 1967, tomo I, págs. 177-178, y NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Dos acciones y un solo artículo», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, tomo II, 1951, págs. 17-18.

(71) LACRUZ-SANCHO, ob. cit., pág. 202.

(72) ROCA SASTRE, ob. cit., tomo II, págs. 12-14. Véase asimismo PUIG BRUTAU, ob. cit., pág. 375.

(73) BADOSA COLL, ob. cit., pág. 698.

(74) ALBALADEJO GARCÍA, ob. cit., págs. 160 y sigs.

título, derogándose en favor del titular inscrito el artículo 1.954 del Código Civil (75); BÉRGAMO, después de decir que el artículo 35 confiere al asiento registral el carácter de causa jurídica de la posesión, parece contradecirse cuando afirma que «la ley, prescindiendo de si el usucapiente es un titular verdadero o un mero titular aparente, le protege con una presunción de existencia de título que desplaza la obligación de probar a su contradictor, pero si la impugnación de éste triunfa *in iudicio* dejará de funcionar la tutela de la apariencia, y el usucapiente privado de la *causa possessionis* deberá ceder ante el mejor derecho invocado por el opositor» (76); PEÑA pretende conciliar esta teoría con la expuesta por ROCA, diciendo que «sería justo título (formal) la inscripción; pero se presume *iuris tantum* la existencia de justo título (en sentido material) a los efectos de la usucapición por el hecho de estar inscrito el dominio en favor de una persona» (77). Pero quizá la opinión más fundamentada en favor de esta tesis de que el artículo 35 sienta sólo una presunción *iuris tantum* de título sea la de MORALES MORENO, cuyos argumentos voy a resumir (78): —en base a la consideración del justo título de la usucapición, dice MORALES que la inscripción no es en cuyos argumentos voy a resumir (78): En base a la consideración del título material, admitiéndose la equiparación de la inscripción al justo título, «se haría posible la usucapición ordinaria sin justo título» y que «en el caso en que el derecho referido al título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad de las partes». Contra estos argumentos puede decirse que admitiendo que la inscripción sea ella misma justo título, no se posibilita la usucapición ordinaria sin título, porque esta falta de título, que podría darse realmente, la sustituye la inscripción que, como dice BADOSA COLL, es un justo título por equivalencia.

Otro argumento utilizado por MORALES consiste en afirmar que el título de adquisición configura el concepto en que se posee el derecho que se adquirirá por usucapición, añadiendo que «caso de discordancia entre el contenido del verdadero título y el de la inscripción, surge la

(75) SANZ: *Estudios, cit.*, págs. 532-533. Véase, en el mismo sentido y del mismo autor, la obra: «La reforma de la Ley Hipotecaria», RDP, 1945, pág. 22, donde admite que esta presunción admite prueba en contrario, aunque en nota añade que normalmente no cabrá prueba en contrario, salvo de falsedad, puesto que la inscripción no puede hacerse sin título.

(76) BÉRGAMO LLABRÉS: *La usucapición, cit.*, págs. 282-283.

(77) PEÑA: «Comentario a la sentencia de 5 de abril de 1961», ADC, XV, 1962, págs. 799-800. En el mismo sentido, CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, Madrid, 1967, págs. 300-301.

(78) MORALES MORENO, Antonio: «La inscripción y el justo título de usucapición», ADC, 1971, págs. 1129 y sigs.

cuestión de si el concepto posesorio debe entenderse configurado por el Registro o por el título sustantivo. Esta cuestión es importante, pues de afirmarse que el título material predetermina la configuración del concepto posesorio, aducida la inscripción como justo título, no podría producirse en base a ella, la usucapión ordinaria, por discordancia entre el justo título alegado y el concepto en que se ha poseído». Creo que este argumento tampoco resulta válido por cuanto, al no presumir el Registro en este caso, como he dicho antes, la posesión, al revés de lo que ocurre con la presunción posesoria del artículo 38 LH, el concepto posesorio lo van a proporcionar los actos del propio poseedor, con independencia del título que tenga inscrito.

Añade MORALES que «la plena equiparación de la inscripción al justo título puede implicar, transcurrido el tiempo de la usupación ordinaria, una protección definitiva al titular registral en parte derivada abstractamente de la inscripción». Lo cual tampoco es absolutamente cierto, por cuanto que en este caso no se produce una usucapión meramente tabular, sino que la Ley se limita a facilitarla con los medios del artículo 35. Una nueva opinión sobre el significado de la expresión del artículo 35 LH la proporciona ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, para quien la inscripción no es justo título y tampoco constituye una presunción de tal, sino que será prueba suficiente de la existencia del necesario justo título (79).

En cuanto al Tribunal Supremo hay que decir que la Jurisprudencia no ha mantenido una línea unitaria en esta cuestión. En la sentencia de 5 de abril de 1961 se dice que «el hecho de aparecer registralmente inscrito a nombre de otra persona distinta la propiedad no envuelve justo título para usucapir, existiendo solamente una presunción *iuris tantum* a su favor, de verdad, que cede al producirse colisión entre la real y la registral, por la prueba en contrario»; la sentencia de 4 de octubre de 1969 distingue entre lo establecido en el artículo 33 LH y el artículo 35 diciendo que «a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 LH, se ha de estimar que cada uno se refiere a actos o contratos diferentes; y así: el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia) ya porque a su viabilidad jurídica se opone la misma ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente suscepti-

(79) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, *ob. cit.*, pág. 486.

bles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas de legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes o incursos en nulidad radical»; también parece manifestarse en un sentido parecido la de 13 de mayo de 1970. Por último, la sentencia de 26 de noviembre de 1970 parece acoger la tesis de P.OCA SASTRE cuando dice que «la usucapión que se invoca es la ordinaria o decenal, para la que el artículo 1.940 del Código Civil requiere indudablemente que se trate de una posesión a lo largo de aquel tiempo, de buena fe y con justo título, posesión que según se añade en el artículo 1.941 habrá de ser en concepto de dueño, pública pacífica y no interrumpida, a efectos de todo lo cual el artículo 35 LH preceptúa que la inscripción será justo título...».

Después de exponer la opinión de la doctrina sobre este tema, la conclusión a que debe llegarse es la siguiente: *la inscripción por sí misma no constituye título*. Ello se refleja en varios artículos de la legislación hipotecaria como el propio artículo 41 LH, el artículo 131 que exige que en el procedimiento judicial sumario se aporte el título o títulos de crédito, el propio artículo 33, cuando establece que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos e incluso la propia adquisición *a non domino* del artículo 34 en la que el título de adquisición del derecho real correspondiente es la ley (véase el artículo 609 del Código Civil), no la inscripción. Así hay que concluir en principio, que *en el artículo 35 la inscripción no es justo título para usucapir porque respeta los títulos aportados por el derecho civil puro*. En este punto tiene razón BADOSA COLL cuando dice que el artículo 35 «crea un título con una virtualidad extraordinariamente reducida: la de serlo sólo *para* la usucapión. Lo que significa que en ningún caso puede suplir la ineficacia de un título inscrito» (80). Ello es absolutamente cierto, porque si no fuera así el artículo 35 LH estaría en contradicción con el artículo 33, por cuanto convalidaría la nulidad de los títulos materiales nulos, atribuyéndoles un efecto que sería el de hacerlos aptos para la usucapión ordinaria. Ahora bien, *aunque el artículo 35 no convalida el título inválido, suple su ineptitud para actuar de justo título de la usucapión; así, presupuesta la existencia de un título civil aunque no sirva para la usucapión, el artículo 35 entiende que es un título apto para usucapir en virtud de la inscripción*; así diremos que la inscripción por sí misma no es justo título, aunque basándose en el título extrahipotecario, lo hace apto para la usucapión ordinaria. El artículo 35 sólo hace aplicar el artículo 1.940 del Código Civil, que exige el justo título para la usucapión ordinaria y añade una nueva explicación al artículo 1.952

(80) BADOSA COLL, *ob. cit.*, nota 64.

del Código Civil: en el sentido de que exigiendo el artículo 1.940 un justo título y no siéndolo el inscrito, la inscripción lo convierte en justo título para la usucapión; no se trata de que el artículo 35 LH modifique el contenido del artículo 1.940 del Código Civil, como dice BADOSA, sino que al que realmente modifica es al artículo 1.952, ya que hace que justo título sea, no aquel que baste legalmente para transferir el dominio, sino aquel constituido por la inscripción, por lo que el justo título no será sólo el que establece el artículo 1.952 del Código Civil, sino además el del artículo 35 LH. Esta explicación no contradice lo establecido en el artículo 1.954 del Código Civil, puesto que si se dice que por la inscripción lo que ocurre es que se presume el justo título, resultaría que el artículo 1.954 del Código Civil quedaría derogado para la u.s.t.; en cambio, de esta forma es muy fácil probar la existencia de título. Por ello es rechazable la tesis de SANZ de que la inscripción podría actuar como presunción de existencia de título material inscrito, porque, como dice BADOSA, una cosa es el título inexistente y otra el título ineficaz y lo que hace el artículo 35 es precisamente corregir las deficiencias del título material inscrito.

¿Cuáles son los títulos aptos para la usucapión? En este punto debemos remitirnos al derecho material y no al derecho hipotecario. Por ello debe aplicarse el artículo 1.952 del Código Civil y entender que los únicos títulos aptos para usucapir son aquellos en lo que el enajenante carece de poder de disposición, ya que el título nulo no puede producir efectos (salvo en el caso de inscripción del artículo 35) y los títulos anulables, rescindibles, o revocables transmiten *ya* el dominio, sin necesidad de esperar a la usucapión (81). Ahora bien, parece que en virtud del artículo 35 LH incluso en aquellos supuestos en que se inscriba un título inexistente, éste será justo título para usucapir, porque esta aptitud no se la dará el título, sino lo dispuesto en el artículo 35.

El artículo 35 LH habla siempre de inscripción, lo cual supone que existe un título anterior inscrito, del que el usucapiente trae causa, pero debemos plantearnos si dicho artículo opera igual cuando se trata de un título que entra en el Registro a través de la *inmatriculación* de la finca. El artículo 201 LH permite la inmatriculación de una finca a través del expediente de dominio, que actúa como documento en aquellos casos en que no exista el título público. El expediente de dominio es el título para la inmatriculación, no el título del dominio, como demuestra claramente el artículo 274 RH, cuando exige «la reseña del título o manifestación de carecer del mismo». Ha de existir un título civil, aunque el artículo 274 RH se está refiriendo al título como do-

(81) Así no tiene razón la sentencia de 4 de octubre de 1969.

cumento. Puede ocurrir que se produzca una inversión del concepto posesorio, o sea que el poseedor natural pase a poseer como dueño, provocando, por tanto, un cambio en el concepto; pero hay que decir que esta inversión debe tener lugar antes de la incoación del expediente de dominio, ya que precisamente por poseer como dueño, puede el poseedor instar dicho expediente; cuando se haya producido la inmatriculación, el que ya es titular registral pasa a usucapir s. t., por aplicación del artículo 35 LH, sin que obste a ello el artículo 207 LH, ya que si bien dicho artículo suspende la eficacia de las inscripciones de inmatriculación durante dos años, circunscribe esta suspensión frente a los terceros, pero el verdadero dueño y el usucapiente que inmatricula no son terceros entre sí, sino partes en un mismo proceso.

En relación a la cuestión de la inmatriculación debe plantearse un nuevo tema: ¿qué ocurre si el titular estaba usucapiendo antes de haberse producido la inmatriculación sin que se tenga un justo título para poseer? Creo que la inmatriculación, al provocar una inscripción, comporta la aplicación del artículo 35 LH y, por tanto, convertirá la primitiva usucapición extraordinaria en ordinaria, aunque el tiempo que ha estado poseyendo se contabiliza.

El tema del justo título es indiferente para el derecho civil catalán, porque el artículo 342 Comp. cat. establece que la usucapición tendrá lugar «por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe». Ello plantea el problema de determinar el punto de conexión cuando exista un conflicto de derecho interregional: la usucapición, situación de mero hecho que se basa en la relación del usucapiente con el inmueble, debe regularse por la regla primera del artículo 10 del Código Civil, no tanto porque se trate de un derecho sobre un inmueble, porque el derecho no existe en cabeza del usucapiente hasta tanto no haya consumado la usucapición, sino por tratarse de la posesión *ad usucapionem*. Por tanto, la usucapición de un inmueble sito en Cataluña se regirá por lo establecido en el artículo 342 Comp. cat., sin que sea relevante a estos efectos el que las partes de este proceso sean o no catalanas.

2.º *Presunción de ciertos caracteres de la posesión necesarios para usucapir*. Es decir, de los caracteres de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe. El artículo 35 LH no presume la posesión, requiriéndose la posesión efectiva para que pueda producirse la usucapición; ahora bien, supuesta la existencia de esta posesión, la Ley Hipotecaria presume los caracteres que la hacen apta para la usucapición ordinaria, exigidos en los artículos 1.940-41 del Código Civil.

a) *Carácter público de la posesión*. En cuanto a la publicidad, la inscripción supone la exclusión en la u. s. t. del artículo 444 del Código

Civil. Esta disposición viene a demostrar la no aplicación de la presunción posesoria del artículo 38 LH a la u. s. t., porque por el hecho de tener inscrito el derecho y presumirse, en consecuencia, la posesión, se debería entender, a renglón seguido, que ésta es pública, puesto que éste es uno de los fines principales de la publicidad registral. Pero ello no es así por ser la posesión un hecho, completamente desligado del Registro.

b) *Carácter pacífico de la posesión.* Aun cuando puede haber ocurrido que el origen de la posesión del usucapiente no sea pacífico (piénsese en el supuesto de inversión unilateral, del que ya hemos hablado), el hecho de que exista la inscripción hace que la posesión se presuma pacífica. No que lo sea, puesto que la redacción del artículo 35 LH no permite deducir que la inscripción purifique los vicios de la posesión. Lo que realmente hace el artículo 35 LH es desplazar la carga de la prueba en cuanto que corresponderá al contradictor probar que dicha posesión no fue pacífica en su origen y que no continúa siéndolo (82).

c) *Carácter ininterrumpido de la posesión,* es decir, que se considera continuada, mientras del Registro no se deduzca lo contrario. En este punto la dificultad estriba en relacionar los distintos medios de interrupción de la posesión y su incidencia en el Registro.

Según la teoría clásica española, recogida en el artículo 1.943 del Código Civil, la posesión puede interrumpirse de forma natural y de forma civil. Existe interrupción natural cuando afecta a la tenencia, es decir, cuando se abandona la cosa o cuando se pierde la posesión por intervención de un tercero; existe interrupción civil cuando afecta al concepto posesorio. El problema radica en relacionar estos conceptos con el Registro: Con respecto a la *interrupción natural*, si al abandono del inmueble no sigue la rectificación del Registro (cosa, por otra parte, difícil), éste seguirá presumiendo la no interrupción, debiendo probar el contradictor que la posesión se ha interrumpido o incluso desaparecido; si lo que ha ocurrido es la ocupación por un tercero de la finca usucapida, comenzando a poseer con ánimo de dueño, esto tampoco podrá reflejarse en el Registro porque el tercero no tendrá un título apto para ser inscrito.

En el supuesto de la *interrupción civil*, si se produce a través de un procedimiento judicial, interrumpe la posesión *ad usucapionem* y podrá tener una constancia registral a través de la anotación preventiva de demanda, pero, como dice ROCA SASTRE (83), no porque dicha anotación produzca la interrupción, sino porque ha tenido lugar una de las

(82) MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, cit., págs. 165 y sigs., para el estudio de los caracteres de la posesión que conduce a la usucapión.

(83) ROCA SASTRE, ob. cit., tomo II, págs. 18-19.

causas del artículo 1.945 del Código Civil, que tiene un reflejo registral; lo que ocurre es que en este caso es posible el reflejo registral de la causa de interrupción civil, pudiendo decirse que la anotación preventiva lo que hace es desvirtuar la presunción de no interrupción del artículo 35 LH. Otra de las causas consideradas como de interrupción civil es la consistente en que el propio usucapiente renuncie a la prescripción ganada o que invierta el concepto posesorio, reconociendo el dominio en cabeza del verdadero dueño; la renuncia a la prescripción ganada, posible de acuerdo con el artículo 1.935 del Código Civil puede hacerse por medio de escritura pública que puede ser inscrita, desvirtuando así una de las presunciones del artículo 35 LH; el reconocimiento del derecho del verdadero dueño supone, por una parte, la renuncia al tiempo que se ha estado poseyendo y por otra, la imposibilidad de seguir prescribiendo porque se ha perdido el concepto de dueño; puede hacerse rectificar el Registro en este caso, estableciendo la verdadera titularidad, pero si no se hace así, el usucapiente que ha dejado de serlo no podrá alegar en su favor el juego de las presunciones del artículo 35 LH, porque, por una parte, la faltará el ánimo de dueño y, por otra, faltaría la buena fe, con lo que cualquier alegación en este sentido iría contra la doctrina de los propios actos.

d) *Carácter de buena fe en la posesión.* La presunción de buena fe en el usucapiente inscrito, establecida en el artículo 35 LH viene a reforzar las presunciones de los artículos 434 y 1.951 del Código Civil. En realidad, al no presumir la posesión, no pueden presumirse sus caracteres, por lo que el artículo 35 debe establecer esta presunción. La presunción de buena fe del artículo 35 LH tiene una especialidad notable, ya que se la extiende a todos los antecesores de los que traiga causa el usucapiente s. t., cosa que no ocurre en el régimen normal del Código Civil, como lo demuestra el artículo 442. De todos modos, creo que esta extensión que hace el artículo 35 LH resultará en la práctica bastante inoperante, porque si se adquiere a título oneroso de quien está poseyendo s. t. (84), el adquirente tiene muchas posibilidades de ser tercero hipotecario; en consecuencia, se aplicará sólo el artículo 35 LH cuando se trate de unión de posesiones entre el titular inscrito y el usucapiente en el caso de que éste haya adquirido en virtud de una sucesión hereditaria o a título gratuito.

e) *No presunción del concepto de dueño.* El artículo 35 LH no presume el concepto de dueño, ya que al no poder aplicar la disposición

(84) Y lo más fácil es que en el Registro aparezca como titular, debido a la imposibilidad de inscribir la posesión. El usucapiente inscribe un título, no la posesión, por lo que puede aparecer como persona con facultades para transmitir, de acuerdo con el artículo 34 LH.

del artículo 38 LH, resulta todavía más evidente. Pero, ¿podemos entender que el hecho de que alguien inscriba su título supone una presunción de hecho de que se posee con ánimo de dueño? Es decir, se trataría de aplicar al hecho de la inscripción la doctrina de los propios actos, deduciendo del acto de enviar al Registro un título (inválido para transmitir el dominio, pero apto para la usucapión), una presunción de existencia de ánimo de dueño, que vendría corroborada por lo que se establece en el artículo 1.253 del Código Civil. De todos modos, si afirmamos esto lo hacemos para facilitar al usucapiente la prueba de un hecho psicológico, que sólo podría demostrarse de forma efectiva probando el carácter de los actos materiales que el poseedor ha estado efectuando sobre el inmueble (85).

3.º *Requisitos de la u. s. t.* Según ROCA SASTRE (86), los requisitos que se necesitan para que opere la u. s. t. son los siguientes:

a) *Confluir en la misma persona las cualidades de titular registral y poseedor efectivo.* Ello es así, porque en caso contrario, no podría operar el mecanismo de la u. s. t., porque, como he dicho, no se da al margen de la realidad, sino que es auxiliada por el Registro cuando se dan los presupuestos a que me he referido antes.

b) *Que la inscripción sea de dominio o de derecho real susceptible de posesión.* Este requisito debe ser matizado, ya que existen derechos reales que se pueden adquirir por prescripción y, en cambio no comportan posesión de la cosa, como ocurre con las servidumbres continuas y aparentes, según se dice en el artículo 537 del Código Civil. En la servidumbre no se posee la cosa, sino que únicamente se posee el derecho, por lo que el usucapiente no tiene ninguna relación efectiva con la cosa. Si a ello unimos que, según el artículo 343 Comp. cat., pueden adquirirse por usucapión en Cataluña, las servidumbres negativas y no aparentes y las discontinuas (87), debe llegarse a la conclusión de que cuando un título constitutivo de un derecho real de servidumbre adolezca de algún defecto y, por tanto, no sea apto para constituir o transmitir el derecho de que se trate, se inscriba en el Registro, será posible la adquisición por medio de u. s. t. de tal derecho, aunque no se posea materialmente el inmueble sobre el que recaiga.

c) *El titular debe haber adquirido de un non dominus, sin estar protegido por la fe pública registral.* Este requisito exigido por ROCA, no es exacto de modo absoluto; si bien es posible que la u. s. t. esté pen-

(85) Véase la sentencia de 22 de junio de 1972.

(86) ROCA SASTRE, *ob. y lugar cit.*, pág. 16.

(87) Véase asimismo la Ley 397 de la Compilación de Navarra y los artículos 147 y 148 de la Compilación aragonesa.

sada para el caso de que inscriba un tercero no protegido (bien porque no haya adquirido a título oneroso o porque no reúna alguno de los requisitos del art. 34 LH) no es un requisito indispensable para que opere el artículo 35. La sentencia de 13 de mayo de 1970, recogiendo al parecer la doctrina de ROCA, dice que «por imperativos de la misma naturaleza de la Ley hipotecaria española y del alcance concreto de los artículos que aquí entran en juego más directamente, la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provocó la inscripción cuyas circunstancias y contenido no sólo conocía, sino que—daba su condición de comprador—contribuyó a plasmar en la escritura pública que a continuación inscribió en el Registro». También parece recoger una doctrina parecida la sentencia de 4 de octubre de 1969.

La sentencia de 1970 parece confundir el que exista o no buena fe, con el problema de la titularidad inscrita. La u. s. t. protege, como dice ALBALADEJO (88) al titular inscrito, con independencia de que sea o no tercero; ya he expuesto mi opinión de que el artículo 35 LH protege al que inmatricula la finca por primera vez. Es posible que el usucapiente s. t. sea tercero no protegido por la fe pública registral; en este caso, el artículo 35 LH tiene una razón de ser; pero también la tiene cuando el usucapiente no ostenta la condición de tercero, porque el artículo 35 LH sólo exige que se trate de titular inscrito y el que inmatricula lo es. Si éste no reúne a su vez, la cualidad de poseedor de buena fe, la usucapición, que era ordinaria, pasará a ser extraordinaria porque fallará uno de los presupuestos exigidos por la propia estructura de la usucapición ordinaria, pero seguirá siendo usucapiente s. t.

4.º *Efectos de la u. s. t. a) El artículo 35 LH facilita la usucapición ordinaria.* Al proporcionar al titular inscrito un título apto para usucapir y presumir la buena fe, puede deducirse en principio que según el Registro, sólo puede existir usucapición ordinaria. Pero, en realidad, la usucapición es un instituto de derecho civil que no se modifica para nada con la promulgación de la Ley hipotecaria en sus normas materiales, por lo que hay que decir que el artículo 35 LH está redactado pensando exclusivamente en el artículo 1.940 del Código Civil sin tener para nada en cuenta las disposiciones de los distintos derechos nacionales sobre la materia. En efecto, el Usatge *Omnes causae*, vigente en Cataluña en el momento de redactarse el artículo 35 LH y plasmado en el artículo 342 Comp. cat. no exige justo título ni buena fe para la adquisición, por usu-

(88) ALBALADEJO GARCÍA, *ob cit.*, nota 86 bis de la pág. 160.

capión, de un derecho real sobre inmuebles; por ello he dicho antes que el artículo 35 LH quedaba desprovisto casi de contenido cuando se pone en contacto con el derecho catalán, porque es indiferente que el poseedor *ad usucapionem* de un derecho real sobre un inmueble situado en Cataluña posea con justo título y buena fe o no, ya que la existencia de estos dos requisitos no acortarán el plazo de prescripción, que seguirá siendo de treinta años; la Ley Hipotecaria únicamente proporcionará a dicho usucapiente las presunciones de posesión pública, pacífica y no interrumpida. En cambio, sí favorece la usucapción ordinaria del titular de finca situada en Navarra, de acuerdo con los requisitos de la Ley 359 CDCFN.

b) *Cómputo del tiempo.* De la redacción del artículo 35 LH se deduce que el tiempo necesario para consumar la usucapción deberá contarse a partir de la vigencia del asiento, pero puede ocurrir que el titular inscrito haya venido poseyendo desde un tiempo anterior (piénsese en el heredero que no inscribe hasta pasado un largo tiempo, el heredero que inmatricula y que continúa en la posesión de su causante, el comprador que tarda en inscribir, etc.). ¿Es que en este caso debe contarse el tiempo de la usucapción, como dice ROCA SASTRE, desde el momento de la vigencia del asiento o la frase «vigencia del asiento» se refiere sólo a la vigencia de las presunciones del artículo 35 LH? Para un supuesto parecido, los comentaristas de la primitiva Ley hipotecaria entendieron que el tiempo de la prescripción entre las partes debía contarse con arreglo a la legislación común (89). Creo que la frase del artículo 35 LH «durante el tiempo de vigencia del asiento» se refiere a que el juego de las presunciones y la atribución del justo título sólo puede producir efectos *desde el momento de la inscripción*, pero no quiere decir que el tiempo para la prescripción deba contarse a partir del mismo, porque la usucapción debe regirse por las normas materiales contenidas en el Código y *aunque el usucapiente inscriba su título y pase a usucapir s. t., no por esto pierde la usucapción los caracteres que tenía antes de la inscripción*, de modo que si era usucapción ordinaria, seguirá siéndolo y lo mismo si se trataba de usucapción extraordinaria. La inscripción no modifica los caracteres que ya tenía la posesión *ad usucapionem*; de todos modos, si se trataba de una posesión sin título que logra inscribirse (o con un título nulo no apto para usucapir), en este supuesto habría una verdadera conversión en otro tipo de usucapción.

Con relación al tiempo, pues, puede concluirse que *cuando el titular hubiese comenzado a usucapir antes de haber efectuado la inscrip-*

(89) Véase PANTOJA Y LLORET, *ob. cit.*, tomo II, pág. 286; GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo IV, pág. 730, y CALDERÓN NEIRA, *ob. cit.*, págs. 100-101.

ción, el tiempo deberá computarse a partir del momento en que realmente empezó a poseer, puesto que de otro modo, la inscripción produciría una interrupción no prevista en la Ley y, como según la mayoría de los autores, las causas de interrupción son de orden público, no admitiéndose más que las que están expresamente previstas, no cabe admitir este supuesto. Pero puede ocurrir que con la inscripción se haya provocado una inversión del concepto posesorio; en este caso, si no se poseía con ánimo de dueño antes, no se habría podido usucapir, por lo que el tiempo para la usucapición debe contarse entonces a partir de la vigencia del asiento, pero en general, debe decirse que el tiempo para usucapir se cuenta con independencia del momento de la inscripción y la frase del artículo 35 LH debe entenderse en el sentido de que la vigencia de las presunciones y de la atribución de título deberá contratarse a partir de la del asiento de inscripción.

B) *La Usucapición contra tabulas.*

La admisión de la posibilidad de que la usucapición perjudicara al titular registral fue una de las innovaciones más importantes de la Ley hipotecaria de 1944. La Exposición de motivos, que recogía sustancialmente la sistemática de PORCIOLES (90) distingue entre que la prescripción se produzca *inter partes* o frente a terceros, aunque ya veremos cómo la Ley Hipotecaria utiliza este concepto de una forma no acorde con sus propios postulados.

El vigente artículo 36 LH deroga el artículo 1.949 del Código Civil porque su regulación es perfectamente incompatible. El artículo 1.949 del Código Civil tiene su precedente directo en el artículo 1.946, 2.º del Proyecto de 1851, que decía que «contra un título inscrito en el Registro público, no tendrá lugar la prescripción de que se trata en este artículo, sino a virtud de otro título igualmente inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo». Según GARCÍA GOYENA, este párrafo provenía del artículo 511 del Código prusiano y constituía una concesión al sistema hipotecario que preveía el propio proyecto. En efecto, los proyectos de distintas leyes hipotecarias que se fueron sucediendo a lo largo del siglo XIX preveían que la inscripción debía ser constitutiva: la base 52 del proyecto de Código Civil aprobado por la Comisión general de Códigos en 1843 decía que «para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida

(90) PORCIOLES, *ob cit.*, págs. 189-190.

transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código Civil». El Anteproyecto de los títulos de las hipotecas y del Registro, redactados por CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA en 1848, reflejaba la tesis sostenida por este autor cuando en el artículo 57 decía que «no se hará ninguna inscripción cuando los bienes a que se refiere no se hallen inscritos con anterioridad como propiedad de la persona por quien se haya otorgado el título que se presenta, o a cuyo cargo aparezca el derecho que se pretenda inscribir». La opinión de LUZURIAGA era absolutamente contraria a la de GARCÍA GOYENA, expresada en su comentario al artículo 548 del Proyecto de 1851, pero los artículos 1.826 y 1.858 de dicho Proyecto, que correspondían a la materia registral, establecieron que «todo acto entre vivos de mutación o traslación de propiedad de bienes inmuebles como donación, venta permuta, partición, transacción o cualquier otro se *inscribirá* en el Registro público» (art. 1.826), estableciéndose en el artículo 1.858 el efecto que la inscripción produciría frente a terceros. Los comentarios a estos artículos los efectuó ANTÓN DE LUZURIAGA quien señala los dos sistemas de inscripción vigentes en aquel momento (francés y prusiano), diciendo que, si bien el Consejo de Estado se inclinaba más por el sistema tipo francés, él considera que debe tenerse en cuenta que este sistema «hace la propiedad vacilante y el crédito inseguro, porque no es fácil saber si un vendedor había ya enajenado sus fincas cuando se trata de venderlas u obligarlas nuevamente».

El sistema parecía, pues, inclinarse por la necesidad de que la propiedad inmueble se inscribiese, a los efectos de dotar de una mayor seguridad el tráfico jurídico sobre bienes inmuebles. De todos modos, esta idea no se refleja en la Ley Hipotecaria de 1861. Con relación a la usucapción el artículo 35 LH de 1861 hace decir a PANTOJA Y LLORET que, a partir de la vigencia de la Ley Hipotecaria, sería necesario usuque, a partir de la vigencia de la Ley Hipotecaria, sería necesario para usutítulo inscrito (91). El artículo 1.949 del Código Civil respondía a un sistema en el que era posible la inscripción de posesión (92), a lo que también respondía el artículo 35 LH de 1.909 (92 bis), pero suprimida

(91) PANTOJA Y LLORET, *ob cit.*, tomo II, pág. 284.

(92) El artículo 1.949 del Código Civil se redacta estando vigente el artículo 35 LH de 1869, que decía lo siguiente: «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro. El término de la prescripción comenzará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble que se está prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.»

(92 bis) El artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861 era ligeramente diferente del de la de 1869; cambiaba sustancialmente el primer párrafo, que decía: «la

la posibilidad de inscribir la posesión, la Ley Hipotecaria de 1944 debía tomar partido por una de estas dos opciones: o bien no admitir la posibilidad de que se produzca una usucapión contra el título inscrito, o bien admitirla, en cuyo caso debía regular la incidencia que ello tendría en el sistema registral.

Para el estudio de este problema hay que partir de la base que la usucapión es uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales recogida en el artículo 609 del Código Civil que, por no basarse en más título que la posesión continuada, es imposible se refleje en el Registro; porque se basa en la transformación de una situación de puro hecho en un verdadero derecho; como en el Registro no tienen entrada los hechos, sino sólo derechos (ver los artículos 2 y 5 LH), es imposible que el proceso que conduce a la usucapión tenga un reflejo registral (salvo el caso del artículo 35 LH). Por todas estas razones, los diversos autores habían entendido que contra el Registro sólo podía darse la usucapión ordinaria, lo cual era lógico, teniendo en cuenta que se exigía bien la inscripción de la posesión (artículo 35 LH de 1909), bien la inscripción del justo título (art. 1.949 del Código Civil), pero al publicarse el artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, resulta perfectamente incompatible con el artículo 1.949 del Código Civil, por lo que éste último debe considerarse derogado (93), debiendo llegarse a la conclusión de que contra el Registro pueden producirse tanto la usucapión ordinaria como la extraordinaria.

La Ley Hipotecaria no deroga, pues, el artículo 609 del Código Civil, en cuanto admite sin distinción, como modo de adquirir la propiedad, la prescripción. Y digo, sin distinción porque no puede hacerse ninguna discriminación entre inmuebles inmatriculados y no inmatriculados. La Ley Hipotecaria no modifica en absoluto el número de modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil, por lo que debe admitirse la usucapión de inmuebles inmatriculados como perfectamente posible (94).

El artículo 36 LH contempla dos situaciones distintas: 1.^a La usucapión que se produce contra el titular inscrito; 2.^a la que se produce frente a tercer adquirente de este titular, que reúna las condiciones del artículo 34 LH.

prescripción no perjudicará a tercero si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el Registro», no constando para nada ninguna referencia a la inscripción de posesión. En cuanto a la Ley Hipotecaria de 1909, el artículo 35 era exacto al de la Ley de 1869, que se transcribe en la nota anterior.

(93) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 43.

(94) Como dice ROCA, aunque con otras palabras, cuando admite que los bienes inmatriculados o inscritos son susceptibles de ser adquiridos por usucapión. Ver *ob. cit.*, tomo II, págs. 21 y sigs. VILLARES PICÓ, en «La posesión y el Registro». *RCDI*, 1947, pág. 423, critica este artículo por considerarlo asistemático.

1.^a *Usucapión que se produce frente al titular inscrito.* El artículo 36 LH dice que en relación al que prescribe y al dueño contra el que se está prescribiendo y a sus causahabientes que no tengan la consideración de terceros, se aplicará la legislación civil. Es decir, que la usucapión es un proceso que actúa en este caso completamente al margen del Registro y que, *inter partes*, rige el Código Civil. Pero *rige íntegramente*, lo que lleva a aclarar algunos extremos.

a) Dado que la Ley Hipotecaria se remite íntegramente al Derecho Civil para la regulación de las relaciones entre propietario y usucapiente, la primera cuestión que debe plantearse es la de resolver *si puede o no producirse usucapión ordinaria frente a un titular registral*. La doctrina manifiesta opiniones contrarias en este caso: según la opinión de algunos autores, no puede darse prescripción ordinaria frente al registro. Así AZPIAZU, basándose en el artículo 35 de la LH de 1909 y en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1910, 29 de octubre de 1915 y 20 de octubre de 1941, dice que, si bien es cierto que el artículo 36 LH no distingue, podría entenderse que se refiere tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria, pero añade que este artículo no está sólo en la Ley y que quedaría en entredicho el sistema hipotecario, con el artículo 38 como máximo exponente de legitimación. «Si se presume que el derecho pertenece al titular registral de modo que se reputa que su derecho existe y es suyo; si los pronunciamientos del Registro deben ser ciertos y hacer fe como si concordaran con la realidad; si el Registro es exacto e íntegro mientras judicialmente no se demuestre lo contrario, esto será—de admitirse la tesis que combatimos—siempre que el titular no se enfrente con una prescripción ordinaria, pues para este prescribiente ni es íntegro, ni es exacto ni en ninguna manera le afectan estos cacareados pronunciamientos registrales» (95).

LA RICA considera que ni el Código Civil ni la Ley Hipotecaria contienen normas que permitan resolver el problema, porque la buena fe es una cuestión de hecho y traza un paralelismo entre el que adquiere del titular inscrito, al que se le exige el deber mínimo de diligencia y el usucapiente, al que exige también la diligencia de un buen padre de familia, diligencia que equipara con el conocimiento del estado registral de la finca, añadiendo que «si la posesión exterioriza un derecho ajeno, los asientos del Registro exteriorizan o publican el dominio del titular. Si quien inscribe en el Registro para vencer al usucapiente, ha de ignorar la posesión a título de dueño por parte de éste y ha de de-

(95) AZPIAZU, José: «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», *RCDI*, 1946, págs. 736-737. Ver asimismo PORCIOLES, *ob. cit.*, págs. 184-185.

mostrar que no ha podido conocerla, por la misma razón el usucapiente ordinario, para vencer al título inscrito, debe ignorar y debe no haber podido conocer que el Registro legitimaba el dominio a favor de persona distinta de aquella de quien trae causa», citando en su apoyo una sentencia de 26 de diciembre de 1910 (96).

Por un razonamiento indirecto, llega a una conclusión parecida VILLARES PICÓ, quien entiende que la buena fe del poseedor deja de serlo en cuanto existe un acto, que puede ser la inscripción u otro cualquiera, que acredite que el poseedor no ignora que posee indebidamente; y sabe que posee indebidamente al conocer la inscripción del tercero; añade que «el poseedor pierde los efectos de la buena fe si surge una inscripción a nombre de tercero antes de ser consumada la usucapición ordinaria y todo ello sin necesidad de fundarse en los efectos de la Ley Hipotecaria, excepto aquellos que hacen público el Registro, sino que es de conformidad con el Código Civil» (97).

En contra de la negativa a admitir la usucapición ordinaria frente a titular inscrito se encuentran otros autores, entre los que podemos citar a SOLS, que admite la posibilidad de usucapir de forma ordinaria contra el Registro (98), con lo que indirectamente, admite la posibilidad de que en este caso exista buena fe frente a una inscripción. SANZ, en contra de la opinión de PORCIOLES, considera que es difícil admitir que no pueda darse buena fe contra el Registro, basando su opinión en los siguientes razonamientos: «1.º Es incompatible con el concepto de buena fe (arts. 433 y 1.950 del Código Civil); 2.º Es asimismo incompatible con el carácter puramente declarativo de la inscripción en nuestro derecho; 3.º Olvida que para adquirir el dominio basta el contrato y la tradición (art. 609 del Código Civil); 4.º Se desentiende de la posibilidad de inexactitud registral; 5.º Parte de una base falsa, como es la de que el poseedor no deriva su causa directa o indirectamente de algún titular registral, sea el actual u otro anterior, siendo así que la experiencia demuestra que lo que ocurre es normalmente y casi siempre lo contrario» y más adelante es consecuente con su exposición, admitiendo la posibilidad de usucapir de forma ordinaria frente al Registro (99).

(96) DE LA RICA Y ARENAL: *La buena fe*, cit., pág. 558.

(97) VILLARES PICÓ, *ob. cit.*, pág. 426, aunque en la página 434 admite la posibilidad de usucapición ordinaria y usucapición extraordinaria.

(98) SOLS: «Prescripción contra el Registro», *ADC*, II, 1949, pág. 133.

(99) SANZ: *Instituciones*, cit., pág. 548, nota 55, y págs. 547 y sigs., aunque se contradice con otras opiniones expresadas anteriormente. AZPIAZU, en *A manera de réplica*, cit., pág. 18, admite que pueda darse la buena fe contra el Registro: lo que no admite es que esta buena fe contra la institución registral pueda aprovechar al que la tiene, basándolo en que si bien es posible la ignorancia de las leyes, sin embargo, no puede aprovechar al ignorante. Admite asimismo la buena

Indirectamente parecen admitir la buena fe contra el Registro, porque admiten la usucapición ordinaria en contra, COSSÍO (100), BÉRGAMO (101) y ROCA SASTRE. Este último admite la posibilidad de que se produzca la usucapición ordinaria en base a que el artículo 36 LH proclama que entre usucapiente y usucapido rigen las normas civiles, además de que el propio artículo 36 LH no distingue entre los diversos tipos de usucapición, añadiendo dos razones, que a mi modo de ver, son de verdadero peso: por una parte, porque «la inscripción del usucapido no implica juego alguno de afección para el usucapiente, debido a que éste no adquiere en virtud de un negocio jurídico de tráfico, de modo que en su buena fe sólo cabe ver un estado de creencia, que sólo puede quedar desvirtuado por el conocimiento efectivo de que el dueño de la finca usucapida no es él, sino otro, conocimiento éste que puede obtener por cualquier medio» y el segundo argumento, que refuerza esta afirmación es el de que «a lo sumo la cognoscibilidad legal opera estrictamente a los efectos del juego de afección de cualquier gravamen, carga o limitación registradas, o de la fe pública registral, a fin de privarse de los beneficios de su protección a los que pretendan aprovecharse de ella, cuando ésta actúa en principio al margen del Registro, por su índole extrarregistral» (102).

Creo que a estas razones, que hago plenamente mías, pueden añadirse otras: en efecto, de la comparación de dos sistemas de publicidad afines, como son los del Registro de la propiedad y el Registro mercantil, pueden deducirse unas serias diferencias, que sirven de apoyo a esta tesis. El artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil, de 14 de diciembre de 1956, afirma tajantemente que «el Registro Mercantil es público. Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos, y no podrá invocarse su ignorancia»; si a continuación se compara esta disposición con el artículo 221 LH que dice que «los registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», observaremos que, por una parte, el artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil (103) establece una presunción *iuris et de iure*

fe contra el Registro ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pág. 487, basándolo en que no existe obligación de conocer el contenido del Registro: «Incluso aunque se pruebe que el poseedor ha consultado y conocía el Registro y ha contrastado la titularidad contraria que consta en el mismo, no por ello deja de tener buena fe; al no ser la inscripción registral constitutiva y al ser la inscripción voluntaria, es muy fácil la inexactitud registral sobrevenida.»

(100) COSSÍO, *ob. cit.*, pág. 150.

(101) BÉRGAMO LLABRÉS, *ob. cit.*, pág. 314.

(102) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 25-26.

(103) RIVAS GARCÍA y CHACÓN YERÓN, «El Registro Mercantil. Su organización y funcionamiento», *RCDI*, 1970, tomo I, págs. 635 y sigs.

de conocimiento del contenido del Registro Mercantil y teniendo en cuenta que, según el artículo 433 del Código Civil, la buena fe consiste en un estado psicológico de ignorancia, ésta no podrá darse nunca contra el Registro Mercantil; por otra parte, la publicidad del Registro de la Propiedad se da para facilitar el conocimiento de la situación de la finca, pero de aquí no se deduce que esta posibilidad se convierta en una obligación, cuya consecuencia inmediata sea la de presumir siempre el conocimiento de esta situación. Al no existir esta obligación, puede deducirse la posibilidad de que exista buena fe contra el Registro de la Propiedad, *por lo que hay que admitir la posibilidad de una usucapión ordinaria contra el Registro* (104).

b) *Medios de interrupción de que goza el titular registral.* El hecho de que la finca conste inscrita en el Registro comporta como consecuencia el que el titular inscrito pueda actuar a través de aquellas posibilidades que le reconoce la Ley Hipotecaria, a pesar de la tajante afirmación del artículo 36, que se remite a la Legislación Civil para la regulación de aquellas cuestiones relativas al prescribiente y al dueño de la finca. Esto tiene una importancia extraordinaria a la hora de determinar los medios de interrupción de la posesión del usucapiente. Evidentemente, el titular registral tiene la posibilidad de interrumpir esta posesión a través de los medios que se le conceden en los artículos 1.945 y ss del Código Civil, pero además goza de la acción del artículo 41 LH.

(104) El artículo 1.950 del Código Civil sería paralelo al artículo 34 LH, en cuanto que ambos exigen la ignorancia de que quien transmitía no era dueño. El artículo 34 LH exige que el adquirente confíe en la apariencia registral, y el 1.950 del Código Civil exige asimismo una confianza en la apariencia, posesoria en este caso. Fruto de una combinación de lo exigido en los artículos 1.950 y 433-1.º del Código Civil pueden producirse estos supuestos:

a) Si el tercero adquiere de quien según el Registro aparece como dueño e inscribe, pero no puede ser considerado tercero hipotecario, se produce el inicio de la *u.s.t.*

b) Si se adquiere de quien en el Registro no aparece como dueño y aparece inscrito un tercero como tal dueño, puede ocurrir: 1.º Que adquiera de quien es realmente dueño, pero que no ha inscrito; se rompe en este caso el tracto sucesivo, pero no hay usucapión. 2.º Que adquiera de quien no es dueño, apareciendo en el Registro inscrito quien realmente lo sea: en este caso, por aplicación del artículo 1.950 del Código Civil, no existe buena fe.

c) Si se adquiere de quien está usucapiendo *s.t.*, pero no ha consumado aún la usucapión a su favor. Puede ocurrir: 1.º Que se convierta en un adquirente *a non domino*, por el juego del artículo 34 LH. 2.º Que siga usucapiendo cuando conozca que su transmitente tenía únicamente la cualidad de usucapiente, en cuyo caso sí será poseedor de buena fe. ¿Qué ocurriría en este caso si el usucapiente *s.t.* no hubiese poseído de buena fe? ¿Se convertiría la usucapión extraordinaria del titular registral anterior en usucapión ordinaria del nuevo titular? Creo que lo más sencillo sería aplicar analógicamente la norma del artículo 442 del Código Civil, entendiendo que no afecta al titular la característica de posesión de mala fe, pero sus efectos sólo se producirán a partir de la adquisición.

En efecto, entiendo que dicha acción ejercitada por quien es titular registral contra quien está usucapiendo tiene el efecto de interrumpir la prescripción, puesto que el presupuesto de esta acción se halla en que alguien se oponga al derecho del titular inscrito sin un justo título, cosa que efectivamente ocurre en este supuesto. Además, el usucapiente no podrá oponerse al titular inscrito en base a la causa segunda del artículo 41 LH, porque el usucapiente puede oponer la prescripción cuando ya está consumada, puesto que entonces habrá adquirido el derecho de propiedad o el derecho real correspondiente y puede oponerlo al titular, pero en caso contrario, no puede alegar una situación de hecho frente a la alegación de un derecho. En conclusión, pues el titular registral goza, además de la posibilidad de interrumpir la posesión *ad usucapionem* por los medios que le proporciona el Código Civil, de la acción real del artículo 41 LH, que en este caso actuará como causa interruptiva.

c) *Medios de que goza el usucapiente que ha consumado a su favor la usucapición para hacer constar en el Registro su derecho.* La organización registral está basada en la accesión de «títulos traslativos o declarativos del dominio o de derechos reales sobre inmuebles» (artículo 2, 1.º LH) o aquellos «en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan» cualquier tipo de derechos reales (artículo 2, 2.º LH); pero la Ley Hipotecaria olvida totalmente toda la enumeración de los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil, que no deroga en absoluto. Por tanto, de los diferentes modos de adquirir la propiedad que reconoce el artículo 609 del Código Civil no plantean problemas en orden a su reflejo en el Registro, la donación, el título hereditario o el contrato unido a la tradición, pero cuando nos hallamos frente a una usucapición que además se ha consumado *contra tabulas*, existe una grave dificultad porque el usucapiente no tendrá a su favor el documento público que le exige la organización registral para su constancia. Puede ocurrir que el usucapiente tenga a su favor una sentencia, en la que se declare su derecho, en cuyo caso éste será el documento que le servirá para inscribir (y hablo de documento porque el título del dominio será la usucapición), pero puede ocurrir que no se haya pronunciado ninguna sentencia, en cuyo caso el usucapiente debe recurrir a un sistema supletorio. Cossío dice que el que consuma a su favor una u. c. t. debe proporcionarse un título supletorio para conseguir la inscripción de su derecho, bien acudiendo al expediente de dominio, bien a las actas de notoriedad, teniendo en cuenta según se trate de que la inscripción contradictoria tenga más o menos de treinta años de antigüedad; en el primer caso, procede el

acta de notoriedad, en el segundo, el expediente de dominio, aplicando los artículos 201 y 204 LH (105).

De todos modos, en estos casos se rompe el tracto sucesivo, porque la usucapión es un modo de adquirir originario y el usucapiente no deriva su título del usucapido en ningún caso.

2.º *Usucapión que se produce frente al tercer adquirente del titular inscrito, que reúna las condiciones del artículo 34 LH.* Cuando el titular inscrito tenga la condición de tercero, el artículo 36 LH contempla varias posibilidades, pero antes de entrar a estudiar cada una de ellas, hay que plantear el problema de si el adquirente del titular contra el que se está usucapiendo es o no verdadero tercero hipotecario.

La expresión *tercero*, que aparece en el artículo 36 tiene su origen en las anteriores leyes hipotecarias que exigían, para que la usucapión pudiese perjudicarlo, que estuviese inscrita la posesión (véase el artículo 35 de la Ley de 1909). La Exposición de motivos de la Ley de 1944 distingue también entre que la usucapión se produzca contra aquel que tiene el carácter de tercero hipotecario, contraponiéndole al dueño originario en el momento de iniciarse la usucapión. De las diversas situaciones que se contemplan en el artículo 36 LH, sólo en una de ellas el adquirente del titular es tercero hipotecario. En efecto, *el artículo 36 LH prevé dos supuestos: que la usucapión se halle ya consumada en el momento de producirse la transmisión, o que se consume después de la adquisición por el tercero.* En el primer supuesto, el adquirente el titular es tercero hipotecario, porque existe un verdadero derecho real que el Registro no publica y que se da en cabeza del usucapiente que ha consumado a su favor la usucapión; por esto, en beneficio del concepto de fe pública registral, en virtud de la que se reputa exacto el contenido de los libros del Registro, el adquirente del titular real, es tercero hipotecario, porque resulta indiferente que el titular registral no lo sea en la realidad en virtud de una usucapión contraria o por cualquier otra causa. En cambio, cuando el tercero adquiere de quien es verdadero dueño, contra el que se está usucapiendo, adquiere un derecho real tal y como lo publica el Registro; el derecho existe en cabeza del titular registral en realidad, por tanto, la inscripción es exacta; el adquirente no tendría por qué reunir los requisitos del artículo 34 LH para hacer firme la transmisión de la finca. Tercero, según ROCA SASTRE, «es aquel que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento» (106); lo que ocurre es que el

(105) COSSÍO, *ob. cit.*, págs. 151-152.

(106) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo I, págs. 644-645.

subadquirente será tercero con relación a todas las relaciones jurídicas en las que sea parte el titular inscrito y que no aparezcan reflejadas en los libros del Registro, pero no puede ser tercero con respecto al usucapiente, porque entre el usucapido y el que prescribe no existe ninguna relación jurídica (que por otra parte, carecería de contenido), dejando aparte el que la relación del usucapiente no se produce con el usucapido, sino con la finca. Por tanto, el tercer adquirente subentra por un fenómeno de sucesión particular, en la misma posición jurídica que ostentaba su causante (el titular registral); en realidad el proceso de usucapición debería afectarle siempre, porque tratándose de una situación de puro hecho, no tiene posibilidades de aparecer en el Registro, como consecuencia de la actual imposibilidad de inscribir la posesión. En consecuencia, el tercero adquirirá el derecho *tal y como* lo ostentaba su causante y con las mismas limitaciones de hecho que afectaban al anterior titular.

Creo que la Ley Hipotecaria ha desorbitado en este caso el concepto de tercero, porque el Registro no puede garantizar a los adquirentes una inmunidad absoluta contra los derechos personales y las situaciones de hecho a que esté sometida la finca; del mismo modo que no se dice que al adquirente del titular inscrito no le afectan los arrendamientos no inscritos concertados por éste, puesto que entrará a formar parte de la relación jurídica obligacional, en virtud de una sucesión en la posición de arrendador, creo que ocurre lo mismo en la usucapición: el adquirente del titular inscrito no es tercero en relación con el usucapiente, cuando adquiere antes de haberse consumado la usucapición, porque subentra en una posición, la de usucapido, contra la que el Registro no puede protegerlo, debido a su característica de situación de hecho y no de derecho real.

La conclusión a que puede llegarse después de esta exposición es que hubiera sido más sencillo decir que cuando el usucapiente ha consumado a su favor la usucapición, pero no ha inscrito su derecho en el Registro, al adquirente del titular inscrito no le afecta este derecho real, que no tiene constancia registral, y se convierte en dueño efectivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH, y añadir que cuando la usucapición aún no se ha consumado, el adquirente es titular efectivo del derecho real transmitido, pero que pasa a formar parte de un proceso basado en una simple situación de hecho, en la que ocupará la posición de usucapido, debiendo utilizar todos los medios a su alcance para que esta situación de hecho no llegue a convertirse en un verdadero derecho real, puesto que cuando llegue este momento debería afectarle (107).

(107) La redacción actual es una rémora de la situación anterior y del sistema adoptado ya desde la Ley de 1861 (art. 35) de exigir la inscripción para que la usucapición pueda perjudicar a terceros.

Por tanto, únicamente se da con toda su pureza el concepto de tercero hipotecario cuando al adquirir la finca, ya se había consumado la usucapión, en cuyo caso adquiere en virtud de Registro inexacto, puesto que publica una titularidad que había dejado de existir en cabeza de quien figura en el Registro como titular.

Siguiendo la estructura del artículo 36 LH, hay que distinguir varias situaciones:

a) *Usucapión consumada*.—El tercero adquiere en virtud de Registro inexacto, por tanto, la lógica del sistema obligaría de deducir que en este caso no pueden afectarle los derechos reales no inscritos, como lo será la propiedad en cabeza del usucapiente; pero el artículo 36 LH formula una excepción al principio del artículo 34 LH, puesto que afirma que estos derechos afectarán al tercer adquirente cuando:

- Se demuestre que «conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» (ap. a), artículo 36 LH).
- Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición (apartado b), art. 36 LH).

Así, pues, puede decir que el artículo 36 coloca al tercero en una situación de buena fe cualificada, que hay que intentar delimitar. La ignorancia a que se refiere el artículo 36 LH parece ser distinta de la del artículo 34; en efecto, el artículo 34 exige desconocimiento de la situación jurídica real de la finca o de la falta de poder de disposición del transmitente; en cambio, el artículo 36 LH añade la exigencia de que esta ignorancia se extienda a las circunstancias de hecho de la finca, considerándose que si el adquirente no ha llegado a este conocimiento, le afectará la usucapión porque incurre en *culpa lata*. Sobre el concepto de *culpa lata* existe una seria discrepancia en la doctrina: SANZ entiende que la existencia de motivos suficientes para tener conocimiento de la situación refuerza la posición del poseedor y priva de valor a las normas del artículo 36 LH, considerando que el tercer adquirente siempre habrá tenido motivos suficientes para conocer la usucapión (108). Una opinión

(108) SANZ, *ob. cit.*, pág. 552.

parecida sustenta BÉRGAMO (109). ROCA SASTRE entiende que habrá supuestos en que esta *culpa lata* exista realmente y otros en que no, aunque, en todo caso, creo que debe demostrarse siempre que conoció o tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer el estado posesorio de la finca, lo cual no requiere únicamente el conocimiento de este estado posesorio, sino también que el poseedor actúa con ánimo de dueño. En consecuencia, hay que decir que afectará al tercer adquirente la usucapión, porque no ha actuado con la diligencia exigible, de acuerdo con un estándar medio de conducta.

b) *Usucapión a la que falte un año para consumarse*.—Esta es otra de las situaciones contempladas en el artículo 36 LH. En este caso afectará al tercer adquirente la usucapión cuando «no habiendo conocido ni podido conocer en el momento de la adquisición la usucapión, la consiente. La doctrina denomina este supuesto como *usucapión cuasi consumada* y, con ROCA SASTRE, creo que hay que regularla de una forma distinta a la contemplada en el apartado anterior, porque en este caso, el tercero adquiere de quien, según el Registro y la realidad extrarregistral, tiene poder para transmitir la finca. Es decir, que el tercero adquiere *a domino* y, por tanto, tiene en su mano todos los medios legales para interrumpir la usucapión cuasi consumada (reivindicatoria, acción *ex art.* 41 LH, medios del art. 1.946 del Código Civil). Cuando utilice cualquiera de estos medios, no podrá decirse que haya consentido la usucapión, por lo que no le afectará (110); cuando ello ocurra, para el usucapiente se producirá una interrupción de la posesión, pero no debida a la adquisición del titular, sino al acto interruptivo llevado a cabo por éste.

En cambio, cuando se trata de usucapión consumada, en la que el usucapiente es ya titular del derecho real correspondiente en el momento de su adquisición por el tercero, existen dos titularidades: la del *tercer adquirente* de buena fe, que adquirió de acuerdo con las prescripciones del Registro y que no tuvo medios suficientes ni motivos racionales para conocer el estado posesorio de la finca antes de su adquisición, en suma, que será tercero hipotecario, y la del *usucapiente*, que adquirió por el transcurso del tiempo, unido a la posesión. Se produce en este supuesto una colisión de titularidades, derivadas de la protección que proporcionan

(109) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 305.

(110) La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 distinguía los supuestos de conocimiento y los de desconocimiento de la situación real de la finca, y cuando el tercer adquirente no conoció ni pudo conocer esta situación llega a la conclusión de que debe prevalecer la fe pública del Registro. «Surgida una colisión de intereses, se ha considerado más justo que no resulte lesionado quien de buena fe ha adquirido el derecho al amparo del Registro»; pero si deja transcurrir un año sin oponerse a la usucapión, «se produce una positiva accesión posesoria y, de consiguiente, le afectará la prescripción consumada o en curso».

dos sistemas de publicidad distintos: el derivado de la posesión y el derivado del Registro. La posesión del usucapiente debe ser pública, puesto que, en caso contrario, no podría dar lugar a la adquisición del derecho real correspondiente (111) (véanse los arts. 444 y 1.941 del Código Civil); por otra parte, el tercer adquirente ha adquirido confiando en la publicidad registral que le proporciona la inscripción de su causante. Ante esta situación y para conservar los principios hipotecarios, el Registro debería mantener la adquisición del tercero, basada en un modo de adquirir tan justo y legal como la usucapción (112), pero la colisión evidente la resuelve la Ley Hipotecaria en favor de la publicidad que proporciona la posesión. Constituye, por tanto, la disposición del artículo 36 LH una excepción a lo dispuesto en el artículo 34 y, sobre todo, a lo que se establece en el artículo 32 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que un título de propiedad no inscrito (la usucapción) perjudica a tercero si éste no opone su título dentro del año siguiente a la adquisición, efectuada *ex* artículo 34 LH, a la usucapción consumada. En este caso, los medios de que dispone el adquirente según el Registro no son los mismos de que dispondría si se hallase frente a una usucapción aún no consumada, puesto que no podrá interrumpir la posesión; cualquier acción judicial que ejercite dentro del año siguiente a la adquisición no tendrá nunca carácter interruptivo, puesto que no se puede interrumpir una usucapción ya consumada. Podrá utilizar, en este caso, la acción reivindicatoria y la acción real del artículo 41 LH, y si utiliza este medio, el usucapiente no podrá alegar la causa de oposición segunda de dicho artículo, puesto que si la acción se ejercita dentro del año siguiente a la adquisición, dicha usucapción no puede perjudicar al titular inscrito, lo que sí ocurriría en el caso de que la efectuase después de transcurrido un año desde la adquisición. Como dice NÚÑEZ LAGOS, pasado este año, el adquirente del titular usucapido pierde su cualidad de tercero y será un mero sucesor de su transmitente registral (113).

Cuando la Ley Hipotecaria habla de transmisión, debe plantearse a qué momento hay que referir esta adquisición. La doctrina se divide en dos sectores: los que adoptan un criterio de Derecho civil y aquellos autores que siguen los criterios basados en la letra de la Ley Hipotecaria. Entre estos últimos puede citarse a SANZ, quien considera que el plazo del año

(111) NÚÑEZ LAGOS. Rafael, en «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, I, pág. 431, dice que la posesión del titular civil no inscrito no reúne publicidad bastante. Esto puede no ser cierto, puesto que la publicidad registral es una publicidad formal y no efectiva y, en cambio, la que otorga la posesión es mucho más real.

(112) Admitido en el artículo 609 del Código Civil, cuando habla de que la propiedad puede adquirirse asimismo por la ley.

(113) NÚÑEZ LAGOS, *ob. cit. últ.*, pág. 428.

(114) SANZ, *ob. últ. cit.*, pág. 554.

debe contarse a partir de la inscripción (114); BÉRGAMO, sin embargo, cree que el momento en que debe producirse esta buena fe es el de la tradición, porque es conceptualmente imposible que el tercero haya podido recibir de su transferente una posesión efectiva que éste no le podía entregar, porque no la tenía, añadiendo que en este caso actuará una tradición simbólica (art. 1.462 del Código Civil), «y en su virtud el otorgamiento de escritura señalará el momento de perfección de la adquisición»; completa esta opinión cuando dice que si no se olvida «que el artículo 36 habla de titulares inscritos que tengan la condición de terceros, y que ésta no se tiene si no se inscribe, de acuerdo con el artículo 34 LH, el momento en que debe referirse la mala fe del tercero es el de la inscripción» (115).

En contra de esta tesis, los civilistas oponen la efectividad de la teoría del título y el modo; así, Cossío dice que el momento determinante de la mala fe es el de perfeccionar su adquisición, frase ocasionada a confusiones, pero que debe entenderse en el sentido «del momento en que, por haber conferido además del título, el modo, la adquisición propiamente dicha del derecho real se ha producido o debido producir completamente» (116); ROCA SASTRE, por su parte, también considera que este momento es aquel en que se ha producido la adquisición según el Derecho civil, puesto que en el sistema hipotecario español la inscripción no es constitutiva, salvo en el supuesto de la hipoteca (117). Estas opiniones son las de mayor peso, pero, además, creo que son absolutamente ciertas y que esta afirmación se desprende del propio sistema hipotecario relativo a la usucapión: si comparamos el artículo 35 LH con el artículo 36 nos damos cuenta que el primero pone el acento en la inscripción, ya que actúa de justo título *ad usucapionem* y a partir de la inscripción entran en juego una serie de presunciones que facilitan al titular registral la usucapión; en cambio, el artículo 36 es una cuña metida en un sistema que vive al margen de la realidad y que trata de adecuarse a ella. ¿Cómo puede requerirse la buena fe en el momento de la inscripción cuando, salvo para obtener la cualidad de tercero hipotecario, la propia inscripción es absolutamente irrelevante? Además, el propio artículo 36 habla de «perfeccionar su adquisición» (el tercero), y ello ocurre cuando concurren título y modo (o cualquier otro de los requisitos en los demás

(115) BÉRGAMO, *ob. cit.*, págs. 302-303. Admiten también esta tesis SOLS, *obra citada*, pág. 129, y ATARD GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 85.

(116) COSSÍO, *ob. cit.*, pág. 155. Ello es cierto si entendemos que, según el artículo 34 LH, únicamente se es tercero cuando, además de reunir los otros requisitos que se exigen, se ha adquirido a título oneroso y sólo puede adquirirse de esta forma a través de un contrato. Véase asimismo ALBADALEJO, *ob. cit.*, pág. 164, nota 92.

(117) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, págs. 35-36, y tomo I, págs. 734 y sigs

modos de adquirir la propiedad); sólo en este momento se produce la adquisición del derecho real correspondiente (salvo en la hipoteca, artículos 1.875 del Código Civil y 145 LH), de acuerdo con el artículo 609 del Código Civil. Esta solución puede aplicarse tanto al párrafo *a)* como al *b)* del artículo 36 LH, encontrando en dicho artículo una nueva razón en orden a la aplicación de esta norma cuando, refiriéndose a las servidumbres negativas o no aparentes, dice que el plazo del año empezará a contarse desde que el titular pudo conocer su existencia o, en su defecto, desde que se produjo el hecho obstativo a la libertad del predio sirviente, en cuyo caso se dará un conocimiento efectivo; la referencia de este párrafo al párrafo *a)* del propio artículo 36 hay que entenderla en el sentido de que se remite a la posibilidad de que el adquirente tuviese medios racionales o motivos suficientes para conocer la servidumbre, puesto que hay que entender que no se refiere a la adquisición de la servidumbre, sino de la finca gravada con la misma.

c) Usucapión en curso, o sea, aquella a la que falte más de un año en consumarse.—La referencia de la Ley Hipotecaria a este supuesto es completamente superflua y la mayoría de los autores la critica ampliamente, ya que, como dice BÉRGAMO, nos encontramos «ante un mero estado de hecho, pero que por no haber alcanzado la madurez de la usucapión nada tiene que ver con ella» (118). En realidad, de la misma manera que en el caso de la usucapión que deba consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, el tercero adquiere de quien es verdaderamente dueño y no necesita para nada que se produzca a su favor el juego del artículo 34 LH, puesto que el Registro, en este caso, concuerda perfectamente con la realidad extrarregistral. Las situaciones de hecho, como lo es la posesión *ad usucapionem*, no afectan en nada a la titularidad, aunque sí afectarán al adquirente en cuanto pasará a ser parte en el proceso de usucapión iniciado por el usucapiente. El párrafo del artículo 36 únicamente puede tener una justificación por la necesidad de aclarar toda una serie de problemas que se plantearon a partir del artículo 35 de la Ley Hipotecaria de 1861, en cuanto que se entendía que la prescripción no perjudicaba a los terceros (119).

El segundo párrafo del artículo 36 LH dice lo siguiente: «La prescrip-

(118) BÉRGAMO, *ob. cit.*, pág. 310.

(119) Véase GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, pág. 641; PANTOJA Y LLORET, *ob. cit.*, página 239; con relación a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria de 1869, véanse los comentarios de CALDERÓN NEIRA, pág. 102, y GALINDO Y ESCOSURA, *ob. cit.*, tomo II, páginas 527-529. Respecto a la Ley Hipotecaria de 1909, véase GAYOSO ARIAS, *obra citada*, y MORELL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1916-1920, tomo II, págs. 650 y sigs.; ROCA SASTRE: *Instituciones*, cit., página 257, y BENAYAS CABEZUDO «La usucapión y el Registro de la Propiedad en el Derecho español», *AAMN*, 1946, tomo III, págs. 475 y sigs.

ción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.» La mayoría de los autores critican este párrafo porque entienden que es muy dudosa la terminología, ya que este artículo habla, por una parte, de *interrumpir la prescripción*, cuando lo que se interrumpe, según el artículo 1.944 del Código Civil, es la posesión, y, por otra parte, dice que esta interrupción deberá hacerse «en la forma y plazos antes indicados», cuando en los párrafos anteriores no existe ninguna mención al tema. En cambio, sí considero acertada la referencia al titular inscrito y no al titular que tenga la condición de tercero, puesto que no puede ser tercero quien adquiere en virtud de Registro exacto (120). En realidad, el párrafo transcrito es totalmente superfluo, debiendo reconducirse al párrafo tercero del propio artículo, en el sentido de que al convertirse en dueño el adquirente del titular registral y pasar a formar parte del proceso de usucapión, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil. Si ello no fuese así, este tercer párrafo del artículo 36 tendría aplicación sólo cuando el dueño de la finca, al consumarse la usucapión, sea el mismo que existía al comenzar, o que haya adquirido a título gratuito o en virtud de sucesión (121).

La doctrina no está de acuerdo en orden a los medios de que puede disponer el titular en este caso para interrumpir la posesión *ad usucapionem*; según ROCA SASTRE, las opiniones se dividen en dos sectores: el criterio civilista puro, que entiende que transcurrido el plazo de un año desde la adquisición del titular registral, éste puede utilizar los medios civiles para interrumpir la usucapión, pero no la acción del artículo 41 LH. Así, BÉRGAMO dice que cuando el titular registral consiente por más de un año la posesión extrarregistral, se inhiben las defensas hipotecarias, que podía haber ejercitado antes de haber transcurrido dicho plazo (122); VALLET DE GOYTISOLO dice que el procedimiento del artículo 41 LH podrá ser enervado por la oposición del poseedor en virtud de la cita segunda de contradicción de dicho artículo, y que si no ocurriera así, al titular que dejó pasar un año sin interrumpir la posesión del usucapiente o el tercero que no cumplió lo dispuesto en el apartado b) del artículo 36 LH, les bastaría transferir la finca a cualquier persona, conocedora o no de la situación posesoria, para que ésta utilizase el procedimiento del artículo 41

(120) En efecto, según el propio ROCA SASTRE, uno de los presupuestos de actuación del artículo 34 LH es que el Registro sea inexacto y que las causas de inexactitud del Registro no consten explícitamente en el mismo. Ver *Derecho hipotecario*, cit., tomo I, pág. 685. Ver asimismo LACRUZ-SANCHO, ob. cit., pág. 239, con relación a las circunstancias de hecho.

(121) En este mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., pág. 384.

(122) BÉRGAMO, ob. cit., pág. 310, y SANZ, ob. cit., págs. 557-558.

y para que, después de vencer en él, se la volviese a transferir (123); también coincide con esta opinión ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, aunque limitando el ejercicio de la acción al año siguiente al de la adquisición por el tercero, ya que dice que «la apariencia de la inscripción sólo sustituye a la posesión frente a tercero de buena fe que inscribe su adquisición a título oneroso, siempre que no conociese o hubiese debido conocer la posesión contraria; esta doctrina parece aplicable a esta sede jurídica: la acción real registral no puede dirigirse frente al poseedor a título de dueño, excepto durante el año siguiente a la adquisición por el tercero y en las condiciones descritas por el artículo 36 LH» (124).

El criterio civilista hipotecarista, según el cual (125) el artículo 36 no distingue entre medios civiles y medios hipotecarios.

Creo que la solución a esta discusión hay que buscarla en la exégesis del propio artículo 36: cuando el párrafo segundo de este artículo se remite a «la forma y plazos antes indicados», se remite a todo lo dispuesto en el párrafo primero de dicho artículo *en toda su integridad*, y este párrafo primero se refiere a la usucapición consumada y a la que se pueda consumir dentro del año siguiente a la adquisición. Cuando el artículo 41, en su causa de oposición segunda, se refiere a la prescripción, siempre que debe perjudicar al titular inscrito, se está remitiendo al primer párrafo del artículo 36, por lo que siempre que habiéndose consumado la usucapición o falte un año para ello, y el adquirente no haya actuado diligentemente (ap. a), art. 36) o haya consentido dicha posesión expresa o tácitamente (ap. b), art. 36), ésta deberá perjudicarle. Por tanto, sólo en estos supuestos podrá el usucapiente oponerse a la acción del titular registral, en base al artículo 41 LH. Pero cuando no se trate de usucapición o que haya de consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, el poseedor *ad usucapionem* no podrá oponerse a la acción real del titular registral, por lo que éste podrá utilizar dicha acción para interrumpir la posesión *ad usucapionem*.

En consecuencia, hay que entender que *el artículo 36 LH, en su párrafo segundo, integra al adquirente del titular usucapido en la situación de hecho de la usucapición, es decir, que pasa a ser parte en la misma y le perjudica el tiempo durante el que el usucapiente ha estado poseyendo contra el anterior titular, puesto que el hecho de que esté inscrito el dominio o derecho real que se está usucapiendo no modifica para nada las normas civiles sobre la materia.*

(123) VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, pág. 385.

(124) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *ob. cit.*, pág. 483.

(125) AZPIAZU: *La posesión y el Registro*, *cit.*, pág. 442; VILLARES PICÓ: «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1947, pág. 679; MARTÍNEZ CORBALÁN, *ob. cit.*, pág. 537, y ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 49.

C) *La Usucapio libertatis*

Hay que hacer, por último, una breve referencia al párrafo cuarto del artículo 36, que contempla el caso de la denominada *usucapio libertatis*, es decir, aquel supuesto en que, por medio de la posesión en concepto de libre de una finca gravada por un derecho real, al consumarse la usucapión se extinguen los derechos reales que hasta aquel momento recaían sobre la finca (126). Esta forma de usucapión responde a la regla *tantum praescriptum quantum possessum*.

El cuarto párrafo del artículo 36 dice lo siguiente: «Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido no se extinguirá por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando siéndolo reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.»

Dentro del párrafo cuarto del artículo 36 hay que distinguir varios supuestos:

a) *Derechos que no llevan aneja la facultad de disfrute de la cosa*, cuyo paradigma es la hipoteca. En este caso, aun cuando se haya poseído la finca en concepto de libre, no se extingue el derecho real de que se trate por haberse consumado la usucapión. Ahora bien, ello siempre que la usucapión se haya llevado a término por persona distinta del hipotecante, porque, además, se trataría de una aplicación concreta del artículo 104 LH. En el caso de que fuese el propio acreedor hipotecario el que usucape la finca, creo que no podría subsistir el gravamen porque se extinguiría por confusión.

b) *Derechos que impliquen facultad de disfrute cuando ésta no fuese incompatible con la posesión causa de la prescripción*.—El caso típico es el de las servidumbres, aunque también deben incluirse aquí aquellos derechos reales limitativos del dominio, cuando lo que se adquiere por usucapión es el derecho real, dejando intacto el dominio o viceversa (127), dado que el artículo 36 habla de posesiones incompatibles. Incluso puede ocurrir que una persona usucape el dominio y otra el usufructo al mismo tiempo.

(126) En esta materia puede consultarse preferentemente ROCA SASTRE, *ob. cit.* tomo II, págs. 54 y sigs.

(127) En contra, ROCA SASTRE, *ob. cit.*, tomo II, pág. 59.

c) Cuando implicando facultad de disfrute y siendo incompatibles las posesiones, reúnan sus titulares las circunstancias de no conocer, o haber tenido motivos racionales para hacerlo, la posesión del usucapiente o que se consiente dicha usucapición dentro del año siguiente a la adquisición.—Este párrafo está explícitamente recogido en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, donde se dice que «si la cuestión se plantea respecto del derecho con facultad de goce o disfrute incompatible con el estado posesorio del que está prescribiendo, se ha juzgado entonces que, dada la estrecha relación entre ambas posesiones, no puede concederse a aquéllos más protección que la que esta ley otorga a los titulares en vías de usucapición».

ENCARNA ROCA TRÍAS

Profesor agregado de Derecho civil

BIBLIOGRAFIA QUE SE CITA EN EL TEXTO

- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel: *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
 — *Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1974.
 ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «La posesión y el Registro de la Propiedad», *RDP*, junio 1978.
 ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Apariencia jurídica. posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975.
 ATARD GONZÁLEZ, Rafael: «La posesión en la legislación hipotecaria española», *AAMN*, III, 1946.
 AZPIAZU, José: «Apostillas a unos comentarios. La posesión y el Registro», *RCDI*, 1945.
 — «¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?», *RCDI*, 1956.
 — «A manera de réplica», *RCDI*, 1947.
 — «Más sobre el tema 'la prescripción y el Registro'», *RCDI*, 1947.
 BENAYAS CABEZUDO: «La usucapión y el Registro de la Propiedad en el Derecho español», *AAMN*, 1946, tomo III.
 BADOSA COLL, Fernando: *Justo título*, Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XIV, Barcelona, 1971.
 BÉRGAMO LLABRÉS, Alejandro: «La usucapión y el Registro de la Propiedad», *AAMN*, tomo III, 1946.
 CALDERÓN NEIRA, Manuel: *Estudios hipotecarios*, Madrid, 1885.
 CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1971.
 COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945.
 CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, tomo I, Madrid, 1967.
 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.
 DE DIEGO LORA: *La posesión y los procesos posesorios*, Madrid, 1962.
 DÍAZ GONZÁLEZ: *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1967.
 Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964.

- GALINDO Y ESCORURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Madrid, 1890.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, Ed. Anastática, Barcelona, 1973.
- GAYOSO ARIAS: *Nociones de legislación hipotecaria*, Madrid, 1918.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862.
- ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, Madrid, 1974, y tomo II, Madrid, 1974.
- LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.
- «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, 1949.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957.
- MARTÍ MIRALLES, Juan: *Spoliatus ante omnia restituendus*, Tarragona, 1972.
- MARTÍNEZ CORBALÁN: «Más sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1946.
- «La reforma de la Ley Hipotecaria. Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores», *RCDI*, 1946.
- MORALES MORENO, Antonio: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972.
- «La inscripción y el justo título de usucapión», *ADC*, 1971.
- MORELL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1916-1920.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, tomo I.
- «Dos acciones y un solo artículo», *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, tomo II, 1951.
- «Fe pública registral», *RDN*, núm. 20, 1958.
- PANTOJA, José M.^a, y LLORET, Antonio M.^a: *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*, Madrid, 1861.
- PEÑA: «Comentario a la sentencia de 5 de abril de 1961», *ADC*, XV.
- PORCIOLES Y COLOMER, José M.^a de: «La prescripción y el Registro de la Propiedad», *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social*, Colegio Notarial de Barcelona, 1945.
- RIVAS GARCÍA y CHACÓN YERÓN: «El Registro Mercantil, su organización y funcionamiento», *RCDI*, 1970, tomo I.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1942.
- *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, tomos I y II.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de A.: *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968.
- SANZ FERNÁNDEZ, Angel: «La reforma de la Ley Hipotecaria», *RDP*, 1945.
- *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I.
- SOLS GARCÍA, Pedro: «Prescripción contra el Registro», *ADC*, II, 1949.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- VILLARES PICÓ: «La posesión y el Registro», *RCDI*, 1947.
- «La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1947.

DICTAMENES
Y CUESTIONES ACTUALES

Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador

SUMARIO: Advertencia inicial.—PRIMERA PARTE. LOS PODERES DEL ESTADO: 1.1. *La división de poderes*.—1.2. *La potestad jurisdiccional*.—1.3. *La Administración*: 1.3.1. Exclusión de la materia civil. 1.3.2. La Administración no es un poder residual.—1.4. *Jurisdicción y Administración*.—1.5. *La Jurisdicción voluntaria y la «Administración pública del Derecho privado»*: 1.5.1. Jurisdicción voluntaria y Jurisdicción contenciosa. 1.5.2. Los actos de Jurisdicción voluntaria. 1.5.3. La llamada «Administración pública del Derecho privado». 1.5.4. La separación entre Administración y Jurisdicción voluntaria.—1.6. *Conclusiones. Ubicación de la Jurisdicción voluntaria y la llamada Administración del Derecho privado*.—SEGUNDA PARTE. PODERES DEL ESTADO Y REGISTRO. POSICIONES DE LA DOCTRINA: 2.1. *Doctrinas que aproximan la función registral a la Jurisdicción*.—2.2. *La tesis de la naturaleza administrativa*.—2.3. *Adscripción a la Jurisdicción voluntaria o a una función análoga distinta de la Jurisdicción y la Administración*.—TERCERA PARTE. LA FUNCIÓN REGISTRAL ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y LA JURISDICCIÓN: 3.1. *La publicidad registral*: 3.1.1. Concepto y ámbito. 3.1.2. La tesis del carácter administrativo de la publicidad registral. 3.1.3. Interés público, función pública y competencia de la Administración en la función registral. 3.1.4. ¿Función pública o servicio público?—3.2. *La inscripción en el Registro de la Propiedad*: 3.2.1. Naturaleza. 3.2.2. La inscripción, ¿acto administrativo?: 3.2.2.1. Opinión afirmativa. 3.2.2.2. Examen del argumento deducido de la Ley de Procedimiento Administrativo. 3.2.2.3. ¿Aplicabilidad parcial de la ley? 3.2.2.4. Significado del Decreto de 11 de octubre de 1958 en el ámbito hipotecario.—3.3. *Autonomía de la función registral*: 3.3.1. El principio. 3.3.2. La intangibilidad de los asientos y la Administración. 3.3.3. Un ejemplo: el deslinde administrativo.—3.4. *El procedimiento. Caracteres específicos de la solicitud de inscripción*.—3.5. *Caracteres específicos de la calificación*: 3.5.1. Conceptos generales. 3.5.2. Ambito de la calificación. 3.5.3. Independencia jerárquica del Registrador. 3.5.4. La decisión de inscribir (o no) y la cosa juzgada.—3.6. *Caracteres específicos de los recursos*: 3.6.1. El llamado «recurso judicial»: 3.6.1.1. Ausencia de recurso jurisdiccional propiamente tal en el Derecho español. 3.6.1.2. Comentario del artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Inaccesibilidad de las formalidades registrales al juicio de los Tribunales. 3.6.1.3. Los títulos que documentan un derecho administrativo. 3.6.2. El recurso gubernativo. 3.6.3. ¿Recurso contencioso administrativo?: 3.6.3.1. La jurisprudencia. 3.6.3.2. La doctrina administrativista. 3.6.3.3. Inviabilidad del recurso contencioso-administrativo.—CUARTA

PARTE. LA FIGURA DEL REGISTRADOR: 4.1. *Su naturaleza. Examen crítico de la doctrina*: 4.1.1. En general. 4.1.2. La posición administrativista. 4.1.3. El ejercicio privado de funciones públicas. 4.1.4. El Registrador como «profesional vinculado»: 4.1.4.1. Doctrina general. 4.1.4.2. Teoría de la doble relación. 4.1.5. Las doctrinas mixtas.—4.2. *Rasgos esenciales de la figura, según la legislación vigente*: 4.2.1. La condición de Registrador y el Estatuto de funcionarios. 4.2.2. Rasgos de funcionario público en el ejercicio de cargo de Registrador. 4.2.3. Aspectos de profesional privado en el cargo de Registrador: 4.2.3.1. La retribución. 4.2.3.2. La fianza. 4.2.3.3. Local y mobiliario. 4.2.3.4. El personal. 4.2.3.5. El Colegio. 4.2.4. En particular, la responsabilidad del Registrador: 4.2.4.1. Legislación administrativa y legislación hipotecaria. 4.2.4.2. Naturaleza de la responsabilidad del Registrador. 4.2.4.3. ¿Responsabilidad subsidiaria de la Administración? 4.2.4.4. Responsabilidad por culpa de los empleados del Registro. 4.2.5. Aspectos parajudiciales de la figura del Registrador. 4.2.6. Aproximación al Notariado. 4.2.7. Recapitulación.—4.3. *Consideraciones de política legislativa*: 4.3.1. Mi opinión. 4.3.2. Registro y cibernética. Insostituibilidad de la figura del Registrador.—CONCLUSIONES.

CONSULTA

El Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad requiere mi parecer sobre los siguientes extremos:

1. Si la función registral que desempeñan sus miembros es y debe ser independiente tanto de la Jurisdicción como de la Administración.
2. Si, caso afirmativo, el concepto de Funcionario administrativo no es aplicable a la figura del Registrador.

DICTAMEN

ADVERTENCIA INICIAL

Previamente me creo en el caso de advertir que estas preguntas se hallan sustancialmente contestadas en mi trabajo «Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad», publicado el año 1961. No habiendo encontrado razón de algún peso para separarme de lo que dije entonces, las páginas que siguen, aunque con alguna matización y bastantes datos y argumentos nuevos, insisten en mis viejas tesis. Lo advierto por cuanto esto elimina la idea del dictamen influido inevitable e involuntariamente por la simpatía hacia la causa del consultante: son ideas de hace más de diecisiete años las que vuelvo ahora a repetir aquí, forman el nervio de mi argumentación y se reflejan en las conclusiones.

PRIMERA PARTE

LOS PODERES DEL ESTADO

1.1. LA DIVISIÓN DE PODERES

No por capricho o afán de erudición he de comenzar recordando la doctrina universalmente famosa del señor de la Brède, CARLOS DE SECONDAT, barón de Montesquieu, quien, a mediados del siglo XVIII, en su obra *De l'esprit des lois*, señalaba la presencia, en el Estado, de tres especies de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes, y el ejecutivo de las que dependen del Derecho civil. El primero hace las leyes, las reforma o las deroga; el segundo hace la paz o la guerra, recibe embajadas, afianza la seguridad y previene las invasiones; el tercero, castiga los crímenes o juzga los litigios de los particulares. «Se llamará a este último el poder de juzgar, y al otro, sencillamente, el poder ejecutivo del Estado.»

El noble francés contraponía a la realidad francesa, en donde el rey era a la vez legislador, gobernante y Juez supremo, el modelo británico de equilibrio de poderes (monarca, parlamento, judicatura); y mantenía, con arreglo al ejemplo inglés, la necesidad de separar tales potestades para que el Gobierno no sea tiránico y para que «el poder limite al poder».

La teoría de MONTESQUIEU se presta a muchas objeciones de detalle, de las cuales sólo una importa a efectos del presente dictamen, a saber, la indefinición en que queda el poder ejecutivo, cuyo concepto se concreta, como se ve, mediante unas aplicaciones muy limitadas: incumbencias militares, relaciones internacionales y «seguridad». Este poder, que en la vida política inglesa que sirvió de modelo a nuestro autor venía encarnado por el monarca, y es el que MONTESQUIEU reserva su obra al entonces omnipotente monarca francés, comprende, en realidad, el conjunto de las tareas de gobierno y administración, en las cuales se supone que el rey—todavía no se piensa en el gabinete—se mueva con gran libertad y sin que los particulares perjudicados por sus decisiones puedan llevarle a los tribunales: «en cuestiones de policía no hay apelación posible», reza una máxima alemana de la época.

El contenido del poder del rey en la mente de MONTESQUIEU es difícil de describir sintéticamente. Mientras los poderes judicial y legislativo nacen como competencias arrancadas de manos del antiguo monarca absoluto, el ejecutivo, de momento, permanece en sus manos constituyendo un acervo heterogéneo resultado de la sustracción ahora explicada. Con lo cual el poder ejecutivo se presenta como un poder residual: lo que no está encomendado a los Jueces ni al Legislador, automáticamente *es ejecución*. Ello podía ser relativamente aceptable cuando, según pensaba nuestro autor, no formaban ni podían formar parte del poder real aquellas funciones de los jueces que éstos desempeñaban sin litigio; lo que hoy llamamos «jurisdicción voluntaria»; y cuando la injerencia del poder real en los derechos privados particulares era mucho más leve que hoy la de la Administración. Mas las cosas cambian mucho desde que el acervo de poderes del monarca pasa al gobierno constitucional, asumiendo éste la condición de «poder ejecutivo»; el ámbito de competencia del Gobierno y la Administración se restringe ahora a aquellas facultades e incumbencias que le concede o encomienda expresamente la ley. Así que, en cualquier planteamiento constitucional, la afirmación «todo lo que no sea Legislación o Jurisdicción, es Administración», resulta inadmisibles por cuanto tal proposición ni coincide con el sistema y la circunstancia de MONTESQUIEU, ni con la legislación vigente y el punto de vista de la Constitución.

Mas, pese a todas las posibles objeciones, la teoría de la separación de poderes tuvo éxito pleno a partir de la gran revolución: inspiró todas las constituciones del siglo XIX y asimismo las de los regímenes democráticos en el presente; y, sobre todo, en ella se basa nuestra nueva ley fundamental, pues, aunque no proclama explícitamente el principio de la división de poderes, se ajusta a él, al disciplinar con independencia, de una parte, las Cortes generales (título III); de otra, «el Gobierno y la Administración» (título IV), y, finalmente, «el poder judicial» (título VI); confiriendo a las Cortes «la potestad legislativa del Estado» (art. 66); al Gobierno «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria» (art. 97), y al poder judicial la exclusiva de «la potestad jurisdiccional» (art. 117).

1.2. LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Empecemos por esta última. Al poder judicial la doctrina de la división de poderes le constituye en «voz viva de las leyes», sin voluntad propia y sólo dedicado a aplicar y hacer efectiva la norma jurídica. En efecto, ni siquiera cuando un Juez, a falta de texto aplicable, «inventa» la ley, realiza un acto de voluntad. La LOPJ, en un lenguaje puramente constitucional, prohíbe asimismo a los Jueces ejercer funciones distintas de las seña-

ladas por la ley (art. 3.º), y, en particular, «mezclarse en asuntos peculiares a la administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes» (artículo 4.º). O sea: inmiscuirse en las incumbencias del poder ejecutivo (administración) o del legislativo (disposiciones). Todo lo cual viene confirmado por el artículo 117 de la Constitución, cuando, tras proclamar que «la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley», les atribuye «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado»: «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartada anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (art. 117, apartados 3 y 4).

Esas funciones las ejerce «el poder judicial», según reza el epígrafe del título correspondiente de la Constitución (el VI). Poder único, unitario, basado en «el principio de unidad jurisdiccional», que «es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales» (art. 117, apartado 5); poder que, encarnado en los Jueces y Tribunales, desarrolla su actividad final mediante «sentencias y resoluciones firmes», que «es obligado cumplir» (art. 118).

Como parte del poder judicial, es decir, bajo el mismo epígrafe, regula la Constitución (art. 124) el Ministerio fiscal, con la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley», etc. «El Ministerio fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica»: por tanto, en la misma forma que los funcionarios del poder ejecutivo.

Todos estos puntos de apoyo legales, en relación con los textos básicos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han de servirnos para definir *la jurisdicción* y el ámbito del *poder judicial* con preferencia a las aportaciones doctrinales.

En la doctrina alemana, KISCH (pág. 32) piensa que la *jurisdicción* en sentido estricto dice relación al ejercicio inmediato de la función judicial, es decir, a la decisión del proceso y la ejecución de las sentencias; por su parte, ROSENBERG afirma que *jurisdicción* es la actividad dirigida a la realización del ordenamiento jurídico, y consiste preferentemente en la aplicación del Derecho objetivo a un caso concreto.

Creo que cualquiera de estas definiciones, en las cuales caben el proceso penal y el contencioso administrativo, y lo mismo la acción civil declarativa que la constitutiva, expresa el pensamiento del texto constitucional con mayor exactitud que las tesis más sofisticadas surgidas con

abundancia entre los procesalistas italianos. En particular, debemos percatarnos de que la función jurisdiccional no es precisamente la de resolver una controversia entre partes, que no podemos ver en el proceso penal sin deformarlo; ni realiza coactivamente algo que podrían realizar por sí las partes (una separación judicial entre cónyuges sólo puede conseguirse en el proceso); ni, por tanto, supone que el Juez sustituya a las partes (según CHIOVENDA, a todos los ciudadanos, y según SATTA, al ordenamiento jurídico). Ciertamente, el Juez se halla, frente a las partes, en una posición de imparcialidad e independencia y decidiendo sobre asuntos ajenos; pero no para hacer algo que las propias partes pudieran en todo caso hacer: al dictar sentencia, no sustituye a nadie, sino que realiza una actividad propia que le ha sido configurada por el Estado; no dicta sentencia en nombre de las partes, sino en nombre del Estado, lo cual se expresa gráficamente en los artículos 117 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La justicia se administra en nombre del Rey.»

Por lo demás, la condición de imparcialidad del juzgador y alienidad de la causa, acaso implícita en las definiciones alemanas antes citadas, es una componente de la jurisdicción (que la separa de la legislación y del poder ejecutivo) y forma, desde luego, parte de su concepto. Representa, incluso, la esencia de éste: el *ius dicere* o resolución de la cuestión para un caso concreto (si bien la decisión puede recaer igualmente y también exclusivamente, sobre puntos de puro hecho).

No pocos procesalistas añaden a estas connotaciones de la jurisdicción la de la irrevocabilidad del juicio. «No basta—dice SERRA (pág. 49)—la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada.»

Plantea el autor, aquí, un tema fundamental, a saber, si para que el acto pueda calificarse de *jurisdiccional* basta el *ius dicere* por el órgano competente, imparcial y ajeno al asunto, o es preciso que la resolución pronunciada por este órgano no pueda ser luego modificada ni siquiera por él mismo, y por tanto que no pueda pedir el interesado un nuevo pronunciamiento sobre el propio tema.

Esto segundo es, ciertamente, una nota exclusiva de la jurisdicción, en tanto que las providencias legislativas o administrativas son siempre modificables. Como dice SEGNI, «los intereses, generales o particulares, de que son portadores tales poderes y en consideración de los cuales desarrollan su función, son modificables en el tiempo, y el poder portador de este interés, por consiguiente, puede modificar su comportamiento. Mientras el Juez opera sobre una relación a la cual es extraño: una rela-

ción sometida a reglas a las cuales el Juez, como tal, es igualmente extraño: por eso cuando la observación hecha por el Juez, órgano imparcial e indiferente al resultado de ella, ha llevado a determinado resultado, cualquier otra observación debería dar igual resultado y por eso es inútil continuar el procedimiento» (pág. 958).

Mas—opone un sector de la doctrina—del efecto de las sentencias judiciales firmes, de no poder revocarse (cosa juzgada), no cabe deducir la naturaleza de la jurisdicción y el poder judicial: en efecto, la cosa juzgada es algo consecuente a la función misma, y no un presupuesto de ella, por lo cual mal puede servir para definirla.

En mi opinión, acaso cabe distinguir en nuestros textos legales, y muy particularmente en la Constitución, entre un concepto estricto y uno amplio de *jurisdicción*. Habría, así, un ejercicio de la *jurisdicción en sentido estricto*, «juzgando en todo tipo de procesos y haciendo ejecutar lo juzgado», que corresponde *exclusivamente* a los Juzgados y Tribunales». Son éstos el vehículo de esa justicia que «emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» de que nos habla el apartado primero del artículo 117 de la Constitución.

Lo cual no quiere decir que no haya otros funcionarios igualmente «inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» que tengan la facultad de *dicere ius* sin pertenecer al poder judicial, aunque desempeñando en su ámbito de competencia un papel que muestra en diversos aspectos grandes similitudes con el del Juez. Su actuación entra, entonces, dentro de un concepto amplio de *jurisdicción*; y con tanta razón que, según veremos, no cabría encasillarla en la Administración.

A mi entender, lo esencial e infungible de la *jurisdicción*, entendida en este sentido amplio, es la definición de los derechos que realiza un funcionario imparcial y ajeno a la cuestión debatida, sin vinculación jerárquica; lo que le presta una *autoridad* que caracteriza su función frente a la del poder ejecutivo, basado en la *potestad*. Como dice CARRERAS, «el Juez continúa teniendo autoridad, aquella misma *auctoritas* de los romanos que la realidad les ha atribuido por encima de todas las prevenciones doctrinales. Esta autoridad es irreconducible a los conceptos administrativos de *función* y *funcionario*, y lo único que ha ocurrido antes y después del liberalismo es que a tal autoridad se le ha añadido una potestad pública análoga a la del funcionario para mejor poder cumplir su cometido». Esta misma *auctoritas* es la que tienen todos aquellos que, fuera del proceso ordinario, disciernen igualmente el derecho de los particulares en análoga posición de imparcialidad.

1.3. LA ADMINISTRACIÓN

Conforme al artículo 97 de la Constitución, el «Gobierno dirige la política, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». Obsérvese cómo este precepto distingue, de una parte, *la política*, y de otra, *la administración*; distinción importante por cuanto, según el artículo 2 LJ, no serán objeto de impugnación en la vía contenciosa «los actos políticos del Gobierno», es decir, aquellos que son, a la vez, actos del Gobierno y actos que por su importancia exceden del ámbito de la Administración: por ejemplo, continúa el artículo 2.º, los que afectan a la defensa del territorio nacional, a relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y al mando y organización militar.

Vemos, pues, cómo, de entre los actos del poder ejecutivo, algunos no son, propiamente, actos de la Administración, y no se hallan sometidos estrictamente al Derecho administrativo. En otro sentido, igualmente de entre los actos de la Administración sólo se someten al Derecho administrativo aquellos que previene la ley: en otro caso, la Administración actúa como persona privada y sometida a las normas del Derecho civil.

Conforme al artículo 1.º de la LRJAE, la Administración estatal entera es—a diferencia de los órganos legislativos y judiciales—una persona jurídica, es decir, un sujeto de derechos y deberes. Característica suya es la jerarquización: «todos los demás órganos y autoridades del Estado se hallan bajo la dependencia del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente» (art. 2.º, 2, LRJAE). El funcionario—a diferencia del Juez—se halla inscrito en una organización jerárquica, de la cual es una pieza más, obrando según las órdenes que—dentro de la legalidad—reciba, y el funcionariado constituye un equipo de hombres que, frente al *princeps legibus solutus*, al monarca absoluto, es—se supone—mero ejecutor de la ley (poder *ejecutivo*), a la cual ajustará todos sus actos de gestión de la cosa pública y de la que recibe unos poderes concretos.

Este es el «principio de legalidad» que proclama el artículo 9.º-2 de la Constitución: la ley confiere a la Administración poderes jurídicos, definiendo exactamente sus límites; la Administración actúa en ejercicio de ese poder, precisamente al servicio de la ley y dentro de esas fronteras. Sin una atribución previa de potestades, no puede actuar.

1.3.1. Exclusión de la materia civil

En particular, la LJ, al atribuir en su artículo 1.º a la jurisdicción contencioso-administrativa «las pretensiones que se deduzcan en relación

con los actos de la Administración pública *sujetos al Derecho administrativo*», excluyendo en el art. 2.º, del ámbito de dicha jurisdicción, «las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria», delimita el terreno dentro del cual la Administración actúa en cuanto tal; y en cuanto *poder ejecutivo*, y no a nivel de los particulares. Volviendo a MONTESQUIEU, vemos a la Administración en su genuino papel dentro del «poder ejecutivo de las cosas que dependen del Derecho de gentes» cuando se mueve en el terreno del Derecho administrativo, mientras que la Jurisdicción, «el poder de juzgar», se ocupa «de las cosas que dependen del Derecho civil»; poder de juzgar al cual se halla sometida la propia Administración cuando se inmiscuye en las «cosas que dependen del Derecho civil», sustraídas en principio al juicio de la Administración.

Desde luego, cuando los artículos 41 y 42 de la LJ autorizan al demandante para pretender, frente a la Administración y ante la Sala de lo contencioso-administrativo, «la declaración de no ser conformes a Derecho» los actos impugnados, o bien «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada», no excluyen que se hagan valer en el proceso pretensiones destinadas en última instancia a defender derechos civiles, como lo son, por ejemplo, los derechos de propiedad industrial; pero aun entonces lo que examina la Sala no es el derecho subjetivo civil, sino la legalidad de un acto de la Administración actuando en cuanto tal, examen que realiza acaso mediante la técnica del *acto separable*.

Esta técnica se ha desarrollado en nuestra jurisprudencia en relación a los contratos civiles celebrados por la Administración, pero puede ser aplicada también en tema de cualesquiera derechos civiles, en cuya génesis, vida, comprobación o tutela interviene la Administración. Es competencia de ella, propiamente, lo que se refiere al aspecto *administrativo* que puedan tener las formalidades de constitución o dinámica del derecho subjetivo privado, pero obsérvese que aun en aquellos derechos en cuyo establecimiento o régimen interviene más de cerca la Administración, si son civiles, se reserva a la jurisdicción civil el pronunciamiento sobre su aspecto sustantivo. Cabe poner el ejemplo de los derechos de propiedad industrial, derechos de constitución preferentemente (a veces, exclusivamente) registral, en un Registro cuya llevanza incumbe inequívocamente a la Administración, y, no obstante lo cual, sólo lo relativo a las formalidades y procedencia del registro es materia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ella juzga exclusivamente sobre la juridicidad del acto administrativo de inscribir o denegar la inscripción, pudiendo entrar, por conexión inevitable, en algún tema de Derecho privado (análogamente a su competencia para conocer y decidir de cualquier cuestión prejudicial o incidental relacionada directamente con un recurso, salvo las penales: art. 4.º LJ); mas fuera de esto, las «cuestiones de propiedad»

se reservan a la jurisdicción civil (art. 13 EPI), y la sanción de los ataques punibles a la propiedad, a la penal.

De donde se sigue que el juicio sobre los derechos civiles es originariamente competencia de la Jurisdicción, y adicionalmente que el manejo de estos derechos civiles por la Administración se realiza por ella fuera de su dedicación ordinaria a cuestiones y asuntos en los que los derechos de los particulares son administrativos, o, al menos, objeto de acción administrativa, como una concesión de aguas o minera. A la Administración sólo le incumbe propiamente el *ius dicere* en relación con sus propios asuntos, es decir, precisamente en posición partidista, mientras que las controversias entre particulares escapan, por su propia naturaleza, al ámbito del quehacer administrativo y al modo de ser de la burocracia, caracterizándose entonces la intervención de la Administración por ser excepcional y *parcial*.

A su vez, el derecho subjetivo civil puede defenderse autónomamente ante la jurisdicción ordinaria en cuanto no dependa del acto administrativo estricto: vuelvo a referirme al ejemplo de la propiedad industrial.

1.3.2. *La Administración no es un poder residual*

De los textos citados se deduce que la Administración no tiene otras competencias sino las que le atribuye la ley, igual que la Jurisdicción. Es importante advertir esto porque, según he advertido (y pese a que la definición de MONTESQUIEU le asignaba un ámbito concreto), el poder ejecutivo se consideró como un poder residual: el conjunto de todo lo que no es Administración o Jurisdicción. Mas está claro que en nuestro tiempo y nuestro ordenamiento jurídico no es así: en realidad, en cualquier régimen constitucional es la ley la que delimita, por igual, las facultades del poder judicial y las del ejecutivo, siendo la ilimitación de este último propia de una época de poder absoluto, y más concretamente de despotismo ilustrado, cuya normativa poco tiene que ver con el Derecho vigente.

En otras palabras: definir como *administrativa* en sentido técnico toda aquella materia que no pertenezca a la función legislativa o a la actividad contenciosa de los Tribunales, no sólo carece de cualquier base positiva, sino también de justificación histórica.

Lo primero, por cuanto ningún precepto confiere a la Administración la generalidad de los poderes: según el artículo 97 de la Constitución, el Gobierno «ejerce la función ejecutiva», pero ejecutivas de las leyes, sin que pueda tener otras atribuciones que las expresamente definidas por ellas, y la misma conclusión se deduce del «sometimiento pleno a la ley y al derecho» que el artículo 103 exige a la Administración pública. Y en cuanto a lo segundo, precisamente la naturaleza residual del poder del monar-

ca absoluto se quiebra por la Revolución francesa y no vuelve a reproducirse en ningún régimen democrático. Es decir: cuando el rey, que tiene todos los poderes del Estado, y ello acaso en grado absoluto, se despoja (hipotéticamente) del poder legislativo para que lo asuma otro órgano distinto e independiente de él, y abandona también su posición de Juez supremo en favor de los Tribunales, él continúa teniendo atribuidas todas las funciones propias de un rey absoluto, salvo las que ha traspasado o le han arrebatado de grado o por fuerza. Pero en un régimen constitucional las cosas suceden de modo muy distinto: los tres poderes nacen del pueblo: en nuestro caso—dice el art. 1.º de la Constitución—, el pueblo español, titular de la soberanía nacional, «del que emanan todos los poderes del Estado»; y el poder ejecutivo no alcanza los límites del de un rey absoluto, sino que se ajusta a la ley, como los otros, y sin tener preeminencia sobre ellos.

1.4. JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

a) Una doctrina bastante extendida entre los administrativistas, desde SANTI ROMANO a ZANOBINI, sitúa la distinción entre Jurisdicción y Administración en la diferente finalidad de ambas funciones, la una orientada a la actuación del Derecho, y la Administración, en cambio, a proveer a los intereses públicos dentro del ámbito del ordenamiento. Distinción imprecisa por cuanto el enjuiciamiento de los litigios entre particulares es también, evidentemente, de interés público, pero en la cual se apunta, acertadamente, a una doble diferencia: de finalidades, de una parte, y de intereses, de otra.

La distinción con arreglo a la *finalidad* de cada poder suele ser aparentemente clara en lo que respecta a la Jurisdicción, y mucho menos relativamente a la Administración. Se dice que para la Jurisdicción, el Derecho es fin en cuanto tiende a su declaración en el caso concreto: en tanto que para la Administración, el Derecho es medio, en cuanto opera dentro de los límites señalados por el Derecho. Según CORSINI (pág. 63), objeto de la Administración es la realidad y el cumplimiento de determinados fines; el medio utilizado es el Derecho, que a la vez constituye su límite. En cambio, la actividad jurisdiccional encuentra en el Derecho su objeto. La Jurisdicción garantiza la observancia del Derecho; la Administración observa el Derecho. En frase de CARNELUTTI (pág. 229), mientras la Jurisdicción actúa *sobre el conflicto*, la Administración lo hace *en el conflicto*. En definitiva, la nota que distingue a ambas potestades se hace consistir en la *iuris dictio*, la cual es propia de la Jurisdicción, pero cuya ausencia no da idea del ámbito de competencia de la Administración.

En el otro aspecto, el de la diversidad de los intereses protegidos por la Jurisdicción y por la Administración, señala DE MARINI (pág. 270) cómo en aquélla sólo hay un interés mediato del Estado, perteneciendo los intereses inmediatos a los individuos; mientras la Administración es portadora de un concreto interés estatal. Tal distinción puede verse gráficamente en lo relativo al cuidado de los locos: mientras la Administración los coloca en un manicomio para impedir que causen daño a los demás, la Jurisdicción provee al cuidado de su persona y bienes.

b) MICHELI (pág. 550), por su parte, caracteriza a la Jurisdicción por la imparcialidad y la independencia del Juez: donde hay un proceso e interviene el Juez como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico, allí hay jurisdicción.

En esto se distingue, precisamente, el procedimiento administrativo del proceso ante los Tribunales ordinarios: el órgano estatal que resuelve el recurso no es formalmente imparcial, sino parte, como titular del interés público a cuya satisfacción ha de dirigirse, por definición, su actividad. Mientras la reclamación sobre la base de una relación jurídica en que es parte el Estado se deduzca ante los propios órganos de la Administración, éstos serán, a la vez, juez y parte: sólo cuando se incoe un verdadero proceso, la Administración—no el Estado—deja de ser juez, y hay auténtica contienda. De ahí la diferencia entre Jurisdicción y Administración. El Juez está por encima de los intereses de las partes, y la sentencia que dicta no le afecta: declara o crea una relación que enlaza a las partes entre sí y con los terceros. El funcionario administrativo se halla representando a los intereses sobre los que va a decidir, y su acto afecta a la propia Administración.

Los indicados criterios de la *iuris dictio*, del interés mediato o inmediato y de la imparcialidad, son imprecisos, al no diseñar completamente los contornos de la Administración, pero válidos y exactos en cuanto a la frontera que pretendan establecer entre lo jurisdiccional (en sentido amplio) y lo administrativo. En vano pretenden objetar ALLORIO (pág. 33) y GOLDSCHMIDT (pág. 151) que las fórmulas de este tipo tienen, en realidad, el carácter de respetables interpretaciones sociológicas del fenómeno, respectivamente, jurisdiccional y administrativo; que tales formas no pueden ser fundamento de una teoría jurídica de la Jurisdicción o, respectivamente, de la Administración, y que las finalidades de la actuación del Derecho, composición de la litis y aplicación de sanciones que se señalan como propias de la Jurisdicción no pueden constituir sino el fin *metafísico* del proceso jurisdiccional, mientras que su finalidad práctica, la *causa* de la actividad jurisdiccional, debe contemplarse en la formación de la cosa juzgada. Pues si tales notas distintivas no carecen de excepciones, de modo que ninguna de ellas sirve para caracterizar rigurosamente a la Juris-

dicción (o, en su caso, a la Administración), lo cierto es que entre todas nos dan una idea suficientemente aproximada de los respectivos límites de ambas funciones o potestades, así como de la existencia de esa zona gris, externa al «poder judicial» pero también a la Administración, en la que ciertos actos de personas revestidas de poder estatal, definiendo a veces el derecho sin alcanzar fuerza de cosa juzgada, escapan, sin embargo, a la censura jurisdiccional y se practican por funcionarios que en el desempeño de sus funciones no se hallan sometidos a la jerarquía administrativa.

1.5. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO PRIVADO»

1.5.1. *Jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa*

Legalmente son de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos aquellos actos «en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»: actos de declaración de derechos o situaciones jurídicas, o encaminados a la protección y tutela de los derechos de incapaces, ausentes o personas con capacidad disminuida, etc.

Los autores hacen derivar lo que actualmente denominan las leyes procesales, *jurisdicción voluntaria*, de los procesos simulados que desde el Derecho romano se incoaban con finalidad negocial, a fin de dar al contrato los mismos caracteres que la sentencia. Desaparecido el uso de la *in iure cessio*, la forma judicial se redujo a una declaración hecha por las partes al Juez y recibida en las actas de su cancillería. Bastante más tarde (siglo XIII), de los Tribunales se destacan los cancilleres o *tabelliones*, que, con el nombre también de *notarios*, tuvieron la función exclusiva de recibir, fuera e independientemente de la presencia del Juez, los actos entre vivos y de última voluntad de los particulares. Empero—dice SEGNI—tanta parece la íntima relación de esta función certificativa de los Notarios con la función judicial, que en todo tiempo y hoy mismo los Notarios han quedado en dependencia, más que de la autoridad administrativa, de la judicial.

Otros asuntos en los que no hay contienda entre partes llegaron o se fueron encomendando a la competencia de los Tribunales de justicia, distinguiendo entonces la doctrina, en relación a tales Tribunales, entre una jurisdicción *sine causae cognitio*, o jurisdicción *inter volentes*, equivalente a la jurisdicción voluntaria, y jurisdicción con *causae cognitio*, formada por la jurisdicción contenciosa.

GONZÁLEZ PALOMINO (pág. 76) explica la atribución a los Tribunales de las incumbencias de la jurisdicción voluntaria por cuanto «desde su origen, por su misma naturaleza, los organismos judiciales han tenido estas dos calidades: autoridad y respetabilidad. Era natural que para la protección de sus intereses no litigiosos acudieran los particulares al prestigio y a la autoridad de los organismos jurisdiccionales. De ahí una serie de funciones no jurisdiccionales de los Jueces, de las que parte conservan y parte han perdido».

Bien se entiende, entonces, que la función judicial en las actuaciones de jurisdicción voluntaria es sustancialmente diferente de las de jurisdicción contenciosa. Esta distinción no se discute, si bien los autores no se ponen de acuerdo en las notas que la caracterizan.

a) Según MANRESA (pág. 261), citando a GLÜCK, aunque las dos tienen por objeto garantizar los derechos de las partes, esa garantía no es la misma en los dos casos. «Objeto de la jurisdicción contenciosa es garantizar y restablecer los derechos ya perjudicados; la jurisdicción voluntaria establece garantías contra las lesiones futuras. De aquí se sigue que, propiamente hablando, sólo los actos de la primera categoría entran en las atribuciones del poder judicial; y si la ley encarga a los Magistrados revestidos de este poder la facultad de conocer también en los que se llaman de jurisdicción voluntaria, es una atribución especial que se les concede y que no entra necesariamente en el ejercicio de sus funciones».

Con todo, señalan algunos cómo esta función preventiva de la jurisdicción voluntaria la distingue asimismo del acto administrativo, el cual tiende al cumplimiento de fines de interés general, y no—como finalidad específica—a la protección del derecho del particular.

b) Es también muy antigua y extendida la tesis que señala en la jurisdicción voluntaria la ausencia de litigio y partes en conflicto. Así, según los clásicos franceses GLASSON y TISSIER (pág. 32), «hay jurisdicción voluntaria o graciosa cuando el Juez ejerce, a falta de todo litigio, poderes de constatación, de protección, de tutela, de comprobación. No se hace declarar entonces el derecho en un proceso entre partes, ni tomar medidas en vista de un proceso; no hay partes adversas; hay solamente uno o varios solicitantes; no hay sentencia en el sentido estricto de la palabra; no hay cosa juzgada; hay una decisión análoga a una resolución administrativa».

c) En esta dirección, pero con mayor precisión, explica GUASP (página 1637) que la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, porque en ella no hay *proceso*. «Proceso es sólo el fenómeno jurídico de satisfacción de pretensiones, aunque se le conciba como resolución de un conflicto o como actuación de un derecho; por tanto, allí donde no se trata de satisfacer coactivamente una pretensión procesal, o allí donde no se

trata, en las concepciones dominantes, de resolver un conflicto o de tutelar un derecho, contra la voluntad del que lo desconoce, no se está, ciertamente, en presencia de un verdadero proceso y, por consecuencia, en presencia de una verdadera manifestación jurisdiccional».

d) Una teoría que goza de gran predicamento es la que hace coincidir la distinción con la presencia o ausencia de cosa juzgada, considerando ésta como la característica esencial de la jurisdicción contenciosa y faltando, por tanto, en la voluntaria. La actuación jurisdiccional—dice ALLORTO (página 27)—se caracteriza por la emisión de «pronunciamientos provistos de eficacia declarativa y susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada; es decir, reguladores, a su imagen y semejanza, de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyan por sí su propia legitimidad, que precluyan toda censura que tenga a ésta por objeto, a diferencia de lo que ocurre con los otros actos, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de su conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen».

Tal ausencia de cosa juzgada en tema de jurisdicción voluntaria se deduce, para nuestro ordenamiento, del artículo 1.818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «el Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujeción a los términos y formas establecidas para las de jurisdicción contenciosa. No se comprende en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiese interpuesto recurso alguno». Ciertamente—dice SERRA (página 641)—, a la vista de este precepto, podría pensarse que el Legislador hubiera limitado la revocabilidad a las resoluciones interlocutorias mientras no estuvieran cubiertas por una resolución firme, pero que la firmeza de la resolución impidiera el posterior análisis de la misma cuestión. Pero, como agudamente observa CARRERAS (pág. 663), para que exista cosa juzgada es menester, por definición, que se haya juzgado, es decir, que exista un verdadero y propio juicio sobre una cuestión entre partes. Por ello es imposible invocar en un juicio contencioso la excepción de cosa juzgada fundándola en la existencia y terminación de un acto de jurisdicción voluntaria, máxime cuando resultaría de imposible aplicación el artículo 1.252 del Código Civil por falta de las identidades exigidas.

Lo mismo la restante doctrina española que la jurisprudencia (Sentencias de 11 enero 1887. 5 diciembre 1902 y 31 marzo 1959; y auto 23 septiembre 1949) niegan la autoridad de cosa juzgada material a las resoluciones dictadas en actos de jurisdicción voluntaria, en lo cual coinciden, según veremos más adelante, con el régimen del procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad y las resoluciones al respecto.

En mi opinión, si bien la cosa juzgada no sirve para caracterizar el concepto más amplio de Jurisdicción, es decir, aquel que comprende cuales-

quiera actividades de valoración jurídica imparcial por el poder público; en cambio, constituye la nota diferencial más clara entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, separando a ésta, *a fortiori*, de los pronunciamientos de la Administración.

Ciertamente, algunos autores han tratado de extender el alcance de la cosa juzgada a los actos administrativos firmes, mas tal opinión es inaceptable, al faltar a la autoridad administrativa las características de imparcialidad y externidad propias de la jurisdicción, y al ser habitualmente posible el cambio de la decisión administrativa, aun firme, sea a instancia del interesado o a impulso de la propia Administración, lo cual no podrían hacer los Tribunales. No se debe confundir, por tanto, *la firmeza* de una resolución administrativa no recurrida, con la cosa juzgada. En el primer caso, la Administración puede oponer como excepción frente a cualquiera que intente modificar la decisión administrativa el haberse presentado el recurso fuera de plazo; pero la propia Administración puede volver, ella misma, de oficio o a instancia de parte, a examinar el asunto sobre el cual recayó la resolución, y resolverlo de otro modo, salvo los derechos administrativos creados por ella en favor de particulares.

1.5.2. *Los actos de jurisdicción voluntaria*

a) Sin descender a detalles, podemos sintetizar los diversos actos que la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda a los Jueces dentro de la jurisdicción voluntaria en estos tres grupos:

1. Información para fijación de hechos. Por ejemplo, las informaciones para perpetua memoria. Se trata de actos «que no puedan perjudicar a personas determinadas» (art. 2.002).

2. Declaración de situaciones jurídicas, previa comprobación. Así, la declaración de herederos abintestato, las de ausencia legal y fallecimiento, la adveración del testamento ológrafo (que después, y como fase conclusiva del procedimiento, es protocolizado en una notaría); la entrega judicial de la posesión, el deslinde y amojonamiento, etc.

3. Autorizaciones y complementos de capacidad. En materia de venta de bienes de menores, aprobación de la adopción, ciertos actos de las personas jurídicas, etc. Para PRIETO CASTRO, en este grupo se cuenta la declaración de incapacidad de las personas (art. 216 del Código Civil, especialmente), «donde ninguno de los sujetos que pueden pedirla ejercita ningún derecho subjetivo contra nadie (pues sólo existe el interés del Estado de que los incapaces sean declarados tales, y sanos capaces los no enfermos), de suerte que la adscripción a la jurisdicción voluntaria parece obvia».

b) Fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil hallamos diversas actuaciones de los jueces en materias que les confían diversas leyes.

Por ejemplo:

1. Formación, documentación y publicidad del estado civil; celebración del matrimonio civil; Registro civil de nacimientos, de matrimonios, defunciones y actos relativos a la capacidad; legitimación de hijos por concesión soberana, etc.
2. Expediente de dominio y otros procedimientos hipotecarios.

1.5.3. *La llamada «administración pública del Derecho privado»*

Parte importante de la doctrina procesalista y la práctica totalidad de los administrativistas aproximan la jurisdicción voluntaria al ámbito de la pública Administración, como función que teóricamente debe corresponderle y que en realidad se asigna a los jueces no ya simplemente fuera de su función jurisdiccional, sino también en cuanto funcionarios administrativos o, al menos, desempeñando el papel de tales. A su vez—dicen—, la Administración pública tiene encomendadas otras funciones similares a las que la Ley de Enjuiciamiento denomina «jurisdicción voluntaria», y que se desempeñan por funcionarios externos al orden judicial.

El italiano ZANOBINI (pág. 169), tomando la expresión de HAENEL (*Deutsches Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892), publicó el año 1918 un artículo en la *Rivista di Diritto pubblico*, en el cual acuñaba la expresión de «Administración pública del Derecho privado» para denominar todo este sector de actividades: tal expresión había de conseguir inmensa aceptación en el gremio de los juristas de Derecho público e incluso no pocos privatistas.

Mas la doctrina—en particular, la privatista—no ha reparado suficientemente en que el planteamiento de ZANOBINI parte de la teoría residual del poder ejecutivo, al que pertenecerían entonces, en la división de poderes, todos los no atribuidos expresamente a los otros.

«Cuando—comienza diciendo (pág. 171)—el Estado interviene en las actividades jurídicas entre particulares, no para regularlas ni para juzgar de la legitimidad o la falta de ella de los actos privados singulares en relación con las reglas impuestas, sino para tomar realmente una parte activa en la conclusión de los negocios jurídicos privados o, en general, en la formación de las relaciones jurídicas entre particulares, entonces se delinea algo que no se concilia fácilmente con las funciones características del Estado. Legislación, al menos a primera vista, a esta actividad no se le puede llamar, porque no se manifiesta mediante el establecimiento de normas; jurisdicción tampoco, porque no se trata en esta actividad de

dirimir una controversia, de restaurar un derecho violado, sino de constituir una relación de derecho entre dos partes concordes o una capacidad o situación jurídica especial a favor de una sola persona solicitante.»

«Administración, por consiguiente, debemos llamar a toda esta actividad, *no tanto porque podamos decirnos convencidos de su carácter administrativo*, cuanto porque ella no tiene la finalidad ni de constituir reglas de conducta ni de juzgar relaciones y situaciones jurídicas, sino de llevar a la práctica relaciones jurídicas concretas...»

El autor considera entonces (pág. 193) como de «administración pública del Derecho privado» «todos los actos administrativos por los cuales la autoridad administrativa—y excepcionalmente la judicial—pueden ser llamadas a tomar parte en la formación de actos jurídicos de los particulares». FERREIRA (pág. 192), a su vez, la define como «zona de actividad administrativa, que consiste en la intervención de las autoridades administrativas en la formación de los actos jurídicos privados o en el establecimiento de su plena eficacia».

El carácter administrativo de las indicadas actividades de la mano pública se deduce—dice ZANOBINI (pág. 173)—de que, si bien aprovecha solamente a los particulares, vienen ejercitadas por entes públicos y en cuanto tales.

Se trata siempre—dice en otro lugar (*Trattato*, V, pág. 293)—de actividad administrativa dirigida a influir, directa o indirectamente, sobre la constitución de capacidades, situaciones y relaciones de **Derecho privado**. Tal actividad «puede corresponder lo mismo al concepto de servicio público como al de función pública: servicio público, en los casos en los que el Estado aporta una actividad certificativa que los particulares son libres de emplear o no para dar forma a sus negocios; función pública cuando el negocio no puede formarse sin la intervención del órgano público, aunque éste tenga carácter puramente certificativo o deliberativo».

El autor coloca entre las actividades testimoniales o certificativas los actos de publicidad: las intervenciones constitutivas del órgano estatal, los que denomina «negocios de Derecho público» y caracteriza como «declaraciones de voluntad con las cuales los órganos del Estado participan, directa o indirectamente, en la formación de relaciones jurídicas privadas». Concurren, pues, a la plena perfección o efectividad del negocio, el Estado y el particular: aquél, realizando una valoración del negocio privado en su oportunidad y conveniencia para el interés público. La intervención estatal puede ser meramente *permisiva*, como en las dispensas matrimoniales, la emancipación por concesión o la autorización para vender bienes de menores, o bien *constitutiva*, como en el cambio de nombres o apellidos, la legitimación por concesión soberana y la adopción.

En su trabajo del año 1918, sin embargo, ZANOBINI excluía del ámbito

de la administración pública del Derecho privado los actos de Derecho de familia: aprobación de la adopción, licencia para contraer matrimonio, etc. Se trata en ellos—decía—«de alcanzar un fin estatal, no administrativo, sino de justicia y orden superior: la protección de los intereses del cónyuge y de los hijos; la protección de la moral pública; el respeto, en suma, de la justicia y del orden». Entendiendo asimismo que la jurisdicción voluntaria no «puede hacerse entrar en la administración pública del Derecho privado: no porque ésta sea administración del Derecho público, sino porque no es verdaderamente función administrativa».

1.5.4. *La separación entre Administración y jurisdicción voluntaria*

Esto segundo viene siendo afirmado por aquella parte de la doctrina que ha examinado el problema con mayor detenimiento. En realidad, la única razón para incluir los actos judiciales de jurisdicción voluntaria entre los administrativos es la de aceptar la teoría residual, identificando a la vez la jurisdicción con el proceso contencioso, como hacen muchos procesalistas. En cuanto se reduzca el Derecho administrativo a sus propios límites, será ajena a él la actividad no contenciosa de los jueces.

a) La distinción, la centran DE MARINI (pág. 273) y SATTA en la persona del tercero que interviene en la relación entre partes, considerando supuestos de verdadera Jurisdicción y no de Administración aquellos en los cuales únicamente mediante la actuación del juez pueden producirse determinados efectos jurídicos. Se trata de hipótesis en que normalmente la simple voluntad de los participantes es irrelevante para la obtención del efecto jurídico, como ocurre, por ejemplo, con la enajenación de los bienes de un menor, la declaración de fallecimiento o las medidas provisionales en relación con los hijos, para no citar sino algunos ejemplos claros de nuestro Derecho positivo. Es indispensable que la ineficacia de la voluntad particular sea suplida mediante la intervención de un órgano que ofrezca plenas garantías. Y tradicionalmente dicho órgano ha sido el Juez, estimándose inconveniente atribuir tal misión a un órgano administrativo.

A su vez, la actividad judicial de jurisdicción voluntaria no es comparable con la del funcionario administrativo, al obedecer fundamentalmente, en su desenvolvimiento, a las reglas propias del estamento jurisdiccional y no del burocrático.

Tal actividad no forma parte de «la política, la Administración civil y militar y... la función ejecutiva», de que nos habla el artículo 91 de la Constitución, bajo el epígrafe «del Gobierno y de la Administración», y menos de una Administración que, según el artículo 96, «actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación».

La separación entre actuación administrativa y jurisdicción voluntaria se deduce también del artículo 99, según el cual «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», pues no es precisamente la *legalidad* de la actuación del Juez en actos de jurisdicción voluntaria lo que se somete a la decisión de la jurisdicción contenciosa en su caso, ni la sumisión de ésta a sus propios fines (prohibición de la desviación de poder), sino el conflicto entre partes para cuya definición es inepta la jurisdicción voluntaria, por muy legal que sea su actuación, que no es *controlada* por los Tribunales, sino que cesa cuando sobre la materia se promueve contienda.

b) En opinión de GIMENO GAMARRA (pág. 11), «la finalidad de proteger los derechos privados es la que diferencia a la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden al cumplimiento de fines de interés general, y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de modo indirecto, sin que sea ésta su finalidad específica, como lo es de la jurisdicción voluntaria».

En el mismo sentido, para DI BLASI (pág. 1097), mientras la Administración persigue siempre fines e intereses suyos propios de carácter público, la llamada jurisdicción voluntaria se ejerce siempre en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas privadas, incluso si se asumen como intereses generales en la norma. «La Administración desarrolla su actividad para cuidar y satisfacer intereses públicos que el Estado asume como fines propios, mientras que el acto para el cual se atribuye competencia a un órgano judicial y, por tanto, el de jurisdicción voluntaria, se halla siempre dirigido a la tutela de un interés privado. Todo órgano de la Administración es portador de un interés del Estado en nombre del cual actúa, mientras el órgano judicial es desinteresado e imparcial. El Estado es parte en el juicio de anulación del acto administrativo y será llamado a responder de los daños: todo esto hace manifiesto cómo el acto de jurisdicción voluntaria, en cuanto emanante de un órgano judicial, no puede insertarse en el esquema del acto administrativo.»

c) Sintetizando los criterios anteriores, hace notar GARRIDO FALLA (página 22) que «la actividad administrativa supone siempre una intervención estatal (y, según nuestra tesis, a través precisamente de organismos administrativos) en tutela del interés público; en cambio, la jurisdicción voluntaria actúa normalmente para resolver cuestiones que afectan a individuos particularmente considerados (informaciones para dispensa de ley, declaración de fallecimiento, nombramiento de tutores, habilitación para comparecer en juicio, etc.). Es cierto que en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en los que constituyen la jurisdicción contenciosa,

el Tribunal no resuelve efectivamente sobre la pretensión de un particular respecto de otro, pero no hay duda de que la resolución que se dicta condiciona tanto las posibles pretensiones procesales que en el futuro pueda esgrimir el interesado como las que pueden esgrimirse frente a él; ésta es la razón por la que su competencia se encomienda al Juez y no a la Administración pública. Finalmente, aunque fuese cierto que la jurisdicción voluntaria sea, desde el punto de vista material, auténtica actividad administrativa, bastaría el hecho de que el ordenamiento jurídico positivo la atribuyese a los Tribunales para que sea cuestión de la que deba desentenderse en absoluto el Derecho administrativo.

Yo mantuve también una opinión semejante en mi trabajo del año 1961, al explicar que «la actividad administrativa supone tutela de un interés público, mientras los actos de jurisdicción voluntaria han sido deliberadamente atribuidos a la competencia de los Tribunales por la razón sustancial de que no realizan inmediatamente la tutela de un derecho público, sino que afectan a relaciones jurídicas privadas o al estatuto jurídico de los particulares. Como los actos de la jurisdicción contenciosa, tienen también como fin actuar el Derecho (no para repararlo, sino con carácter preventivo) y provienen de un órgano ajeno a los hechos o materia sobre la que recae su actuación. En este sentido, dice BAUR que la jurisdicción voluntaria es ejercicio de la jurisdicción estatal en un proceso legalmente preordenado, como cualquier otra rama de la jurisdicción; también en ella la autoridad es considerada como Tribunal en cuanto goza de independencia real, es decir, siendo sus decisiones ajenas a cualquier limitación de orden superior: falta el momento característico de la subordinación, común a todos los empleados».

d) GUASP (pág. 1638) se fija también en el tema sobre el que versa el examen del Juez, a saber, la adscripción de una figura jurídica al ámbito de competencia civil. Tal adscripción «viene dada por el hecho de que en él, el órgano de la Jurisdicción trabaja sobre *relaciones de Derecho privado* existentes entre partes, como elementos distintos del propio órgano jurisdiccional y ajenas, por tanto, al significado público de las funciones específicamente administrativas. La jurisdicción voluntaria ofrece no sólo la presencia de un órgano jurisdiccional, sino también la presencia de sujetos distintos de esos órganos, titulares de relaciones jurídicas particulares; de parte o partes, en una palabra, que proporcionan un rasgo definidor de este ámbito jurisdiccional. En la jurisdicción voluntaria, el órgano de la Jurisdicción recoge material de Derecho privado, relaciones jurídicas ajenas, igual que podría hacerlo en un proceso, aunque con la diferencia fundamental de que no existe en ella el elemento sustancial de todo proceso, que es la pretensión procesal».

1.6. CONCLUSIONES. UBICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA LLAMADA «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO PRIVADO»

En conclusión: la forma concreta como el Derecho ha organizado la jurisdicción voluntaria, no sólo encomendándola a la autoridad judicial (que, por imperativo del artículo 4.º de su Ley Orgánica, tiene terminantemente prohibido «mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares de la Administración del Estado»), sino regulándola de modo divergente al acto administrativo, que puede ser revocado por el superior jerárquico y, tras el recurso gubernativo, llegar a la jurisdicción contenciosa (no a la civil), aleja a dicha jurisdicción voluntaria de las actividades propias del poder ejecutivo. Ciertamente, la materia sobre la que recae no suele ser específica del poder judicial—tanto es así que otros asuntos similares se hallan encomendados a funcionarios no pertenecientes al mismo—, pero por la naturaleza privada de los derechos sobre que versa, por la índole e independencia de los funcionarios que en ella entienden y por la forma del procedimiento no puede calificarse, sin más, de *Administración*. Mas, a su vez, por la indicada falta de partes adversas, de proceso y de cosa juzgada, o por su función habitualmente preventiva: en fin, en presencia de las notas diferenciales expuestas *supra*, en el epígrafe 1.5.1., vemos cómo esta materia, estas actividades, tampoco pueden incluirse en el ámbito de la *jurisdicción*, en sentido estricto. Hay que pensar, por tanto, como hacen, entre tantos otros, FONT BOIX (pág. 257) y CHICO ORTIZ (pág. 51), en un *tertium genus*, idea a la que no es ajeno el artículo 117 de la Constitución cuando, de una parte, atribuye a los Tribunales «el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», en donde claramente se alude al proceso, sea civil o penal, pero siempre en litigio o causa criminal; mientras que, ulterior y adicionalmente, ordena a los Tribunales ejercitar las otras «funciones...», que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho»: funciones, pues, distintas de las que desempeñan en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, por tanto, aparte de ella.

Es clara, en este último pasaje constitucional, la alusión a la jurisdicción voluntaria, la cual, según se ve, conforme al texto del artículo 117, no forma parte de «la función jurisdiccional», esto es, de la Jurisdicción, pero sí es un atributo más del «poder judicial» y, por tanto, algo ajeno al «Gobierno y la Administración», que regula el título IV; a la «función ejecutiva», de que habla el artículo 97. No olvidemos que los Jueces tienen prohibido «mezclarse en asuntos peculiares a la Administración del Estado» (art. 4.º Ley Orgánica Poder Judicial). El propio precepto constitucional, pues, diseña la existencia de ese *tertium genus* de funciones entre lo que MONTESQUIEU llamaba, respectivamente, «poder de juzgar» y «po-

der ejecutivo del Estado»: funciones «atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

Empero, ¿qué decir cuando estas funciones vienen atribuidas a organismos no judiciales?

De lo dicho hasta ahora se deduce, sin lugar a dudas, que tales funciones son impropias de la *Administración*, tanto desde el punto de vista objetivo—el de la materia sobre la que versan—como el subjetivo—la posición de quien ejerce la función—. Materia civil, intereses ajenos, posición imparcial del que decide sobre ellos, posición asimismo independiente y ajena a la jerarquía en el acto de decidir: todo ello configura un ámbito de actividades en el que quien desempeña la función ostenta una posición bastante parecida a la de un Juez y, desde luego, radicalmente distinta de la de un funcionario del orden administrativo. No tiene, evidentemente, el funcionario no judicial auténtica *iurisdictio*: su actuar nunca será ejercicio de la Jurisdicción, ni por razón de la materia ni por razón de la persona. Pero ni siquiera cuando se trata de funcionarios administrativos incidimos siempre en el ámbito de la Administración, sino sólo cuando la actuación discurre, sucesivamente, por la vía administrativa y la contenciosa.

En otro caso, nos hallamos ante el desempeño, por personas no pertenecientes al orden judicial, de esa «función de garantía», de que habla el artículo 117 de la Constitución en relación con los Jueces y Tribunales, pero cuyo desempeño puede corresponder también a otras personas que específicamente designa la ley: función que constituye un *tertium genus* al lado de la Jurisdicción y la Administración.

Bien entendido que no por pertenecer entonces a un mismo género se confunden las dos especies de los actos de jurisdicción voluntaria y los realizados por sujetos ajenos al poder judicial: los actos de jurisdicción voluntaria son, como dicen SÁENZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (pág. 328), tipos especiales de procesos, caracterizados por la falta de contradicción, pero cualificados por la necesidad de una inicial pretensión y de una resolución final, a lo que podemos añadir que en el momento en que hay oposición de parte interesada, el expediente de jurisdicción voluntaria, por imperativo del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se vuelve contencioso. Lo que no sucede, por ejemplo, en materia registral.

Esto nos lleva a una última consecuencia, a saber, que mientras para la Jurisdicción y la Administración el legislador ha establecido una serie de reglas generales, en cambio, apenas puede hablarse de una regulación general para esta categoría de actividades dispares, que el legislador sólo ha contemplado en conjunto en una parte (actos judiciales de jurisdicción voluntaria), pero no en su totalidad.

SEGUNDA PARTE

PODERES DEL ESTADO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
POSICIONES DE LA DOCTRINA2.1. DOCTRINAS QUE APROXIMAN LA FUNCIÓN REGISTRAL
A LA JURISDICCIÓN

Algunos autores, más abundantes entre los antiguos, resaltan las similitudes de la función registral con la del Juez, incluyendo aquélla en el ámbito de la Jurisdicción.

En el siglo pasado se orientan en esta dirección los Registradores AGULLÓ, BARRACHINA y PARDOS GARCÍA.

AGULLÓ considera que el Registrador «es un Juez que resuelve el derecho a favor de una persona determinada», añadiendo que en el procedimiento que conduce a la inscripción, «aparte de la contención entre partes, hay una especie de contención entre los particulares y el Registrador cuando aquél solicita y ésta rechaza la inscripción en nombre de la ley, de manera que el Registrador es un verdadero Juez fiscal» (citas de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, pág. 434, y LÓPEZ MEDEL, pág. 225).

Tal es también el parecer de BARRACHINA y GULLÓN (citados por MORELL y TERRY, V, pág. 116), para quienes igualmente el Registrador «es un Juez, quien resuelve el derecho a favor de una persona determinada oyendo al que transfiere, al que adquiere y a todo el que pueda alegar algún derecho, a cuyo efecto consulta el Registro, siendo éste, por consiguiente, la parte contraria al título, el fiscal que representa a los ausentes».

La posición de PAZOS y GARCÍA (citado por LÓPEZ MEDEL, pág. 225) es más *lege ferenda*. El se plantea el problema partiendo del reconocimiento de que históricamente el Registro venía siendo objeto de la Administración activa más que del orden judicial, pero que a éste se le va restituyendo progresivamente y al que pertenece en casi todos los países. Dice que la función que ha de cumplir el Registro lo será mejor «con un órgano propio y distinto, pero siempre dentro de la Administración de la

Justicia, al igual que hay justicia civil y justicia penal, siendo órganos distintos, que no quebranta la unidad... Al Registrador le está encomendada la higiene de la propiedad, y a los Tribunales, la terapéutica de la propiedad; y a ambos, la normalidad fisiológica del organismo jurídico de ella. Cuando el Registrador se concretó a medio de publicidad y no de seguridad, no había esas facultades. El Registrador, dentro de una organización científica, es un verdadero juez que consagra las evoluciones legales y pacíficas de la propiedad en nombre del Estado».

Años más tarde vuelve a afirmar la naturaleza jurisdiccional de la función (no del cargo) ROMANÍ CALDERÓN (pág. 85). Para él, «el funcionario que tiene a su cargo esta oficina (la del Registro) no pertenece en España al orden judicial, pero la calificación que realiza supone una función judicial o jurisdiccional; determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso la autoriza dando fuerza de verdad legal a su determinación, que por ello produce todos los efectos que, según la legislación hipotecaria se derivan de la inscripción. La inscripción convierte en acto objetivo de carácter y trascendencia real a un acto subjetivo que, como un contrato, sólo produce efecto entre los otorgantes; crea y garantiza la situación legal de propietario con titulación inscrita».

«La jurisdicción hipotecaria es de carácter objetivo, produciendo efectos *erga omnes*. La ausencia de contradictor sólo significa que no se ventilan intereses contrapuestos, sin que pueda alterar su carácter jurídico, pues siempre establecerá una presunción de legitimidad, de que el acto que produce la inscripción está ajustado a derecho, determinando la situación legal de propietario inscrito en el titular con todas las presunciones y consecuencias que de ello se derivan.»

Ulteriormente, DE LA RICA (II, pág. 176), con expresión mucho más matizada, explica que «la función calificadora es delicadísima y su declaración implica, en cierto modo, una función cuasi judicial, puesto que tiende a adecuar los hechos jurídicos al Derecho objetivo, a velar por la fiel observancia de éste, a dar vida real al principio de legalidad, y puesto que, por otra parte, es recurrible en vía gubernativa y en vía judicial». Y GALLARDO RUEDA (pág. 158) encuentra «un evidente entronque de la función registral con la judicial».

Por su parte, LÓPEZ MEDEL, sin perjuicio del carácter de servicio público que atribuye al Registro de la Propiedad, señala su misión de garantía y aseguramiento de los derechos e incluso de constitución de situaciones jurídicas (como en la inscripción de las sociedades mercantiles, con la cual—dice—«el Registrador da vida a la sociedad», o mediante la anotación preventiva de embargo o la hipoteca, etc.), concluyendo (pág. 238) que se trata de una «función jurisdiccional de carácter especial, por la

índole de derechos civiles, por la fuerza constitutiva del resultado de la calificación y por la seguridad jurídica general que se procura por medio de la publicidad registral, a los fines de una justicia de índole civil registral».

La tesis de la naturaleza jurisdiccional ni se plantea habitualmente —como vemos— en todo su rigor ni se acepta hoy por la doctrina. «La actividad—dice MARTÍNEZ RUIZ (pág. 1078)—es distinta, se desenvuelve en planos distintos y con instrumentos también distintos. La única nota común es la juridicidad, nota común a otros funcionarios.»

En efecto, falta aquí, por de pronto, la cosa juzgada, en cuanto que, como veremos, siempre es posible presentar nuevamente a inscripción un documento ya calificado y obtener una calificación diversa (cfr. art. 108 del Reglamento Hipotecario). Ya se ha dicho, además, que la operación lógica de la subsunción es común a todos los supuestos de aplicación del Derecho, por el Juez o por el funcionario administrativo. Finalmente, la inscripción tiene una misión de garantía, y a veces una misión constitutiva, que diverge notoriamente de la tarea de discriminación entre dos opuestas posiciones en torno a un problema jurídico, que se encomienda al Juez en el proceso.

Como dije en mi trabajo del año 1961, «la separación entre Registro y Jurisdicción es patente. El procedimiento hipotecario se desarrolla ante el Registrador con independencia de los Jueces y Tribunales. Estos sólo excepcionalmente son llamados a intervenir por la legislación registral, y no pueden obligar al Registrador a que inscriba contra su voluntad: los títulos creados por ellos, en los que se apremie a dicho funcionario para practicar algún asiento que él estima improcedente, dan lugar a un recurso, de carácter gubernativo, resuelto en última instancia por el Ministerio de Justicia a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sin ulterior vía jurisdiccional (art. 136 R. H.).

«No es posible—añade, desde su planteamiento administrativista, GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 580)—atribuir a la función calificadora carácter jurisdiccional, en cuanto que no tiene por objeto el examen de pretensiones, ya que no puede considerarse como tal la solicitud de inscripción. Indudablemente, el Registrador examina aquí si existe o no concordancia con el Derecho objetivo antes de inscribir, pero no se dan en ella los elementos conceptuales de la pretensión, en cuanto que no se pide nada frente a nadie—se solicita únicamente la extensión de un asiento determinado—ni se pide de un órgano jurisdiccional—el Registrador es un auténtico funcionario administrativo—; el examen sobre la adecuación entre la solicitud y el Derecho positivo es común a todas las funciones administrativas en que existe un procedimiento a instancia del particular, en las que el funcionario administrativo examina de oficio si la solicitud está

de acuerdo con lo dispuesto en la norma. No existe, por tanto, un auténtico proceso dentro de la función registral, en que falta la dualidad de partes y un órgano estatal supraordenado, mientras que, por el contrario, existe el particular solicitante y el órgano estatal en relación típica de procedimiento administrativo.»

2.2. LA TESIS DE LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA

Hasta época reciente diversos autores venían aludiendo, sin demasiada precisión, a la condición administrativa, e incluso de órgano de la Administración, del Registro de la Propiedad, o a la de acto administrativo de la calificación o la inscripción.

Así, en el siglo pasado, ROMANÍ PUINDENDOLAS (citado por LÓPEZ MEDEL, pág. 223), habla de «la verdad administrativa del Registro, que éste es el carácter propio de ella en dicho instituto» (pág. 9). Hace historia de la legislación castellana, recordando la penalidad por no inscribir, con multas, privación de oficios y atribuciones (págs. 41 y sigs.), y alude a las «reformas legislativas», que son calificadas de reformas gubernativas..., «primeras disposiciones reformistas de carácter administrativo hasta 1863» (pág. 81).

En el presente es de señalar más especialmente CAMPUZANO Y HORMA, para quien (pág. 11) «la actividad del Registro no es judicial, sino jurídica, y en rigor, los principios puramente administrativos, porque la calificación en su fondo no representa más que la resolución del Estado respecto al particular que pretende, a través de los asientos del Registro, adquirir unos derechos que el mismo Estado le garantiza. Entendemos que el Registro es una institución de carácter administrativo». «Toda calificación—añade en otro lugar (pág. 244)—que hagan los Registradores surte efectos puramente administrativos, sin que tenga la autoridad de cosa juzgada, a la cual debe subordinarse dicha calificación cuando sobre el título haya recaído fallo judicial.»

Pero el autor que realmente ha dado fundamento científico a la tesis que considera al Registro de la Propiedad una parte de la Administración ordinaria del Estado, es el catedrático de Derecho administrativo y Registrador de la Propiedad GONZÁLEZ PÉREZ. En su opinión, la función registral es de naturaleza administrativa, «ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública, que es la publicidad inmobiliaria». «Históricamente—dice—hubo un momento en que se consideró que la seguridad del tráfico exigía publicidad, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa, como fin de interés general. Nace así el Registro de la Propiedad, modo de acción

administrativa que no es policía ni fomento, sino precisamente servicio público. Y es cierto que su gestión se realiza en régimen excepcional parecido al de Derecho administrativo, es decir, actuando el Estado revestido de *imperium*, y no en régimen normal de Derecho privado.»

«Los *hipotecaristas*—añade en otro lugar (pág. 514)—no han acertado con la naturaleza jurídica del Registro de la Propiedad. La razón no es otra que su falta de preparación jurídico-administrativa, bien por la creencia de que ese conjunto de normas que se conocen con los nombres de *Derecho inmobiliario*, *Derecho hipotecario* o *Derecho registral* constituyen una rama autónoma del Derecho o porque vienen a ser una parte, en cierto modo, especializada del Derecho civil. Se ha olvidado que tales normas son, en su mayor parte, normas de Derecho administrativo. Pues bien, si nos enfrentamos con el Registro de la Propiedad con un mínimo de preparación jurídico-administrativa, resulta obvio que estamos en presencia de un servicio público, con un modo de acción administrativa que no es policía ni fomento, sino precisamente servicio público. Este hallazgo impone una conclusión elemental: que los actos dictados por aquel órgano estatal al que corresponde la realización del servicio público registral son, cualquiera que sea la concepción del acto administrativo de que se parta, actos administrativos dictados en un procedimiento administrativo.»

«Cuando una persona acude al Registro de la Propiedad en demanda de una inscripción, acude a hacer uso de un servicio público e incoa un procedimiento, de indudable naturaleza administrativa, que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo.»

En la tercera parte de este dictamen aludiré a la postura de MENDOZA OLIVÁN, coincidente con la de GONZÁLEZ PÉREZ, siquiera con nuevos razonamientos, y explicaré con mayor detalle la fundamentación de ambas.

La tesis administrativista, dado el—hasta época reciente—reducido número de sus defensores, tampoco ha tenido impugnadores. Entre éstos parece importante citar, con todo, la opinión que emitía en 1951 ITURMEN- DI BAÑALES, entonces Ministro de Justicia, esto es, miembro del poder ejecutivo, y para quien la afirmación de ser la registral una actividad gubernativa «no resiste el menos exigente examen crítico. Ni la función legitimadora confiada al Registro, ni la naturaleza de la decisión resultante de la calificación, ni los derechos cuya existencia y validez se califica, ni el lugar que formalmente corresponde al Derecho inmobiliario en nuestro Ordenamiento jurídico general, permiten mantener ya semejante ficción. Y la realidad se ha encargado de ponerlo así de manifiesto, otorgando de buen grado a la jurisprudencia registral pareja autoridad doctrinal que a la emanada de los órganos inferiores y superiores de la organización judicial civil común».

Recientemente advierte MARTÍNEZ BEDOYA (pág. 255) que el Registro de la Propiedad no es un servicio administrativo, sino una función autenticadora; no es una parte de la Administración, considerada ésta en sentido estricto. La total libertad e independencia de la calificación registral —dice— lo prueba suficientemente. Piénsese que el Registrador puede denegar la inscripción de una compraventa realizada por el Ministerio de Justicia, y el recurso contra la calificación se resolvería, en la forma ordinaria, por la Dirección General.

Con alguna extensión me ocupé del tema, frente a la tesis de GONZÁLEZ PÉREZ, en mi trabajo del año 1961, en el cual llegaba a las siguientes conclusiones:

a) Que podemos aceptar que en el Registro hay materia administrativa, como la organización y reglamentación del servicio, horario, normas sobre los funcionarios que lo sirven, etc. Mas ello no obliga a considerar administrativa, en globo, toda la actividad del Registro, es decir, todo el Derecho hipotecario formal.

b) Que no es fecundo en resultados decir que el Registro de la Propiedad constituye un servicio público. Porque, de una parte, el servicio público, en su acepción más amplia, no es una forma de actividad administrativa, sino el fin mismo que la inspira, como inspira la actuación de todos los poderes del Estado, por lo que no puede convertirse en un concepto clave, en una piedra de toque de la condición «administrativa» de las instituciones, los actos o sujetos: su acción, en el Derecho positivo español, se limita a destacar ciertos contratos de la zona del Derecho civil, ensanchando la frontera de la Administración en el punto en que ésta linda con sus propias actividades como ente de Derecho privado. Y, de otra parte, en su acepción estricta, como modalidad de la acción administrativa, las «prestaciones» del Registro, como las del Notario, tienen menos de común con las de cualquier servicio público típico (que, para ser tal, debe poder ser prestado por los particulares) que con las de la Administración de Justicia. Por último, nótese que si bien la noción de servicio público puede servir en algún supuesto para delimitar los actos administrativos frente a los de Derecho privado de la propia Administración, en nada nos vale cuando lo que intentamos aquí es, supuesta la condición pública del Registro de la Propiedad y el carácter administrativo de su estructura, de ver si funcionalmente se aproxima más a lo jurisdiccional y, por tanto, está exento de la aplicación de las normas de Derecho administrativo en materia de procedimiento registral, calificación, recursos, sujetos y objeto de la inscripción, etc.

c) Que, en cuanto a la calificación de la inscripción como acto administrativo, la realidad nos muestra como características de los actos

administrativos propiamente tales, de una parte, la sumisión a la ley y a las formas jerárquicamente superiores de dichos actos y, de otra, la fiscalización jurisdiccional, condiciones que, en principio, faltan en aquél. No hay intervención de órganos administrativos distintos del Registrador en el procedimiento, y los actos registrales no se impugnan en vía auténticamente administrativa. Finalmente, los actos registrales versan las más veces sobre derechos privados, y es muy discutible que estén comprendidos entre los actos de la Administración, a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hallándose excluidos ciertamente, en principio, de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, no obstante regular ésta la actuación. *in complexu*, de la Administración del Estado y no exceptuar en ella expresamente al Registro de la Propiedad.

Se trata, en suma, de la constancia de derechos materiales—generalmente civiles—, que dan un valor también sustancial a la inscripción, independiente del proceso: valor que, conseguido a través de un procedimiento registral, será mantenido mientras no se declare inexacta por los Tribunales ordinarios, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro. sin que los superiores jerárquicos del Registrador puedan inmiscuirse en ellos, y sin que los errores en ellos contenidos puedan corregirse sino mediante los procedimientos establecidos en la ley. ni la nulidad del asiento declararse sino judicialmente, sin que pueda ser prejuzgada ni decretada por el simple trámite de un recurso gubernativo (R. 8 mayo 1946), ni éste pueda ser utilizado para dejar sin efecto asientos ya extendidos. La Administración no es parte en el procedimiento registral, como lo es en los administrativos ordinarios: las decisiones del Registrador tienen, a estos efectos, el valor de las de un Juez, y así, los derechos que crean no pueden ser anulados por la Administración. Esta podrá anular los actos administrativos ordinarios, ya directamente o previa declaración de lesividad de su acuerdo, mientras los resultados de la actuación registral, que crean derechos en favor de los particulares, en ningún caso pueden estimarse lesivos para ella. El fin de publicidad general de los derechos, de exactitud general del Registro en beneficio de la generalidad de los ciudadanos, pasa a un muy segundo término, frente al de la permanencia de los derechos inscritos mientras no se demuestre en tiempo y forma la nulidad del procedimiento que sirvió para inscribir o la inexistencia o invalidez absoluta y de pleno derecho del asiento.

2.3. ADSCRIPCIÓN A LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA O A UNA FUNCIÓN ANÁLOGA DISTINTA DE LA JURISDICCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN

A la proximidad del procedimiento registral a la jurisdicción voluntaria aluden algunas resoluciones de la Dirección General, si bien sin excesivo rigor técnico y con la finalidad de separar aquel procedimiento del litigio judicial. Así, la Resolución de 13 de septiembre de 1926 dijo que el procedimiento de inscripción en los libros del Registro encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria y no puede, por tanto, exigirse que la prueba aducida ante el Registrador se desenvuelva en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo, sino que ha de ser practicada con documentos y manifestaciones que sean garantía suficiente de la legalidad del acto inscribible y de su autenticidad frente a tercero. Igualmente, la Resolución de 31 de marzo de 1950 rechaza toda asimilación del recurso gubernativo a un debate judicial tramitado con la amplitud de alegaciones, pruebas y recursos que regula la ley procesal, criterio del que participa la Resolución de 23 de marzo de 1961.

En la doctrina esta postura es clásica. Según la conocida cita de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (pág. 436), «los más antiguos autores de Derecho hipotecario colocaban estas funciones entre las judiciales y las administrativas por tener de las primeras el examen y apreciación de la prueba documental y la decisión sobre cuestiones civiles, así como la elasticidad, rapidez y menor solemnidad de las segundas. Sin discusión, se colocan hoy entre los actos de jurisdicción voluntaria, por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse». ROCA SASTRE (pág. 247) se adhiere a la opinión de «la doctrina científica», la cual «se inclina por considerar que la función calificadora del Registrador es más bien la propia de los actos de jurisdicción voluntaria y no participa de la naturaleza del acto administrativo». Son muchos los autores que mantienen esta postura, hasta el punto de decir SANZ FERNÁNDEZ que «el criterio de don JERÓNIMO ha causado estado en nuestra doctrina».

Mas tal criterio no parece hoy suficientemente expresivo, ya por las diferencias que median entre la jurisdicción voluntaria judicial y las funciones semejantes desempeñadas por funcionarios distintos de los Jueces, ya porque la propia jurisdicción voluntaria, según hemos visto, es un concepto en tela de juicio, que no pocos procesalistas reenvían a la Administración.

En el Derecho portugués advierte FERREIRA (pág. 193) la existencia de marcadas diferencias entre la registración y la jurisdicción voluntaria. Las especialidades de ésta las resume en tres puntos principales: «inexistencia de cosa juzgada, inaplicación rigurosa del principio de legalidad e inquisitorialidad en el terreno de las pruebas». Señalando, en cuanto a los dos últimos extremos, que, de una parte, «el conservador del Registro decide sobre la calificación de los actos sujetos a registro, en términos de legalidad..., en lo cual se aparta de la jurisdicción voluntaria», y, además, que «cuando no actúa oficiosamente, el funcionario mantiene en la institución del Registro una posición pasiva, que no es compatible con la inquisitorialidad característica de la jurisdicción voluntaria».

Por eso va cundiendo entre los hipotecaristas la idea del *tertium genus*, que asimismo propugné yo en mi trabajo de 1961. El Juez no es una especie de Rey Midas, que convierte en jurisdiccional todo aquello que es incumbencia suya por el solo hecho de serlo; pero tampoco la Administración es una especie de coche escoba, como en las carreras ciclistas.

Valga por todas la opinión de CHICO ORTIZ, con la que concluyo esta exposición descriptiva. Expresando un estado de opinión ampliamente difundido, explica, en esta línea (pág. 58), cómo la función registral, de una parte, «en su actuación se asemeja a la judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene algo de todos éstos quiere decirse que no puede encuadrarse en ninguno de ellos. Se ha caído aquí en la gran *ansiedad* que utilizaron los pandectistas en su obsesión de aprisionar todas las figuras jurídicas aplicando el método dogmático de inversión para precisar lo real de lo obligacional: dadas determinadas características de los derechos reales, según que la figura expuesta coincida o no con las mismas, de ahí que pudiera o no ser considerada como derecho real. ¿Es posible configurar la calificación en forma autónoma sin necesidad de encuadrarla en instituciones típicas? Decir que es autónoma o *sui generis* quizá no sea decir nada, pero creo que tampoco se adelanta mucho intentando encuadrarla dentro del campo judicial o del administrativo, en los que sólo pérdida de derechos y limitación de facultades surgirían. Afirmar una situación híbrida de *jurisdicción voluntaria* puede llevarnos a las mismas orillas doctrinales que la de la calificación como autónoma, *sui generis* o diferente».

«Entiendo que hay que partir de un principio general, cual es el que atribuye a los ciudadanos españoles el derecho a la *seguridad jurídica*, lo cual supone comprender en dicha expresión no sólo la idea de *seguridad del derecho*, que está garantizada a través del poder judicial, sino la *seguridad del tráfico*, que se ejercita a través de la publicidad que

el Registro ofrece a los actos jurídicos inscribibles. Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder (o si se quiere, jurisdicción) que, en principio, podríamos considerar como especial. En la *seguridad jurídica* (conforme al art. 17 del Fuero de los Españoles) no puede desconocerse la *seguridad del tráfico*, pues si sólo a la seguridad del *derecho* se estuviera refiriendo, el precepto no tendría el alcance programático que lo inspiró.»

«Aunque se ha dicho que era exagerado entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver recursos gubernativos entablados contra la calificación registral, quedaba convertida en un nuevo poder del Estado (la cita de esta opinión la hago a través de IGNACIO CASSO), considero que dicha opinión puede encerrar la clave que nos lleve a perfilar la verdadera naturaleza de la función calificadora.»

TERCERA PARTE

LA FUNCION REGISTRAL, ENTRE LA ADMINISTRACION
Y LA JURISDICCION

3.1. LA PUBLICIDAD REGISTRAL

3.1.1. *Concepto y ámbito*

CORRADO (pág. 58) distingue entre los que él llama «actos administrativos dirigidos a la señalación y la divulgación de noticias», de una parte, los que se refieren a actos o situaciones de Derecho público, y, de otra, los relativos a actos o situaciones de Derecho privado. «En el primer caso se tienen las publicaciones en sentido estricto, y en el segundo caso la publicidad. Las publicaciones en sentido estricto se refieren a actos y situaciones de Derecho público en sentido amplio, y así se tienen publicaciones de normas jurídicas (leyes u otras providencias legislativas y reglamentarias); publicaciones de sentencias; publicaciones relativas a actos y relaciones administrativas de diverso género, como providencias financieras y fiscales o de policía. La publicidad se refiere, en cambio, a hechos (sean voluntarios o involuntarios) o bien a situaciones jurídicas de Derecho privado.»

La publicidad es un concepto que abarca actuaciones muy diversas: así, al lado de las inscripciones y transcripciones de documentos, la recepción de declaraciones de voluntad o de hechos (nacimiento, defunción) que deben quedar consignadas en el Registro.

La constancia registral produce distintos efectos. Por de pronto, los efectos que podemos llamar *certificativos*, derivados del testimonio del agente público acerca de las declaraciones recibidas por él y, en general, de los comportamientos observados en su presencia (FAZZALARI: *Enciclopedia*, pág. 365): en el Registro inmobiliario español este efecto se amplía hasta la *legitimación* del titular inscrito (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Surte asimismo la constancia registral, en múltiples ocasiones, efectos constitutivos respecto al nacimiento o eficacia del acto o derecho (sociedades mercantiles, hipoteca, patentes, etc.). Pero la misión esencial

de la constancia registral es la *señalativa*, que consiste—dice CORRADO (página 55)—«en la divulgación directa o indirecta de la verificación de un hecho que puede acarrear un perjuicio a los terceros, realizada en las formas oportunas, a fin de que los terceros interesados puedan tomar conocimiento de que el evento se ha realizado y que, por tanto, corren el riesgo de sufrir un perjuicio. La declaración señalativa es perfecta apenas se haya exteriorizado en la forma debida y desde este momento adquiere la relevancia que el legislador le atribuye».

Estas tres dimensiones de la publicidad, presentes en nuestro Registro de la Propiedad y Mercantil, son esenciales a efectos de determinar la naturaleza de las actividades del Registrador, según veremos ahora.

3.1.2. *La tesis del carácter administrativo de la publicidad registral*

Según PAVONE (pág. 63), «la señalación de actos o de otros hechos relativos a la vida del tráfico, si bien interesa a situaciones de Derecho privado, parte de exigencias de certidumbre y de regular constitución y desarrollo de las relaciones jurídicas, exigencias que responden a un interés general y de orden público. Por otro lado, el buen funcionamiento de la publicidad depende del modo como los Registros se hallan formados y llevados, de la integridad y fidelidad de las registraciones y, en general, de las garantías de regularidad que la presencia de órganos públicos confiere al servicio prestado. En esto reside esencialmente la razón por la cual la llevanza de los Registros públicos es demandada a los órganos estatales o, en todo caso, a sujetos que actúan en la esfera de actividad de la pública Administración».

No obsta a ello que las funciones llamadas ahora de «administración del Derecho privado», y sobre todo las de publicidad, se ejercieran en otro tiempo por órganos judiciales o vinieran consideradas como actividades de naturaleza jurisdiccional. «Tal atribución—advierde PAVONE (página 74)—venía justificada por el hecho de que dichos órganos daban mayor confianza de imparcialidad y probidad en el ejercicio de las funciones que les venían atribuidas, y sobre todo garantía de un mejor cumplimiento a causa de su particular competencia jurídica. Más tarde estas funciones han sido confiadas a órganos administrativos, si bien todavía se encomiendan algunas de ellas a órganos jurisdiccionales o bien a órganos administrativos puestos bajo la vigilancia o dependencia de la autoridad judicial. En tema de publicidad, la intervención de los órganos jurisdiccionales es generalmente requerida cuando la publicación debe ser precedida del examen de la legalidad de los actos o de la verificación de la condición jurídica de los sujetos a que se refiere el evento a regis-

trar, entendiéndose que la autoridad judicial es particularmente apta para efectuar tales controles.»

Tanto este autor como CORRADO (pág. 52) o PUGLIATTI (pág. 270) insisten en el carácter administrativo de la publicidad también cuando en ella intervienen órganos judiciales; sobre todo—dice CORRADO—en «la señalación de algunos negocios jurídicos privados en los cuales es oportuno, en interés de la generalidad, que intervengan órganos particularmente adaptados para ejercitar intereses públicos y privados que los negocios pueden regular o perjudicar». Aun entonces la función en sí es un servicio administrativo, aunque se encomiende a los Jueces, debido a causas históricas o a razones de orden técnico (ZANOBINI, pág. 185).

En España, el primero en mantener explícitamente esta opinión ha sido GONZÁLEZ PÉREZ. Para él, «entre los intereses colectivos a realizar por la Administración, hay un grupo específico de ellos... relativos al Derecho, como asegurar el tráfico jurídico, dando certeza a las relaciones precisamente con objeto de evitar los casos excepcionales—patológicos se han llamado—, en que entra en juego la función jurisdiccional. Existiendo, por tanto, un grupo de funciones administrativas que tienen como fin cooperar a la realización del Derecho, lo decisivo será ver cómo realizan este fin, que es el Derecho, ambas funciones».

«La función registral—añade más adelante—es una auténtica función administrativa, ya que se trata de la realización concreta por el Estado de una finalidad pública. Esta finalidad pública, que nos diferencia a la función registral de las restantes funciones administrativas, es la publicidad. Y dentro de las funciones registrales, la publicidad inmobiliaria será el objeto que nos diferencia el Registro de la Propiedad (arts. 1.º y 2.º de la L. H.). Ahora bien, no siempre ha sido la publicidad uno de los fines que el Estado había de realizar, sino que fue asumida por el Estado ante la convicción de que era una exigencia comunitaria asegurar el tráfico jurídico de la propiedad inmobiliaria, organizando los medios más idóneos para su realización. Se consideró que la seguridad de tal tráfico jurídico era un fin de interés general, que debía realizarse a través de la correspondiente función administrativa. Es cierto que la función registral exige una petición por parte del particular, no pudiendo realizarse de oficio por el Registrador (principio de rogación); pero esto no permite en modo alguno asimilar tal función a las jurisdiccionales, pues que, como vimos, el concepto de pretensión y el de petición de inscripción son distintos.»

Sin que quepa considerar a la función registral como una parte de la jurisdicción voluntaria, porque ésta es «únicamente la actividad administrativa realizada por los órganos jurisdiccionales», mientras que la «función calificadora... se realiza por órganos administrativos».

3.1.3. *Interés público, función pública y competencia de la Administración en la función registral*

Ahora bien: conviene distinguir entre el hecho indudable de que los Registros realizan un interés público y esta otra afirmación de que los Registros constituyen, por su esencia, una competencia atribuida a la Administración.

Ciertamente, la realización de la justicia supone siempre un interés público, aun cuando se trate de un litigio entre particulares, es decir, de un conflicto de intereses privados: por encima de él hay un «interés en la composición del conflicto» (CARNELUTTI) que asume el Estado.

La publicidad tiene asimismo un fin genérico de interés público, que puede coexistir con la realización de finalidades de naturaleza privada, ya sean de Derecho patrimonial, como en el Registro de la Propiedad, o de Derecho de las personas y de la familia, como en el Registro civil; a veces, las finalidades son, sobre todo, administrativas, como en los Registros administrativos de vehículos o aeronaves.

Y, sin duda, en nuestro Derecho positivo, la organización de la publicidad registral viene ordenada por el Estado, que asume como propios los fines a realizar; predispone—por sí o por delegación—los instrumentos materiales y crea los sujetos que destinarán a tal fin su actividad.

Pero de ahí no se sigue, necesariamente, que la publicidad registral sea competencia de la Administración, y mucho menos que sea competencia exclusiva.

Hace notar, en este punto, DE LISE (pág. 9) que si bien la inscripción inmobiliaria entra en aquellas actividades mediante las cuales la Administración pública participa en la finalidad de asegurar a las relaciones privadas certeza y publicidad, con todo, «cuando alguien asegura que la función de la transcripción, de resolver conflictos de intereses entre particulares, debe ser contemplada bajo un perfil eminentemente publicístico, en cuanto tiende a resolver el conflicto en sí, con independencia de los intereses que en él se contraponen, parece que excede cualquier deducción razonable».

«En el ámbito de la categoría de la administración pública del Derecho privado se quieren reagrupar situaciones jurídicas particulares, que son el resultado de la mezcla y la confusión de intereses de los particulares y de la Administración pública, la cual se limita a *participar* en las situaciones jurídicas particulares, para fines determinados: en el caso de la transcripción, para atribuir a determinados hechos o actos certeza y publicidad.»

«Por un lado, está la autoridad pública, que predispone medios y personas para la actuación de la publicidad; por el otro, están los particu-

lares, únicamente a los cuales compete la iniciativa para la consecución de aquel resultado. Estos últimos, por tanto, son libres de transcribir o no los actos y hechos que les conciernen personalmente, y si lo hacen, no lo hacen ciertamente pere ejercitar un servicio público o una función pública, sino para tutelar sus propios intereses, asegurando, en el caso, a los propios actos la inatacabilidad.»

En opinión del autor, con arreglo a la normativa del Código Civil, el Registro inmobiliario tiene una función principal de tutela de los intereses privados; si así no fuera, es de suponer que el legislador habría impuesto la inscripción coactivamente, y habría sancionado a los que evaden la publicidad con otras penas distintas de aquellas de carácter eminentemente sustancial que actualmente se imponen o gravan al que es negligente en hacer constar su derecho.

En otro aspecto, de la naturaleza pública del interés protegido por la publicidad no se sigue que las actividades que lo sirven correspondan necesariamente a la competencia de la Administración, como no corresponde a ésta la resolución de los litigios, no obstante su interés público; habiendo quedado claro, según creo, en la primera parte de este dictamen, que la función registral—sea la desarrollada por órganos del poder judicial o por otros no pertenecientes a él—es competencia de ese *tertium genus* situado entre la Jurisdicción y la Administración, sobre lo cual insistiré más adelante en relación concreta a los Registros de la Propiedad.

Ciertamente, el hecho de que la inscripción recaiga por lo común sobre derechos subjetivos privados no arguye su carácter igualmente privado, como no lo tiene la sentencia judicial resolviendo un pleito civil: la pública actividad hipotecaria es función pública, al igual que lo es la de los Tribunales; pero, como ella, tampoco entra en el ámbito de la Administración, en sentido estricto.

3.1.4. *¿Función pública o servicio público?*

Algunos autores (PUGLIATTI, por ejemplo) dan un paso más distinguiendo entre «función pública» y «servicio público», y afirmando que la «organización de la publicidad está predispuesta para la realización de un específico servicio público. Hay un interés público en procurarse el conocimiento de ciertas situaciones, interés que se resuelve en el derecho subjetivo concedido a todo sujeto singular, el cual, mediante él, disfruta del servicio público». En nuestra doctrina administrativista, GUAITA (página 313) califica al Registro de la Propiedad como «servicio público innegable», y censura que pueda «llegar a convertirse en arma contra la Administración que lo creó, disciplina y rige».

No es ésta la conclusión que se desprende de los conceptos, respectivamente, de *función y servicio* públicos en ZANOBINI, para quien la función pública «representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida como una esfera de capacidad específica del Estado, o sea, de su soberanía», mientras que «los servicios públicos representan, en cambio, otras tantas actividades materiales, técnicas, frecuentemente de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles en la consecución de sus finalidades».

Fundados en estas afirmaciones, estiman BONIS (pág. 67) y RASTELLO (página 23) que la actividad del Registrador no constituye el desarrollo de un servicio público, sino el de una función pública, «porque no es una actividad material o técnica, sino que tiene el contenido de una potestad pública, tanto para la actuación de los institutos de la transcripción y la inscripción como para el del poder tributario. De hecho, bajo el primer aspecto, el Estado pone en obra actos administrativos constituidos por declaraciones de conocimiento, y bajo el segundo aspecto, los actos administrativos, bajo los cuales se materializa el poder del Estado de cobrar tributos».

3.2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3.2.1. *Naturaleza*

En el Derecho comparado, el papel del Registrador y el significado y eficacia de la inscripción son muy distintos según los ordenamientos, y esto explica ciertas posiciones de autores extranjeros que no resultan adaptables al Derecho español, no obstante ser exactas en relación con su propio ordenamiento.

De una parte, la inscripción puede ser precisa o no para el nacimiento del derecho que se pretende publicar.

De otra, el Registro puede publicar el acto o contrato, o bien exclusivamente la mutación jurídica causada por él en los derechos sobre bienes inmuebles o muebles registrables.

De otra, la misión del Registrador, en relación al acto o mutación cuya publicación se solicita, puede: *a)* bien reducirse a la verificación de la competencia, admisibilidad del documento al Registro y autenticidad externa de éste, desempeñando el encargado del Registro entonces una función meramente pasiva; *b)* o bien añadiendo a esta indagación sumaria y externa el análisis de la veracidad del hecho o de su correspondencia con los documentos presentados, o incluso, *c)* extendiéndose el juicio del oficial público a los presupuestos y elementos no formales del negocio,

amén de la concatenación de la transmisión con los datos que previamente constan en el libro, como en los Registros más desarrollados, y entre ellos el español.

Cuál sea la posición de nuestro Derecho en torno a estos problemas lo he expuesto ya en mis *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, obra a la cual me remito por no alargar todavía este extenso dictamen.

A la resolución de las cuestiones planteadas por la entidad consultante importa únicamente fijar la trascendencia de la inscripción en relación al derecho, y la de la intervención del Registrador en relación al asiento.

En cuanto a lo primero, una parte de la doctrina italiana, y sobre todo FERRI (pág. 10), explica que la transcripción «se limita a dar publicidad a la declaración de otros, esto es, reproduce y recoge lo que otro declara»; que «no es un acto jurídico fundado sobre la voluntad del legitimado precedente, sino una mera operación material que tiene valor cualquiera que la haya realizado. Además, el legitimado puede disponer del derecho, pero no de la propia legitimación. El que ha transferido la propiedad de un inmueble no conserva hasta la transcripción de la transferencia el poder de disposición, y sí sólo la mera posibilidad de hecho de poner a un tercero en condiciones de vencer al primer adquirente» (página 38).

En el mismo sentido, PUGLIATTI (pág. 388) y PAVONE LA ROSA (página 39): para este último, si bien el documento redactado por un oficial público contiene una declaración intelectual cuando testimonia hechos que se han desarrollado en presencia de aquél, y en particular actos realizados por él, no ocurre así cuanto *documenta* una declaración de otro, porque en tal caso se limita a redactar el documento, es decir, a recoger en él lo que el otro declara. En tales casos, «la actividad de la oficina se resuelve en una mera operación reproductiva dirigida a reproducir, en sus elementos esenciales, el contenido del acto sobre un documento. Y esto es, sobre todo, evidente en la hipótesis en la cual la oficina del Registro desempeña solamente una función ejecutiva, debiendo limitarse a inscribir el acto cuya legalidad ha sido ya controlada por otro órgano... No es lícito deducir que quien lleva el Registro realice una declaración, ya que éste no expresa un pensamiento propio, sino que da trámite a la declaración de otro, realizando una actividad dirigida a hacer posible a los destinatarios el conocimiento de dicha declaración».

A esto opone CORRADO, y ello es particularmente significativo para el Derecho español, cómo el Registrador «no debe limitarse a recibir y transcribir sobre Registros declaraciones privadas, sino que realiza una actividad tendente a comunicar algo a la generalidad de los ciudadanos, que se apoya sobre el presupuesto de una verificación, frente a la cual asume una posición de preeminencia funcional».

En general, para la doctrina dominante la registraci3n es una declaraci3n de ciencia (no de voluntad). El acto de publicidad tiene los caracteres t3picos del de contenido no volitivo: es una declaraci3n intelectual mediante la cual el que lleva el Registro participa el conocimiento, adquirido por 3l, de una determinada situaci3n jur3dica, a fin de hacerla cognoscible a los terceros.

Aceptamos, desde luego, que el Registrador no realiza ninguna declaraci3n de voluntad mediante la publicaci3n, que tampoco es exactamente una declaraci3n de ciencia, pero s3 realiza un juicio *para la publicaci3n*, con examen de las circunstancias de hecho, de los antecedentes registrales y de los preceptos legales aplicables a la figura jur3dica de que trata el negocio, sin cuya resoluci3n favorable el documento no tiene acceso al Registro. El solicitante de la inscripci3n, por tanto, s3lo consigue su pr3ctica a trav3s de tal resoluci3n favorable, tras de la cual el acto de consignar la mutaci3n jur3dica en el libro deviene acto debido, y el que contempla el asiento conoce la existencia de este juicio y esa resoluci3n, que garantizan la eficacia *erga omnes* del asiento.

Quedan, por lo dem3s, aquellos eventos en los que la inscripci3n es constitutiva y forma parte, por tanto, del supuesto de hecho de la transferencia o constituci3n del derecho real, o de la prohibici3n de disponer, etc3tera, y asimismo los de adquisici3n *a non domino* por el que inscribe primero su contrato, caso en el cual, evidentemente, la inscripci3n no es declarativa, sino integradora de la eficacia transmisiva del contrato y la tradici3n.

En general, cabe afirmar que la inscripci3n nunca es un mero acto de publicidad declarativa: ya por la fuerza legitimadora de que la dotan los art3culos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, ya porque el acto no inscrito no produce efectos frente al tercero protegido, de modo que la plenitud y la irrevocabilidad de la transmisi3n s3lo se consigue a trav3s de la constataci3n registral.

Todav3a he de se3alar el aspecto duradero de la inscripci3n: la presencia estable de la constataci3n en el Registro, que persiste como dato jur3dico intemporal (RUBINO, p3g. 13). La transmisi3n o la constituci3n del derecho real se agota en el instante de concurrir t3tulo y modo, y respecto de ella la inscripci3n tiene una funci3n meramente hist3rica. Pero el derecho subjetivo creado o transmitido permanece desde entonces dotado de la defensa de la publicidad: la funci3n jur3dica de la inscripci3n es precisamente esta defensa.

Si interviene una nueva transmisi3n, sobrevendr3 una nueva inscripci3n que refleje la situaci3n actual. El viejo asiento, al cual ya no corresponde un derecho que se haya de proteger, conserva, sin embargo, la funci3n hist3rica, en cuanto permanece para documentar la mutaci3n

jurídica precedente, e incluso contribuye a la defensa del derecho actual al formar parte de la cadena de inscripciones anteriores que compone el tracto sucesivo (véase FERRI, pág. 29).

3.2.2. *La inscripción, ¿acto administrativo?*

3.2.2.1. Opinión afirmativa

GONZÁLEZ PÉREZ, de la condición de servicio público del Registro, deduce que los actos dictados por el órgano estatal a que corresponde la realización del servicio público registral son, cualquiera que sea la concepción del acto administrativo de que se trata, actos administrativos, dictados en un procedimiento administrativo. El que acude al Registro hace uso de un servicio público e incoa un procedimiento de indudable naturaleza administrativa, que se decidirá por un acto del órgano estatal competente, también administrativo.

MENDOZA OLIVÁN opina, por su parte (pág. 195), que «según los términos expresos del Derecho vigente, la inscripción en el Registro (todo asiento de esta índole) es en nuestro sistema un acto administrativo, si especial a los efectos del Decreto de 10 de octubre de 1958, en cuanto al procedimiento para su práctica, sometido, sin embargo, en su revisión al régimen común establecido en el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo».

«Desde esta perspectiva, la virtualidad limitadora de los actos (administrativos) de inscripción respecto de los de deslinde (igualmente administrativos), impuesta a la Administración sin otra alternativa que la del juicio plenario ulterior, en el que deberá asumir el papel de contradictora de los asientos registrales (art. 38 de la Ley Hipotecaria), choca abiertamente con las facilidades que el Ordenamiento le concede para revisar y rectificar los 'errores de hecho' (no otra calificación puede merecer) de que adolecen estos últimos (art. 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo), al publicar como susceptibles de tráfico jurídico unos bienes radicalmente incompatibles con cualquier forma de comercio privado.»

En definitiva, llega el autor a pensar, aun señalando que la consecuencia es contraria a la *praxis* común, que «si los procedimientos de revisión de los actos registrales son los previstos en el título V de la Ley de Procedimiento Administrativo, tendrá también aplicación el artículo 111 de ésta al sancionar que en cualquier momento podrá la Administración rectificar los errores materiales o de hecho de los actos administrativos». Pues «si el Registro español tiende a la exactitud y está destinado institucionalmente a recoger la realidad material, la publicación, como traficable, de un bien de dominio público (*res extra commercium*) sólo puede

explicarse en virtud de un error de hecho, revisable como tal por la Administración en cualquier tiempo, contra cuyo pronunciamiento corresponderá al particular la garantía de la impugnación jurisdiccional». He aquí una prueba de las consecuencias a que puede conducir la visión administrativista del Registro.

El autor insite en el carácter de acto administrativo de la inscripción fundándose en que la *Ley de Procedimiento Administrativo* y el Decreto de 10 de octubre de 1958, dictado al amparo del apartado 3 de su disposición final 1.ª, admiten esa calificación considerando como «procedimientos administrativos especiales», a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la *Ley de Procedimiento Administrativo*—es decir, al objeto de la aplicación sólo supletoria de las normas contenidas en el título IV de ésta (procedimiento no revisorio)—, entre otros, a «los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamento Hipotecario...» (apartado 7.º del citado Decreto).

3.2.2.2. Examen del argumento deducido de la Ley de Procedimiento Administrativo

En mi opinión, el único argumento que podría demostrar la naturaleza de acto administrativo de la inscripción es que así lo dispusiera expresamente una ley, la cual, por serlo, derogaría a la *Ley Hipotecaria*. Mas no sucede así, no pudiendo deducirse de la *Ley de Procedimiento Administrativo* tal derogación.

Es cierto que el Decreto de 10 de octubre de 1958 considera como «procedimientos administrativos especiales, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.º de la *Ley de Procedimiento Administrativo*», a los «regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecario y Notarial», acaso incluidos en la «heterogeneidad de la materia administrativa», a que alude la Exposición de Motivos del propio Decreto.

Es igualmente cierto que, según la disposición final primera de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, «a efectos de lo establecido en el número 2 del artículo 1.º, el Gobierno señalará, en el plazo de tres meses, cuáles son los procedimientos especiales que por razón de la materia continuarán vigentes». Disponiendo el citado artículo 1.º-2 que «las normas contenidas en los títulos IV y VI, salvo el capítulo I de éste, y en el capítulo II del título I, sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo previsto en la disposición final primera».

Pero esto no significa que los procedimientos regulados por la legislación hipotecaria hayan quedado constituidos, todos ellos, a partir de la *Ley de Procedimiento Administrativo*, en procedimientos administra-

tivos propiamente tales. El Decreto no introduce ninguna alteración en la legislación existente, ni podría hacerlo, dada su condición de norma de rango inferior que no cobra otro superior por el hecho de que la Ley de Procedimiento ordene al Gobierno la mencionada clasificación de procedimientos: no le da plenos poderes para hacerlo, ni le permite legislar a tal respecto: de los procedimientos vigentes, los que sean objeto de reglamento independiente podrán ser modificados y adaptados, pero no los predispuestos por la ley. El Gobierno, tras el mandato del legislador, no tiene más poderes de los que tenía, en orden a la fijación de la condición administrativa o no de las disposiciones reglamentarias y las legales. No se trata aquí de legislación delegada, en definitiva.

En la tesis de MENDOZA OLIVÁN resultaría que, si el Gobierno no hubiera mencionado los procedimientos hipotecarios en el Decreto de octubre de 1958 que señala los procedimientos especiales que por razón de la materia continúan vigentes a la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo, tales procedimientos se entenderían derogados, y al procedimiento hipotecario sería aplicable en todo la nueva Ley de Procedimiento Administrativo; y no toda ella salvo los título 4.º y 6.º Con esa conclusión, entonces, el Gobierno derogaba todas las normas procedimentales de la Ley y el Reglamento hipotecarios, sustituidas por la Ley de Procedimiento Administrativo. Y como todo ello carece de sentido, más bien ha de atribuirse a un exceso de celo del Gobierno la inclusión de los Reglamentos hipotecario y notarial en la relación del Decreto de 1958: sin duda, con la finalidad de evitar esa anterior inteligencia, pero, desde luego, sin ninguna virtualidad para poner en vigor ninguna parte de la legislación de procedimiento administrativo en lugar de los preceptos hipotecarios que regían en el momento de promulgarse la citada Ley de Procedimiento.

En otras palabras: como según el inicio de la Ley de Procedimiento Administrativo, «la Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de esta Ley», de ahí se deduce que aun exceptuado el Reglamento hipotecario por el Decreto de 1958, si se considera al Registro como una parte de la Administración del Estado, irremisiblemente y sin salvedad alguna las normas no exceptuadas en el artículo 1.º (títulos IV y VI) «serán aplicables aun habiendo otras especiales», esto es, que la Ley Hipotecaria quedaría derogada en todo cuanto se hallase regulado en modo divergente por la Ley de Procedimiento Administrativo (salvo sus títulos IV y VI), y complementada asimismo por ella. Por supuesto, la inscripción sería acto «sujeto al Derecho público» (art. 44); sería causa de abstención el parentesco en 4.º grado de consaguinidad, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Procedimiento, y no sólo en 2.º grado, según el artículo 102 del Reglamento Hipotecario; el Registrador (o acaso

la Dirección General) podría, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen del Consejo de Estado, declarar la nulidad de las inscripciones practicadas por órgano manifiestamente incompetente, o de contenido imposible o constitutivas de delito (véase, con todo, art. 101 de la Ley Hipotecaria), etc.; tratándose de inscripciones que «incurren en cualquier infracción del ordenamiento jurídico» la anulación sería posible previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 110); el Ministro de Justicia tendría competencia para avocar a sí las cuestiones hipotecarias; cabría recurrir en reposición ante la Dirección General de los Registros, de las resoluciones de ésta, etc.

3.2.2.5. ¿Aplicabilidad de la Ley?

GONZÁLEZ PÉREZ, en reciente trabajo (RCDI, año 1976, págs. 1301 y siguientes), admite la aplicabilidad supletoria de algunos títulos de la Ley de Procedimiento Administrativo al procedimiento hipotecario, y no la de otros (sobre todo, no los relativos al régimen jurídico de los actos y revisión de los mismos en vía administrativa). Pues—dice—si bien «el apartado 7 del artículo 1.º del Decreto citado se refiere, sin distinguir, a los *procedimientos regulados en las Leyes y Reglamentos Hipotecarios...*; ello no quiere decir que puedan someterse sin más estos procedimientos al régimen de los especiales a que se refiere el artículo 1.º-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues como he señalado *ut supra*, las normas generales de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, según este artículo 1.º-2, serían de aplicación como tal procedimiento especial, son incompatibles con los principios y regulación de los procedimientos hipotecarios. Pero en cuanto sean compatibles, no hay razón alguna para negar la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo».

El planteamiento de GONZÁLEZ PÉREZ me parece contradictorio, por cuanto el artículo 1.º de la Ley en cuestión es terminante: se aplica ésta a toda actuación de la Administración del Estado. Si alguna parte de ella no es aplicable, será porque la propia ley u otra posterior excluyen su aplicación.

A mí la incompatibilidad de ciertos pasajes de la Ley de Procedimiento Administrativo con la legislación y los procedimientos registrales me parece un fenómeno natural, y procede sencillamente de que el Registro de la Propiedad no forma parte de la «Administración» a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues si formase parte, la única solución posible sería la aplicación en bloque de los títulos y capítulos de la Ley no exceptuados por su artículo 1.º-2, con todas sus consecuencias

En efecto, la claridad del texto de la Ley de Procedimiento Administrativo no tolera medias tintas: si se aplica, la aplicación sólo puede ser total (en la parte no exceptuada por el art. 1.º-2), y, por tanto, en cuanto sea incompatible con la Ley Hipotecaria, la deroga. De ahí la necesidad de restringir el sentido de la palabra «Administración» en el citado artículo 1.º, a fin de no introducir en el ámbito hipotecario unos procedimientos y unos principios incompatibles con la arquitectura de la Ley y asimismo con el pensamiento del legislador.

Cosa distinta es que puedan aplicarse los preceptos de dicha Ley (cuando realmente falta una norma en la legislación hipotecaria) sea como principios generales del procedimiento, o bien por analogía, que es lo que hace la Resolución de 28 de mayo de 1971.

3.2.2.4. Significado del Decreto de 10 de octubre de 1958 en el ámbito hipotecario

De lo dicho hasta ahora cabe deducir, sin posible duda, que el autor del Decreto de 10 de octubre de 1958, al mencionar como procedimientos especiales subsistentes tras la Ley de Procedimiento a los regulados por la legislación hipotecaria, se limitó a dejar sentado que unos procedimientos en los que interviene un órgano de la Administración del Estado como la Dirección General de los Registros no entran dentro del marco de los títulos IV y VI de la Ley en cuestión, sin que por eso deba entenderse que todos ellos se someten al resto de los preceptos de tal Ley, y sin que el Decreto tenga fuerza interpretativa a tales efectos. Obsérvese, con todo, que hay procedimientos, como el de impugnación de honorarios del Registrador, puramente administrativos, y a tales procedimientos sí afectan las disposiciones de la Ley de Procedimiento: a ellos se refiere, propiamente, el Decreto de 1958.

Tal es la doctrina que viene estableciendo la Dirección General. Como dice la Resolución de 23 de febrero de 1968, con cita de la de 23 de marzo de 1961, «la excepción contenida en el número 7 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina los procedimientos administrativos especiales, a los que no se aplican los preceptos contenidos en el título I, capítulo II, títulos IV y VI de la Ley de Procedimiento Administrativo, se refiere a aquellos procedimientos de las disposiciones citadas cuya materia es administrativa y, entre otros, los regulados en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria, 563 y 618 del Reglamento para su ejecución, 340 y siguientes del Reglamento Notarial, pero no comprende los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia del citado Decreto».

3.3. AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN REGISTRAL

3.3.1. *El principio*

En general, cabría oponer a la tesis que conceptúa como administrativo al acto de inscripción que, en conjunto, y salvo expresiones muy generales, la regulación del acto administrativo en la Ley de Procedimiento (artículos 40 y siguientes) no se ajusta a la sustancia y manera de ser de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Lo vamos a ver en las páginas que siguen, y se deduce asimismo de cuanto dije en la primera parte de este dictamen sobre el planteamiento de la división de poderes en la Constitución. Según he razonado allí, el Registro constituye manifestación de una función del Estado distinta, por igual, de la Jurisdicción y la Administración.

Es así cómo lo concebía la primitiva Ley Hipotecaria de 1861, que, sobre todo, señala su distancia con la Administración y su proximidad a la Jurisdicción al decir, bien claramente, en su Exposición de Motivos que la «manera que tiene la Comisión de considerar la Ley de Hipotecas, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del proyecto, que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la Autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las Autoridades del orden administrativo: a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

3.3.2. *La intangibilidad de los asientos y la Administración*

El propio GONZÁLEZ PÉREZ, aun dentro de su planteamiento administrativo, señala una característica de los asientos registrales fundamental para marcar la distancia entre el Registro y la Administración: ésta, como cualquier otro sujeto, ha de respetar tales asientos en tanto no se declare su inexactitud por los tribunales competentes. «La Administración—dice—no podrá revocar ni anular dichos actos administrativos (ni siquiera por los superiores jerárquicos del Registrador), ni dictar actos administrativos que contradigan lo dispuesto en los asientos, pues si así lo hiciera, tales actos adolecerían de un vicio esencial de nulidad».

«Los principios señalados han sido recogidos en reiterada doctrina jurisprudencial de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en Sentencia de 11 de mayo de 1950, séptimo con-

siderando, se dice «que si los asientos del Registro se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, es evidente que mientras éstos no dicten proveído judicial contrario a su contenido, ellos subsisten y, por consiguiente, la declaración administrativa hecha en la Orden ahora impugnada implicó una extralimitación de poder, por cuanto, no obstante constar la presencia de inscripciones relativas a los bienes y favorables a las pretensiones de los demandantes, desconoció efectos de dichos asientos, y así adolece, por tanto, de nulidad la Orden impugnada, lo que impone declararla sin efecto». Y en el tercer considerando de otra de 10 de marzo de 1903 se dice que «la Administración activa carece de atribuciones para ordenar que se subsanen las inscripciones consignadas en el Registro de la Propiedad, puesto que equivale a modificar el derecho de la propiedad a que aquéllas se refieren, y el ordenar esa modificación es de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, únicos competentes para fallar todas las cuestiones de propiedad que se basen en títulos civiles». En análogo sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias de 26 de octubre de 1928, 18 de febrero de 1936 y 13 de febrero de 1942».

«Por tanto, la única posibilidad que tiene la Administración de anular o revocar un acto registral es: en vía de recurso, en aquellos casos en que es posible interponer recurso ante órganos administrativos—y sólo por los órganos con competencia para ello—, o deduciendo la oportuna pretensión procesal ante los órganos de la jurisdicción ordinaria; lo que no puede es utilizar el mecanismo del proceso de lesividad para impugnar el acto del Registro ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en el supuesto de que resulte lesivo a sus derechos e intereses.»

En realidad, en ningún caso tiene la Administración, en vía administrativa, un específico derecho a anular el asiento: frente al Registro, y salvo algunos privilegios que le concede específicamente la Ley Hipotecaria, como el de inmatricular mediante certificación administrativa del artículo 206, tiene el mismo trato que un particular, la misma disponibilidad (relativa) de los asientos de que es titular y la misma inaccesibilidad a los asientos cuyo titular es otro sujeto.

3.3.3. *Un ejemplo: el deslinde administrativo*

Una notable aplicación práctica de lo dicho es la inocuidad de los deslindes, por la Administración, de sus propios bienes, cuando entran en conflicto con las titularidades registrales.

En efecto, como señala MENDOZA OLIVÁN (pág. 160), frente a la protección que brindan al titular inscrito los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria, «la declaración hecha por la Administración, al deslindar un bien de dominio público, de que éste incluye en su extensión una finca

inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular, carece de virtualidad para imponerse en vía administrativa, mediante su directa recuperación *iure publico*, porque los preceptos citados de la Ley Hipotecaria prohíben toda contradicción al contenido de los asientos de aquel Registro que no se derive de un pronunciamiento de los Tribunales (civiles). En tal caso sí que la afirmación administrativa de la titularidad domini- cal, extensión y límites del demanio, respecto de la finca inscrita, tiene alcance puramente interno, como preludio o antesala al ejercicio por la Administración, ante los mismos Tribunales, de la 'acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos' con previa o simultánea 'demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente' (art. 38 de la misma Ley). En este supuesto, a diferencia de los restantes, no se produce mutación alguna de posiciones procesales, según es propio del deslinde». Así lo especifica la Sentencia de 12 de noviembre de 1962. Por su parte, la de 30 de enero de 1958 reconoce que «cuando se oponen títulos amparados en la legitimidad registral en favor del particular, a la Administración no le es dado desconocerlos... (pues otra cosa supone) una extralimitación en sus poderes, como dice la Sentencia de 11 de mayo de 1950, reivindicando por sí lo que sólo se podría hacer con intervención de los Tribunales de Justicia, mediante la indispensable anulación de los asientos del Registro existentes»; y a su vez, la Sentencia de 6 de julio de 1962 expresa que «es preciso, como consecuencia de los principios fundamentales que el Registro ampara .. que aquella presunción nacida del Catálogo .. no pueda hacerse prevalecer sobre el Registro de la Propiedad. . por lo que el simple procedimiento del deslinde administrativo no puede constituir medio adecuado para invertir los términos de prueba y obligar al titular inscrito a la defensa activa, sino que... ha de ser parte (demandante, se entiende) quien afirma que las inscripciones vulneran su derecho». Se trata—dice por su parte la Sentencia de 7 de febrero de 1963—de una «realidad jurídica de momento indiscutible».

Parejamente, GONZÁLEZ BERENGUER (pág. 156) señala cómo «la acción de oficio es hoy una burla en los casos, frecuentísimos, de inscripción registral», pues—continúa diciendo—«aunque el Reglamento de Bienes resuelve la discusión en torno a la extensión del débil privilegio del artículo 404 de la Ley de Régimen Local, diciendo que aquél es aplicable sólo a los bienes patrimoniales... la verdad es que esta acción sólo dura un corto plazo de años a contar desde la usurpación, y además, carece la Administración de toda potestad de oficio cuando la cuestión se plantea registralmente... Cuando el usurpador ha inscrito a su nombre la parcela que ha ocupado del dominio público, la Administración deberá instar en el juicio correspondiente la anulación del asiento. ¿A esto se le llama *recu-*

perar por sí? ¿Dónde está el privilegio de recuperación en vía administrativa?»

Este efecto protector, que puede en ciertos casos amparar verdaderas usurpaciones del dominio público, pero que en muchos otros servirá para salvaguardar al particular frente a las demasías de la Administración, es propio y privativo del Registro, como si la inscripción participase—siquiera *prima facie*, y por tanto en un grado más modesto y claudicante—de los caracteres de la sentencia judicial, mientras los otros títulos no son oponibles a las decisiones del poder ejecutivo. No lo sería, por ejemplo, una escritura pública de compra, sino su reflejo registral, cuando lo haya. Como explica el citado MENDOZA OLIVÁN (pág. 192), son «los asientos registrales y no los títulos por ellos publicados los que delimitan, obligando a la Administración a su respeto, la actividad de deslinde». Citando la Sentencia de 20 de junio de 1962, según la cual «los títulos de dominio no se admiten como tales títulos (por la Administración) (sino) por virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria... para lo cual, claro está, es imprescindible que tales títulos auténticos estén inscritos en el Registro de la Propiedad y, si esto no sucede, quien pretenda la exclusión del área del monte objeto de deslinde de una parcela o porción de terreno, habrá de acreditar por otros medios su situación o condición de poseedor».

El propio autor, desde su posición puramente administrativa, censura esta virtualidad defensiva de la inscripción. Partiendo—dice—«de que los actos administrativos gozan de una general presunción de legitimidad, y supuesto también que, en el caso de deslinde, la actividad de la Administración afecta a bienes que no pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, ¿con qué lógica puede mantenerse que ésta quede vinculada y delimitada por unos asientos registrales que sólo pueden referirse a bienes distintos de los que son objeto de deslinde?»

«Plantada la cuestión en estos términos y desde el punto de vista crítico, la doctrina de la eficacia ofensiva de la inscripción frente a los actos de deslinde de los bienes de dominio público no puede merecer más que una abierta repulsa. Significa, pura y simplemente, invertir el principio que domina la actividad de la Administración, que lejos de imponer ejecutoriamente, como en ella es usual, el contenido de sus actos, institucionalmente vinculados con el interés público, ha de detenerse ante la barrera formal de otras presunciones de legitimidad al servicio del interés particular.»

Punto de partida de este planteamiento es una concepción de la supremacía de la Administración muy cuestionable para los privatistas, quienes no reconocemos que la superioridad del interés público justifique la invasión, por la Administración, de la zona de los derechos subjetivos civiles,

entre otras razones porque la salvaguardia de los derechos civiles de los particulares es también de interés público, y patrimonio de los Tribunales ordinarios.

La validez de las inscripciones registrales es un efecto normal de la función del Registro de amparar los derechos subjetivos privados, los cuales no deben quedar sometidos provisionalmente a la voluntad de la Administración y han de poder defenderse sin tener que adoptar la posición de demandante impugnando los actos de aquélla ante la jurisdicción contenciosa, siendo el Registro de la Propiedad el más adecuado instrumento para esa defensa.

5.4. EL PROCEDIMIENTO. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LA SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN

Si ahora pasamos a examinar concretamente el procedimiento seguido para la inscripción, veremos cómo en él se hace patente la naturaleza, ni judicial ni administrativa, de la función registral.

Desde que una persona solicita la inscripción de un título hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión, inscribiéndolo o suspendiendo o denegando la inscripción, se suceden una serie de actos regulados por el Derecho, a través de los cuales el Registrador realiza su función y los particulares obtienen—o tratan de obtener—la constatación registral de sus titularidades inmobiliarias, con los efectos jurídicos inherentes. A esta sucesión reglada de actos llamamos *procedimiento registral*. Este procedimiento, en armonía con el carácter privado de la finalidad inmediata a la cual se halla ordenado, es dispositivo, es decir, se inicia a instancia de parte. Como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ, no basta con que llegue a conocimiento del Registrador la realización de actos o la consumación de hechos que alteren la situación hipotecaria de una finca o derecho, sino que será precisa una manifestación de voluntad, más o menos formal, por parte de los interesados, para que el encargado del Registro proceda a practicar las operaciones correspondientes.

«El Registro—dicen HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 69)—no tiene ni el derecho ni el deber de emprender averiguaciones ni establecer pruebas. Tampoco se permite aplazar la solicitud sin tomar ninguna resolución o anotación, en la expectativa de la eliminación de un impedimento.»

Algunos autores italianos han contemplado en la petición de inscripción una a modo de relación privada entre el Registrador y el solicitante: acaso una relación obligacional (por lo que la responsabilidad del Registrador, en caso de daños causados por una inscripción indebidamente practicada o dejada de practicar por culpa suya, sería contractual). A esto

replica OBERNECK (*Grundbuchordnung*, pág. 165), con referencia al Derecho alemán, que «no puede hablarse de una relación obligacional entre el funcionario del Registro y los solicitantes, por cuanto la Ordenanza del Registro es una ley establecida para protección de los interesados, mientras, por otra parte, los legitimados tienen un derecho de naturaleza pública y, por consiguiente, absoluta frente a los empleados del Registro, como representantes del Estado, a la inscripción o la cancelación».

Algo de esto vale también para el Derecho español, sin que la naturaleza de declaración de voluntad que tiene, sin duda, la petición de inscripción sea obstáculo al carácter procedimental que presenta a primera vista.

El hecho de que la petición pueda hacerse verbalmente, o que pueda ir implícita en la presentación del título, no obsta, según me parece, a su condición de declaración volitiva dirigida al Registrador en cuanto tal, es decir, como funcionario encargado del Registro, en súplica de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. En efecto, aunque algunos (FALASCHI, pág. 34) niegan esa condición en sentido técnico, porque la presentación puede ser realizada por un amplio círculo de personas no titulares del derecho y si sólo interesadas en su constancia registral, en cualquier caso quien solicita la inscripción quiere que ésta sea realizada, aunque no sea en favor propio. Recuérdesse que el Registrador puede exigir la firma del presentante del título en el asiento de presentación (artículo 430 del Reglamento Hipotecario), lo cual no puede tener otro sentido que demostrar la voluntad de tal presentante.

Por supuesto, no se trata de una manifestación de voluntad relacionada con el contenido del título: «Es—dicen los citados HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 56)—de naturaleza procesal, semejante al planteamiento de la acción en el proceso, y aunque tenga esta naturaleza, la jurisprudencia le aplica las prescripciones sobre declaración de voluntad en el negocio jurídico, por lo cual sólo es eficaz cuando llega al Registro, y además su eficacia queda consolidada desde entonces, siendo indiferente para ella que el solicitante, después del envío de la solicitud, fallezca o quede incapacitado.»

Ese aspecto privado de la declaración de voluntad del presentante, que procede de la condición generalmente privada del derecho que con la inscripción se trata de tutelar, es decisivo—dándose tal condición privada—para su eliminación del ámbito de las actuaciones administrativas. La declaración pretende la publicación de un derecho privado, con unas consecuencias puramente civiles, a las que se halla directamente orientado. Es decir, los actos administrativos que tienen consecuencias civiles, las tienen *per accidens*, secundariamente, y versan sobre derechos que, aun atinentes a los particulares y aun de tipo privado a veces, son de

naturaleza administrativa. El derecho subjetivo que tiene el solicitante contra el Estado para que inscriba, apenas puede decirse que tenga autonomía propia: es una facultad que emana del propio derecho y que pretende conseguir, a través de una prestación estatal, como es la actividad inscriptoria formal, un resultado de constitución o garantía de derechos. En tal actitud resulta más parecido a los actos de jurisdicción y muy semejante a los de jurisdicción voluntaria. Mediante la actividad del funcionario se ha producido un resultado material, el cual cuenta de tal modo que aunque fuera consecuencia de un delito (asiento falso) seguiría, sin embargo, produciendo una parte importantísima de sus efectos. Para desarrollar esa actividad, se impone el análisis del derecho sustancial (sea civil o de otra naturaleza) inmobiliario que quiere hacerse constar en el Registro.

3.5. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LA CALIFICACIÓN

3.5.1. *Conceptos generales*

La calificación es el acto de examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del Registrador, para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros o bien si debe denegar la práctica del asiento.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE la define como «aquella decisión jurídica solemne dada por el encargado del Registro, mediante la que se declara que el acto o negocio objeto de ella reúne o no los requisitos legales para obtener la protección registral» (pág. 172).

a) En esta labor—dice CORRADO (pág. 85)—, «el funcionario no actúa como órgano pasivo que fija en documentos determinados hechos (como un testigo), sino que constituye un órgano activo predispuesto para inscribir a fin de que los terceros puedan conocer, y toda su actividad gravita sobre esta inscripción, que constituye el acto principal y absorbente y cuya naturaleza se deduce lógicamente de la función que debe cumplir».

Aun para el Derecho italiano, «el conservador—dice PACIFICI MAZZONI (pág. 172)—no es un ejecutor puramente material de las formalidades hipotecarias, sino frecuentemente, por disposición de la ley, está obligado a examinar la legalidad de los actos y a verificar el cumplimiento de las formalidades prescritas».

Acusando D'ORAZI (pág. 156) de superficialidad y aproximación la máxima repetida a menudo y de varios modos parafraseada que define al conservador como *hypotecarum non iudex sed custos*. «El conservador

—afirma—no se limita a vigilar sobre los Registros ni agota su competencia en mantener un *status* y librar las documentaciones requeridas, como hace el archivo del Estado cuando los documentos se depositan en él, sino que se constituye en instrumento de la publicidad, atendiendo a la llevanza de los Registros y a la puesta al día de sus resultados.»

b) La calificación es unipersonal. Como dice CHICO Y ORTIZ, «un poder individual que la ley concede y que en ningún caso es compartido. Así viene a demostrarlo el apartado d) del artículo 485 del Reglamento Hipotecario para el supuesto del desempeño de un Registro por dos titulares, en el cual se dice que 'el Registrador que calificase un título seguirá conociendo de cuantas incidencias, operaciones, recursos o quejas se produzcan respecto del mismo y firmará los asientos y notas a que diere lugar', reconociendo el apartado c) la posibilidad de que el 'cotitular' discrepe de la opinión del Registrador calificador, practicando en este caso la inscripción bajo su exclusiva responsabilidad». He aquí un carácter que aproxima la función del Registrador a la judicial, mientras en la Administración sería el superior jerárquico quien decidiera cualquier conflicto de competencia entre sus subordinados.

c) En cuanto a la obligación de decidir, igual que el Juez, tiene el Registrador obligación estricta de calificar, sin que sirva aquí la doctrina del silencio administrativo: la falta de respuesta no sería denegación presunta de la solicitud de inscripción, ni menos aceptación de la misma.

La obligatoriedad de la decisión del Registrador se deduce del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que habla de que «deberán» calificar, y asimismo de los artículos 99 y 100 del mismo texto legal, siendo muy numerosas y conocidas las resoluciones de la Dirección General que insisten sobre ello. Las que se señalan como excepciones al deber de fallar responden a una insuficiente aportación de datos que provoca un estado de duda, no sobre el significado y juego de la norma, sino sobre la realidad inscribible.

d) La labor del Registrador alcanza al calificar su punto máximo de aproximación a la del Juez, pero la decisión de inscribir o no sigue mostrando importantes diferencias con la sentencia contenciosa: ésta—dice FERREIRA (pág. 196)—«presupone una contienda entre partes, un litigio, caracterizado por la contradicción de intereses, que se resuelve en un mandato a los intervinientes en la causa o incluso a los terceros. Por el contrario, la apreciación del acto registral no se hace conforme a la comparación de intereses de partes opuestas, sino directamente en relación al contrato a registrar y conforme a las disposiciones que regulan su admisibilidad en el Registro».

«La decisión registral no es un mandato, porque no se dirige a otros, sino al propio órgano registrador o al órgano subordinado. La ejecución

de la decisión no pertenece al requirente ni a tercera persona, sino al Registro, y se materializa en la elaboración del asiento.»

e) El Registrador conoce el Derecho. En opinión de BRANDT y SCHNITZLER (pág. 119), en el Derecho alemán, puede conocer y aplicar el Derecho extranjero, que más fácilmente que ante los tribunales puede aparecer en la contratación inmobiliaria, si bien no es exigible—evidentemente—tal conocimiento, que entonces habrá de suplir el solicitante. En todo caso, es clara la diferencia entre el conocimiento corporativo del funcionario de la Administración, que puede consultar con organismos asesores o superiores, y el Registrador, que en cuanto al fondo de la cuestión sobre la que ha de decidir tiene prohibida la consulta a la Dirección General (evidentemente, y *a fortiori*, a cualquier otro escalón de la jerarquía o centro del Ministerio en un plano distinto del meramente informativo).

En un dictamen solicitado por la Corporación de los Registradores sería improcedente exponer la doctrina y jurisprudencia sobre la calificación, bien conocida de ellos. Un breve resumen de la misma se puede encontrar en el libro de SANCHO REBULLIDA y mío, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral* (que en este punto es obra de SANCHO REBULLIDA). Baste señalar ahora los aspectos del tema que contribuyen a iluminar la posible solución de los problemas aquí planteados.

3.5.2. *Ambito de la calificación*

El Registrador juzga con arreglo a los datos que le suministra la parte, pero además—y en esto se distingue del Juez—con arreglo a los antecedentes que constan en el Registro. Mas ahí termina el material a tener en cuenta por él: en particular, no puede introducir en su razonamiento el conocimiento que hubiera obtenido particularmente sobre la verdadera situación de los derechos cuyo registro se solicita, y mucho menos tiene el deber ni aun la posibilidad de emprender especiales averiguaciones en relación con posibles obstáculos que se opongan a la inscripción. Así lo afirman también, para el Derecho alemán, los comentaristas GÜTHE y TRIEBEL (II, pág. 227), quienes hacen notar que «la oficina del Registro las más de las veces no está en la situación de medir con seguridad si la propiedad o los otros derechos que aparecen en los libros coinciden con la realidad jurídica. En el Derecho alemán, además, dada la posibilidad del consentimiento formal, el Registrador no puede comprobar si se han realizado las operaciones materiales para que el cambio jurídico tenga efectivamente lugar».

A. El Registrador realiza, en múltiples aspectos, una función de aplicación del Derecho, determinando si, con arreglo a la ley, el acto o contrato cuya inscripción se pretende:

a) Es válido o no, eficaz o no, anulable, rescindible, etc. Ello supone el examen de todos los datos jurídicos del acto que aparecen en la escritura pública: forma, capacidad de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, identificabilidad del objeto, etc.

Este ámbito amplísimo de la calificación del instrumento, el negocio y el derecho, es característico del ordenamiento español y, a la vez, contribuye en él a caracterizar, alejándola del orden administrativo, la figura del Registrador. En el Derecho italiano, en cambio, el conservador del Registro se limita a examinar la forma de los títulos: «Debido a estos límites—dice FERRI (pág. 339)—, el conservador deviene un instrumento en manos de los solicitantes, y sólo éstos sufrirán las consecuencias de transcripciones o inscripciones ilegítimamente realizadas.» «El conservador, pues, no sólo no está obligado a rechazar la transcripción en todos aquellos casos en los que el título no sea intrínsecamente idóneo para fundar la enajenación, sino que ni siquiera tiene facultad para hacerlo.» «Afirmar lo contrario equivaldría a erigir al conservador en Juez de la transcribibilidad de los actos que le son presentados, lo que constituiría para el solicitante un grave peligro, y una grave carga para el conservador, el cual podría ser llamado a resolver sobre la marcha difíciles cuestiones jurídicas.» A su vez, el Derecho alemán, estableciendo una separación neta entre el acto causal y el consentimiento material para la transmisión (o bien el consentimiento formal para que se produzca la modificación libraria), reduce asimismo considerablemente el campo hasta donde se extiende el examen del Juez del Registro.

b) Si el derecho cuya inscripción se pretende a través del acto o contrato es derecho real, o inscribible por otra razón, o no. También a este examen ha de aplicar el Registrador una técnica y unos conocimientos no inferiores a los de un Juez.

El pronunciamiento del Registrador no afecta al acto o contrato en sí, sino a la admisión o no, a los libros, del contenido real de tal acto (véase art. 100 del Reglamento Hipotecario).

B. Por otra parte, el Registrador se pronuncia en cuanto a la admisibilidad del acto o contrato en el Registro *desde los libros*, es decir, en cuanto a la compatibilidad de la situación que se pretende inscribir con las ya registradas: su engarce con el asiento anterior (o asientos anteriores), si la finca se halla ya inmatriculada, o la viabilidad de la inmatriculación que se intenta.

C. Contrasta el amplio campo en que puede ejercer su facultad calificadora el Registrador en tema de derechos subjetivos, con la prohibición de calificar la liquidación del impuesto ni la competencia de la oficina liquidadora, bastándole que conste la nota de pago (art. 414 del Reglamento Hipotecario y jurisprudencia de la Dirección General). La antítesis es expresiva, precisamente, de la doble postura del Registrador, respectivamente, como órgano de una función parajudicial y como burócrata al servicio de la Administración.

3.5.3. *Independencia jerárquica del Registrador*

En la función de calificar, el Registrador opera con absoluta independencia. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ resalta esa autonomía frente al poder judicial: «Dentro de su respectivo campo—dice—, el Registrador y el Juez son autónomos y, en cierto modo, soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no puede alterar los pronunciamientos de un fallo. La calificación del Registrador puede negar efectos hipotecarios a las mismas sentencias judiciales cuando se ha seguido un pleito contra el titular de un derecho que, según el Registro, no es enajenable o no pertenece en los términos especificados al condenado a transferirlo o gravarlo en forma determinada». Y según ROCA SASTRE, «el Registrador califica los títulos presentados a registro con entera libertad e independencia, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse conforme a la ley contra su calificación, caso de suspender o de denegar el asiento solicitado; solamente el asiento de presentación del título está obligado a que se practique, por razones obvias de la mecánica de nuestro Registro.» «Ni siquiera los Jueces o Tribunales pueden imponerle, conforme hemos dicho, la práctica de un asiento determinado, esto es, obligarle a su calificación en determinado sentido», pudiendo interponer el Registrador contra sus apremios el recurso del artículo 136 del Reglamento Hipotecario.

Cada Registrador—dice CHICO Y ORTIZ (pág. 61)—, al ejercer esta función «*es autoridad única que decide por sí y ante sí*, si la petición de inscripción de un derecho reúne o no los requisitos precisos para su admisión. En este momento supremo al Registrador no le vincula ni una decisión anterior suya, ni la de un compañero, ni un criterio jurisprudencial de la Dirección, ni, por supuesto, un apremio judicial».

«Los dos primeros supuestos límite que puede presentar la función es la previa decisión de un asunto anterior semejante al que se trata de calificar y la decisión anterior de un compañero sobre cuestión semejante o igual. Entiendo que el primer supuesto es difícil de sostener, pues si el Registrador es consecuente con su criterio éste debe ser siempre el

mismo. No obstante, existe una resolución de la Dirección General de los Registros en la que se dice que los asientos practicados con anterioridad de contenido análogo al precedente no vinculan la calificación y menos si no hubiesen sido practicados por él (resoluciones de 30 de julio de 1917, 18 de noviembre de 1960 y 5 de diciembre de 1961). Las resoluciones de 14 de abril de 1874, 22 de julio de 1874 y 23 de noviembre de 1904 entienden inoperante, a estos efectos, el antecedente de una calificación distinta por parte de otro Registrador. Criterio éste que se desprende también en la actualidad del artículo 116 del Reglamento Hipotecario: 'El Registrador a quien se pida el informe, sea o no el mismo que hizo la calificación recurrida, podrá rectificar en todo o en parte...' Igual sucede en los supuestos de Registros divididos.»

Hace notar FERREIRA (pág. 196) cómo «el acto registral es un acto vinculado, no discrecional, por la sujeción estricta a las disposiciones legales que prevén pormenorizadamente en qué condiciones formales y sustanciales se puede admitir el acto inscribible». Fundándose en esta característica, un administrativista italiano, VITTA (pág. 303), ha tratado de explicar esta independencia, que también tiene allí el conservador del Registro, sin extraer a éste del orden administrativo en el que opina se encuentra situado. Según dice, «la imposibilidad de dictar instrucciones sobre el servicio de las transcripciones depende del hecho de que los actos administrativos dictados en la materia por el conservador como funcionario público son actos vinculados, o sea, actos en los cuales la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar, sino también si ésta debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo que no deja margen a una variedad de providencias según la apreciación subjetiva que el agente forme de las circunstancias del caso. Por tanto, el objeto de la actividad administrativa ejercitada por el conservador en materia de publicidad, estando estrictamente definido por la ley, por la misma razón por la cual no consiente al conservador mismo adoptar providencias diferentes según su propia apreciación subjetiva, tampoco consiente a los órganos de los cuales depende este funcionario disponer de modo diverso del establecido en la ley». Mas prescindiendo de lo bien fundado de esta opinión (que parece muy discutible) o de su ajuste al propio ordenamiento italiano, el pasaje transcrito contribuye a convencernos, interpretado *a contrario*, de cómo la tarea del Registrador español excede la de un funcionario administrativo. Desde luego, al calificar, ni el Registrador italiano ni el español tienen poderes discrecionales, sino reglados, igual que un Juez al pronunciar su sentencia; pero aparte las posibilidades de discrecionalidad que ofrece el procedimiento de inscripción (como cualquier proceso civil durante su tramitación), en España la apreciación de los preceptos aplicables y la

deducción de las conclusiones jurídicas suponen una labor en modo alguna automática, sino de arduo discurso, en el cual la apreciación subjetiva del Registrador, su manera de entender los preceptos, es un ingrediente esencial.

3.5.4. *La decisión de inscribir (o no) y la cosa juzgada*

a) Una vez adoptada la decisión de inscribir, el Registrador ha de hacer un proyecto de inscripción, seleccionando, dentro del acto o contrato, aquel contenido que por su virtualidad real o naturaleza inscribible debe figurar en el Registro, y omitiendo el contenido de derechos personales no inscribibles, las menciones, etc. «La calificación—dice GONZÁLEZ PALOMINO—no consiste sólo en permitir la entrada en el Registro de un título con toda su compañía, sino en seleccionar del título lo que es título (causa de adquisición) y lo que son obligaciones y pactos, y declaraciones y cuantos, que sólo tienen valor entre las partes contratantes y que no importan nada al sistema de publicidad. La calificación, en su mejor sentido, consiste en seleccionar entre lo que se consigna en el documento presentado, lo que tenga o pueda tener eficacia real y lo que tenga sólo eficacia obligacional, lo determinante y constitutivo del derecho real y lo que no trascienda de la relación obligatoria *inter partes*.»

Recuérdese que el interesado tiene derecho a conocer una minuta del asiento, y sobre ella a pedir la subsanación de las omisiones o errores, incluso recurriendo al Juzgado de Primera Instancia, que resuelve de plano, oyendo al Registrador, en una suerte de recurso sin forma de juicio, pero con marcado aspecto jurisdiccional (arts. 258 de la Ley Hipotecaria y 385 del Reglamento).

b) El pronunciamiento del Registrador en cuanto a inscribir o no, no es una sentencia, aunque algunos, como COSSÍO (pág. 99), afirmen que se desenvuelve en un verdadero juicio hipotecario. Por eso no tiene fuerza de cosa juzgada.

Para el Derecho alemán entienden MEIKEL, IMHOFF y RIEDEL (página 580) que, en principio, hay que negar a la decisión de inscribir la fuerza material de cosa juzgada, esto es, la vinculación de los casos litigiosos futuros, si bien excepcionalmente tienen tal fuerza de cosa juzgada las decisiones del Juez del Registro relativas a la ordenación de las relaciones de rango. Salvo esto, nada impide a la Oficina del Registro acceder a una nueva solicitud de inscripción con los mismos fundamentos que la denegada, si bien esto no se entiende como revocación de la denegación anterior.

Esta falta de fuerza de cosa juzgada se refleja sobre la inscripción.

En opinión de PUGLIATTI (pág. 244), ésta es una «verificación» (*acertamento*) que produce «una presunción de verdad (o de legitimidad), mientras la comprobación o verificación jurisdiccional da lugar a la llamada verdad legal, que precluye cualquier otra indagación sobre la verdad y, cuando es definitiva, no puede ser desconocida o removida (efectos formales y sustanciales de la cosa juzgada)».

c) «La denegación de inscripción—añaden HESSE, SAAGE y FISCHER (pág. 70)—tampoco tiene fuerza de cosa juzgada formal, si se entiende por ello la general inmutabilidad, sino que puede ser modificada por la Oficina del Registro, si bien sólo a solicitud del interesado. Únicamente cuando el Tribunal de Apelación ha decidido un recurso no puede cambiar nada la Oficina del Registro, ni tampoco el propio Tribunal de Apelación puede modificar su decisión, en tanto en cuanto ésta ha quedado firme.»

En nuestro ordenamiento, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario dispone que transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas sin haberse practicado el asiento solicitado, podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de una nueva calificación. Según la resolución de 2 de junio de 1902 procede extender asiento de presentación, con la consiguiente calificación, respecto de títulos que antes habían sido ya calificados y denegada o suspendida la inscripción (ROCA SASTRE, pág. 267). El título cuya inscripción se denegó, pues, puede presentarse de nuevo, y la calificación puede en esa segunda presentación ser favorable, sin que el Registrador se halle vinculado por la decisión anterior, aunque fuera suya (véase la jurisprudencia de la Dirección General citada al tratar de la independencia jerárquica del Registrador).

Es más: la ausencia de cosa juzgada persiste en tema de recurso gubernativo.

Ciertamente—dice GONZÁLEZ PÉREZ—, interpuesto recurso gubernativo contra una nota de calificación y resuelto éste por resolución definitiva, es inadmisibles un nuevo recurso contra la misma nota de calificación. Como dice la resolución de 21 de noviembre de 1889, «firme ya el acuerdo que puso fin a ese recurso, no es posible suscitarlo de nuevo sin quebrantar el incuestionable principio que prohíbe se falle dos veces el mismo asunto por una misma autoridad». Esto es, la resolución de un recurso gubernativo produce asimismo efectos declarativos, en cuanto que se da la inatacabilidad del acto registral contra el que se dedujo un recurso ya resuelto por acto firme.

Ahora bien, lo que no se impide—es más, se reconoce expresamente—es la posibilidad de presentar de nuevo el mismo título y recurrir

contra la nueva calificación, aun cuando ésta sea idéntica a la primera (artículo 108 del Reglamento Hipotecario). Es decir, que en el supuesto de presentarse de nuevo al Registro un título cuya inscripción hubiera denegado anteriormente el Registrador por defecto insubsanable de fondo, habiendo confirmado la Dirección General su decisión ante recurso interpuesto por el solicitante; aun entonces, a falta de un precepto que lo prohíba expresamente, la falta de fuerza de cosa juzgada material de la resolución de la Dirección General y el principio de independencia del Registrador en el desempeño de su función persuaden de posibilidad de consignar el asiento en los libros, no habiendo, en efecto, medio hábil para impugnar tal inscripción, pues contra la práctica de ésta no se da recurso *registral* alguno, según vamos a ver.

El propio GONZÁLEZ PÉREZ apunta a este propósito una significativa diferencia entre Administración y Registro. Según explica, «en Derecho administrativo rige la doctrina del acto consentido, consagrada en el artículo 40, a), según la cual, producido un acto y no impugnado dentro de plazo, adquiere firmeza, de tal modo que un nuevo acto que sea reproducción de aquél no tiene virtualidad para abrir un nuevo plazo».

«Esta regulación no se aplica a la impugnación de los actos registrales, por disponerlo así expresamente el artículo 108 del Reglamento Hipotecario. Aun cuando contra la denegación de la inscripción no se hubiese recurrido dentro de plazo, si presentado de nuevo el título a inscripción se deniega otra vez por idénticos defectos, el interesado podrá deducir recurso gubernativo ante de los cuatro meses siguientes a la nueva calificación que confirma la anterior. Como dice una resolución de 8 de noviembre de 1952, 'toda presentación y subsiguiente calificación que deniegue o suspenda la inscripción solicitada abrirá dicho término'. En el mismo sentido, resoluciones de 5 de febrero de 1953 y 23 de febrero de 1968.»

d) Cosa distinta de la cosa juzgada es la intangibilidad de los asientos, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y ni el propio Registrador puede rectificar. Sólo las nulidades absolutamente formales y externas, del tipo de la inexistencia, son las que pueden pasarse sin el control de los Tribunales ordinarios. En cualquier otro caso, la falta de exactitud del asiento, cualquiera que sea su causa, requiere para su rectificación o los remedios de los tres primeros apartados del artículo 40 o bien resolución de los Tribunales ordinarios, si no consiente el titular en la rectificación. Por *Tribunal ordinario* se entenderá aquí el Tribunal competente para juzgar el derecho inscrito, a través de la demostración de la invalidez del título.

3.6. CARACTERES ESPECÍFICOS DE LOS RECURSOS

3.6.1. *El llamado «recurso judicial»*

3.6.1.1. Ausencia de recursos jurisdiccionales propiamente tales en Derecho español

En no pocas legislaciones, de la calificación del Registrador cabe recurrir ante los Tribunales civiles, siquiera en el curso de procedimientos especiales acaso del tipo de los de jurisdicción voluntaria.

En Alemania, el recurso se sustancia ante un Tribunal colegiado, equivalente a nuestros Juzgados de Primera Instancia (*Landgericht*); contra lo que ocurre en el Derecho español, tal recurso puede apoyarse en nuevos hechos y pruebas, es plenamente jurisdiccional y se da no sólo contra la negativa de inscripción, sino frente a una inscripción que contenga medidas inexactas o indebidamente extendida, y también cuando perjudica derechos de terceros. De la decisión del Juzgado cabe apelar ante lo que en cierta medida equivale a nuestra Audiencia Territorial (*Oberlandesgericht*), pero en una especie de casación, pues el recurso sólo se concede cuando la decisión de Primera Instancia contiene una infracción de ley.

En Italia, el recurso contra la denegación de inscripción, se da ante el presidente del Tribunal, quien provee con un decreto oído el conservador. Según BONIS (*Digesto*, pág. 32), sólo excepcionalmente tal procedimiento puede desembocar en una providencia de naturaleza disciplinaria o administrativa, esto es, cuando no se trate de controversias sobre la interpretación de las normas legislativas, sino de incumplimiento o retardo imputables a culpa o negligencia del conservador.

También en Portugal es judicial el recurso. Precisamente inspirándose en el sistema portugués propone OGÁYAR (pág. 28) que en España «podría interponerse el recurso ante el Registrador, el que o le convence el recurrente y desiste de su calificación o, en caso contrario, elevaría todo lo actuado (documento calificado, nota y recurso), debidamente informado, a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la que, constituida por su presidente, con tres Magistrados, los más antiguos de dicha Sala, y el Letrado de la Dirección General de los Registros que se designe, resolvería con plena soberanía y eficacia *erga omnes* las cuestiones civiles o hipotecarias planteadas mediante sentencia definitiva, que impediría nueva calificación, al ser obligatoria para todos, por tener la autoridad de cosa juzgada y no poderse plantear de nuevo la misma cuestión».

Mas ni esta propuesta representa el establecimiento de un auténtico recurso judicial, como los ahora explicados en otras legislaciones, ni, por

el momento, es ése el régimen, sino el de recurso gubernativo, sin poder acudir tras él, o en lugar de él, con la misma pretensión a los Tribunales.

3.6.1.2. Comentario del artículo 66 de la Ley Hipotecaria. Inaccesibilidad de las formalidades registrales al juicio de los Tribunales

Algunos creen que en nuestro ordenamiento alude a un verdadero «recurso judicial» el artículo 66 de la Ley Hipotecaria cuando, al establecer el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, lo hace «sin perjuicio de acudir (los interesados), si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos». En el mismo sentido, precisa el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o negar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título, o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». En realidad, en el sentido más propio de la expresión, apenas puede considerarse como *recurso* una pretensión que: *a)* de una parte, no se encamina directa y principalmente a la modificación de la decisión del Registrador, sino a la declaración de validez o invalidez del título inscribible, y sólo por consecuencia de ella, a la de la inscripción del mismo, y *b)* de otra parte, no se entiende con el propio Registrador.

b') En cuanto a esto segundo, recuérdese que, conforme al actual artículo 132 del Reglamento Hipotecario, «en los litigios que los interesados promovieren ante los Tribunales, con arreglo al artículo 66 de la ley, para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales pleitos fuese demandado...».

Bajo la vigencia del Reglamento Hipotecario primitivo, que no contenía ese precepto, GALINDO y ESCOSURA citan un caso, que se discutió ante la Audiencia de Valladolid, y en el cual se había demandado al Registrador, alegando que no puede concederse recurso a las partes exclusivamente para que discutan entre sí la validez de la obligación o del título, pues muy bien puede ocurrir que las partes estén de acuerdo sobre ella. La observación es cierta, pues, en efecto, la denegación de inscripción habitualmente no presupone contienda entre las partes y, además, por otra parte, no es la única decisión posible del Registrador: puede acceder a la práctica del asiento y tener interés un tercero en que revoque su resolución, perjudicial para su derecho. En cualquier caso, la solución

aceptada por nuestra legislación no es la de llamar al Registrador o a la Dirección General a un pleito en el que se dispute lo correcto o incorrecto de la inscripción en sí, sino, al contrario, eliminar del examen de los Tribunales civiles las cuestiones relativas a la inscripción misma, si bien concediendo dichos Tribunales el control del Registro desde el punto de vista del título y de la realidad del derecho, de modo que no quepa publicar como bueno, por voluntad del órgano registral, un título cuya invalidez ha sido declarada por los Tribunales o un derecho inexistente en favor del titular que aparece como tal en el Registro. Los Tribunales entonces mandan suprimir (jurídicamente) la publicación, pero por causas relativas al título o a la titularidad y, por tanto, sin necesidad de discutir la cuestión con los órganos de la publicidad, radicalmente ineptos para publicar como válidos unos títulos o como existentes unos derechos cuya invalidez o inexistencia han sido declaradas por los Tribunales competentes.

a') Esto nos lleva al otro aspecto del problema: los Tribunales, al ordenar la supresión de una publicación, no penetran en la sustancia registral de la misma, sobre la cual carecen de poder. El Registro, independiente de la Administración, tampoco depende estrictamente de los Tribunales. La inscripción no es intangible en el mismo sentido que lo sea una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, porque no goza, por sí misma, de la mencionada autoridad ni de la irrecurribilidad del acto administrativo firme; pero sí es la inscripción inmodificable a iniciativa del propio órgano de la publicidad o de cualquiera de la Administración, y sólo susceptible de cambio o supresión por iniciativa del perjudicado o de las partes o porque los Tribunales han hecho una declaración en cuanto al título inscribible o al derecho, que convierte en inexacta la manifestación del folio registral.

En consecuencia, y como se deduce del artículo 66, la decisión judicial no puede tener nunca influencia *directa* en la alteración positiva del Registro, ya que nunca sustituye a la actividad del Registrador. Es por esto por lo que, según se dice, no es preciso apurar la vía gubernativa para acudir a la judicial, porque no existe tal vía judicial: la discusión y la decisión del Tribunal recaerán sobre el título inscribible, y si el Registrador estima que el asiento ordenado acaso en la sentencia es impropcedente, hará uso del recurso de queja del artículo 136 del Reglamento Hipotecario, cuya resolución, en última y definitiva instancia, corresponde al Ministerio de Justicia, a propuesta de la Dirección General.

Ciertamente, seguido juicio sobre la validez o nulidad de un título cuya inscripción ha denegado el Registrador, dice el artículo 100 del Reglamento Hipotecario que «si la ejecutoria... resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado». Pero este precepto

ha de ponerse en relación con el ya mencionado artículo 136. Si el Registrador ha rechazado el título por entender que es nulo, y el Juez lo declara válido, el propio Registrador deberá desde entonces considerarlo igualmente válido, pero la inscripción la practicará, no obedeciendo ciegamente al mandato del Juez, sino porque calificado sobre la base de la validez declarada en la sentencia, el documento resulta inscribible. Determinar si un título válido es, además, inscribible, es empresa que nunca compete a los Tribunales. El poder judicial tiene evidente influencia en tema de publicidad a través de la definición, validación, caracterización e interpretación del título inscribible, pero no puede nunca, ni aun en sentencia del Tribunal Supremo, decir la última palabra sobre lo que ha de llevarse a los libros. A lo que entiendo, no sólo sería ineficaz, a este fin, una acción para que se declare que un derecho debe ser inscrito o que determinada forma es suficiente para inscribir, sino que una sentencia declarando que tal derecho es derecho real, o que cierto contratante es capaz, o que un concreto negocio jurídico es lícito, etc., tampoco vincula la calificación.

Cabrá objetar que, en todo caso, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al autorizar a los Registradores para «acudir al presidente de la Audiencia respectiva en queja de los apremios que los Jueces o Tribunales, al conocer algún negocio civil o criminal, les hicieran para practicar cualquier asiento improcedente a juicio de aquellos funcionarios», permite implícitamente a los Jueces y Tribunales apremiar a los Registradores para la práctica de cualquier asiento que estimen procedente. Lo cual es cierto, pero debe entenderse en su real sentido. La ley faculta al Juez (e incluso le obliga) para ordenar al Registrador extender asientos de determinado género, como la anotación preventiva de demanda o la de embargo, previstos así en la ley, y el Registrador no puede negarse a la práctica de tales asientos cuando sean procedentes. Si niega él la procedencia de una de esas anotaciones ordenada por el Juez, se seguirá el sistema de recursos del artículo 136. Pero, en cambio, no cabría, porque no está previsto en la ley, que un litigante pidiera y el Juez concediera la inscripción de un derecho que el Registrador ha rechazado por entender que no tiene la condición de derecho real: el Juez no puede «condenar» al Registrador o al Registro, en el fallo de la sentencia, a practicar el asiento, cosa clara supuesto que no son parte en el litigio.

Dígase lo mismo cuando el Juez condena a suprimir un asiento.

Hay aquí, con todo, una diferencia con el caso anterior. La decisión judicial, directamente, no puede provocar, como regla general, una alteración del Registro: el Juez no puede ordenar (salvo en el caso de las anotaciones preventivas citadas o asientos similares, que, por cierto, no suponen alteración inmediata de las titularidades y sí sólo una adverten-

cia) la práctica de un asiento. En cambio, la decisión judicial puede provocar una alteración negativa del Registro: los Tribunales ordinarios pueden declarar no sólo la nulidad del título inscrito, sino asimismo la del asiento (art. 79, 4.º, de la Ley Hipotecaria; cfr. art. 38) por falta de alguno de sus requisitos esenciales. Esa nulidad se declara en el procedimiento ordinario que por la cuantía corresponda, y no a virtud de demanda contra el Registrador, o entablado una acción simplemente declarativa, sino dirigiéndose contra los titulares registrales perjudicados por la rectificación (art. 40 de la Ley Hipotecaria). A la sentencia que declara la nulidad del asiento y ordena su cancelación, no podrá oponer el Registrador objeciones nacidas del contenido de la propia sentencia y de las valoraciones jurídicas hechas en ella, mientras el perjudicado por la cancelación haya sido parte en el proceso, pues entonces la decisión del Juez equivale o suple al consentimiento formal.

Ahora bien: esta facultad de los Tribunales de ordenar la supresión del asiento obedece a la necesidad de suprimir la publicación de títulos inválidos o derechos inexistentes y, por tanto, tampoco representa un poder directo del Tribunal sobre el asiento propiamente tal, sino a través del título o la titularidad, según resulta claramente del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que distingue entre la inexactitud que «tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento», previéndose entonces una determinada forma de rectificar el Registro, y la inexactitud que «procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento», en cuyo supuesto la modificación precisará, a falta de consentimiento del titular, resolución judicial. De tal modo, pues, que en el primer supuesto la rectificación por nulidad del asiento tiene un tratamiento distinto.

En todo caso, son los derechos materiales publicados los que se discuten en los Tribunales, y la validez del asiento únicamente por referencia a ellos: no parece posible, así, que el dueño del fundo sirviente pudiera solicitar ante el Juzgado la nulidad del asiento que publica la servidumbre sobre él, por falta de algún requisito formal. Es decir, que principalmente los defectos que provocan un fallo de los Tribunales civiles ordenando la cancelación de un asiento registral son defectos del título.

3.6.1.3. Los títulos que documentan un derecho administrativo

Nótese, por último, que como la declaración de nulidad de un título inscribible—o bien la de su validez—corresponde a los Tribunales que por razón de la materia sean competentes, por eso la cuestión de la invalidez de un título en el que se documente un derecho administrativo, se ventilará ante la Administración primero, y ante la Jurisdicción conten-

cioso-administrativa después. En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ dice que cuando el acto administrativo inscrito adolezca de vicios, el procedimiento para obtener la nulidad será el que el Derecho administrativo tenga previsto. Así, cuando la Administración goce del privilegio de la decisión ejecutiva podrá por sí anular el acto inscrito y la subsiguiente inscripción, con la posibilidad del recurso contencioso-administrativo por parte del particular perjudicado. Y si no puede hacer uso de tal privilegio, por ser los actos declaratorios de derechos, lo que sí podrá será incoar el oportuno proceso de lesividad para anular luego el acto, declarado lesivo; mas la sentencia que ordene la nulidad será no de un Tribunal civil, sino de uno contencioso-administrativo (pág. 521).

No quiere ello decir que los recursos registrales tengan en ocasiones carácter administrativo, ya que la decisión de la Administración sólo se refiere en tales supuestos al título en cuya creación o supresión pueda ella intervenir conforme a su propio estatuto, igual que los particulares a tenor del suyo pueden intervenir en la creación o supresión de sus derechos privados. Pero tanto en uno como en otro caso, cuando se trate de anular directamente el asiento, la cuestión habrá siempre de plantearse ante los Tribunales ordinarios.

3.6.2. *El recurso gubernativo*

Como hemos visto, fundamentalmente se trata de resolver las cuestiones relativas a la inscribibilidad o no de los actos y contratos en el Registro de la Propiedad, dentro de la organización registral, interviniendo la jurisdicción ordinaria en cuanto que, publicado inexactamente un derecho subjetivo, la publicación pone en riesgo derechos civiles reales existentes y válidos o, más exactamente, las titularidades de los mismos.

No voy a tratar ahora de todas las particularidades, bien conocidas, del recurso gubernativo, y sí sólo de alguna especialmente importantes para el tema del presente dictamen.

a) Dependiendo la inscripción en cada momento del solicitante, que puede desistir de su petición e impedir que el acto o contrato pase a los libros, se comprende que no se dé recurso contra la decisión del Registrador de inscribir: los terceros no son parte en el procedimiento, y el peticionario puede cambiar de opinión y retirar el documento y su solicitud hasta el momento mismo de practicarse materialmente la inscripción en el folio. Así, el recurso únicamente es admisible «contra la calificación del título hecha por el Registrador en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado» (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Como dice la resolución de 11 de noviembre de 1970, «el recurso gubernativo puede inter-

ponerse solamente cuando la calificación del Registrador suponga la suspensión o denegación del asiento solicitado, pero no cuando este asiento se ha extendido». En el mismo sentido, la de 28 de mayo de 1971. Y según la de 22 de diciembre de 1971, «el recurso gubernativo sólo procede contra la nota calificatoria por la que se deniegue o suspenda el asiento o asientos solicitados y no es aplicable a aquellos casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos, porque éstos, una vez practicados, están, según dispone el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley, sin que por ello puedan rectificarse por los trámites del recurso gubernativo».

Tampoco puede interponerse el recurso con la finalidad de privar de efectos a un asiento de presentación (resolución de 14 de noviembre de 1959); ni en este procedimiento cabe resolver cuestión alguna relativa a la nulidad de las inscripciones (resoluciones de 23 de julio de 1877, 15 de junio de 1894, 14 de septiembre de 1914, etc.). E incluso si el Registrador denegó la inscripción, bastará que desista de la apreciación del defecto puesto en la nota de calificación por su antecesor, en su informe en el recurso gubernativo, para que no proceda la apelación a la Dirección General por el Notario, a efectos doctrinales (resolución de 10 de octubre de 1972).

b) Del recurso en Primera Instancia lo más notable a nuestro propósito es la figura del llamado a resolverlo: el presidente de la Audiencia, quien—dice GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 522)—no es superior jerárquico del Registrador de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad depende de la Dirección General de los Registros (art. 259 del Reglamento Hipotecario), no del presidente de la Audiencia, que únicamente es inspector permanente de los Registros (art. 269), y no es necesario insistir para dejar demostrado que son conceptos sustancialmente distintos los de «superior jerárquico» e «inspector». «Por tanto, la primera anomalía que se produce en el procedimiento administrativo de impugnación de los actos registrales consiste en que el recurso no se resuelve por el superior jerárquico del órgano administrativo que dictó el acuerdo impugnado (Dirección General de los Registros), sino por órgano distinto: el inspector de los Registros, el presidente de la Audiencia Territorial.»

El autor aclara—con la doctrina dominante al respecto—que el presidente actúa «no como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo», sin duda partiendo de la regla de que todo lo que no es Jurisdicción es Administración (o, al menos, poder ejecutivo). Mas si el presidente de la Audiencia, al intervenir en la tramitación y resolución de

un recurso gubernativo, no ejerce función estrictamente jurisdiccional, las indicadas anomalías y el hecho de no pertenecer al orden administrativo denuncian bien claramente que tampoco se conduce como un burócrata dependiente de la Administración. En realidad, su actuación, como luego la de la Dirección General, es de tipo arbitral, si vale la expresión y reconociendo su distancia de los arbitrajes de Derecho privado. Actúa como Juez, pero fuera de la jurisdicción.

c) Dígase lo mismo de la Dirección General cuando falla el recurso de apelación. Que no se trata de un recurso administrativo lo demuestra que, dice GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 1078), «en un recurso administrativo los únicos legitimados para recurrir son los interesados. Y resuelto el recurso administrativo, no se reconoce legitimación al órgano que dictó el acto objeto de recurso. Pues bien, esta regla no rige en el recurso gubernativo. Por el contrario, el artículo 121 del Reglamento Hipotecario reconoce expresamente legitimación de los Registradores de la Propiedad, que son los que dictaron el acto impugnado». Lo demuestra igualmente que siendo los actos administrativos inmediatamente ejecutivos, en este caso, conforme al artículo 122 del Reglamento Hipotecario, el recurso produce efectos suspensivos, constituyendo una excepción al principio que con carácter general consagra el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

d) Finalmente, con anterioridad a la citada ley era particularidad notable del recurso no haber alzada al Ministro de Justicia, pero todavía hoy sigue siendo característico de aquél, y un indicio más de su falta de carácter administrativo en sentido propio, la absoluta incompetencia del Ministro en la materia, no obstante hallarse «todos los órganos de la Administración bajo la dependencia del Ministro correspondiente» (artículo 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

3.6.3. *¿Recurso contencioso-administrativo?*

3.6.3.1. La jurisprudencia

Se discute, desde un punto de vista exclusivamente doctrinal, entre hipotecaristas y administrativistas, si la resolución de la Dirección General que pone fin al recurso gubernativo es recurrible en vía contenciosa.

Negó esta posibilidad una Real Orden de 20 de enero de 1878, según la cual contra las resoluciones dictadas por la Dirección General en recursos gubernativos no cabe interponer recurso contencioso, sin perjuicio del derecho de los interesados para contender entre-sí ante los Tribunales de Justicia sobre la validez del título o de la obligación. Y en tal sentido se pronunció luego la jurisprudencia contenciosa. Así, la sentencia de

2 de octubre de 1906 entiende que no compete al Tribunal contencioso juzgar de la negativa del Registrador a inscribir, porque el acuerdo del Registrador no está sometido a esa jurisdicción ni son de índole y carácter administrativo las acciones que, en su caso, hubiera de entablar, sino derivadas del Derecho civil, que ampara a las partes para obtener el reconocimiento y eficacia de los contratos celebrados. La sentencia de 6 de noviembre de 1954 repite lo mismo, explicando que el recurso contencioso actúa siempre sobre derechos de carácter administrativo y se encamina de modo exclusivo a la decisión de problemas de Derecho público, sin que pueda actuar en las cuestiones relativas a los derechos civiles, puesto que existe para éstos una jurisdicción peculiar. Añadiendo que «las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al decidir, en definitiva, sobre los recursos deducidos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad acerca de los documentos motivadores de las inscripciones que hayan de tener lugar en los libros del Registro o bien de la cancelación de los asientos efectuados, constituyen el trámite final del procedimiento gubernativo abreviado, que, además del judicial, se halla establecido en orden a los asuntos indicados, pero, por su concreción exclusiva al ámbito registral, circunscrito a las cuestiones referentes al dominio y a los derechos reales sobre bienes inmuebles, resuelven siempre problemas de Derecho privado entre particulares, cual es el que motivó la resolución... recurrida». Y que «si los Tribunales de lo contencioso-administrativo resolvieran, en definitiva, cuestiones registrales como la que se plantea, se llegaría al absurdo de que suscitada mediante el uso de vía judicial, como lo autoriza el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la contienda entre los interesados sobre si es o no cancelable la condición contractual mencionada en el Registro de la Propiedad, hubiera de fallar en última instancia la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo, que podría hacerlo en sentido contradictorio al adoptado por la presente».

3.6.3.2. La doctrina administrativista

La doctrina está dividida en este punto, pues mientras para los hipotecaristas que han contemplado el tema, la posición jurisprudencial es inmovible, ciertos administrativistas defienden la tesis opuesta con diversos argumentos.

En la posición más radical y partiendo de la configuración de la inscripción como acto administrativo, MENDOZA OLIVÁN (pág. 193) afirma que ésta es «un acto administrativo que conoce un procedimiento *especial* en cuanto a su *elaboración* o *práctica* (singularmente, a virtud de la tarea calificadora encomendada al Registrador, carácter tasado de las

pruebas y posible condición provisional, subsanable por el interesado, de la resolución que se dicte: arts. 18, 19, 65, 99 y 100 de la Ley; arts. 98 a 111 y 127 del Reglamento), pero no en cuanto a su revisión, pues esta especialidad no cabe, vigente la Ley de Procedimiento Administrativo, ni dentro del apartado 3) de su artículo 1.º («el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto en el título V de esta ley») ni en la órbita del citado Decreto de 10 de octubre de 1958, cuyo alcance no puede ser mayor que el del apartado 2) del artículo 1.º de la ley, al que desarrolla». En suma, defiende «la derogación del *recurso gubernativo* autorizado en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, cuyas dos posibles instancias (ante el presidente de la Audiencia Territorial y ante la Dirección General de los Registros y del Notariado: arts. 113 y 121 del Reglamento Hipotecario) deben entenderse sustituidas hoy (art. 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo) por un único recurso de alzada ante la expresada Dirección General, que al resolverlo pone fin a la vía administrativa».

Con mayor matización explicaba GONZÁLEZ PÉREZ (pág. 521) que si bien el recurso gubernativo ante la Dirección General va dirigido contra el acto del Registrador, que viola un posible derecho subjetivo administrativo cuyo objeto es la pretensión de que tengan acceso al Registro los títulos de Derecho civil que reúnen las condiciones exigidas en la ley, y así, la denegación de inscripción, confirmada por la Dirección General, reúne los requisitos para el recurso contencioso; con todo, tratándose de derechos civiles, circunstancialmente no cabe el recurso contencioso-administrativo, debido a la necesidad en que se vería la Sala de examinar una cuestión de índole civil. Por eso cuando la cuestión planteada en torno a la inscripción no sea civil, sino administrativa (por tratarse de un derecho administrativo), la jurisdicción contenciosa podrá juzgar de ella.

El acto de la Dirección General—dice GONZÁLEZ PÉREZ—causa estado, emana de la Administración en el ejercicio de facultades regladas y vulnera un derecho de carácter administrativo (a la inscripción) establecido por una ley administrativa (la hipotecaria). La Ley Hipotecaria regula la utilización de un servicio público como es el Registro, y aunque el Derecho inscrito sea civil, el Derecho a inscribir es administrativo: se ostenta frente a la Administración y tiene como base una relación en que actúa ésta como persona jurídico-pública a través de su órgano competente; como entidad investida de prerrogativas de poder. La Ley de lo Contencioso (la antigua, bajo cuya vigencia escribe GONZÁLEZ PÉREZ) excluye las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa, pero la Ley Hipotecaria nada dice acerca de esto, y la Orden de 20 de mayo de 1878 no puede ir contra

una ley. Por eso, el único fundamento de la exclusión ha de ser el número 4 del propio artículo 4.º de la Ley (antigua) de lo Contencioso, según el cual las cuestiones de índole civil corresponden a la jurisdicción ordinaria, no a la contencioso-administrativa. Esta doctrina es aplicable a la inscripción porque si bien es cierto que existe un derecho administrativo a inscribir, se trata de un derecho condicionado, que depende de que se den una serie de circunstancias; y cuando el Registrador deniega la inscripción, lo hace porque no se dan las circunstancias que la ley exige y cuyo examen es de naturaleza civil. Así, pues, la denegación se funda en normas de carácter civil y, por tanto, en ellas tendría que fundarse también el recurso contencioso. Pero cuando el título es administrativo, no se da la circunstancia que excluye la impugnabilidad de la resolución en vía contenciosa. Piénsese en un aprovechamiento de aguas fundado en concesión administrativa. La posibilidad de inscribir depende de normas de Derecho administrativo, por lo cual desaparecen las razones que aconsejaban no permitir la impugnación del acto denegatorio de la Dirección General: el concesionario podrá impugnarlo, una vez agotada la vía gubernativa, en la vía contenciosa.

En trabajo más reciente radicaliza el autor su postura a partir de las siguientes premisas:

1.ª El artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa delimita el ámbito de esta jurisdicción en función del acto frente al que se deduce la pretensión: Si emana de la Administración pública y está sujeto al Derecho administrativo, los únicos Tribunales con jurisdicción para conocer de las pretensiones serán los contencioso-administrativos.

2.ª El artículo 40, f), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye del «recurso contencioso-administrativo» los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente los aparte de la vía contencioso-administrativa. La Ley Hipotecaria no establece exclusión alguna al regular la resolución del recurso gubernativo. Por tanto, si estas resoluciones constituyen actos de los que delimitan la jurisdicción, según el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sería admisible el recurso contencioso-administrativo.

3.ª La Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano de la Administración activa. Esto es algo que no puede seriamente ponerse en tela de juicio. Por tanto, las resoluciones de la misma son «actos de la Administración pública». Se da, por tanto, la primera de las circunstancias que exige el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

GARRIDO FALLA apunta, además, otra posibilidad: la de plantear,

aparte la cuestión de fondo, un recurso por vicio de forma en la tramitación del recurso gubernativo. Aquél es—dice—, indudablemente, de naturaleza contencioso-administrativa. Con todo, desde el punto de vista práctico, no le parece solución aconsejable emprenderlo, pues resulta antieconómica procesalmente esta separación de jurisdicciones, según se trate de vicio de forma o de cuestión de fondo.

3.6.3.3. Inviabilidad del recurso contencioso-administrativo

De cuanto he expuesto hasta ahora puede deducirse que no comparto la opinión de estos prestigiosos autores.

Advierto, ante todo, que la solución en tema de susceptibilidad de recurso contencioso habrá de ser igual para las resoluciones que versan sobre derechos civiles como las que se refieren a derechos administrativos, ya que la vigente Ley de lo Contencioso permite resolver sobre aquéllos como cuestión prejudicial.

Con referencia, pues, a cualesquiera resoluciones de la Dirección General, entiendo que no cabe interponer el recurso contencioso-administrativo porque:

1.º Como ya he explicado, no son actos administrativos en sentido estricto. Ni el Registro ni la Dirección General constituyen, aquél en cuanto órgano de publicidad y registración y ésta de apelación en última instancia, la Administración pública, a la que se refieren los artículos 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo y 1.º de la Ley de la Jurisdicción.

Por no tratarse de acto administrativo, no es recurrible la práctica de la inscripción por los terceros interesados que pudieran resultar perjudicados con ella. El concepto de acto administrativo está construido sobre una serie de actuaciones de la Administración que reciben un tratamiento unitario, sujetas normalmente a las reglas del Derecho administrativo. Cuando una actividad es tan dispar que en los puntos más importantes recibe un tratamiento diverso, es de suponer que no cabe la aplicación de las normas administrativas ordinarias para colmar sus lagunas. Por lo demás, la pretensión de inscripción no es tanto un derecho administrativo como el reflejo procesal—o, si se quiere, procedimental—del derecho material (que podrá ser civil o administrativo) cuyo ingreso en el Registro se pretende.

2.º Si, en relación con la salvedad del artículo 40, f), de la Ley de la Jurisdicción, la Ley Hipotecaria (¡muy anterior!) no aparta expresamente el recurso gubernativo de la vía contencioso-administrativa, es porque anteriormente, al considerar al organismo registral como distinto de la Administración, ha sustraído sus resoluciones al imperio de dicha

ley. Si, conforme al artículo 2, *a*), no corresponden a la jurisdicción contenciosa «las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones», el ámbito registral, incluida (sólo en cuanto resuelve recursos contra la calificación) la Dirección General, queda constituido en algo semejante a una jurisdicción.

3.º El recurso contra la calificación no es un recurso administrativo ordinario. Si en España no se llega, como en Alemania, a entregarlo totalmente a la decisión de los Tribunales, sí, en lugar de intervenir inmediatamente los superiores jerárquicos del Registrador, decide primero el presidente de la Audiencia. Además, contra la decisión de la Dirección General, no se da alzada ante el Ministro de Justicia. Por otra parte, no puede recurrirse contra cualquier acto del Registrador, sino contra la denegación de inscripción, o bien, en el supuesto del artículo 258 de la Ley Hipotecaria, ante el Juzgado de Primera Instancia, y sin posible alzada, según se deduce del propio precepto y, sobre todo, del artículo 385 del Reglamento Hipotecario. Así, mientras ante la Administración pueden recurrir quienes ostenten un interés legítimo, pues precisamente se trata de promover el bien de la cosa pública, y por eso se pasa del campo del derecho subjetivo al campo del «interés directo», y aun en alguna cuestión concreta a la acción popular o cuasipopular, en la inscripción el recurso es limitado: contra la práctica de la que lesiona derechos de terceros interesados éstos nada pueden hacer en el campo registral, y tienen que esgrimir primero su derecho subjetivo, si lo tienen, ante los Tribunales ordinarios, para provocar luego las inscripciones que sean precisas y factibles a fin de asegurarlo. Finalmente, de la resolución de la Dirección General sólo relativamente puede decirse que causa estado en la vía administrativa, ya que el Registrador puede denegar nuevamente la inscripción por distinto motivo (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario), con lo cual la decisión se aleja asimismo de la sentencia judicial.

4.º Si pasamos a los argumentos de texto, creo que el artículo 66 de la Ley Hipotecaria cuando habla de la posibilidad de reclamar gubernativamente los interesados «sin perjuicio de acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos», establece limitativamente las posibilidades de aquel a quien se deniega la inscripción. Son éstas (el recurso gubernativo, la acción para influir sobre el título ante los Tribunales de Justicia) y ninguna otra.

El Reglamento Hipotecario se preocupa de advertir que el Registrador no será parte en los litigios que los interesados promuevan ante los Tribunales para contender entre sí acerca de la validez de los documentos ca-

lificados: es lógico que se hubiera preocupado también de establecer reglas para el caso de entablar el mencionado recurso contencioso-administrativo. La falta absoluta de ellas en la Ley y en el Reglamento es la mejor muestra de que no se admiten. Cuando la Ley dice *entre sí*, da a entender que no se puede litigar contra la Administración ante la jurisdicción contenciosa. Y cuando el artículo 111 establece una anotación preventiva para el caso de que mediante una acción se intente declarar la validez del título, es lógico que si existiera el pretendido recurso contencioso, la anotación hubiera debido preverse también para él, mientras el artículo 111 la concreta al caso del artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

5.º Un indicio más: el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria pone bajo la salvaguardia de los Tribunales a los asientos registrales «mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en *esta Ley*», quedando claro que únicamente mediante los procedimientos expresamente previstos en ella, y no en otra alguna, puede agitarse la cuestión de la inexactitud de tales asientos. Análogamente, podría sentarse otra regla paralela: la denegación de acceso a los libros del Registro no será recurrible sino en los términos expresamente previstos en la Ley Hipotecaria.

6.º Hay, finalmente, un pasaje de la Exposición de Motivos de la Ley del 61, en el cual, aun cuando con referencia a la facultad que tienen los interesados para exigir que antes de hacerse un asiento en el libro se les dé conocimiento de la minuta, se habla de recursos: un párrafo cuyo criterio acaso sea mucho más general que el supuesto a que se refiere directamente. Al interesado, en el caso de que el Registrador desestime su petición, «tampoco ha de privársele de todo recurso para obtener su desecho. Pero en estas cuestiones de fácil apreciación no debían seguirse las largas y solemnes formas de los juicios; son más bien actos de jurisdicción voluntaria que pueden resolverse con acierto, sin necesidad de contención. Por esto, la Comisión ha dejado la decisión a los Regentes de las Audiencias o a sus delegados, creyendo que así quedan bastantemente garantizados los derechos de todos los interesados». La Ley no advierte expresamente que no se da recurso contra una decisión que los partidarios de la naturaleza administrativa del acto registral habrían de considerar de tipo administrativo: sin embargo, el legislador ha hecho saber aquí su intención. Probablemente era la misma en los casos de recurso gubernativo.

7.º En último término, si se entiende que se trata de actos de la Administración Pública, no creo yo que se pueda defender «que están sujetos al Derecho administrativo»; por el contrario, están sujetos al Derecho inmobiliario registral, que es una parcela del Derecho, si no con sustantividad propia, sí con clara adscripción a una disciplina de las formas jurídicas que no es administrativa ni civil, y que lo excluye del ámbito de la jurisdicción contenciosa,

CUARTA PARTE

LA FIGURA DEL REGISTRADOR

4.1. SU NATURALEZA. EXAMEN CRÍTICO DE LA DOCTRINA

4.1.1. *En general*

El Registrador es el funcionario público a quien compete la llevanza del Registro que tiene a su cargo, tanto en cuanto a la admisión de actos y contratos al folio registral y formulación y práctica de los correspondientes asientos como en lo que atañe a la conservación de los libros o expedición de certificaciones. Todos los demás empleados del Registro son auxiliares suyos sin propia competencia, o bien (el sustituto) con competencia restringida, delegada y sólo en ausencia del Registrador.

Se distingue, así, el Registrador español (o el italiano, o el francés) del Juez del Registro alemán, que coexiste como titular de la jurisdicción sobre las inscripciones y cancelaciones y único que puede disponerlas y redactarlas, amén de decidir sobre las relaciones de rango, con el Secretario del Juzgado, encargado—como competencia suya propia—de expedir las certificaciones, permitir la consulta del Registro, emitir informes en los casos previstos por la Ley, devolver o archivar documentos, etc. (BRAND-SCHNITZLER, pág. 130).

4.1.2. *La posición administrativa*

En la doctrina española, GONZÁLEZ PÉREZ y GARCÍA TREVIJANO consideran al Registrador como un funcionario administrativo, aunque ajeno a la ley de funcionarios.

Es la tesis que mantienen en Italia administrativistas como ZANOBINI (V, pág. 303), a la vez que civilistas como PUGLIATTI (pág. 338). RASTELLO (pág. 27) deduce esa condición de que los Registradores tienen un puesto en la jerarquía administrativa e ingresan mediante un procedimiento de promoción pública, hallándose sometidos a las sanciones disci-

plinarias previstas para los empleados civiles del Estado. Mientras para COVIELLO (pág. 242), el conservador es «un funcionario administrativo al cual la ley impone, en interés general de la seguridad de las adquisiciones y del crédito fundiario, determinadas obligaciones». En la jurisprudencia, la sentencia de apelación de la Corte de Milán, de 17 de julio de 1964, afirma que el conservador era, antes del año 1895, un contratista del servicio hipotecario, pero que la legislación de ese año lo transformó en un funcionario público, actuando como órgano del Estado.

4.1.3. *El ejercicio privado de funciones públicas*

La disposición adicional quinta de la Ley de Relaciones Laborales alude a una figura corriente en la teoría del Derecho administrativo o en la doctrina notarial, si bien la denominación es poco conocida en nuestras leyes: la del «ejercicio de funciones públicas por los particulares» y, sobre todo, por los profesionales. Doy aquí una idea elemental de él, dado lo mucho que se invoca esta idea al tratar de la naturaleza del Registrador.

En la delegación de funciones públicas—dice ZANOBINI—, «se tiene un fenómeno inverso al de la asunción de la función pública: si en ésta el particular pasa a formar parte de la organización propia del Estado, en la figura que tratamos algo propio del Estado pasa al particular, y éste ejercita el derecho y los servicios de que el Estado es titular solamente a causa de esta transferencia» (pág. 98).

Los particulares—continúa diciendo—que sustituyen con su actividad a órganos del Estado para alcanzar un fin propio del Estado, proveen al interés público no porque constituye un interés también suyo propio, sino por otros motivos. Hay aquí una diferencia esencial con los entes públicos, los cuales se proponen siempre un fin único, que no es fin de otro, sino exclusivamente propio: fin del Estado, en el cual se integra el ente. Mientras los particulares, cuando proveen a la consecución de un fin público, nunca proveen a un fin propio, sino al de un ente diverso.

El ejercicio de la función pública no atribuye necesariamente la condición de funcionario. Así, el miembro no funcionario de un jurado de expropiación presta su cooperación a la Justicia y a la Administración, sin que un puesto estatal corresponda al desempeño de este cargo con la condición de funcionario.

ZANOBINI explica que los particulares que ejercitan en nombre propio funciones públicas no son órganos del Estado: son medios indirectos a través de los cuales el Estado consigue sus fines. El Estado les encarga el ejercicio de las actividades correspondientes a algunos de sus propios fines, sin asumirlos en su personalidad; dejándoles actuar en nombre propio y con medios propios, aunque vinculándoles a su organización por

medio de órganos encargados de ejercitar sobre ellos poderes estatales que son una continuación y un complemento de sus poderes orgánicos: poder de vigilancia, potestad disciplinaria, poder de dar instrucciones a veces, etcétera. Esta delegación de funciones estatales dice ZANOBINI que «en algunos casos está justificada por la necesidad: hay situaciones en las cuales la intervención de los órganos del Estado se demuestra imposible o insuficiente y, por tanto, es necesario autorizar, y en ocasiones obligar, a los particulares a actuar en sustitución suya. Mas habitualmente el sistema viene justificado por razones de conveniencia. Estas se presentan para aquellas actividades públicas en las cuales es muy útil la iniciativa y el interés directo de las personas a las cuales se les encomiendan».

4.1.4. *El Registrador como «profesional vinculado»*

4.1.4.1. Doctrina general

En Italia, la concepción del conservador de hipotecas como un profesional que ejerce funciones públicas era corriente en el siglo pasado, y acaso alcanza su expresión más categórica en una famosa sentencia de la Corte de Casación de Palermo de 11 de marzo de 1865, según la cual «la Administración demanial es ajena a las controversias que se producen entre el público y los conservadores de hipotecas relativamente a las inscripciones, cancelaciones y otras operaciones hipotecarias, porque el oficio que corresponde al conservador de hipotecas es exclusivo e independiente en el examen de todas las cuestiones para la admisión o denegación de las solicitudes relativas a las inscripciones, transcripciones, etc., y, por consiguiente, aquél es responsable, conforme a la ley, no sólo de sus acciones, sino de sus omisiones».

Según MARIANI (pág. 16), el conservador de los Registros «hasta 1895 era un contratista de este importante servicio». Hoy, para él, «la irresponsabilidad del Estado por los daños que el conservador pueda causar en el desempeño de sus funciones, la obligación de fianza, el modo y la medida de su compensación», inclinan a considerarlo como un particular encargado de funciones públicas.

CORRADO matiza más esta tesis. «Una más precisa delimitación dogmática de la figura—dice (pág. 54)—no parece que provenga de su definición como órgano indirecto de la pública Administración, en cuanto la noción de órgano indirecto es una noción privada de contenido efectivo y se limita a negar que cierto sujeto sea órgano de la Administración estatal. Probablemente, la figura del encargado privado de funciones públicas se puede recomprender en la figura más amplia de los *sustitutos*, esto es, de las personas encargadas de manera exclusiva de ejercitar fa-

cultades que serían propias de otras personas. Y, de hecho, en este caso, el particular viene facultado para realizar actos que son propios del Estado o de otros entes públicos y que tienen la disciplina y la relevancia que tendrían si fueran realizados por el Estado o por un ente público. La figura del sustituto llega a dar una satisfactoria justificación, por ejemplo, del concurso, en el conservador, de su completa autonomía de la organización administrativa del Estado con su legitimación para realizar declaraciones públicas.»

Actualmente, el exponente máximo de la concepción privatista del Registrador es BONIS. Para él, la figura del conservador, regulada por el Derecho civil, sigue siendo la que era originariamente, habiendo reproducido el nuevo Código sin ninguna variación las normas del antiguo relativas a las competencias y responsabilidad de este oficial público.

«Los sistemas de publicidad inmobiliaria de tipo latino representan —explica (pág. 110)—una feliz combinación entre las ventajas de las profesiones liberales (a las cuales acompañan siempre específicas responsabilidades personales) y la garantía de severos controles por parte de los poderes públicos, que justamente deben establecerse allá donde confluyen intereses de usuarios privados y razones de orden público.»

«La naturaleza particular de sus obligaciones y sus responsabilidades —dice en otro lugar—confiere al conservador el *status* de profesional. Se trata de obligaciones situadas en el mismo plano que las del Notario, cuyo contenido consiste en prestaciones profesionales: proporcionar publicidad a los actos, efectuar las cancelaciones, certificar el estado de las transcripciones y de las inscripciones. Que se trata de prestaciones profesionales y no genéricos deberes de oficio, como ocurre normalmente con los funcionarios administrativos, se demuestra por dos circunstancias:

a) Que la relación jurídica media directamente entre el conservador y los titulares de los derechos reales inmobiliarios, relación a la cual el Estado es ajeno.

b) Que en caso de incumplimiento, los acreedores pueden reclamar al conservador en nombre propio, y no como representante del Estado, ante la Magistratura, sea para pedir el cumplimiento coactivo en forma específica (denegación o retardo en la expedición de certificados o ejecución de inscripciones), sea para pedir el resarcimiento de los daños sufridos a consecuencia de incumplimiento o el inexacto cumplimiento» (página 76).

4.1.4.2. La teoría de la doble relación

Clave del planteamiento de BONIS es su distinción de la doble relación del conservador: de una parte, frente al Estado, de carácter administra-

tivo y gobernada por normas de Derecho público, y de otra, de cara al particular que acude al Registro, relación esta segunda de naturaleza contractual y regida por el Derecho civil.

a) La relación del conservador con el Estado viene regulada, mientras no contradiga la legislación civil, por las mismas normas que regulan la relación de empleo público (a salvo la independencia jerárquica). Incluso en su función fiscal, el conservador es órgano del Estado, mientras que en la registral actúa en virtud de un mandato sin representación: por eso la actuación del Registrador no hace responsable al Estado.

La tesis de BONIS contiene razonamientos y argumentos más amplios y abundantes, a los cuales no me refiero aquí por no ser adaptables al Derecho español. Baste decir que, en cuanto a la naturaleza de las relaciones entre el ente público y el titular de la función, la tesis de la representación (que supone dos sujetos separados y distintos, el representado y el representante, mientras el Estado y su órgano aparecen como una sola voluntad y un único sujeto) ya no se profesa hoy, sustituida por la de la relación orgánica. Correspondientemente, en lugar del concepto civilístico de mandato sin representación, habría de hablarse de delegación de funciones.

b) Hace medio siglo un autor galo, DE FRANCE (pág. 472), explicaba que «en las conservadurías de las hipotecas toda operación da lugar, entre la parte y el conservador, a un contrato que media entre ellos y les vincula: que puede provocar acciones del uno contra el otro; en el conflicto de intereses que puede nacer, el Estado quedará siempre al margen.»

Este planteamiento viene asumido modernamente (sin relación con DE FRANCE, al que que no cita) por BONIS, para quien entre el público y el Registrador interviene un contrato de naturaleza civil, a consecuencia del cual el conservador asume las pertinentes obligaciones y adquiere derecho a los honorarios. Más concretamente, el contrato—dice—es «de obra, análogo a aquel que tiene lugar entre el Notario y sus clientes. Los contratos de obra en nuestro Derecho comportan prestaciones correspondientes: a la prestación del conservador, por tanto, debe corresponder la contraprestación de la parte, que tiene la naturaleza de honorarios y que según el Código en su medida deben ser adecuados a la importancia de la obra y al decoro de la profesión».

Las obligaciones del conservador—añade—«tienen el contenido de prestaciones profesionales (hacer que se produzcan los actos de publicidad, operar las cancelaciones, certificar) en una relación que se forma directamente entre el conservador y los sujetos reales inmobiliarios, a los cuales es extraño el Estado, y en caso de incumplimiento, los acreedores pueden reclamar al conservador en propio nombre y no como representante del Estado, ante los Tribunales, sea para obtener el cumplimiento de

sus obligaciones profesionales, sea para reclamar el resarcimiento de los daños».

Pero esta última afirmación nos da ya idea de que la tesis del autor italiano (que también para aquel ordenamiento parece inexacta) no podría aplicarse al Derecho español, en el cual contra la negativa irregular del Registrador a calificar, o frente a su inercia, o si deniega la registración, se puede reclamar ante la Dirección General; y ésta, en el caso de sancionar al Registrador por irregularidades suyas, lo hará, no en aplicación de normas civiles, sino en cumplimiento de una función de vigilancia que le incumbe y ejercitando su potestad disciplinaria, y si se trata de una nota denegatoria, tampoco procede la Dirección General fallando una contienda entre el Registrador y la parte, sino fallando en apelación una cuestión jurídica sobre la cual el Registrador ha emitido su juicio en Primera Instancia.

En realidad, la relación con el Registrador, que presenta algunas semejanzas con la que las partes mantienen con el Tribunal (no sólo con el Juez) durante el proceso, tiene su contenido en el ejercicio por el Registrador de la función pública que tiene encomendada: el aspecto privado consiste (según se acepta en este dictamen), aparte la más frecuente condición civil de los derechos inscribibles, en la *profesionalidad* del Registrador, pero ello no privatiza su función.

4.1.5. *Las doctrinas mixtas*

Otros autores mantienen una posición más matizada en orden a la figura del Registrador, contemplando en ella una mezcla de caracteres del funcionario y del particular encargado de funciones públicas.

a) Así, para D'ORAZI (pág. 157), en «la figura no encuentran plena correspondencia los caracteres peculiares de la relación orgánica. En las actividades que desarrolla, el conservador utiliza su propio nombre y asume (además de la responsabilidad penal y la disciplinaria) plena responsabilidad civil...; se intuye el paralelismo que existe al respecto entre la figura del Notario y la del conservador; por lo demás, la analogía no puede ser llevada más allá de ciertos límites... Coexisten, de hecho, en la figura en examen, caracteres de la relación orgánica (por la cual el conservador debería definirse como funcionario), con caracteres del ejercicio privado de funciones públicas: esto es, la figura presenta rasgos fisonómicos mixtos».

En consecuencia, define al conservador de los Registros inmobiliarios como «el oficial público (con caracteres, en parte, propios de la relación orgánica y, en parte, de la función sustitutiva) al cual compete la llevanza

de los Registros inmobiliarios y la expedición de las documentaciones relativas al contenido de éstos, así como la comunicación de la resultancia de los Registros mismos, con las modalidades y en los límites previstos por las disposiciones en la materia».

b) También PESCATORE (págs. 210 y sigs.) sigue una vía intermedia. En su opinión, las características de los empleados públicos que no concurren en el conservador son éstas:

a') La posibilidad y el derecho para los organismos superiores de ejercitar sobre las oficinas inferiores no sólo una acción directiva a través de órdenes, instrucciones, circulares o decisiones sobre asuntos del servicio (que aun no obligando a la generalidad, obligan, en cambio, al organismo dependiente), sino también de prescribir el comportamiento que han de tener para cada acto singular, con la posibilidad (inversa) para la dependencia inferior de reclamar instrucciones y aclaraciones, las cuales no sólo simplifican el propio trabajo, sino también descargan sobre el órgano superior toda la responsabilidad.

b') La vigilancia y el control, por parte del órgano superior, de los actos singulares del inferior, con posibilidad de sustitución, o ejecutando directamente aquellos actos no reservados expresamente por ley a tal órgano inferior, o en caso de no haber tal reserva expresa, provocando su revisión o anulación cuando sea necesario.

c') El deber o la posibilidad para el órgano superior de decidir los recursos jerárquicos y resolver los conflictos de competencia (esta facultad sí la tiene, en el ordenamiento español, en relación a los actos del Registrador, la Dirección General).

Pese a estas diferencias, no se adhiere incondicionalmente a la tesis de la delegación de funciones de la Administración en favor del particular. «Cualquiera—dice—está acostumbrado a admitir e individualizar el ejercicio privado, tanto de servicios públicos (radiotelevisión, radio, gas, energía eléctrica, etc.) cuanto también de verdaderas y propias funciones públicas (por ejemplo, Notarios, recaudadores de impuestos, los mismos entes privados que cuidan la llevanza de otros Registros públicos, como el automovilístico), y a reconocer cómo en tales casos la base jerárquica (pero ciertamente no los deberes y los controles inherentes) se detiene en los límites del ente o de la persona encargada del servicio público o de la función pública, precisamente porque no se trata de órganos de la jerarquía estatal. Menos fácil es admitir que se verifique análogo fenómeno entre la Administración estatal y el conservador, por el hecho de que éste es, sin duda, un dependiente de la Administración misma.»

«Pero si se tiene en cuenta que no es la realidad jurídica la que debe adaptarse a los esquemas doctrinales, sino que, en cambio, son éstos los que deben ser descritos en relación a la realidad jurídica, no queda sino

resignarse a la incontestabilidad de ésta y adaptar, en el caso, los sistemas a la realidad.»

«Y como no repugna que un empleado público (que sólo lo es plenamente en determinados aspectos) deba, entre otras cosas, entregar una fianza para garantizar con mayor seguridad a los terceros el resarcimiento de los eventuales daños causados por sus propias acciones, y pueda asumir en propiedad, en lugar de la Administración pública, responsabilidades y deberes, no debería, pues, ser difícil comprender cómo tal empleado público puede, por necesidad de las cosas, tener un encuadramiento distinto al de aquellos que no tienen tales funciones, tales deberes y tal responsabilidad.»

c) ZACCARDI (pág. 14) es de parecida opinión. Reconoce las diferencias que separan al conservador del funcionario público, la posibilidad de aquél de nombrar sustituto, su relación laboral con el personal del Registro (así, en particular, la Ley italiana de 1962), etc.; pero le parece discutible que del hecho de asumir el conservador plena responsabilidad por los daños causados a los particulares en el ejercicio de sus funciones, «se pueda deducir la consecuencia de que el conservador sea un particular ejerciendo funciones públicas. Tal naturaleza de la figura del conservador se había sostenido antes de la Ley de 1895, pero después no parece que pueda considerarse subsistente. Pues según una autorizada doctrina es necesario, para que se pueda hablar de ejercicio privado de funciones públicas, un tercer elemento, además de los dos ya señalados (ejercicio en nombre propio y con propia responsabilidad de una función pública). Este tercer elemento viene constituido por el hecho de ser desarrollada tal actividad en *propio interés*», sin que, en opinión del autor, sea la retribución del conservador elemento suficiente para determinar el interés propio, habida cuenta de que el conservador italiano recibe una parte de sus emolumentos en forma de sueldo con cargo al presupuesto estatal.

d) Finalmente, en la doctrina española se incluye en esta orientación la reciente obra de CHICO Y ORTIZ (pág. 54), para quien, en orden a demostrar la condición de funcionario administrativo del Registrador, el hecho de que «sea un funcionario público, el que la oficina lo sea también pública, el que el servicio es igualmente público y el procedimiento registral de orden público no es suficiente argumentación. Estimo que somos funcionarios públicos por razones *vegetativas* y de *encuadre* en un Ministerio del cual dependemos, pero no creo que pueda pasar de ahí la cosa, pues al otorgarnos por *delegación* del Estado el poder de calificar y adscribirnos a la categoría de juristas, se nos concede la suficiente autonomía para que nuestra actuación sea bajo nuestra exclusiva responsabilidad. Recibimos poderes del Estado, pero actuamos en nombre propio.

Que prestemos un servicio público (no encuadrable dentro de los clásicos), no quiere decir que seamos *servicio público*».

4.2. RASGOS ESENCIALES DE LA FIGURA, SEGÚN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

4.2.1. *La condición de Registrador y el Estatuto de funcionarios*

Según el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, «los Registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales». En tal calidad «tienen los derechos y preeminencias que por tal concepto establecen, en general, las leyes y disposiciones administrativas» (art. 536 del Reglamento Hipotecario). E incluso derecho al uso de franquicia para la correspondencia oficial, postal y telegráfica (art. 538).

Aclaran GALINDO y ESCOSURA (pág. 240) que los Registradores, «aunque tienen el carácter de empleados públicos para todos los efectos legales, no por eso son considerados como autoridad, según algunos han pretendido, porque no ejercen jurisdicción. Como tales empleados públicos, están exentos del pago de contribución industrial, que antes satisficieron los contadores de hipotecas».

Ahora bien: ¿es el Registrador «funcionario de la Administración pública»?

El artículo 1.º de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 define a los funcionarios de la Administración pública como las «personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo». Mientras el artículo 2.º de la propia ley excluye del ámbito de vigencia de dicho texto legal, junto con los funcionarios que prestan servicio a la Administración de Justicia, a «quienes no perciben sueldo o asignación con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales». Concuera con esta exclusión el artículo 4.º, dedicado a los funcionarios de carrera, para los que exige que sean permanentes, figuren en plantilla y reciban sueldo detallado en los presupuestos generales del Estado.

El dictamen del Consejo de Estado sobre la referida ley aprueba la exclusión de los funcionarios judiciales y los que no perciben sus haberes con cargo a presupuesto. Esto es, de «los referidos en el apartado a) (personal judicial), dado que no son funcionarios administrativos estrictos y precisan de un régimen propio que garantice la peculiaridad e independencia de su labor, y los del apartado d) (los no remunerados por presupuesto), que de ordinario tampoco son verdaderos funcionarios, sino más bien profesionales que ejercen privadamente determinadas funciones públicas».

Aplica la exclusión expresamente a los Registradores de la propiedad la sentencia de la Sala V de 16 de febrero de 1967, según la cual «la ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto de 7 de febrero de 1964, excluye de su ámbito de vigencia, entre otros, a los funcionarios que no perciban sueldo o asignación con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales del Estado, precepto de taxativa aplicación al caso que se enjuicia, ya que si bien la Ley Hipotecaria, en su artículo 274, determina que los Registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales, ello no contraría el precepto de la ley articulada..., ya que sin negarles el carácter de funcionario, lo que indica es que están excluidos del ámbito de su vigencia» (al no percibir sueldo con cargo a presupuesto). «A los Registradores de la propiedad no les eran de aplicación, en el momento de dictar el acto administrativo recurrido, ninguna de las disposiciones vigentes para los funcionarios civiles del Estado.»

GARCÍA TREVIJANO, no obstante, distingue entre los Registradores, que, en su opinión, son propiamente funcionarios, y quienes sin serlo desempeñan por delegación funciones o servicios públicos. Así, refiriéndose a la Ley de Funcionarios afirma (pág. 10) que «sólo deben someterse o excluirse de su radio de acción los funcionarios ligados a una organización, pero no quienes actúan, en nombre propio, funciones o servicios públicos. Por ello, esta exclusión sub 3) en puridad se aplica solamente a quienes siendo funcionarios no se remuneran de la forma indicada, concretamente los Registradores de la propiedad, que sí son funcionarios, los médicos de baños, los Recaudadores de Hacienda, pero no los Notarios, agentes de cambio y Bolsa, corredores de comercio, guardas jurados, etc., que no lo son».

«¿Es—se pregunta más adelante (pág. 417)—la retribución directa del Estado condición necesaria para que surja el concepto de funcionario público en el sentido en que lo tomamos en este momento? En modo alguno. La ley misma habla de ‘funcionarios que no perciben...’, es decir, que prevé que existan funcionarios de carrera, pero sin retribución de esta índole. Habrá que atender a los demás índices estudiados para saber si estamos o no ante un funcionario profesional, con independencia de la existencia o no de retribución. Esta es requisito necesario para adquirir la condición de funcionario profesional dentro del texto de 1964, pero no fuera de él, y es así como debe darse esta condición a los Registradores de la propiedad, a los secretarios judiciales que optaron por el arancel como modo de retribución y a los Recaudadores de Hacienda en sus variadas gamas» (véase también págs. 1017 y sigs.).

4.2.2. *Rasgos de funcionario público en el cargo de Registrador*

Aun ajeno al Estatuto de funcionarios, en el cargo de Registrador se aprecian caracteres importantes no ya de la función pública, sino estrictamente del funcionario público de la Administración. Estos rasgos son:

a) Ingreso por oposición ante un Tribunal nombrado por la Administración (art. 277 de la Ley Hipotecaria). Nombramiento por el Ministerio de Justicia e incompatibilidad con todo empleo o cargo público (artículo 278). Inamovilidad en los términos del artículo 289 del Reglamento Hipotecario. Provisión de vacantes por concurso. Las resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre provisión de Registros en concurso son recurribles en vía contenciosa.

b) En el desarrollo y cumplimiento de sus funciones depende el Registrador de la Dirección General de los Registros y del Ministerio de Justicia, órganos que tienen facultades de vigilar e inspeccionar su gestión, sancionar las infracciones que pueda cometer, y resolver en última instancia los recursos contra su decisión denegatoria en relación con una solicitud de registración.

La Dirección General de los Registros es un organismo inequívocamente administrativo, regulado por los artículos 259 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 438 y siguientes del Reglamento y 55 del Decreto de 12 de junio de 1968, orgánico del Ministerio de Justicia; a tenor del último, la Dirección «es el órgano encargado, con carácter general, de estudiar, proponer y aplicar la política del departamento en relación con las cuestiones inherentes a la fe pública notarial y a la materia registral que recaiga directamente sobre el Derecho privado, en los términos establecidos en la legislación vigente». Obsérvese la limitación de la materia registral a aquella que «recae directamente sobre el Derecho privado». El mismo precepto atribuye a la Dirección General la función de dirección e inspección, a la vez, sobre el Notariado y sobre los Registros, incluso los civiles, función que igualmente le encomienda la legislación hipotecaria, y a la Dirección General y al Ministerio de Justicia, según los casos, la potestad disciplinaria sobre los Registradores, lo cual no arguye que éstos sean funcionarios administrativos, pues también tiene tal potestad sobre los Notarios.

Es singular que la Dirección General pueda servirse, para la inspección, del Colegio de Registradores, que es una corporación con aspectos de Derecho público, pero no forma parte en absoluto de la Administración del Estado. Tampoco el hecho de que los Letrados de la Dirección General (que pueden proceder del cuerpo de Registradores, pero una vez en la Dirección son funcionarios de ella) sean, sin especialidad alguna,

funcionarios administrativos, empece la función arbitral que compete a ésta, según he dicho, en la resolución de los recursos contra la calificación.

Parece evidente, pues, que la especial manera de ser de la figura del Registrador, que al lado de indudables facetas funcionariales muestra otras más privadas que parecen situarlo entre los particulares encargados de funciones públicas, se refleja en su más inmediato superior jerárquico, el cual ejerce incluso sus funciones de inspección y vigilancia a través del organismo corporativo de los propios «funcionarios» o bien de personas pertenecientes al orden judicial y no dependientes de la Administración, como el presidente de la Audiencia (arts. 267 y sigs. de la Ley Hipotecaria y 563 y sigs. del Reglamento), a quienes también se confiere potestad disciplinaria.

c) El Registrador tiene, fuera de las capitales de provincia, funciones de liquidador de los impuestos de transmisiones y sucesiones, puramente administrativas, y en cuyo desempeño se halla subordinado jerárquicamente al Ministerio de Hacienda.

d) El Registrador es funcionario público a efectos penales, aunque la cosa no tiene mayor significación, pues a tales efectos también tienen la calificación de funcionario público los Notarios (sentencia de 26 de octubre de 1927). Así se deduce hoy del artículo 119 del Código penal: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas», en cuya definición entran, sin duda alguna, los Registradores, pero también otros muchos que no son funcionarios administrativos.

e) Contraprueba de la condición funcional del Registrador podría ser que el particular no pueda demandarle civilmente para que inscriba, sino sólo, caso de no acceder a su solicitud, recurrir al presidente de la Audiencia y ulteriormente a la Dirección General de Registros.

4.2.3. Aspectos de profesional privado en el cargo de Registrador

En la figura del Registrador encontramos aspectos claramente propios de un profesional, cualquiera que sea la calificación de la función que ejerce, en este caso evidentemente pública.

4.2.3.1. La retribución

Fundamental, a efectos de la exclusión de la Ley de Funcionarios, es que la retribución del Registrador no consiste en un sueldo a cargo del presupuesto del Estado, sino en *honorarios* pagados por quien se sirve

del Registro para inscribir en él, obtener una certificación o examinar sus libros, etc.

LA RICA (I, pág. 372) justifica este régimen alegando que aun cuando «la institución del Registro sirve a altos intereses públicos y de modo indirecto al orden jurídico y al orden social, inmediata y directamente reporta un beneficio al propietario que la utiliza para asegurar y legitimar sus derechos inmobiliarios. El Registro funciona primordialmente en interés de los propietarios y los titulares del Derecho reales, y es lógico que sean ellos los que sufragen sus gastos».

En el Derecho italiano, el conservador percibe, a la vez, un sueldo y una participación en los ingresos del Registro, que allí viene a constituir una tasa. Según el Consejo de Estado, «los emolumentos corresponden a título de compensación por los mayores gastos, riesgos y responsabilidad atinentes al servicio, esto es, son una integración de la retribución del empleado».

«No debe, pues—dice RASTELLO (pág. 54)—impresionar la circunstancia de que tal retribución viene pagada por aquellos que solicitan de los servicios del Registro y es recogida por el conservador sin pasar por el presupuesto del Estado. Tal sistema se configura como un medio de simplificación..., vinculando la retribución con mayor inmediatividad al trabajo material que en concreto efectúan los Registros para satisfacer las exigencias de los ciudadanos, pero siempre en el ámbito de la relación de empleo».

En España, en cambio, los honorarios no tienen la consideración de una tasa administrativa en la cual tenga el Registrador una parte o de la cual detraiga un tanto, percentual o fijo, en concepto de retribución, sino que son la compensación del entero servicio que, con el Registro, presta precisamente el Registrador, como si la llevanza de los libros fundiarios (más el Registro Mercantil, etc.) fuera objeto de una concesión administrativa sin pago de canon al Estado (sustituido por los impuestos que gravan los ingresos personales de los Registradores).

En Italia, estima la Sala de Apelación de Milán en 17 de julio de 1964 que actuando el conservador como órgano del Estado, los emolumentos percibidos por él deben considerarse debidos al servicio hipotecario y, por consiguiente, percibidos por la prestación de un servicio por parte del Estado; así, tienen carácter tributario, por lo cual es legítimo para su cobro el procedimiento administrativo correspondiente. Mientras en España la similitud con el particular que ejerce una concesión administrativa se prolonga en los modos de fijación y exacción de honorarios.

Como para los usuarios de una concesión, los honorarios vienen fijados por un arancel que aprueba el Ministerio (en este caso, el de Justicia), y las percepciones con arreglo a él quedan en beneficio del Registrador,

si bien con ellas habrá de atender primordialmente (como dice el artículo 485 del Reglamento Hipotecario para un caso particular) a satisfacer «el importe de los impuestos y recargos que los gravan, aportaciones a la Mutualidad, seguros sociales y cuantos gastos ocasione el servicio, tanto de personal como material, casa y demás conceptos».

La aplicación del arancel puede ser impugnada por el usuario del Registro ante la Administración en caso de discrepancia con el criterio del Registrador: la Dirección General actúa en este caso en su veste plenamente administrativa, y por eso su acuerdo agota la vía administrativa y es susceptible de reclamación en la contenciosa, como han aclarado las sentencias de la Sala IV de 2 de abril de 1976, 23 de enero de 1973 y 17 de junio de 1970.

En cambio, la exacción del crédito del Registrador por sus honorarios no corresponde a la Administración ni a sus medios y potestades exorbitantes y, al contrario, es objeto de un procedimiento paralelo a la jura de cuentas o a la exacción de tasas judiciales (arts. 615 a 617 del Reglamento Hipotecario) ante los Tribunales civiles y por los trámites de los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.2.3.2. La fianza

También representa una similitud con la concesión administrativa la fianza que deposita el Registrador (hoy colectivamente el Colegio) para hacer frente a sus responsabilidades, y que es un presupuesto de la asunción por aquél de sus funciones.

El aspecto concesional podría ser menos patente si, como entiende la doctrina italiana, la fianza no tuviera la finalidad de asegurar el cumplimiento, por el conservador, de sus deberes frente al Estado, y sí sólo el resarcimiento de los daños causados a los particulares. Mas el artículo 283 de la Ley Hipotecaria sujeta aquella garantía (dejo aquí a un lado cualquier discusión sobre su naturaleza jurídica) «a las responsabilidades en que aquéllos (los Registradores) incurran por razón de su cargo»; de «responder del buen desempeño del cargo de Registrador» habla el artículo 524 del Reglamento Hipotecario. y de títulos-valores «admisibles para garantizar obligaciones a favor del Estado», el artículo 523.

4.2.3.3. Local y mobiliario

Si bien los libros del Registro son propiedad del Estado, y así lo admitían ya GALINDO y ESCOSURA (IV, pág. 284), en cambio, todos los otros medios materiales son propiedad, teóricamente, del Registrador, quien, conforme al artículo 294 de la Ley Hipotecaria, «costeará los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros».

Es curiosa la descripción que hacen los citados GALINDO y ESCOSURA de los problemas que acarreaba la sustitución de un Registrador por otro en cuanto a mobiliario y locales, problema hoy resuelto, a lo que creo, por la Mutualidad. Pero, en todo caso, el principio es siempre el mismo: el Registro es una oficina pública, pero ni sus muebles son propiedad del Estado ni es éste el titular de la propiedad o del arriendo del local. Como en el caso de la concesión administrativa, la oficina del Registro es del Registrador (sustituido hoy por la corporación de Registradores, a través de la Mutualidad).

4.2.3.4. El personal

El personal del Registro, destinado a realizar las tareas materiales de llevanza de los libros y expedición de certificaciones, participa, en alguna medida, del carácter mixto de la figura del Registrador y, a la vez, la especial naturaleza de este personal y la relación que le vincula con el titular del Registro no puede dejar de ser un importante elemento de juicio a la hora de precisar la ubicación jurídica de dicho titular.

Es fundamental, a este propósito, el artículo 559 del Reglamento Hipotecario, a cuyo tenor «el Registrador tendrá para el despacho de la oficina los Oficiales y Auxiliares que necesite y determine la plantilla de cada Registro, los cuales desempeñarán los trabajos que les encomiende, pero bajo la única y exclusiva responsabilidad de aquél. Corresponde exclusivamente al Ministerio de Justicia la competencia para regular, inspeccionar y dirimir las relaciones y cuestiones entre los Registradores y sus respectivos Auxiliares y, en consecuencia, las únicas normas reguladoras en las relaciones aludidas son las contenidas en el Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros. Por dicho Reglamento se regulan asimismo las diferentes situaciones y clases del Personal Auxiliar, su ingreso y nombramiento, derechos y obligaciones del mismo, su retribución y las sanciones y correcciones que puedan imponerse».

El Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar de los Registros, se incluye como anexo número 1 de la Orden de 15 de octubre de 1959 (Ministerio de Justicia), aprobatoria del Reglamento del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, precisándose en el artículo 1.º de aquel anexo que «la prestación de servicios retribuidos que en los Registros de la Propiedad y Mercantiles realice el Personal Auxiliar de dichas oficinas es de naturaleza jurídico-administrativa, y su regulación corresponde al Ministerio de Justicia, conforme al artículo 599 del Reglamento Hipotecario y a este Reglamento».

Ya en sentencia de 15 de junio de 1945, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había declarado, para fundar la incompetencia de la

jurisdicción laboral en cuanto a una cuestión entre Registrador y empleado, que «el Registrador de la propiedad sirve función pública, y en tal concepto no se le puede considerar propietario o contratista del servicio; quienes con él cooperan sirven a la función, y por ello la índole de ésta decide el régimen. De otra suerte, la incompatibilidad surgiría con frecuencia. Si al Registrador no conviene el calificativo de patrono, conforme a la definición que de tal concepto da el párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley de 21 de noviembre de 1931, y si como funcionario público, según el artículo 8.º, está sometido a preceptos especiales distintos de los que regulan la relación de trabajo, no puede convenir a los Auxiliares del Registro el de obreros del Registrador, por ser conceptos correlativos el de ambas personalidades del contrato de trabajo sometido a la legislación especial de este tipo», señalando que «la materia, por la índole de la asignada al caso del pleito, no es propia del contrato de trabajo, faltando, como falta, persona que en concepto de propietario del negocio lo explota con libertad de dirección, con fin de lucro, nacido del éxito directo o de cooperación económica».

Finalmente, según la disposición adicional quinta de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, «el Ministerio de Trabajo aprobará las reglamentaciones u ordenanzas laborales de los empleados de profesionales que ejerzan funciones públicas, previa consulta de los Ministerios de que dichos funcionarios públicos dependan».

Dicha disposición, ¿es aplicable al Registro de la Propiedad? No es de mi incumbencia resolver ese problema, seguramente arduo; en cualquier caso, la solución negativa del mismo sólo demostraría que la figura del Registrador no se identifica con la del «profesional que ejerce funciones públicas», en el sentido del aludido precepto de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, sin eliminar por eso las semejanzas que pueda tener con dicha figura y sin reconducir por ello la del Registrador al orden administrativo.

Situémonos en la hipótesis de que los empleados del Registro no se hallen sometidos a la Ley de Relaciones Laborales y que la reglamentación correspondiente no sea de carácter laboral.

Tal es el significado posible de la Orden de 15 de octubre de 1958 cuando califica como de «naturaleza jurídico-administrativa» a la prestación de servicios que realiza el Personal Auxiliar de los Registros: pretendiendo explicar que tal prestación no es laboral y que su reglamentación incumbe al Ministerio de Justicia, pero no conferir la condición de funcionarios a unos empleados cuyo Reglamento orgánico no da pie, en ningún caso, para considerarlos como tales. La función a cuyo desempeño coadyuvan es pública y por eso el propio Reglamento de 1958 habla, en su artículo 2.º (redactado según Orden de 8 de junio de 1971), de «las

necesidades del servicio público»; pero el coadyuvante no es funcionario. Por eso pertenece no a un cuerpo, sino a una corporación en la cual ingresa mediante unas pruebas de aptitud desarrolladas ante un tribunal corporativo (art. 6.º del Reglamento orgánico, versión Orden de 8 de julio de 1971); es la Junta del Colegio Nacional de Registradores la que regula su nombramiento o excedencia (arts. 11 y 7.º de la Orden), y en tal Colegio se llevan los expedientes individuales de dicho personal (artículo 10); siendo también opuesto a la condición funcional el modo de retribución habitual, mediante una participación «fijada por el Registrador y aprobada por la Junta de Gobierno» «en los ingresos líquidos de cada Registro» (art. 20).

El Registrador no tiene a sus órdenes, así, otros funcionarios implicados en una organización piramidal, sino empleados que tienen en él una suerte de «patrono» *pro tempore*, bajo cuya responsabilidad trabajan, y único a quien deben obediencia, sin que puedan recibir órdenes o instrucciones del Ministerio de Justicia o la Dirección General en lo relativo al desempeño de su empleo. La intervención de tales organismos es más externa: en el aspecto de la disciplina o en el de los derechos pasivos.

El aspecto privado de la profesión de Registrador se manifiesta, en particular, en el nombramiento de sustituto, que si bien se realiza formulariamente por el presidente de la Audiencia, recae sobre la persona propuesta por el Registrador y no otra alguna (art. 292 de la Ley Hipotecaria); sustituto de la confianza de quien lo propone, que «desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del Registrador y será removido siempre que éste lo solicite», aunque continuará como oficial del Registro si ya lo era.

Prescindo ahora del ámbito de competencia del sustituto, bastante reducido conforme a la más reciente legislación, pero con facultades de fe pública en la firma del libro diario, y hasta julio de 1977 con la facultad de suscribir cualesquiera asientos mientras desempeña sus funciones: atribuciones pretéritas que, sin embargo, nos sirven como dato a tener en cuenta para caracterizar al sustituto tal como lo pensaron los legisladores hasta 1977. Lo importante es, en todo caso, que ejerce sus facultades bajo la responsabilidad del Registrador y mediante una retribución que éste le satisface y que ha convenido privadamente con él (artículo 557 del Reglamento Hipotecario).

La atribución al Registrador de la responsabilidad por los actos del sustituto lleva en la doctrina italiana a D'ORAZI (pág. 164) a hablar de una «potestad vicaria» de éste e incluso de *representación* voluntaria del Registrador. Según dice, «el gerente (para el Derecho español, el sustituto) no deriva sus propios poderes de una relación directa, sino de una mediata con quien esté directamente investido de tales poderes, de donde

es necesariamente en nombre de este último como el sustituto debe actuar. El gerente representa, pues, al conservador, por quien viene nombrado y retribuido».

4.2.3.5. El Colegio

A su vez, el hecho de que los Registradores constituyan obligatoriamente un Colegio nacional, modo de organización que en la idea del legislador corresponde sólo a los profesionales, representa un indicio más de lo relativo de su condición funcional, pues los funcionarios no se agrupan en colegios profesionales e incluso el problema de la sindicación de los funcionarios es uno de los que plantea la Constitución en sentido liberal tras una etapa adversa a tal idea.

El Colegio, en cuyo Reglamento la reforma de 8 de julio de 1971 ha introducido aneja una Sección de Personal Auxiliar de los Registros, constituye, según el artículo 560 de la Ley Hipotecaria, «una corporación de carácter público y oficial, con plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines». El artículo 560 del Reglamento Hipotecario dice que «queda subordinado jerárquicamente al Ministerio de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado y sometido a su alta inspección», mientras, a su vez, diversos preceptos reglamentarios le confieren determinadas facultades disciplinarias y de inspección. Mas la dependencia jerárquica lo es a efectos concretos y limitados, y no interfiere la libertad de movimientos del Colegio en aquella parte discrecional de su esfera de competencia.

4.2.4. *En particular, la responsabilidad del Registrador*

4.2.4.1. Legislación administrativa y legislación hipotecaria

a) Según el artículo 106 de la Constitución, «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

El precepto está calcado sobre la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que concede derecho a los particulares a ser indemnizados «por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos..., siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa» (art. 40-1). La expresión «servicios públicos» en el texto carece de rigor técnico: se refiere

a cualesquiera daños causados por organismos o agentes de la Administración en el desarrollo de sus funciones.

La responsabilidad podrá hacerse efectiva «en vía contenciosa, con arreglo a la ley de dicha jurisdicción, o en la vía administrativa prevista en el párrafo siguiente» (art. 40-2), es decir, ante el Ministro respectivo.

A su vez, «los particulares podrán también exigir a las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos» (art. 43), con la particularidad de que la responsabilidad de los funcionarios cuya categoría no llega a la de Jefe Superior de Administración (clasificación, por lo demás, suprimida por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), se exigirá «ante la Audiencia Territorial respectiva», sin explicar el precepto si en pleno o ante la Sala de lo Civil.

Distingue el artículo 41 el caso de que la Administración «actúe en relaciones de Derecho privado». esto es, en cuanto particular y no en cuanto tal Administración pública, en cuyo caso «responderá directamente de los daños y perjuicios causados por autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

b) Frente a esta regulación, cuyos principios no fueron aceptados hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, mientras con anterioridad el sistema venía a ser de irresponsabilidad de la Administración por el hecho de sus funcionarios como regla general, previene la Ley Hipotecaria un régimen específico de responsabilidad personal del Registrador ante los particulares por daños y perjuicios que se ocasionen:

a') Por los errores, inexactitudes y omisiones que se relacionan en el artículo 296, salvo que no sean imputables al Registrador por tener su origen en algún defecto no notorio del título inscrito (art. 297).

b') En cualquier caso, por la pérdida de un derecho real o de la acción para reclamarlo, causada por error, malicia o negligencia del Registrador, y hasta la concurrencia del valor del derecho perdido (art. 300).

Al menos, tal es el tenor literal de la Ley Hipotecaria, si bien FUNAIOLI (página 412) plantea en el Derecho italiano el interrogante de si el Registrador responde, además, por todos sus actos u omisiones dañosos, incluso los no expresados en el artículo 296 de nuestra ley, lo que no parece dudoso en el Derecho español, al menos por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil.

Acentúa la nota de responsabilidad personal el artículo 18 de la Ley Hipotecaria cuando dice que los Registradores calificarán *bajo su respon-*

sabilidad, haciendo notar CHICO Y ORTIZ (pág. 63) que la prohibición al Registrador de acudir en consulta a la Dirección General sobre los problemas jurídicos que plantea la calificación, confirma esta orientación al impedir a aquél desplazar su responsabilidad a otro organismo.

El pronunciamiento sobre la responsabilidad del Registrador corresponde a la jurisdicción ordinaria en el juicio declarativo que por su cuantía corresponda, siendo improcedente—dice la resolución de 19 de diciembre de 1946—tratar de obtener resolución alguna sobre este extremo en un recurso gubernativo.

c) Una comparación entre los dos regímenes de responsabilidad personal, la del funcionario administrativo y la del Registrador, acusa notables diferencias: de una parte, por la exigencia del artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico de que la culpa del funcionario sea *grave* contra la regla *in lege aquilia et levissima culpa venit*, y, de otra, por el distinto Tribunal ante el cual puede el perjudicado hacer valer su pretensión; ulteriormente, por la fórmula más general del artículo 43 citado, frente a la expresión taxativa de causas del artículo 296 de la Ley Hipotecaria.

¿Por qué, no obstante especificar el artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico que «la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las carreras judicial y fiscal será exigida conforme a lo establecido en las disposiciones especiales por que se rigen», nada dice acerca de los Registradores, que también constituyen una carrera sometida a leyes especiales?

Las respuestas posibles son varias. Por ejemplo: porque la Ley de Régimen Jurídico deroga en esta parte a la Ley Hipotecaria. O, en el extremo opuesto: porque los Registradores no son funcionarios a los efectos de la Ley Administrativa y pese a la expresión del artículo 274. O bien todavía: porque a los Registradores se les puede aplicar simultáneamente la regulación de la Ley de Régimen Jurídico y la de la Ley Hipotecaria.

Parece que podemos descartar sin más la última hipótesis, por cuanto contradice la tercera de las disposiciones finales de la Ley de Régimen Jurídico, derogatoria de «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley». Los regímenes de ésta y de la Ley Hipotecaria no me parecen compatibles entre sí, y la disposición derogatoria sólo podría dejar en pie sistemas de responsabilidad que fueran complementarios de lo dispuesto en la Ley Administrativa: nunca uno, como el de la Ley Hipotecaria, opuesto en diversos extremos y ajeno en los restantes a la disciplina de la legislación de régimen jurídico.

En cuanto a la solución primera es inverosímil y, desde luego, al menos, se opone a la praxis y la opinión generales, que no consideran derogada a la Ley Hipotecaria en este extremo. No obstante, es la solución que se ajusta a los términos literales de la ley: el Registrador es

funcionario civil, y para eludir el sentido literal del precepto habremos de pensar—como ya hemos hecho en relación a la Ley de Procedimiento Administrativo—que también la Ley de Régimen Jurídico se refiere a la Administración en sentido estricto, y que el artículo 43 en relación con los Registradores establece, en todo caso, un mínimo de responsabilidad, que queda ampliamente superado por las disposiciones específicas de la Ley Hipotecaria.

4.2.4.2. Naturaleza de la responsabilidad del Registrador

Persiste, pues, la responsabilidad impuesta al Registrador por la Ley Hipotecaria: responsabilidad que le puede ser exigida por el perjudicado ante los Tribunales civiles ordinarios en pleito civil, litigando el Registrador por su propia cuenta y no como órgano o representante de la Administración, ni menos asistido por el patrocinio de la Abogacía del Estado.

No es trascendente para lo que aquí interesa el tema de la casuística y límites de la responsabilidad del Registrador, pero sí el de la naturaleza de esta responsabilidad.

En la doctrina italiana es bastante común la opinión que habla de una responsabilidad contractual, al menos en el supuesto de la negativa del Registrador a inscribir. DE LISE (pág. 614) hace notar que en este caso «la obligación cuya violación da lugar a responsabilidad del conservador no es una obligación *erga omnes* del tipo del *neminem laedere*, sino una obligación impuesta a persona determinada (el conservador), en relación a otra persona determinada (la parte), teniendo un contenido determinado (comportamiento inmune de errores y omisiones)».

«Se tiene, en sustancia, un vínculo obligatorio entre sujetos determinados, derivado del hecho de la petición de inscripción; incluso si tal hecho no es un contrato, con todo, la violación del vínculo, constituyendo incumplimiento de obligación en relación con persona determinada, es tal que genera responsabilidad contractual, entendida en su acepción amplia, que es la única exacta.»

Por su parte, BONIS, según hemos visto, contempla en la relación entre el titular que pretende hacer constar su derecho en los libros y el Registrador, una relación jurídica directa, a la cual es extraño el Estado.

En cambio, la doctrina dominante (en Italia) entiende que la responsabilidad del conservador es extracontractual, porque falta un vínculo precedente que medie entre el particular y el conservador; porque las obligaciones que la ley impone al conservador vienen establecidas en interés general, y no ya en favor de este o de aquel sujeto. y, por tanto, pueden considerarse como una determinación, derivada de los deberes del cargo u oficio, del precepto *neminem laedere*, y porque todo esto encuen-

tra confirmación en el hecho de que la acción de resarcimiento corresponde no sólo a quien pide la inscripción, sino a cualquier tercero que haya recibido un daño a causa del error del conservador. En suma, la actividad del conservador—se dice—es desempeño de un oficio público y no cumplimiento de una obligación, y, por tanto, sus errores y omisiones constituyen violación de la ley a la cual debe conformarse, y no de un contrato con el particular.

La tesis de la condición extracontractual de la responsabilidad del Registrador encuentra entre nosotros un fuerte apoyo en el artículo 311 de la Ley Hipotecaria, según el cual «la acción para pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados por los actos de los Registradores prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos, y no durará en ningún caso más tiempo que el señalado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida». No obstante, ni la similitud con el artículo 1.968-2.º del Código Civil es completa, ni el argumento de la semejanza de plazos de prescripción definitivo. Pues la naturaleza de la relación entre el Registrador y el que pretende la inscripción u otra prestación del Registro ha de deducirse de datos más esenciales. Baste ahora, al propósito de este trabajo, tener en cuenta que:

a') La obligación del Registrador de desarrollar su actividad a instancia del interesado, y de hacerlo con la debida diligencia, es de Derecho público, en cuanto ejercicio de una función pública. Por tanto, en ningún caso se presenta primordialmente como una obligación contractualmente asumida.

b') Pero la actividad del Registrador no se desarrolla en relaciones *generales* con una masa anónima de circunstancias, sino en el marco de un *procedimiento* incoado por una persona concreta y determinada, con la cual no se halla vinculado el Registrador mediante un contrato, pero frente a la cual tiene obligaciones específicas. O sea: estas obligaciones del Registrador frente al solicitante de la inscripción o de la certificación no han sido asumidas mediante contrato, pero tampoco son obra exclusiva de la ley, sino, adicionalmente, del acto de quien acude al Registro solicitando la práctica del asiento, o la certificación, etc. Nos hallamos, pues, igualmente fuera del campo de la llamada responsabilidad extracontractual, en una situación de prestación de actividades del funcionario que presenta semejanza con la de otros funcionarios de la Judicatura, de la Administración (en particular, las actividades registrales administrativas) y, sobre todo, del Notariado, que presta sus servicios a costa de medios y organización propios.

Desde luego, también es posible causar daño a quien no mantiene con el Registro la relación nacida del procedimiento de inscripción, como

sería a un titular registral anterior ajeno a dicho procedimiento, e incluso a quien no es titular registral y pierde su derecho por dolo o culpa del Registrador, supuesto más próximo al de la culpa extracontractual.

4.2.4.3. ¿Responsabilidad subsidiaria de la Administración?

Volvamos ahora al tema de la responsabilidad de la Administración para preguntarnos: ¿responde ésta, principal o subsidiariamente, por los hechos dañosos del Registrador?

En la doctrina italiana es corriente la opinión negativa, que también sigue allí la jurisprudencia. Así, FERRI (para quien «el conservador es hoy un funcionario público investido de funciones que pueden hacerse entrar en el concepto de Administración pública del Derecho privado») entiende que si bien el principio que debería regir en tema de responsabilidad del conservador es el de gravar con ella a la Administración, la cual podría repetir contra el funcionario, sin embargo, en relación al Registro, «este principio no rige. Frente al particular perjudicado responde personalmente el conservador y no la Administración pública, de la cual, sin embargo, es órgano. La Administración no responde en vía ni directa ni subsidiaria. Creemos que la razón de esta excepción reside en el hecho de que en su origen el conservador no era un funcionario, sino un particular asumiendo un servicio público. Y sabemos que de la culpa de éstos no responde el Estado, porque no se aplican al mismo los principios de la responsabilidad indirecta». Otros autores alegan, como razón de tal responsabilidad, la conveniencia de «evitar al erario los enormes riesgos a los que se expondría si debiera responder la Administración de los gravísimos errores (generalmente, en ausencia de dolo o culpa) en los cuales es posible incurrir en el desarrollo de todas las operaciones hipotecarias» (SERRANO).

No obstante, hay quienes, como NATOLI (pág. 234) y DE LISE (página 618), piensan que el artículo 28 de la Constitución italiana, que establece la responsabilidad del Estado por hecho de sus funcionarios, es aplicable también a los conservadores del Registro y, por tanto, al menos subsidiariamente, por los hechos dañosos de éstos responde el Estado.

¿Qué decir del Derecho español?

En mi opinión, lo mismo la norma del artículo 40 Ley reg. jurídico que el artículo 106-2.º de la Constitución, se refieren a «servicios públicos» en un sentido muy amplio, de modo que son indemnizables por la Administración con arreglo a estos preceptos, por ejemplo, los daños causados por unidades militares en ejercicios de tiro, pese a su alejamiento de cualquier concepto técnico de la citada expresión. La regla contenida en los indicados preceptos es una regla de principio de defensa del ciudadano,

que se prolonga en la norma constitucional (art. 121) que ordena resarcir, a cargo del Estado, los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Sin embargo, parece que al ser la Hipotecaria una Ley especial, la aplicación de los artículos 40 y siguientes de la de régimen jurídico es subsidiaria, y sólo a fin de—obedeciendo al principio constitucional—impedir que el perjudicado quede sin recibir en caso alguno el resarcimiento de los daños sufridos por él.

Otra razón que persuade de la aplicabilidad del artículo 40 es la mayor extensión en él del derecho al resarcimiento, que no presupone culpa de quien causa el daño y sólo tiene como límite la *fuerza mayor*. Concepto que en este precepto debe mantenerse separado del caso fortuito, en la misma forma en que lo mantienen distinto los artículos 1.784 y 1.905 del Código civil.

La responsabilidad de la Administración, aun subsidiaria, viene justificada por la condición de pública (función pública) de la función desempeñada por los Registradores. Y es un elemento diferencial entre la posición de éstos y la del concesionario de un servicio público. El hecho de que tal responsabilidad sea aquí subsidiaria, en cambio, aleja la figura del Registrador de la del funcionario administrativo, por quien la Administración responde principalmente.

4.2.4.4. Responsabilidad por culpa de los empleados del Registro

Asimismo representa una connotación decididamente opuesta a la pretendida condición de funcionarios administrativos de los Registradores la responsabilidad que personalmente les incumbe por hechos culposos y dañosos de los empleados del Registro.

Ya hemos visto cómo los Oficiales y Auxiliares del Registro desempeñan los trabajos que el Registrador les encomienda, «bajo la única y exclusiva responsabilidad de aquél», dice el artículo 559 del Reglamento. A su vez, según el artículo 299 de la Ley Hipotecaria, «el Registrador será responsable, con su fianza y con sus bienes, de las indemnizaciones y multas a que pueda dar lugar la actuación de su sustituto», quien «desempeñará el Registro bajo la exclusiva responsabilidad del titular» (art. 554 del Reglamento).

La idea se aproxima a la responsabilidad del concesionario de un servicio público y asimismo a la de los empresarios, según el artículo 1.903, por el hecho de sus dependientes. Ningún funcionario administrativo responde por el hecho de aquellos otros funcionarios que tiene a sus órdenes (ni aun por *culpa in vigilando*, al menos cuando no tenga una obligación especial de hacerlo), cuya infracción cause daños, en cuyo caso éstos

los causa el funcionario «en el ejercicio de su cargo», como exige el artículo 43 de la Ley de Régimen Jurídico para que se pueda plantear la reclamación frente al causante directo del daño. La responsabilidad que la Ley Hipotecaria impone al Registrador es claramente la de un patrono privado por hecho de sus empleados y dependientes, con la agravante de no poderse fundar hoy en la culpa *in eligendo*, pues él no ha designado a los empleados del Registro, y ni aun, como hemos visto, son éstos actualmente empleados suyos. Una responsabilidad, pues, más severa que la de un patrono, con lo cual la situación se aleja todavía más de la de irresponsabilidad del funcionario.

Si duda, es aplicable al caso el artículo 1.904 del Código Civil: el Registrador que indemniza a la víctima del daño causado por sus empleados tiene, frente al empleado culpable, una acción de regreso puramente civilística, sin que en el caso sea viable la aplicación del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico (aparte de que en tal precepto se presupone que la culpa del funcionario que ha dado lugar a la indemnización es *grave*), porque aun cuando los empleados del Registro puedan recibir la calificación de *agentes*, claramente se ve que el Registrador no es «la Administración» que reclama el reembolso de la indemnización prestada *por el Estado*, ni el agente podría, en tal caso, interponer recurso contencioso-administrativo.

4.2.5. Aspectos parajudiciales de la figura del Registrador

Como la del Juez, la función registral es decisiva para la configuración de los derechos subjetivos civiles.

En efecto, el Registro contribuye a dar el ser a la propiedad y demás derechos sobre las cosas, al admitir la inscripción de los correspondientes documentos. Sin duda, la inscripción no es en España constitutiva sino en pocos casos, pero de hecho, la propiedad, para tener su pleno valor, necesita figurar en los libros, siendo notable la desvalorización que puede sufrir un dominio no inscrito. Es el Registrador aquí árbitro de gravísimos intereses económicos, y su decisión de inscribir o no es fundamental para la consistencia del derecho real, o también del crédito cuando se quiere hacer valer y cobrar preferencia mediante una anotación preventiva de embargo, o si la reclamación de propiedad se pretende anotar en el folio de la finca reivindicada, etc. Mientras en los supuestos de protección al tercero, la admisión del acto o contrato al Registro ha servido para convertir en dueño, acreedor hipotecario, etc., en homenaje a la buena fe, a quien hasta entonces no era titular.

Asimismo, la actuación del Registrador consiste en una aplicación del Derecho—esencialmente, del Derecho privado—semejante a la del Juez,

necesitada de igual o mayor especialización, en igual posición de independencia jerárquica y alienidad al asunto y hasta con la misma obligación de juzgar (aquí, a los efectos registrales). La ley (art. 18) dice que el Registrador *calificará*: imperativamente. Y si el no inscribir es causa de responsabilidad, según el artículo 296-1.º de la propia ley, causa inicial de no inscribir es no calificar: la inercia del Registrador, que es asimismo una causa de responsabilidad suya incluida en este número del precepto.

En la función calificadora, como he dicho, se halla el Registrador exento de cualquier vínculo jerárquico, y la Dirección General o el Ministro no podrían darle órdenes o instrucciones. BONIS (*Digesto*, pág. 32) dice que está vinculado a estos organismos por una relación de disciplina, pero no por una relación orgánica.

Tal independencia absoluta en el examen hipotecario de los derechos es indispensable porque el Registrador ha de situarse también en una postura imparcial cuando tiene que juzgar sobre derechos del Estado, y aun frente al Estado: como si se tratase de un particular, y con la misma eficacia, frente al Estado aplica la ley.

Una particularidad más del Registrador en la línea de aproximación al poder judicial, y ciertamente muy notable, es, no ya simplemente la independencia jerárquica en que produce su decisión, sino la soledad y el aislamiento que legalmente rodean ésta, sin que ni el Juez ni el Registrador puedan descargar su responsabilidad en una instancia superior que les sugiera la solución del caso.

En efecto, conforme al artículo 273 de la Ley Hipotecaria, si bien «los Registradores podrán consultar directamente con la Dirección General cualquier duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecución de esta ley o de su reglamento, en cuanto verse sobre la organización y funcionamiento del Registro»; en cambio, y esto es lo fundamental, «en ningún caso podrán ser objeto de consulta las materias o cuestiones sujetas a su calificación». Es decir, que las consultas pueden versar sobre lo que constituye materia organizativa, formal, procedimental, pero no sobre el fondo del asunto, que tampoco un Juez podría consultar, ni con el Tribunal de grado superior, ni con un organismo asesor del Ministerio, ni con la Dirección General de Justicia. Muestra, pues, el artículo 273 de la ley, el particular matiz de la implicación administrativa de los Registradores en la Dirección General, de la cual, por una parte, dependen disciplinariamente y de la que pueden recibir instrucciones y órdenes en materia de mero procedimiento, y que, por otra, actúa de tribunal de apelación de sus resoluciones y puede cambiarlas. Pero nunca puede dar criterios acerca del modo de resolver el fondo del asunto mientras lo tiene el Registrador bajo su área de competencia, ni dar instrucciones generales a los Registradores sobre tales criterios.

La doctrina procesalista y la administrativista están de acuerdo en que el hecho de ser funcionarios los Jueces no significa que formen parte de la organización administrativa del Estado: hace relación a su situación personal, pero no a la actividad propia de su función, la cual se desarrolla, *toda ella*, por otros cauces y conforme a otras reglas que las de los funcionarios del poder ejecutivo. Acaso esta proximidad de los Registradores justifica también que, aun teniendo la condición de funcionarios públicos «a todos los efectos»—cosa que no puede negarse tampoco a los Jueces—, asimismo, como ellos, se hallen fuera del orden administrativo.

4.2.6. *Aproximación al Notariado*

En la doctrina es frecuente la aproximación entre la figura del Registrador y la del Notario. En efecto, el cargo y la función del ambos muestran, junto a la trascendental diferencia que supone el ejercicio (relativamente) libre del Notario con propia clientela y dando fe de muy diversos extremos, las semejanzas de la contratación y autonomía del Personal Auxiliar, la percepción de honorarios y la propia titularidad de locales y utensilios, así como, en otro aspecto, la independencia jerárquica.

«La función pública notarial—escribe RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (página 207)—no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluida del Derecho administrativo... Hay un hecho incuestionable: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo». Y para FONT BOIX, «el Notario ejerce una actividad pública reglamentada por normas de Derecho público, y por eso es un funcionario público. Pero, por otra parte, esta actividad pública se ejercita en el ámbito de la justicia conmutativa, que se refiere a las relaciones de los particulares entre sí. Por eso no es un funcionario administrativo».

Como se ve, estos caracteres del Notario, diferenciales con la connotación de funcionario administrativo, pueden predicarse también del Registrador.

4.2.7. *Recapitulación*

De lo dicho hasta ahora podemos deducir, para fijar la naturaleza de la figura del Registrador, dos puntos de partida. Uno, que el Registrador es un funcionario público. Otro, que las características de su actividad lo separan profundamente de cualquier tipo de funcionario administrativo.

Surge así una figura mixta, en la cual a la «forma» funcional co-responde una «sustancia» profesional: de profesional jurista encargado de funciones públicas, y precisamente de funciones (principalmente) de

valoración jurídica más propias de un árbitro imparcial y ajeno al asunto que de un burócrata al servicio de la Administración.

La cuestión que se nos plantea en el momento de ubicar esta figura es doble: la de cuál sea su situación con arreglo a la ley vigente y la de cuál deba ser en una consideración de política legislativa. En este lugar me defino sólo sobre la primera.

Yo entiendo, a la vista del análisis que antecede, que calificar como funcionario administrativo al Registrador, así como calificar de administrativa a su actividad y de órgano de la Administración al Registro, no corresponde al pensamiento del legislador, el cual, al regular la figura en un plano de independencia jerárquica en la decisión y de conservación de sus características de profesional con ejercicio de funciones públicas, viene a mostrar su preferencia por el concepto *tradicional* del Registrador frente a su concepción administrativista. Sólo así se explica que la legislación hipotecaria siga conservando la posición del Registrador como «dueño» de la oficina, «patrono» (*pro tempore*) de «sus» empleados, percibiendo unos «honorarios» de los particulares y entidades que acuden al Registro a hacer constar sus derechos.

Si observamos todas las indicadas connotaciones del Registrador, considerarlo como un funcionario administrativo *sui generis* carece de rigor y no permite discernir la legislación aplicable en cada aspecto. Por eso me parece muy preferible contentarnos con la calificación de «funcionario público» que le da la Ley Hipotecaria: calificación encaminada a responsabilizar al Registrador y a someterle a una disciplina, pero no a incluirle en unos cuadros administrativos en el desempeño de su misión.

4.3. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

4.3.1. *Mi opinión*

En la doctrina italiana hay quien opina que la conformación de la figura del Registrador «se presenta más bajo el aspecto de la oportunidad que no el estrictamente jurídico: el legislador podría considerar preferible tener en el conservador un funcionario regulado, en consecuencia, por el Derecho administrativo, o bien podría considerar más conforme a la realidad hacer del conservador un profesional vinculado».

No obstante, pienso que, si se parte de la existencia, en nuestra reciente Constitución (y como consecuencia de una realidad legislativa antecedente) de una zona de poder «en garantía de los derechos», zona que no puede implicarse propiamente ni en la Administración ni en la Jurisdicción en sentido estricto, el problema cobra un nuevo aspecto: la figura del Registrador se resiste a su inserción en el orden administrativo o en la esfera

de la Administración, no simplemente a causa de unas connotaciones tales como su retribución o su posición frente al personal o la organización material del Registro, y tampoco simplemente debido a su independencia jerárquica: ésta es consecuencia de un fenómeno más de fondo, es decir, la conveniente exclusión de los Registradores, por la índole de su actividad —la función registral—, del ámbito de la Administración.

Esta conformación de la figura del Registrador no es, ciertamente, la única posible en la práctica o en el terreno de los principios; pero en todo caso, dentro de la tradición occidental y la economía social de mercado en que se apoya la Constitución, existe, como una constante, la separación neta entre el Registrador y el funcionario administrativo, opuestamente a cuanto sucede en los regímenes políticos marxistas. Sirvan de ejemplos las dos Alemanias: la Occidental, que conserva el Registro entregado a funcionarios imparciales del orden judicial, mientras en la Oriental una de las primeras medidas de los nuevos amos fue desvincular el Registro de la judicatura para atribuirlo a la Administración.

La exclusión del Registro del ámbito de la Administración fue algo muy conscientemente calculado y establecido por los legisladores que redactaron y aprobaron la Ley Hipotecaria, según se desprende de ella y hace constar su Exposición de motivos. Con la particularidad de que tal aprobación se hizo con el *consensus* (según se dice ahora) de todos los partidos que constituían aquella legislatura del Congreso: es dato poco conocido que la Ley Hipotecaria, cuya rápida discusión parlamentaria fue una simple ceremonia simbólica, resultó aprobada en el Congreso por unanimidad el 11 de enero de 1861: antes lo había sido en el Senado (29 de noviembre 1870) con sólo once votos en contra, de personalidades aisladas y no de grupos políticos.

4.3.2. *Registro y cibernética. Insustituibilidad de la figura del Registrador*

Una última consideración. La tendencia a conferir la función registral a la burocracia administrativa culmina fatalmente en la automatización: en la sustitución de la actividad reflexiva y consciente, intuitiva y humana, del Registrador, por el imperio de la informática y la cibernética, lo cual, hoy por hoy, y en un tiempo previsiblemente largo, es un error muy grave en cualquier sistema inmobiliario desarrollado, de igual modo que no se ha inventado una computadora que pueda hacer sentencias judiciales con un mínimo de acierto aplicando el conjunto de las leyes civiles.

En esta tendencia suelen alinearse quienes creen que la sentencia y, por tanto, la calificación registral representan la mera formulación de un silogismo. Lo cual no sería así ni aun cuando el trabajo mental del Juez o

del Registrador fuera meramente lógico, no creador ni volitivo: aun entonces difícilmente podría ser sustituido por una máquina que, calculando sobre las premisas, extrajera la solución, pues el Derecho está hecho de matices que, por su formación, en seguida aprehende un exégeta, pero que no podría captar una máquina «jurista».

Mas es que, sobre todo, el juicio del jurista no es meramente lógico, sino creador. El Juez, atendiendo a la realidad social, y decidiendo sobre supuestos cada vez más alejados de la intención del legislador conforme la norma se aleja de la fecha de su promulgación, puede ver, trabajando sobre el caso, muchas cosas que el propio legislador no vio: puede, por consiguiente, extraer de la ley muchas cosas que el legislador no puso en ella, y esta labor de creación de algo que no fue establecido primitivamente en la ley, pero que «inventa» el Juez (en su caso, el Registrador) a partir de la ley, sobre la base de unos datos y de unos parámetros en continua transición, y mediante la aplicación no sólo de su inteligencia, sino de su *prudencia iuris*, es algo que excede y excederá de las posibilidades de una máquina: algo enteramente irreducible a esquemas prefabricados, por muy complejos que sean y por muy varias que sean las posibilidades de decisión del artefacto.

«La actividad lógica—dice SERRA (pág. 70)—puede determinar el significado de la norma, pero no puede llegar a suplir la norma ni elegir entre los diversos significados posibles de la norma el más adecuado para el caso concreto. Tampoco puede la simple actividad lógica determinar la cuantía de los alimentos o el grado exacto de aplicación de la pena cuando ésta se fije, como en el Código Penal español, mediante unos grados mínimos y máximos. Con mayor razón la actividad lógica choca con la imposibilidad de un *non liquet*, sancionada incluso penalmente (arts. 6.º Código Civil y 357 Código Penal); aun cuando la razón aconsejaría en un caso concreto, ante la duda, suspender el juicio, el Juez debe inexorablemente emitir su juicio.»

Tampoco podría la actividad lógica moderar una cláusula penal, o la indemnización por incumplimiento culposo, o apreciar la gravedad del incumplimiento a efectos del artículo 1.124 del Código Civil, o fijar el plazo de pago a una deuda que no lo tiene, o saber cuándo es «anormal» el ejercicio de un derecho, y menos excogitar en las leyes o extraer de la Historia o de las ideas éticas y las reglas de Derecho natural los principios generales de un ordenamiento.

«Aterra tan sólo pensar—prosigue el autor citado—que en Estados Unidos para los delitos de escasa importancia hayan podido construirse máquinas electrónicas, en las que, grabadas previamente las leyes e introducidos los elementos personales del delincuente y los fácticos del delito, surgiera automáticamente la absolución o la condena, de igual

forma que se resuelve un complicado problema matemático. La realidad es que la máquina puede sustituir, en su caso, a la memoria, pero nunca a la voluntad, y esta última es la preponderante en todo juicio jurisdiccional.»

La delicadeza del trabajo del jurista se combina asimismo con su inseguridad, hasta el punto de que dos sentencias contrarias pueden, en ocasiones, ser ambas justas: la máquina que sólo estuviera capacitada para pensar una de ellas ya no sería, por ese solo hecho, un «robot jurista» completo.

En realidad, insisto en que el número de variables a tener en cuenta en cualquier razonamiento jurídico es tal, que la simple codificación del problema planteado constituiría un trabajo ímprobo, habiendo además datos que se resisten a la cuantificación. Pero la dificultad se hace insuperable luego, cuando se han de apreciar en su exacto valor tantos conceptos, temas, juicios y directrices, y en torno a cada uno tantos argumentos encontrados, cuya apreciación no puede ser el resultado de operaciones matemáticas o mecánicas, sino de un razonamiento humano, y en el cual, además, las razones a tener en cuenta o a desechar van apareciendo sucesivamente a través del análisis del caso, de modo que no podrían codificarse antes de iniciarse éste.

MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS (pág. 21), en su informe sobre la mecanización del Registro, concluyen que los sistemas registrales de gran desenvolvimiento técnico-jurídico no parecen ser, en el estado actual del desarrollo científico, susceptibles de una mecanización de grado superior. Mas una posible «máquina calificadora» que sustituyera al Registrador no sería ya la mecanización: sería aquella piedra filosofal que, como amonesta un viejo dicho alemán, «la gente llama *piedra de los sabios*, pero que sólo los locos se ocupan de buscar».

CONCLUSIONES

Como consecuencia de lo expuesto concluyo que:

1. En la legislación vigente, la función registral es independiente, tanto de la Jurisdicción como de la Administración.
La Constitución confirma esa conveniente independencia.
2. El concepto de funcionario público administrativo no es aplicable a la figura del Registrador.

Tal es mi parecer, que someto gustoso a cualquier otro mejor fundado.

Madrid, 15 de noviembre de 1978.

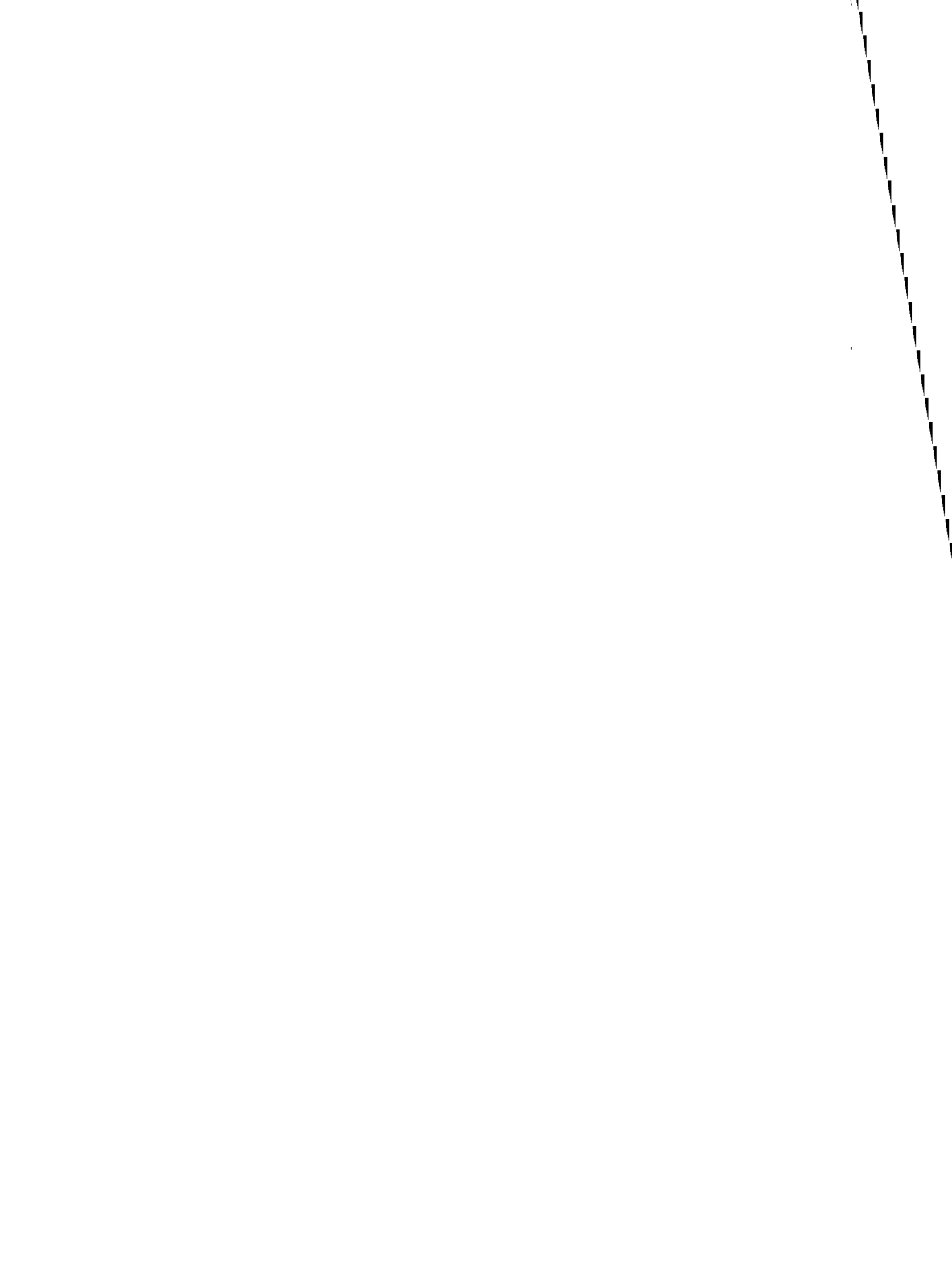
BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO: *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Problemas de Derecho procesal», trad. esp., Buenos Aires, 1963.
- ARNHEIM: *Grundbuchordnung*, Berlín, 1913.
- DI BLASI: *Giurisdizione volontaria*, en «Novissimo Digesto italiano», tomo VII, páginas 1094 y ss.
- BONIS: *Lineamenti del sistema ipotecario italiano*, en las «Atti del Convegno di studi del personale delle tasse», etc. Roma, 1954, págs. 19 y ss.
- *Registri immobiliari*, en el «Novissimo Digesto italiano», tomo XV, Turín, 1968, páginas 32 y ss.
- BRANDT-SCHNITZLER: *Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis*, Berlín, 1954.
- CAMPUZANO Y HORMA: *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, 1941.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, Pamplona, 1971.
- CARNELUTTI: *Lezioni di Diritto processuale civile*, II, 1.ª, Padua, 1926.
- CARRERAS: *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en FENECH-CARRERAS, «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1962, págs. 665 y ss.
- CORRADO: *La pubblicità nel Diritto privato*, Torino, 1947.
- CORSINI: *La giurisdizione*, Milán, 1937.
- COSSÍO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956.
- COVIELLO, Leonardo: *Delle ipoteche nel Diritto civile italiano*, Roma, 1956.
- CHICO Y ORTIZ: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-78.
- CHIOVENDA: *Principios de Derecho procesal*, trad. esp., I, Madrid, 192 .
- FALASCHI: *Pubblicità e responsabilità*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1964, páginas 20 y ss.
- FAZZALARI: *Giurisdizione volontaria*, Padua, 1953.
- FERREIRA DE ALMEIDA: *Publicidade e teoria dos registros*, Coimbra, 1966.
- FERRI: *Trascrizione immobiliare*, en el «Commentario» de Scioloja-Branca, Bolonia, 1955.
- FONT BOIX: *La función notarial y la jurisdicción voluntaria*, en «Revista de Derecho notarial», núms. 29-30, año 1960, págs. 225 y ss.
- DE FRANCE: *Traité des droits d'hypothèque et des salaires*, París, 1929.
- FUNAIOLI: *Sulla esibizione dei registri e sulla responsabilità del conservatore di ipoteche*, en la «Rivista di Diritto commerciale», año 1941, II, págs. 408 y ss.
- GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, IV, Madrid, 1903.
- GALLARDO RUEDA: *El Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica*, en «Curso de Conferencias» (Ilustre Colegio Nacional de Registradores), Madrid, 1951, págs. 158 y ss.
- GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, III, dos vols., Madrid, 1970.
- GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958.
- GHIDINI, Mario: *Il registro delle imprese*, Milán, 1943.
- GIMENO GAMARRA, Rafael: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, en «ADC», 1953.
- GLASSON y TISSIER: *Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de procedure civile*, I, París, 1925.
- GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925.
- GÓMEZ PAVÓN: *Comentarios a la calificación registral*, en «RCDI», año 1949, páginas 109 y ss.
- GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, I, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ, Jerónimo: *El principio de legalidad*, en «RCDI», 1927, págs. 597 y ss.
- GONZÁLEZ BERENGUER: *El patrimonio de las Corporaciones locales*, Madrid, 1961.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Naturaleza del procedimiento registral*, en «RCDI», año 1949, páginas 579 y ss.

- *La impugnación de los actos registrales*. en la «RCDI», año 1955. págs. 513 y ss.
- *El recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad*, en «RCDI», año 1976, págs. 1030 y ss.
- GRASSHOF: *Betrachtungen über das Wesen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*. en «Festschrift Oberneck». Berlín, 1930, págs. 20 y ss.
- GUAITA MARTORELL: *Derecho administrativo especial*. IV. Zaragoza, 1968.
- GUASP: *Derecho procesal civil*. Madrid, 1956.
- GÜTHE-TRIEREL: *Grundbuchordnung*, 2 vols. Berlín, 1929.
- HESSE-SAAGE-FISCHER: *Grundbuchordnung*. Berlín, 1955.
- KISCH: *Elementos de Derecho procesal civil*, trad. esp., Madrid, 1936.
- DELISE: *Della Trascrizione*, en el «Commentario» de De Martino. Roma, 1970.
- LÓPEZ MEDEL: *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Madrid, 1958.
- MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V, Madrid, 1905.
- MARIANI, Beniamino: *Ipoteca e trascrizione Guida pratica*. Milán, 1955.
- DE MARINI: *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en la «Rivista di Diritto processuale», 1954, págs. 282 y ss.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS: *La mecanización del Registro*, en la «RCDI», 1973, pág. 9.
- MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht. Kommentar zur Grundbuchordnung*. Berlín, 1955-58.
- MENDOZA OLIVÁN: *El deslinde de los bienes de la Administración*. Madrid, 1968.
- MICHEL: *Per una revisione della nozione della giurisdizione volontaria*, en «Rivista di Diritto processuale», año 1947, pág. 21. y *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria*. idem, págs. 101 y ss.
- MONTEL: *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità dei Conservatori dei Registri Immobiliari*. en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1960, páginas 31 y ss.
- MORELL y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, Madrid, 1934.
- NATOLI-FERRUCCI: *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, en el «Comentario del Codice civile a cura di magistrati e docenti». Turín, 1962.
- NEUNER: *Privatrecht und Prozessrecht*. Mannheim, 1925.
- NÚÑEZ LAGOS: *El Derecho notarial*, en «Revista de Derecho notarial», núms. 5-6, año 1954, págs. 213 y ss.
- OBERNECK: *Reichsgrundbuchrecht*. Berlín, 1909.
- OGAYAR: *Impugnación de la calificación registral*, en «RCDI», año 1974, páginas 11 y ss.
- D'ORAZI-FLAVONI: *Voz Conservatore dei Pubblici Registri*. en la «Enciclopedia del Diritto», IX, Milán, 1959, págs. 153 y ss., y comentario por la Redacción de la «Rivista di Diritto Ipotecario», 1961, págs. 169 y ss.
- PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile*. V. Turín, 1930.
- PAVONE LA ROSA: *Il Registro delle imprese*. Padua, 1953.
- PESCATORE: *Pasizione gerarchica del conservatore dei RR. II. e del personale addetto al suo ufficio*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1966, págs. 208 y ss.
- PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, dos vols., Madrid, 1970, y *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho procesal». Madrid, 1964, págs. 585 y ss.
- PUGLIATTI: *La trascrizione*, I. Milán, 1957.
- RASTELLO: *Il conservatore dei registri immobiliari. Funzioni e responsabilità*, en «Rivista di Diritto ipotecario», 1971, págs. 4 y ss.
- DE LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*. dos tomos. Madrid, 1949.
- ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*. Barcelona, 1968.
- ROMÁN CALDERÓN: *Carácter de la función calificadoras: ¿es de naturaleza judicial o administrativa?*. en «RCDI». año 1927, págs. 81 y ss.
- ROSENBERG: *Tratado de Derecho procesal civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1955.

- RUBINO. *La pubblicità come fatto giuridico permanente*, en la «Rivista di Diritto commerciale», año 1957, I, pág. 13.
- RUIZ MARTÍNEZ: *Algunas consideraciones sobre la calificación registral*, en «Información Jurídica», año 1952, págs. 2066 y ss.
- SÁENZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMROA: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, III, 4. Madrid, 1968.
- SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, II. Madrid, 1955.
- SATTA: *Giurisdizione*, en la «Enciclopedia del Diritto», XIX, Milán, 1970, páginas 227 y ss.
- SEgni: *Giurisdizione (in generale)*, en el «Novissimo Digesto italiano», tomo VII, páginas 987 y ss.
- SERRA: *Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, páginas 20 y ss.; *El juicio jurisdiccional*, ídem, págs. 63 y ss., y *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, ídem, págs. 619 y ss.
- SERRANO: *Funzioni e responsabilità del Conservatore dei Registri Immobiliari*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1964, págs. 210 y ss.
- VITTA: *Diritto amministrativo*, I, Milán, 1950.
- ZACCARDI: *Della responsabilità civile del Conservatore dei Registri Immobiliari*, en la «Rivista di Diritto Ipotecario», año 1970, págs. 1 y ss.
- ZANOBINI: *L'amministrazione pubblica del Diritto privato*, en la «Rivista di Diritto Pubblico», año 1918, págs. 167 y ss.
- *Corso di Diritto amministrativo*, V, Milán, 1959, págs. 291 y ss.
- *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni*, en «Scritti carii di Diritto pubblico», Milán, 1955, págs. 88 y ss.

VIDA JURIDICA



II Congreso Nacional de Derecho de Familia

Del 23 al 29 de octubre de 1977 se celebró en Acapulco (México) el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar, que constituyó una nueva etapa en la vida del Derecho de familia, a juzgar por los comentarios de los asistentes al mismo. Allí se acordó la celebración del Segundo Congreso, que se ha celebrado en Madrid del 2 al 7 del pasado mes de octubre, y en el que se ha continuado la discusión de los temas esbozados en el anterior. Si el Primero tuvo un gran éxito, no menor ha sido el del Segundo, abriéndose a la realización del Tercero, que tendrá lugar en Brasil, seguramente en el próximo año.

Estos Congresos se celebran bajo los auspicios del Instituto Internacional de Derecho Familiar, con sede en México, en cuyo Comité Directivo figuran nada menos que las siguientes figuras de esta rama del Derecho civil: doctor HENRI MAZEAUD, como presidente honorario; JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA, como presidente; los doctores ESPÍN CÁNOVAS, DE BUEN, RODRIGUES y CZACHORSKI, como vicepresidentes, y los doctores CABANELLAS, TRABUCCHI, ALMANSA PASTOR, SPOTTA y BEITZKE, como secretarios. En la organización de este Segundo Congreso han colaborado los Ilustres Colegios de Abogados y Notarial de Madrid y el Nacional de Registradores de la Propiedad, así como las Universidades Complutense y de Salamanca, celebrándose las sesiones de trabajo en el salón de actos del Banco de Fomento, con la ayuda de los Ministerios de Justicia y Educación y Cultura, Caja de Ahorros y Monte, de Piedad de Madrid, Banco Español de Crédito y Banco de Levante. Pero no podemos dejar de mencionar como verdaderas almas de esta organización al doctor ESPÍN CÁNOVAS y al profesor RICO PÉREZ, que se han multiplicado para efectuar un trabajo ímprobo, resolviendo todas las dificultades surgidas con gran eficiencia y cordialidad.

Los temas del Congreso, bajo la rúbrica general de «La evolución del Derecho familiar en la hora actual», abarcaron las siguientes parcelas: «Matrimonio y su régimen económico», «La patria potestad», «La filiación», «La adopción» y, por último, «El divorcio». La importancia de estos temas se deduce de su simple enunciado, pero la atención de los especialistas asistentes se volcó, sobre todo, en los del matrimonio y sus regímenes económicos, en la filiación y en el divorcio, lo cual está justificado por la palpitante actualidad de las cuestiones relativas a la estabilidad o disolubilidad del matrimonio, la igualdad de las diversas clases de hijos y la equiparación jurídica de los cónyuges en el régimen económico matrimonial.

El acto inaugural del Congreso tuvo lugar en la Universidad de Alcalá de Henares, que recupera este curso su denominación de «Complutense», que fue absorbida por la de Madrid. Hicieron uso de la palabra el doctor ESPÍN, el doctor GUITRÓN y el doctor ASTUDILLO, mexicanos estos últimos, que dieron cuenta de su reconocimiento a España, hablando también el Decano de la Facultad, doctor ESCANDELL, que explicó los orígenes de esta Universidad, cerrando el acto el Ilmo. Sr. Director General de los Registros, don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL, que había presidido el acto, dando la bienvenida a los congresistas y refiriéndose a esa inquietud legislativa en torno a la familia que se palpa actualmente en la nueva situación política de nuestra Patria. A continuación se ofreció un almuerzo a los asistentes en la «Hostería del Estudiante».

Podemos sintetizar las sesiones de trabajo por la labor efectuada por cada una de las delegaciones participantes. En primer lugar hemos de referirnos a la mexicana, que aportó ponencias y comunicaciones en todos los temas, interviniendo ampliamente en los coloquios. Destaquemos los nombres de los doctores LÓPEZ MONROY, ORTEGA, GIMÉNEZ, DE BUEN, ORTIZ URQUIDI, PÉREZ DE LOS REYES, CARRANCÁ, pero sobre todo el del doctor GUITRÓN, que resumió al final las ideas de la delegación, solicitando la formulación de un Código familiar, a semejanza del que existe en México. Como ideas más originales de esta legislación apuntemos la igualdad de los cónyuges y de los hijos, procedan éstos de matrimonio o no, así como el divorcio administrativo, realizado ante el Oficial del Registro Civil, en determinados casos, siendo requisito indispensable la ausencia de hijos para esta figura, pues en otro caso el divorcio sólo podrá ser judicial, como en la mayoría de los países.

Francia sostuvo una posición moderada, estando representada por la gran figura internacional del catedrático de la Sorbona HENRI MAZEAUD, que mantuvo sus ideas con un gran rigor y convicción, ayudado por el profesor F. CHABAS, dando ambos una lección de prudencia y de defensa de los valores tradicionales de la institución familiar.

Otras figuras destacadas fueron las del doctor SILVIO RODRIGUES, brasileño, que brilló sobre todo en materia de divorcio; el doctor VÁZQUEZ BOTE, español, profesor de la Universidad de Puerto Rico, con intervenciones acertadísimas en diversas materias; el doctor FUEYO LANERI, chileno, que aportó, en su ponencia sobre régimen económico matrimonial, la tesis de una posible distribución desigual de los gananciales entre los cónyuges, defendiendo también la postura contraria al divorcio.

Entre los representantes españoles, ya hemos hablado de la importantísima labor de los profesores ESPÍN y RICO PÉREZ, quienes, aparte de presidencias y presentaciones de ponentes, intervinieron directamente, el primero con una gran lección sobre el divorcio, explicando las líneas fundamentales del borrador redactado en la Comisión de Codificación sobre esta materia; el segundo presentó una documentada ponencia sobre «Adquisición de inmuebles a plazos por la esposa». Aparte de ellos aportaron ponencias y comunicaciones, ARCE y FLORES-VALDÉS, sobre «La filiación adoptiva»; GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid, sobre «Regímenes económicos del matrimonio»; ALMANSA PASTOR, sobre «Protección familiar y Seguridad Social»; GARCÍA CANTERO, sobre «La filiación extramatrimonial en las legislaciones forales»; CASTÁN VÁZQUEZ, sobre «La patria potestad de hecho»; DÍEZ DEL CORRAL, Letrado de la Dirección General, sobre «Filiación y Registro Civil», y nuestro compañero CHICO ORTIZ, que con su habitual maestría y amenidad disertó sobre «El Derecho de familia y el Registro de la Propiedad». Entre los que participaron en los coloquios mencionemos a la profesora TERESA PUENTE, muy aplaudida en sus intervenciones; el catedrático GARCÍA AMIGÓ; el profesor JOSÉ ANTONIO DORAL; el subdirector de Registros, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS; el Notario de Madrid, DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ-RADÓ; el profesor ALVAREZ VIGARAY, y los Registradores SULLEIRO CARBALLEIRA, CASERO MEJÍAS, CANALS BRAGE, REGÚLEZ DÍAZ y el que suscribe, que fuimos, con CHICO ORTIZ, los representantes de nuestro Cuerpo en el Congreso.

Citemos, en último lugar, a los catedráticos y profesores que si no asistieron a todas las sesiones de trabajo, lo hicieron esporádicamente, dando verdaderas lecciones en sus aisladas intervenciones: SERRANO Y SERRANO, PUIG PEÑA, DE LOS MOZOS, BELTRÁN DE HEREDIA, GITRAMA, ALONSO PÉREZ, LUNA SERRANO, MADRUGA MÉNDEZ, REVERTER NAVARRO, GONZÁLEZ PORRAS y HERNÁNDEZ GIL, quien, a pesar de sus muchas ocupaciones, tuvo tiempo para acercarse un día hasta allí y alentar a los congresistas en su tarea.

La clausura tuvo lugar en la Universidad de Salamanca, en el aula que lleva el nombre señero de don MIGUEL DE UNAMUNO. Intervinieron las diferentes delegaciones, así como el Rector Magnífico de aquella Uni-

versidad, doctor RODRÍGUEZ VILLANUEVA, cerrando el acto el profesor HERNÁNDEZ GIL, que con gran concisión ofreció a todos la postura de la Constitución española frente a los temas de la familia, en particular, el matrimonio, la filiación y el divorcio, defendiendo su regulación frente a los que la han atacado sin razón en este punto. Su intervención fue muy aplaudida por los asistentes.

El alcalde de la ciudad y catedrático de la Facultad de Derecho, doctor PABLO BELTRÁN DE HEREDIA, recibió a las diferentes delegaciones en el Ayuntamiento de Salamanca, nombrando Huésped Distinguido de la Ciudad al profesor H. MAZEAUD, en representación de todos los congresistas. Este agradeció emocionadamente la distinción, y pronunciaron discursos, además del alcalde y el homenajeado, los doctores ESPÍN y HERNÁNDEZ GIL. La jornada concluyó con un almuerzo ofrecido por la Universidad salmantina a los congresistas en el Colegio de los Irlandeses o de Fonseca. Hubo también allí diversas intervenciones, destacando, por su carácter emotivo, la del profesor mexicano CARRANCÁ, aludiendo a su ascendencia española, que mereció una también emocionada y bellísima réplica por parte del profesor HERNÁNDEZ GIL. Acto seguido se procedió a la entrega de diplomas a los congresistas, dando por concluido este Segundo Congreso de Derecho de Familia, que dejó un gratísimo recuerdo a todos cuantos hemos participado en él, deseando que el Tercero tenga similar éxito al obtenido por éste.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
Registrador de la Propiedad

JURISPRUDENCIA

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 CABALETRO

REGISTRO MERCANTIL

1. EL «QUORUM DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PUEDE REBAJARSE PARA FACILITAR LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA DE LA JUNTA Y ULTERIOR EXAMEN DE LOS ASUNTOS QUE SE INCLUYAN EN LA PETICIÓN».

Resolución de 27 de junio de 1977 (B. O. del E. de 22 de agosto).

Antecedentes de hecho.—El 13 de agosto de 1976, ante el Notario de Valencia don José Luis Llobet Alabaú, los hoy recurrentes otorgaron escritura de constitución de la Sociedad Mercontil «Carbonell Joyeros, S. A.», que se registró por los Estatutos unidos a la escritura que, entre otros preceptos, establecen:

Artículo 16.—Antes de la celebración de la Junta General ordinaria o extraordinaria, en su caso, en la que se somete a aprobación el Balance del ejercicio social, cuenta de pérdidas y ganancias, Memoria y propuesta de distribución de beneficios, o bien que se someta a votación cualquier acuerdo de tipo económico, todo accionista podrá pedir información sobre extremos en el orden del día o datos contables, con quince días de antelación a la celebración de la Junta, y sin que a tal petición se le pueda oponer el veto del Presidente, contenido en el artículo 65 de la Ley; si no fuere atendido en su petición dentro de las setenta y dos horas, probando este extremo mediante requerimiento notarial incontestado, podrá com-

parecer ante le Juzgado de Primera Instancia del domicilio social, actuando el contenido del artículo 2, 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para así obtener coercitivamente los datos pedidos.

Artículo 17.—Cualquier accionista o grupo de accionistas que representen el cinco por ciento del capital social, podrá proponer un censor jurado de cuentas para la censura de las del ejercicio social correspondiente, tal y como establece el párrafo segundo del artículo ciento ocho de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas; pero si fueren varios los que quisieren nombrar censor jurado de cuentas, cada grupo que represente el cinco por ciento del capital social podrá nombrar uno por su cuenta y en tal caso los honorarios de tales profesionales serán abonados por los accionistas que les nombraron y no por la Sociedad.

Artículo 18.—En caso de lesión del derecho de información contenido en la Ley de Sociedades Anónimas o de otros cualesquiera, si el accionista o accionistas ejercitasen acción de nulidad de Junta o de acuerdos tomados en la misma, si prosperase el pedimento, la condena en costas no afectará a la Sociedad, sino al Consejo o Consejeros que en el momento de ser citado por el Juzgado no hubieren manifestado su oposición al acuerdo o acuerdos lesivos.

Artículo 21.—Las Juntas Generales de Accionistas serán ordinarias o extraordinarias:

Las ordinarias se celebrarán dentro de los seis meses siguientes a partir de la fecha del cierre de cada ejercicio económico en el día, hora y lugar que determine el Consejo de Administración, al objeto de censurar la gestión social, aprobando en su caso las cuentas y el Balance del ejercicio anterior y resolver sobre la distribución de beneficios.

La extraordinaria tendrá lugar cuando sea convocada por el Consejo de Administración, el que podrá hacerlo cuando estime que ello es conveniente para los fines sociales.

También se celebrarán, cuando lo solicite un número de socios que represente al menos la vigésima parte del capital desembolsado, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este caso la Junta deberá ser convocada para celebrarla dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiera requerido al Consejo de Administración con tal objeto. En el orden del día se incluirán necesariamente los asuntos que hubieren sido motivo de la solicitud;

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción de la presente escritura que ha sido presentada en este Registro Mercantil de Valencia y su provincia, a las trece horas diez minutos del día treinta de noviembre de mil novecientos setenta y seis, bajo el número 1.452 al folio 217 del Diario 25, por adolecer de los siguientes defectos:

1.º Contravenir el artículo 17 de los Estatutos Sociales lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto siendo libre facultad de la Junta General la designación de dos censores de cuentas y uno la minoría, si es superior al 10 por 100 del capital desembolsado, atribuye a ésta la facultad de nombrar censores en número que puede ser superior en más de cuatro veces a los nombrados por la Junta General.

2.º Infringir el artículo 16 de los Estatutos Sociales lo establecido en el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas al privar a la Junta

General, por medio de su Presidente, de la facultad de negar el derecho de información cuando la presentación de éste perjudique los intereses sociales y sin que se reúna la cuarta parte del capital desembolsado, que previene la Ley para eliminar tal derecho.

3.º Vulnerar el artículo 21 de los Estatutos los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas al señalar para pedir convocatoria de la Junta General porcentajes inferiores a los mínimos establecidos en la Ley.

4.º Infringir el artículo 18 de los Estatutos Sociales lo establecido en el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas al señalar como momento para oponerse al acuerdo de la Junta General el de "ser citados por el Juzgado", invadiendo la esfera de la actuación judicial al expresar que la condena en costas no "afectará a la Sociedad" y trasladando tal responsabilidad a los Administradores que puedan no ser socios y no haber votado tal acuerdo.

La presente nota se extiende de conformidad con mi cotitular.»

Don José Francisco Sánchez-Cutillas Martínez y demás otorgantes de la escritura interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, alegando: que bajo un aspecto genérico, en este recurso puede afirmarse que el funcionario calificador interpreta las normas que regulan las Sociedades Anónimas como defensivas de la labor personal de los Administradores, intentando impedir la injerencia de las minorías, mientras que el recurrente considera la necesidad de reforzar la facultad de control por los socios minoritarios; que sería conveniente que el artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil informara los Estatutos de este tipo de sociedades para reforzar la defensa de los intereses de los socios minoritarios, y así se acabaría con la falta de interés del público para pactar este contrato, favoreciéndose la apatencia asociativa; que pasando a un aspecto más concreto puede afirmarse que el artículo 1.255 del Código Civil, al establecer la libertad de pacto, ampara los acuerdos contenidos en los Estatutos cuya inscripción se deniega; que en cuanto al primer defecto señalado en la nota debe decirse que el artículo 17 de los Estatutos amplía a los minoritarios la facultad de nombrar censor jurado de cuentas, estableciendo un porcentaje menor al señalado en el artículo 108 de la Ley, por considerar que todo Estatuto que amplíe derechos concedidos por la Ley no puede ser rechazado en cuanto a su inscripción; que en cuanto al segundo defecto de la nota entendemos que es plenamente legal extender la garantía de información, disminuyendo el porcentaje necesario para eludir el veto del Presidente; que respecto al tercer defecto, relativo al porcentaje exigido para convocar Junta General, creemos que aumentar los derechos de los socios es adecuado, pues la Ley prohíbe restringirlos; y que en cuanto al cuarto defecto de la nota, cabe alegar que el artículo 18 de los Estatutos no infringe el artículo 69 de la Ley, por cuanto éste regula la legitimación activa del socio para impugnar acuerdo y aquél se refiere al comportamiento de los Consejeros en el litigio que puede instarse, sin que el precepto estatutario invada la esfera jurisdiccional, pues el pacto de condena en costas es lícito y dado que el artículo 70, 4.º, de la Ley establece medidas disciplinarias para los administradores o a los socios que impugnen un acuerdo, el artículo 18 estatutario añade una medida de este tipo para los Administradores que mantengan los acuerdos lesivos,

El Registrador dictó acuerdo manteniendo la calificación suscrita con su conformidad, por el que entonces era su cotitular, por los siguientes fundamentos: que no puede aceptar la afirmación del recurrente de que el Registrador interpreta la norma como defensiva de la labor personal de los Administradores frente a la facultad de control de los socios minoritarios, puesto que en la nota se limita a señalar los defectos de los preceptos estatutarios por su falta de adecuación a la Ley, mediante una interpretación sistemática de los preceptos legales; que en cuanto al defecto primero de la nota no puede prosperar la alegación del recurrente referente a la aplicación del artículo 1.255 del Código Civil, dados los términos en que se expresa el artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece taxativamente que la designación de los censóres de cuentas es facultad privativa de la Junta General, en que se aprueban las cuentas, y si su designación no hubiese sido hecha por unanimidad, únicamente le queda a la minoría «si representa al menos la décima parte del capital social desembolsado» la facultad de designar otro efectivo y su suplente; que este precepto de la Ley es imperativo, y no susceptible de ser alterado por las partes, alegando la aplicación del artículo 1.255 del Código Civil, puesto que la libertad de pacto que el mismo establece es «siempre que éste no contravenga a las leyes», y resulta clara la contravención a lo establecido en el referido artículo 108, cuyo carácter imperativo no sólo se deduce de los términos en que está redactado, sino que también ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de octubre de 1971; que en relación al segundo extremo de la nota debe aducirse que el derecho de veto concedido por el artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas al Presidente cuando el ejercicio del derecho de información perjudique a los intereses sociales, sólo puede ser enervado por los accionistas, cuando representen, al menos, la cuarta parte de los intereses sociales, siendo ilegal por lo tanto, el acuerdo contenido en el artículo 16 de los Estatutos Sociales, que trata de eliminar el veto sin la concurrencia de los requisitos legales; que el citado artículo 65 no sólo protege el derecho de información de los accionistas, sino que también regula el derecho de la Sociedad a evitar que los secretos de la Empresa puedan quedar al descubierto por la actuación de cualquier accionista indiscreto o malintencionado, concediendo al Presidente la posibilidad de eliminar el derecho de información, cuando la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales; que la Ley en su difícil postura de mantener el equilibrio entre el derecho de información del socio y el superior interés de la Sociedad, se ha preocupado de señalar el punto de equilibrio exigiendo un quórum preciso para eliminar el derecho de veto y cualquier alteración de este quórum debe considerarse inadmisibles, dado el carácter imperativo o necesario del precepto legal que lo establece, que la remisión que hace el artículo 16 de los Estatutos al artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inoperante, dado que este precepto fue dictado para las Sociedades Colectivas, no siendo de aplicación a las Anónimas, que por otra parte contienen una regulación específica del derecho de información en su propia Ley; que en cuanto al tercer defecto de la nota, hay que manifestar que por ser los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas normas de derecho necesario y de inexcusable cumplimiento, es ilegal que el artículo 21 de los Estatutos acuerde que para pedir la convoca-

toria de la Junta General sólo sea necesaria la concurrencia de accionistas que representen un 5 por 100 del capital desembolsado, porcentaje que es inferior al de 10 por 100 establecido por aquellos artículos, que no son susceptibles de alteración por pacto de los interesados; y que en este sentido se pronuncia de forma explícita la Resolución de 28 de diciembre de 1951; que en cuanto al cuarto y último extremo de la nota calificadora debe aclararse que el artículo 18 de los Estatutos contradice abiertamente las disposiciones contenidas en el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala como momento para hacer constar la oposición a los acuerdos lesivos, el de la redacción del acta correspondiente, criterio corroborado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al señalar en Sentencias de 30 de enero de 1970, 29 de septiembre de 1971, 31 de enero de 1972 y 27 de abril de 1973, que no basta el voto contrario en el momento de adoptar el acuerdo, sino la oposición al mismo en el Acta, una vez conocido el resultado de la votación, por lo que la oposición al acuerdo manifestada por los administradores al ser citados por el Juzgado, no sólo no legítima para impugnar, sino que es totalmente inoperante por extemporánea; y que por otra parte resulta evidente que el artículo estatutario invade la esfera judicial, ya que la condena en costas necesariamente afectará a la sociedad, si ésta resultara vencida (art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas);

Vistos los artículos 1.255 del Código Civil, 132 y 133 del Código de Comercio, 11, 39, 55, 56, 65, 69, 70, 108 y 110 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; artículo 2, 166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 28 de abril de 1960, 29 de enero de 1962, 5 de marzo de 1966, y 1 y 7 de febrero de 1967, 26 de diciembre de 1969, 15 de octubre de 1971 y 27 de diciembre de 1973, así como la resolución de este Centro de 28 de diciembre de 1951;

Considerando que las diferentes cuestiones que plantea este recurso tienen como denominador común el tener que examinar el carácter dispositivo o imperativo de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas que en principio puedan aparecer vulnerados por las cláusulas estatutarias contenidas en la escritura de constitución de la Sociedad, y que solamente en el caso de que estén en contradicción con normas de carácter imperativo, deberá rechazarse su acceso al Registro, dado el límite que al principio de autonomía de la voluntad establecido con carácter general en el artículo 1.255 del Código Civil, impone este mismo precepto legal;

Considerando—y entrando en concreto en el primero de los defectos—que en materia de fiscalización y censura de la gestión de los administradores, la ley española se inspiró preferentemente en el sistema francés, anterior a la reforma de 1966, en donde son los propios accionistas nombrados por la Junta quienes ejercen esta función, tal como se deduce del artículo 108 de la Ley y solamente en el caso de no existir unanimidad en el nombramiento de censores, se permite que la minoría en desacuerdo, pueda, siempre que no sea inferior a la décima parte del capital desembolsado, designar el suyo y su suplente, criterio éste que al no haber obtenido en su aplicación la eficacia deseada, ha motivado una dura crítica de la doctrina, pues resulta además que en las sociedades pequeñas o familiares al coincidir casi siempre la cualidad de accionista y administrador, se hace imposible o difícil la aplicación de precepto

legal, como ya pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro de 1 de febrero de 1957 y 16 de septiembre de 1958, por lo que los autores se muestran unánimemente partidarios de la modificación de este sistema, y su sustitución por otro, que sea similar al introducido modernamente por gran parte de legislaciones, en donde esta función se ejercita o por personas extrañas a la Sociedad o por un órgano distinto—Consejo de Vigilancia—;

Considerando que en tanto subsista el actual sistema legal, el carácter imperativo que presenta la norma contenida en el artículo 103 de la Ley, puesto de relieve por la Sentencia de 15 de octubre de 1971, impide su modificación o derogación por la cláusula estatutaria discutida, pues ello supondría aparte rebajar el quórum imperativo legal, tanto como conceder a la minoría el poder designar más censores de cuentas, que los dos que a la mayoría formada para este acto le autoriza dicho precepto, lo que no sólo es un contrasentido, sino también una vulneración de la forma en que el propio artículo resuelve el nombramiento de estos censores por el mayor número de votos dentro del grupo minoritario, con lo que claramente señala que a su vez la minoría no puede fraccionarse en nuevos grupos como podría suceder aquí, a base de que hubiera varios que representen cada uno a un cinco por ciento;

Considerando que el segundo defecto de la nota versa sobre la cuestión de si es admisible la cláusula estatutaria por la que en primer lugar se elimina la facultad de veto concedida en el artículo 65 de la Ley al Presidente de la Junta General en los casos en que estime que la información solicitada por los accionistas perjudica los intereses sociales, cuando éstos no representen la cuarta parte del capital desembolsado, y caso de ser lícita esta eliminación, si será inscribible la segunda parte de la misma cláusula en la que se establece que probado mediante requerimiento notarial que la petición no fue atendida en el plazo que se señale, podrán comparecer los accionistas ante el Juez del domicilio social para que éste lo ordene y obtener coercitivamente los datos pedidos;

Considerando que el derecho de información, al tratar de facilitar a los socios un conocimiento directo sobre la situación y gestión social, constituye uno de los más importantes del accionista, que cada día es tenido más en cuenta por las legislaciones, en cuanto que viene a contribuir a una mayor fiscalización y participación del socio en la marcha de la Sociedad, y de ahí que la Ley de 17 de julio de 1951 lo regule en dos preceptos que se complementan, uno el artículo 108 en relación a los documentos contables, y otro, el artículo 65, limitados a los asuntos que constituyen el orden del día;

Considerando que es de advertir, sin embargo, que este derecho de información lleva implícito una delicada cuestión que es la relativa a los límites de su ejercicio, ya que de una parte no puede entenderse ni en un sentido tan amplio, que permita sea abusivamente ejercitado, entorpeciendo de esta forma la actividad social, ni tan restringido que por falta de información se haga ilusorio y quede la minoría sujeta a la voluntad de los socios mayoritarios, y de otra parte, habrá de tenerse en cuenta el interés social que exige en ciertos casos no dar a la publicidad el informe solicitado, a fin de evitar un perjuicio grave a la Sociedad, y este difícil equilibrio entre ambos intereses aparece resuelto con variadas soluciones en el Derecho Comparado, pues mientras unas

legislaciones establecen la revisión judicial a la negativa del órgano administrativo o de dirección, otras atribuyen la solución del conflicto a la propia Sociedad, y en estas últimas hay que incluir la nuestra, que confía tal misión con carácter discrecional al Presidente de Junta, pero no en términos absolutos, pues habrá de facilitar la información, si el número de accionistas que la piden supera la cuarta parte del capital desembolsado (art. 65 de la Ley);

Considerando que no parece exista obstáculo para reconocer la posibilidad de que pueda en los Estatutos pactarse un quórum inferior al legal señalado en el artículo 65 de la Ley, lo que permitiría al disminuir la facultad discrecional del Presidente de la Junta, aproximar el quórum en esta materia con el más reducido que se reconoce a los accionistas en el artículo 108 para el nombramiento de censores y consiguiente conocimiento de documentos e informes sobre el balance, cuenta de pérdidas y ganancias, Memoria y propuesta de distribución de beneficios (art. 110), pero al examinarse la cláusula discutida se observa: a) que la facultad del Presidente queda totalmente suprimida, con lo que desaparece el sistema establecido por el legislador, que podrá ser atenuado pero nunca eliminado, al menos mientras no se modifique la vigente Ley; b) que contiene un mandato a la Autoridad judicial para que actúe en la forma establecida en la cláusula estatutaria, sin posibilidad de examinar las circunstancias y las alegaciones de los otros interesados, y aunque se pretende fundar tal mandato en el artículo 2.166 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que tener en cuenta que este precepto se refiere a las Sociedades colectivas, y en particular a los administradores de este tipo de Sociedad, supuesto esencialmente distinto del aquí contemplado, que tiene su regulación específica en el mencionado artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas, y al que habrá de atenderse en todo caso;

Considerando que el tercer defecto obliga a examinar la validez de la cláusula estatutaria que rebaja el 10 por 100 al 5 por 100 del capital desembolsado, el quórum que para la solicitud de convocatoria de Junta extraordinaria establece el artículo 56 de la Ley.

Considerando que ordinariamente la facultad de convocar Junta extraordinaria corresponde según el artículo 56 de la Ley a los Administradores de la Sociedad sin más excepción que aquellos casos en que se le reconoce al Juez o al Comisario del Sindicato de Obligacionistas (artículos 57 y 119), pero no se confiere esta posibilidad a los socios, salvo el supuesto de Junta Universal (art. 55), más ello no quiere decir que la Ley no autorice a que si no directamente, puedan mediante solicitud pedir su convocatoria al órgano competente en los términos prescritos en dicho artículo, y a fin de no dejar sin tutelar el interés que pueda ostentar la minoría, se establece un quórum—el 10 por 100 del capital desembolsado—, que hay que entenderlo como ya declaró la Resolución de 28 de diciembre de 1951, como límite máximo, en el sentido de que no pueden los Estatutos exigir quórum superior, pues ello equivaldría a restringir un derecho de convocatoria de la minoría y en este sentido tiene carácter imperativo la norma, por lo que implícitamente está autorizando que tal quórum pueda rebajarse al desaparecer la «ratio legis», como sucede en el presente recurso, y facilitar así la solicitud de la con-

vocatoria de Junta y ulterior examen de los asuntos que se incluyan en la petición;

Considerando que en cuanto al cuarto y último defecto, es indudable que el contenido del artículo 18 de los Estatutos atenta al campo de actuación judicial, al pretender establecer un régimen acerca de las costas del procedimiento de impugnación de acuerdos, distinto del que en esta materia establece el artículo 70, número 5 y 11 de la Ley, que como norma de carácter procesal es de orden público, y en donde sólo el Tribunal puede imponerlas con arreglo a lo indicado en forma minuciosa en el referido precepto legal, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los Administradores, si se declara lesivo o nulo el acuerdo impugnado,

Esta Dirección General ha acordado confirmar los defectos números primero, segundo y cuarto de la nota del Registrador y revocar el tercero.

COMENTARIO.—La nota de calificación del Registrador Mercantil señala cuatro defectos, tres de los cuales han sido confirmados por la Dirección General. La disparidad de criterio se produce en torno al artículo 21 de los Estatutos sociales que establece: «También se celebrarán las Juntas extraordinarias cuando lo solicite un número de socios que represente al menos la vigésima parte del capital desembolsado»; precepto que fue calificado en el sentido de que su redacción vulnera los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que exige para pedir convocatoria de la Junta General porcentajes inferiores a los mínimos legales.

Antes de entrar en el examen de este punto, conviene recordar que la facultad de convocar la Junta General es competencia exclusiva de los administradores, con las excepciones previstas en los artículos 57—Junta universal—y 119—convocatoria por el Comisario—y por eso, señalan GARRIGUES Y URÍA (1) que lo que la Ley concede a los accionistas es simplemente la iniciativa para la celebración de la Junta, al tener los administradores que convocar siempre que los accionistas peticionarios representen al menos la décima parte del capital desembolsado.

El problema se centra, por tanto, en si los artículos indicados de la L. S. A. son normas de derecho necesario y de inexcusable cumplimiento, y si al igual de lo que ocurre con otros topes fijados por dicha Ley, pueden a pesar de ese carácter admitir reforzamiento o minoración, y aun dentro de esta posibilidad, precisar el sentido del exigido por el artículo 56, para ver si el diez por ciento actúa como tope máximo o como tope mínimo.

La Resolución de la Dirección General de 28 de diciembre de 1951 es muy esclarecedora respecto de las cuestiones planteadas, ya que en torno a la posibilidad de que la convocatoria de la Junta se solicite por accionistas representativos de la cuarta parte del capital social, resolvió que tal supuesto se halla en contradicción con normas de derecho necesario que exigen, al menos, esté representado la décima parte del capital social desembolsado. El fundamento de esta decisión consiste en que no se puede privar del derecho a iniciar la convocatoria a los accionistas que representen del 10 al quince por 100 del capital social, ya que la Ley

(1) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, pág. 629.

parte del postulado de que no puedan imponerse restricciones a los derechos reconocidos por ella a los accionistas. En consecuencia dicha Resolución además de señalar el carácter imperativo de los artículos 56 y 57 de la L. S. A. fija, para no vulnerar los derechos de los accionistas, el diez por ciento como tope máximo para solicitar convocatoria de la Junta. ¿Pero, este tope máximo puede reducirse? La solución negativa mantenida por el Registrador Mercantil se apoya en el carácter de normas de derecho necesario de los artículos de la Ley indicados, por lo que el precepto estatutario no puede admitirse por exigir concurrencia de accionistas en número inferior al requerido por la Ley. Otro criterio en apoyo de esta tesis es el de que la décima parte del capital desembolsado constituye el tope mínimo que evita el inconveniente de que puedan perturbar la marcha de la sociedad promoviendo la reunión de Juntas generales, una minoría de accionistas con participación insignificante en el capital social.

Al analizar el artículo 21 de los Estatutos sociales conforme a lo señalado puede llegarse a la conclusión de que al no atenerse dicho precepto estatutario al límite legal mínimo del artículo 56 de la L. S. A., cabría admitir que cuando los Estatutos señalen un tope inferior, como en el caso que se examina, los administradores no tendrán necesariamente que convocar la Junta y sí podrán ponderar las circunstancias de la petición y acceder a ella si lo estiman conveniente para la buena marcha de la sociedad. Pero este matiz pierde su significado si se tiene en cuenta que en toda sociedad anónima cualquiera de los socios puede dirigirse a los administradores con igual pretensión y resultado cualquiera que sea la norma estatutaria.

Parece, por tanto, que no existe obstáculo grave que impida reducir el «quorum» del artículo 56 de la L. S. A. ya que no se restringen los derechos de los socios y sí, al contrario, se incrementan; se evita el absurdo de que solamente el diez por ciento del capital pueda pedir la convocatoria, y finalmente un argumento decisivo en favor de esta posibilidad de reducción del tope legal es el representado por el artículo 11 L. S. A. que encomienda a los Estatutos «la forma de convocar y constituir las Juntas de socios tanto ordinarias como extraordinarias», del que parece desprenderse que no debe haber inconveniente en que los Estatutos puedan reducir la representación del capital necesaria para que los socios puedan solicitar la convocatoria de la Junta por los administradores.

En resumen, el criterio mantenido por la Dirección General es a nuestro juicio el correcto, ya que según queda indicado corresponde a los accionistas la iniciativa para convocar la Junta por delegación de la Ley, cuando reúnan el «quorum» estatutario exigido que conforme hemos visto nunca podrá ser superior al diez por ciento, y sí podrá rebajarse para facilitar la solicitud de convocatoria y ulterior examen de los asuntos que se incluyan en la petición.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA INTERPUESTA POR EL ESTADO SOBRE BIENES VACANTES O ABANDONADOS. EL REQUISITO DE LA PRUEBA DEL TITULO. APLICACION DE LA LEY DE BIENES MOSTRENCOS. VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES CATASTRALES (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, formula demanda contra don Antonio Cerezo C. y su esposa y contra don Francisco Berna L. y su esposa, suplicando se dictara sentencia declarando que pertenece al Estado el dominio o propiedad sobre la finca descrita en la demanda en concepto de bienes vacantes o abandonados y sin legítimo dueño, declarándose nulos y sin valor ni efecto tanto el contrato de compraventa verbal que se dice concertado entre los demandados como la escritura pública en que dicho contrato verbal se refleja, así como la nulidad y consiguiente cancelación del asiento registral practicado al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria por el demandado.

Los demandados contestan a la demanda oponiendo que en lugar de probar el Estado detenida y detalladamente cómo y cuándo la finca quedó vacante o sin legítimo dueño, se limita a acreditar que figura catastrada a su nombre y que la certificación del Catastro o amillaramiento sólo prueba el cumplimiento de una formalidad administrativa para distribuir la contribución y no acredita el dominio por su carácter exclusivamente fiscal y por ser su origen un acto de naturaleza unilateral.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Murcia dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, por lo que dice en su primera sentencia:

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis desestimatoria de la demanda, se basa en lo siguiente: a) Que la acción reivindicatoria ejercitada por la representación y defensa del Estado, es la correcta; b) Que al Estado, incumbe, por tanto, la prueba de su derecho para la prosperabilidad de tal reivindicación conforme a lo dispuesto en el artículo veintidós de la Ley del Patrimonio del Estado, «sin antecedente alguno en la anterior Ley de nueve-dieciséis de mayo de 1835, porque sólo decía ésta, en su artículo cuarto, que la obligación del Estado era probar que no es dueño legítimo el poseedor o detentador»; c) Que estando legalmente ejercitada la acción reivindicatoria, el problema cardinal a resolver, consiste en determinar si por el Estado se ha cumplido la obligación que el artículo 22 de la Ley de 15 de abril de 1964, le impone, de probar su derecho»; d) Que la prueba de este derecho del Estado recurrente, sobre los bienes reclamados, necesaria para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria puesta en juego... se encuentra claramente indemostrada en el caso presente. , porque de la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas... se advierte su certeza..., y que contra la titularidad de los demandados, escritura pública e inscripción registral, ésta hecha el 14 de marzo de 1972, casi unos dos años antes de la presentación de la demanda, dos de marzo de 1974... sólo se opone por el recurrente la existencia de una situación catastral de una finca de superior extensión superficial; y d) Que la inclusión en un Catastro, amillaramiento o Registro Fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito pueda pertenecer a quien figura como titular, pero no puede, por sí sola, constituir un justificante de tal dominio.»

«Considerando que contra esta sentencia, alza la parte recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1692 denuncia la «infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 4.º de la Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835»; en defensa de la procedencia de tal motivo, se alegan, entre otros, los siguientes razonamientos: a) Que el artículo 3.º de la Ley de Mostrencos, atribuía al Estado, el dominio de los bienes detentados o poseídos sin título legítimo, determinando el artículo 4.º que al Estado incumbe probar que no es dueño legítimo el detentador o poseedor; y b) Que son estos preceptos, que regían en toda su integridad cuando, según referencias que obran en la escritura pública de 27 de febrero de 1971, —la supuesta venta verbal de la finca de autos realiza diez años entre los hermanos políticos comparecientes—comenzó a prepararse la operación de sustracción al Patrimonio Estatal, la finca de autos, los que tuvieron que aplicarse en toda su integridad por la Sala a quo.»

«Considerando que, efectivamente, y como en este motivo se razona, los preceptos que debían haberse aplicado por la Sala de instancia, son los invocados por el recurrente—artículo 3.º y 4.º de la Ley de Mostrencos—que eran los que regían en 1961, cuando se dice que se realizó la primera adquisición de la finca litigiosa por los demandados, y en cuya fecha ya figuraba incluida en el Catastro Topográfico Parcelario, como

perteneciente al Estado, la finca dentro de la cual se ubica la parcela litigiosa, inclusion que se practicó en 1925, previa exposición al público desde el 26 de enero al 9 de mayo de dicho año, sin que apareciera haberse formulado reclamación alguna, revisándose en 1951, también con exposición al público, sin que tampoco se presentara reclamación alguna sobre tal parcela.»

«Considerando que, con arreglo a tales preceptos, al Estado le bastaba con demostrar que los demandados no eran dueños legítimos de la parcela litigiosa, y ello lo ha acreditado sobradamente, ya que se han presentado las certificaciones fehacientes reveladoras de la inclusión, con publicidad y sin protesta ni reclamación de nadie, de dicha parcela como perteneciente al Estado, ya en 1925, sin que los demandados, en cambio, hubiesen acreditado que, en tal fecha era detentada por los causahabientes (sic) de ellos, y ni siquiera, que fuera poseída por ningún particular o Corporación.»

«Considerando que, al no haberse aplicado al caso litigioso, los mencionados preceptos, que regían cuando se produjo la primera adquisición esgrimida por los demandados, se comete su violación, por lo que el motivo que tal violación denuncia, tiene que ser estimado, haciéndose ya innecesario el estudio de los demás, cuya resultancia no obstaculizaría en ningún supuesto, el fallo casacional que la estimación del primer motivo impone.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda.

COMENTARIO.—No compartimos las conclusiones de la presente sentencia a propósito de la acción interpuesta por el Estado para reivindicar bienes en concepto de vacantes o abandonados. Por ello suscribimos las conclusiones contrarias de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial, aunque hayan sido desvirtuadas en el caso concreto por la presente sentencia del Tribunal Supremo, pues ésta es insólita y por lo mismo única y aislada.

Exponemos a continuación, por separado, esas criticables conclusiones de la sentencia:

1.º) En el «Considerando» tercero, después de haber hecho un resumen del pleito en los «Considerandos» primero y segundo, la sentencia sigue un extraño criterio de aplicación de las leyes en el tiempo, que no es el que resulta de la disposición transitoria 1.ª del Código Civil y que debería haberse aplicado al no contener sobre el tema ninguna norma transitoria la Ley de Patrimonio del Estado. De lo que se trataba era de si se aplicaba esta última ley o la anterior ley de 9-16 de mayo de 1835 de bienes mostrencos, actualmente derogada por aquella de modo expreso, por estar incluida en la lista de leyes recogidas en la disposición derogatoria de la citada Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.

El criterio que apunta la sentencia es que se aplica la ley de bienes mostrencos porque es la que regía cuando se produjo la primera adquisición de la finca según declaración del demandado, que lo fue en contrato verbal de 1961, reseñado en la posterior escritura pública de 1972. Lo que no sabemos es la razón que puede existir para que se tome ese peculiar criterio de aplicación de las leyes en el tiempo derivado de una simple declaración del demandado que no obedece a ninguna prueba concreta. Siguiendo esa misma idea de las meras manifestaciones, ten-

dríamos los siguientes resultados absurdos: 1.º) Si el demandado se limita a alegar como título adquisitivo de la finca exclusivamente la escritura pública de 1972, que en cierto modo es la primera adquisición, legalmente hablando, pues dio lugar a una inmatriculación en el Registro, el criterio que señala el Tribunal Supremo, daría como resultado que sería aplicable la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y no la ley de bienes mostrencos. Lo cual es absurdo pues deja al arbitrio del demandado el decidir cuál es la legislación aplicable; 2.º) Si el demandado, puestos ya a admitir la historia que cuenta del contrato verbal de 1961, no se limita a señalar esta fecha, sino que añade que esa es sólo una de las fases de la historia y que en realidad ésta comienza en el año 1800 relatando las supuestas vicisitudes de la finca desde aquel entonces, sin señalar prueba alguna, utilizando este mismo criterio de la fecha de la primera adquisición *alegada o manifestada* (sin pruebas), la legislación aplicable sería la anterior a la ley de bienes mostrencos.

Por tanto, nos parece absurdo basarse en una mera manifestación del demandado, sin aportar prueba alguna y que cuando la hace, no sabe que va a tener esas funestas consecuencias, al no resultar de ningún precepto ese peculiar criterio de aplicación de las leyes en el tiempo.

Pero tampoco comprendemos, prescindiendo de la prueba, por qué se adopta el criterio de la fecha de la adquisición del demandado, en lugar de atender a la fecha o momento en que se producen *los hechos* de los que deriva el derecho del Estado demandante.

La disposición transitoria 1.ª dice que «se regirán por la legislación anterior al Código (en este caso, «anterior a la Ley de Patrimonio del Estado de 1964») los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen». A la vista de ella, lo que habría que preguntarse es cuándo se producen los hechos que dan lugar al «derecho ex lege» del Estado, porque en cualquier caso es evidente que la atribución «ex lege» exige el cumplimiento de unos requisitos. Si se pretende aplicar la ley de Bienes Mostrencos; lo lógico es preguntarse por los requisitos que determinan el nacimiento del derecho del Estado. Pues bien, según la interpretación dominante en la doctrina, no basta que se trate de un bien vacante o sin dueño conocido (como basta ahora según el artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado), sino que la adquisición se realiza «una vez que el Estado haya procedido a ocuparlos o, en su caso, los reclame judicialmente a sus detentadores» (Garrido Falla, que cita el artículo 10 de la Ley de 1835) (1). También hay que advertir lo que dice Albaladejo, que antes de la Ley de Patrimonio del Estado, era más defendible la opinión de que los bienes vacantes o abandonados podían ser adquiridos por los particulares por ocupación (2). De todo esto se desprende que para aplicar la ley de bienes mostrencos debería haberse probado que se dieron los hechos determinantes de la adquisición por el Estado: por un lado, que se trataba de bienes vacantes y por otro lado, que se había producido la ocupación por el Estado (lo que no se prueba de modo concluyente) o que se había producido la reivindicación judicial, pero este último requisito se produce en el año 1974, cuando ya está vigente la Ley de Patrimonio del Estado. O sea, que no consta se hubieran producido antes de 1964 todos los hechos de los que derivaba

(1) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, pág. 454, año 1974.

(2) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, vol. I, pág. 256, año 1974.

el derecho «ex lege» del Estado. También ha de tenerse en cuenta la doctrina civilista acerca de los «hechos y actos sucesivos». Dice Castro y Bravo que «los hechos o actos que requieren para su eficacia requisitos sucesivos, sólo cuando reúnen todos ellos quedan perfectos; por ello, al hablar la ley de hechos o actos, hay que entender que se refiere a los realizados por completo bajo la vigencia de la legislación anterior (3). Hemos visto que todo esto no se cumple en el presente caso, o por lo menos no constar haberse probado ello adecuadamente. En cualquier caso, la cuestión de la prueba afecta al ejercicio del derecho, por lo que habría que aplicar, a este objeto, la disposición transitoria cuarta.

En definitiva, según nuestra opinión, si el Estado no había ocupado ni reivindicado judicialmente los bienes vacantes en el año 1964, quiere decir que no los había adquirido todavía conforme a la ley de bienes mostrencos porque no se daban todos los hechos que según esta ley determinaban la adquisición del derecho por el Estado. Por ello, cuando se plantea un problema con posterioridad a 1964 en que no se prueba la ocupación o reivindicación anterior del Estado, la legislación aplicable es la ley de Patrimonio del Estado y concretamente el artículo 22 que exige la prueba del derecho del Estado, que no sería necesariamente a través de un título, sino que podría probarse que se trata de bienes vacantes conforme el artículo 21.

Pero vamos a suponer que no tenemos razón en este primer grupo de críticas, aunque hemos hecho lo posible por demostrar que la tenemos. Aun así, de la ley de bienes mostrencos no puede derivarse que le baste al Estado aportar como prueba una simple certificación catastral o fiscal, de lo cual nos ocupamos a continuación.

2.º) En el «Considerando» cuarto, la sentencia parte de la base que le proporciona la ley de bienes mostrencos consistente en que al Estado le basta con demostrar que los demandados no eran dueños legítimos de la parcela litigiosa. Pero en lugar de valorar adecuadamente la prueba suministrada que no es otra que la certificación catastral o fiscal de estar la finca a nombre del Estado y que nunca puede revelar prueba relativa al dominio, dice que se «ha acreditado *sobradamente*, ya que se han presentado las certificaciones fehacientes reveladoras de la inclusión, con publicidad y sin protesta ni reclamación de nadie, de dicha parcela como perteneciente al Estado, ya en 1925». Ahora bien, lo único que pueden acreditar esas certificaciones es que por esa finca ningún particular paga Contribución Territorial Rústica o que tiene la medida superficial que resulte de la misma, salvo prueba en contrario. Por lo mismo, la publicidad y la no existencia de protesta ni de reclamación, sólo significan que nadie tiene interés en dar en alta la finca en la Contribución, lo que podría determinar las sanciones de tipo fiscal que fueran pertinentes, en su caso, pero nunca la pérdida del dominio o la no adquisición del mismo por parte de determinadas personas. La sentencia de la Audiencia lo había visto muy bien, al decir que «la inclusión en un Catastro, amillaramiento o Registro fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular, pero no puede, por sí sola, constituir un justificante de tal dominio». Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene negando que tales certificaciones puedan servir de base para probar el domi-

(3) CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 735, año 1955.

nio. Ahora bien, lo que no comprendemos es que no sirviendo para probar *positivamente* el dominio, porque ello es un problema civil que excede de lo que es el mero aspecto fiscal, pueda decirse que constituyen una *abrumadora* prueba de que los demandados *no son dueños legítimos*. Es cierto que es diferente el requisito de probar positivamente el dominio, como se exige en la acción reivindicatoria corriente, del requisito de probar que otro *no* es el dueño legítimo, como exige la ley de bienes mostrencos y que ello puede facilitar la cuestión al Estado cuando se trata de reivindicar bienes vacantes o abandonados, en que no cabe prueba positiva del dominio del mismo. Pero no se negará que visto desde la perspectiva de la fuerza probatoria de una certificación catastral o fiscal el problema es el mismo. Es decir, si se admite que una certificación de ese tipo no es suficiente para probar que una persona es dueña de una finca, no es posible admitir que sea suficiente para probar que no sea dueña, dado que, como decimos, el contenido probatorio afecta igualmente a la institución del dominio, sea positiva o negativamente, y respecto a ella, la certificación catastral o fiscal es impotente para acreditar nada *jurídicamente* concluyente, salvo ese indicio del que habla la Audiencia, indicio que la propia legislación hipotecaria aprovecha en algunas ocasiones para la inmatriculación, pero nunca como prueba del dominio del inmatriculante.

Lo sorprendente del «Considerando» cuarto continúa cuando *exige al demandado que acredite la posesión* de la finca en la fecha de 1925 a través de los causahabientes de ellos, siendo de suponer que quiere referirse lógicamente a sus «causantes», pero lo que causa sorpresa no es ese «lapsus» terminológico, sino que exija al demandado una prueba de una situación, que ni siquiera desde la perspectiva de la ley de bienes mostrencos cabe exigir, pues ésta siempre mantiene en el Estado reivindicante la carga de la prueba, aunque la convierta o concrete en el aspecto negativo de probar que el demandado no es dueño legítimo.

En resumen, que no nos convence la argumentación de la presente sentencia en ninguno de los aspectos de los que se ocupa y consideramos mucho más acertada la postura adoptada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO. CUESTION NUEVA. LITISCONSORCIO PASIVO (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Los hermanos Pérez Hernández formulan demanda contra don Manuel García Méndez, sobre acción negatoria de servidumbre, fundándola en los siguientes hechos: 1.º Los actores son dueños de cuatro suertes de fincas adquiridas por donación e inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad; 2.º Que las cuatro fincas están actualmente atravesadas por una pista para el paso de vehículos de motor de unos tres metros y medio de ancho, teniendo al salir o confluencia con el camino público, una cadena. Nombraron como administrador a uno de los hermanos que permitió, mediante el pago de 25 pesetas por cada coche y 50 por cada camión, que la utilizaran diversos vecinos, de forma esporádica, sin continuidad y sin que pudiera generar ningún derecho y, por consecuencia, tampoco ningún gravamen sobre las fincas. A últimos

de noviembre apareció rota la cadena, de lo que se dio cuenta a la Guardia Civil sin que se encontrara al culpable. A los pocos días el administrador observó que el demandado hacía uso de la pista sin su autorización, por lo que le requirió para que se abstuviese de pasar, y como no hacía caso le citó de conciliación que se celebró sin avenencia. Alegan los fundamentos de derecho que estiman de aplicación y suplican se dicte sentencia por la que se declare que el demandado carece de todo derecho al uso y posesión de la pista o servidumbre de paso que atravesase la propiedad de los actores y que se abstenga de utilizarla.

El demandado contesta a la demanda alegando que existía una servidumbre, que ha sido interrumpida por una pista y otros trabajos, y entre los predios que de ella se servía está la casa del padre político del demandado, que la habita y hace uso de la pista no por su propio derecho, sino por herencia de su padre político, teniendo en cuenta que la misma había sido construida por varios propietarios y el demandado había entregado dinero para la misma e incluso ha trabajado en ella.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de La Palma dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que en el pleito se alegó por el demandado, contra el que ejercita el actor la acción denegatoria de servidumbre de paso, que si bien él no tenía derecho alguno a utilizar dicha servidumbre, así lo tenía su suegro; sin tratar de probar relación alguna de mandato y sin proponer tampoco la acción de litis consorcio pasivo necesario; pero al haber prosperado la pretensión del actor en la sentencia de la Audiencia y denegado, en consecuencia, el derecho del demandado a usar de la servidumbre, entabla recurso de casación contra aquella sentencia, en cuyo único motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se invoca la mala constitución de la relación jurídico-procesal, alegando que ha debido ser convocado al juicio su suegro; cuestión enteramente nueva en la que no entraría a conocer esta Sala, de no ser por imperativo de extensa jurisprudencia, elaborada por ella misma, que estima como apreciable de oficio dicha cuestión.»

«Considerando que, dirigida la acción contra el demandado, que fue quien, rompiendo las cadenas que cerraban el camino, trató de pasar sin pagar el canon que cobraban los actores a las personas que por allí pasaban con su anuencia, era a él a quien le correspondía probar su supuesto derecho al paso gratuito o el derecho de aquella persona, en cuyo nombre actuara, probando cumplidamente, no sólo el derecho de aquél, sino la relación de mandato que con él le uniera; nada de lo cual no sólo no ha probado, sino que ni siquiera lo ha intentado; liberando a la instancia de la obligación de acoger su mera manifestación y de verse obligada a citar a juicio al tercero cuyo derecho fue simplemente invocado sin aportar pruebas de ningún género, el cual tercero, caso de existir, jamás podría ser afectado por la resolución denegatoria del derecho de paso pronunciada sólo contra el demandado; por lo cual procede desestimar el motivo.»

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Don Alberto Roviralta A. presentó demanda de tercería de dominio contra «Constructora Incoa, S. A.», y contra la Comunidad de Propietarios de la casa número nueve de la calle de Pedro de Valdivia de Madrid, fundándola en los siguientes hechos: 1.º El actor era propietario de una cuota indivisa en el solar; igualmente era propietario de una planta en la casa construida sobre dicho solar; 2.º Incoa, S. A., demandó a la Comunidad de Propietarios exigiendo el pago de una suma como consecuencia de un contrato de arrendamiento de obra que fue concertado entre aquella sociedad y don José García de Castro, quien actuaba, según dijo, en nombre de la Comunidad; 3.º El actor, comprador de un piso de la casa en cuestión, se creyó afectado por el mencionado litigio y se personó en el juicio en su propio nombre y no en el de la Comunidad, y el Juzgado estimó no haber lugar a tenerlo por comparecido y parte, por providencia que ganó firmeza al ser confirmada por auto de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial; 4.º En ejecución de sentencia, y a petición de Incoa, S. A., estando en rebeldía la Comunidad demandada, se había embargado la casa y solar, sin distinción ni exclusión alguna en cuanto al piso y cuota que pertenecía al señor Roviralta; 5.º El señor Roviralta no era en absoluto responsable de la falta de constitución de la Comunidad y designación de Presidente, como constaba a los demandados. Alegaba los fundamentos de derecho aplicables y suplicaba se dictase sentencia declarando haber lugar a la tercería interpuesta, mandando queden excluidos de toda traba o embargo en la ejecución de la sentencia recaída en autos, la planta propiedad del actor y la cuota del solar que le pertenece.

La empresa constructora contesta a la demanda alegando que la Comunidad de Propietarios existía no solamente por haber sido declarado así judicialmente en los autos de donde la presente tercería se derivaba, sino por haberlo reconocido igualmente el propio actor al demandarla, que la sentencia era firme y consentida por la Comunidad de Propietarios, que se habían embargado los bienes de la Comunidad condenada al pago, suficientes para cubrir el pago a que por sentencia fue condenada y que la alegación del tercerista de que era propietario de una planta de la casa no había sido corroborada por las pertinentes pruebas.

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que sobre la base implícita de que la acción que se deduzca en toda demanda de tercería de dominio solamente podrá ejercitarse por persona jurídica distinta del deudor-ejecutado y habrá de estar fundada en que los bienes embargados o parte de ellos no son propios de éste, sino del tercerista, los juzgadores de instancia desestiman la demanda que formuló el hoy recurrente por considerarle falto de legitimación activa, dado que, siguiéndose el proceso de ejecución

contra la Comunidad de Propietarios de la casa número nueve de la calle de Pedro de Valdivia de esta capital y habiéndose embargado en el mismo “todos y cada uno de los pisos o locales que componen el aludido inmueble hasta donde alcance la cuota de participación de cada comunero, juntamente con las partes en comunidad”, el accionante forma parte de ésta, deudora y ejecutada, y es el mismo tercerista quien pretende que deben excluirse del embargo tanto la planta de dicho inmueble, que dice es de su propiedad, como la cuota indivisa del dominio del solar sobre el que la referida casa aparece edificada.»

«Considerando que este fundamento, el cual constituye la verdadera premisa del fallo desestimatorio, no es impugnado en el recurso, por lo que siendo suficiente por sí solo para mantener la parte dispositiva de la sentencia atacada, resultan superfluos los tres motivos que se articulan, como se razona a continuación.»

En los «considerandos» siguientes se señala: que los artículos 1.532 y 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se alegan por el recurrente, no contienen normas que puedan servir para la decisión de las tercerías; que no se concreta por el recurrente el concepto de la infracción que estima cometida por la Sala respecto a los artículos 1.532 y 1.539 de dicha Ley; que el motivo tercero está formulado sin la claridad y precisión que han de presidir todo escrito de formalización de un recurso de casación y que mezcla y confunde el error de hecho con el de derecho en la apreciación de las pruebas.

SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO DE FINCA SIN SALIDA A CAMINO PUBLICO: NO TIENE DERECHO A ELLA LA FINCA QUE LINDA CON UNA VIA PECUARIA, QUE EQUIVALE A CAMINO PUBLICO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Por doña Josefa Zapata Pérez y sus hijos se presentó demanda contra don Jesús Cosin García, sobre constitución de servidumbre forzosa de paso, alegando que son propietarios de una finca en término municipal de Cartagena, con los linderos que indicaban, de los que destacan el Norte, con zona marítima del Mar Menor y el Este, con finca del demandado, y que dicha finca no tiene salida a camino público, por lo que suplican se dicte sentencia condenando al demandado a construir sobre la finca de su propiedad servidumbre forzosa de paso para personas y vehículos a favor de la finca de los actores, estando obligados éstos a la indemnización correspondiente, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

El demandado se opone alegando que la finca de los actores linda al Norte con la vereda del Mar Menor según decía la escritura de compra de la finca por el causante de aquellos, vereda que es de uso y dominio público, teniendo por ello dos medios o salidas de la finca: uno al Mar Menor, al cual puede accederse por la zona marítimo-terrestre, pudiéndose solicitar la concesión de un embarcadero, y otro, la vereda que corre paralela a dicho Mar, lo que impide hablar de aislamiento de la finca de los actores.

El Juez de Primera Instancia número dos de Cartagena dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado por interpretación errónea del artículo 564 del Código Civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, que dice la primera sentencia:

«Considerando que el único tema debatido a lo largo del pleito de que trae causa el presente recurso y al que éste exclusivamente se refiere es el relativo al derecho alegado por el en su día actor y hoy recurrido, a exigir la constitución de una servidumbre de paso sobre la finca del entonces demandado y ahora recurrente, al entender que se daban los requisitos exigidos en el artículo 564 del Código Civil, es decir, porque se trataba de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas, y sin salida a camino público, que fue resuelto afirmativamente en la sentencia de primer grado, confirmada en un todo por la que se impugna en este trámite, con el también único motivo que se formuló; donde por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia interpretación errónea del citado artículo 564 de nuestro primer Código sustantivo, para cuya valoración es de observar, ante todo, que en efecto se trata de una cuestión puramente jurídica de orden interpretativo y no de hecho, puesto que el Tribunal *a quo*, para llegar al resultado combatido, se apoya—en su último considerando—no sólo en el “conjunto de la prueba practicada”—naturalmente de carácter fáctico—, sino, además, “en lo expuesto en la sentencia de instancia respecto de la posible salida de la finca al mar, sin olvidar que para utilizarla habría que cruzar la zona marítimo-terrestre” y, finalmente, “en lo dicho anteriormente” referido al alcance que deba darse a dicha zona, así como al término “vía pecuaria”, a los fines de discernir si puede incluirse o no en el concepto de “camino público” y consiguientemente si el pretendido predio dominante está o no enclavado entre otras fincas ajenas sin posible salida a aquél, para cuya solución habrán de utilizarse las reglas contenidas en el apartado primero del artículo tres del Código Civil (según su nueva redacción), a cuyo tenor “las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”».

«Considerando que la finalidad perseguida por el precepto así como el espíritu que lo anima—los que de modo fundamental deben atenderse—afectan al denominado predio dominante, al objeto de permitir su comunicación o salida al exterior, sin depender del simple acuerdo voluntario de los titulares interesados, por lo que tiene carácter forzoso y más que de propia servidumbre predial, configura al instituto de auténtica limitación legal del derecho de propiedad; pero también y muy principalmente por lo que ahora interesa, al llamado predio sirviente en cuanto que se exige que responda no al capricho o simple conveniencia del titular del dominante, sino a la verdadera *necesidad* según se dice inequívoca y terminantemente en los artículos 564, párrafo segundo, 566, 659 (donde se habla de “indispensable”) y 570, párrafo tercero, todos ellos

del Código Civil, de tal modo que el derecho cesa cuando desaparece la necesidad (art. 568), teniendo siempre que mediar la pertinente indemnización (arts. 564, 568 y 569) y ordenándose en el 565 que el paso tendrá que darse por el “punto menos perjudicial al predio sirviente”; todo lo cual ha conducido a una interpretación restrictiva en cuanto a la exigencia y consiguiente por lo que respecta a los términos “enclavada entre otras ajenas”, “salida a camino público” y, sobre todo, al concepto específico de éste; pautas de hermenéutica legal de que se hizo eco la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 13 de marzo de 1901, seguida después por las de 8 de marzo de 1922, que reputó adecuada, en contra de una pretendida servidumbre, la salida a un río navegable a través del que tanto las personas como las cosas pudiesen llegar a un camino público, 26 de febrero de 1927, que precisó que el derecho tenía que fundarse en una “necesidad real, no ficticia ni artificiosa, que justifique y legitime la coacción de la Ley respecto del derecho de propiedad”, 17 de noviembre de 1930, que declaró que se trata de una excepcional limitación o gravamen que por ser tal y además coactiva, ha de entenderse siempre “en sentido restrictivo, pues sabido es que si lo favorable debe ampliarse, lo odioso debe ser restringido” y la de 14 de octubre de 1941, que entendió que este derecho ha de fundarse en todo caso en la “necesidad de establecer la servidumbre como *único medio* para lograr esa salida o comunicación”.

«Considerando que a la luz de los expuestos espíritus y finalidad de la norma contenida en el artículo 564 del Código Civil, tal y como fueron puntualizados por la doctrina jurisprudencial y haciendo entrar en juego los demás medios interpretativos, es preciso recordar que la oposición a la pretensión a la exigencia de la constitución de la servidumbre que en este caso se discute, se basó desde el principio de la *litis* precedente en que la pretendida finca dominante lindaba por todo su frente Norte con una vía pecuaria, que era la denominada “vereda o colada del Mar Menor” y que de no ser así, lindaría por dicho punto con la zona marítimo-terrestre, por lo que en todo caso tiene acceso directo a una vía pública, impidiéndose con ello la constitución de una servidumbre como la solicitada, alegatos que desestima la sentencia recurrida por separado, diciendo en cuanto a lo primero (considerando tercero) que no ahonda a fondo la cuestión acerca de la situación de la vereda o colada en relación con la finca de los actores, aunque implícitamente admite su existencia, al menos en hipótesis, al decir que aun siendo cierta “no podría sostenerse que la finca tiene salida a camino público, pues los conceptos de camino público y vía pecuaria no son idénticos”, siendo de observar, sin embargo, que según el sentido propio de las palabras, ambas son sinónimas en el Diccionario de la Real Academia Española, definiéndose la vía por camino y éste, a su vez, como “vía que se construye para transitar” sin que el adjetivo “público” añadido al primero, ni el de “pecuaria” que sigue al segundo, puedan servir de elemento diferenciador, pues relacionándolos con los textos legislativos vigentes, cuales son el Reglamento de 23 de diciembre de 1944 y, sobre todo, la Ley de Vías Pecuarias de 27 de junio de 1974 (que dado su rango legislativo y su fecha, deja de aquél en vigor sólo lo no derogado por ella), resulta que sus respectivos artículos primero otorgan a las “vías pecuarias” el carácter de “bienes de dominio público” al igual que lo

tienen los caminos con los que se ponen en contraste, sin que haya argumento para distinguirlos por el *uso* de ellos, puesto que en ambos casos consiste en el *tránsito* general característico, según se vio, gramaticalmente, de todo camino o vía, en un supuesto (caminos) de carácter general y en el otro (vías pecuarias) *principalmente* (no exclusiva o principalmente como se dice en la sentencia recurrida) según el tenor literal del artículo primero de la Ley especial citada, al de ganados, lo cual en la realidad social actual en que el precepto ha de ser aplicado no excluye la posibilidad de que por los caminos transite ganado, ni por las vías pecuarias transiten personas, como se comprueba, volviendo nuevamente a los aludidos textos legislativos, con el hecho inconcluso de que ni el Reglamento de 1944, ni especialmente la Ley de 1974, lo prohíben, ya que lo único que los dos sancionan es la ocupación o invasión de terrenos de una vía pecuaria con *carácter permanente* o la interrupción del tránsito del ganado o el aprovechamiento ilegal de los frutos o productos no utilizados por el ganado o la supresión de árboles de los mismos (artículo 8 de la Ley, coincidente con los 32 y 33 del Reglamento), pero en manera alguna el tránsito—que como se ha dicho es lo que caracteriza el concepto—de personas por sí solas o con la ayuda de algún medio de tracción mecánica.»

«Considerando que de acuerdo con cuanto antecede y admitiendo, como admitió, la sentencia recurrida, aunque lo fuese sólo hipotéticamente, la existencia de una vereda o vía pecuaria que delimita por el Norte en toda su extensión, la finca que pretende ser predio dominante, dejando intacto el problema fáctico de su existencia real en el que de modo expreso dice no profundizar, es incuestionable que jurídicamente, no puede sostenerse que concurra la circunstancia legalmente exigida como fundamental, de tratarse de una heredad o finca enclavada entre otras ajenas sin salida a camino público y que la solución contraria mantenida por el Tribunal *a quo*, se basa en una interpretación errónea del artículo 564 del Código Civil, a la manera como se denuncia en el único motivo formulado que, en su virtud, debe ser estimado y con él la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.»

En la segunda sentencia, desestima la demanda.

ACCION DECLARATIVA DEL DOMINIO. ES ILEGAL LA CONSTRUCCION POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS DE UN COLECTOR EN FINCA DE PROPIEDAD PRIVADA SIN HABER NOTIFICADO EL PROYECTO AL PROPIETARIO COMO EXIGE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA. NO EXISTE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION AL CONOCER DE ESTE ASUNTO LA JURISDICCION ORDINARIA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Don José Pérez Ivorra formuló demanda contra el Ayuntamiento de Alicante y la Dirección General de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, alegando que en la finca de su propiedad se estaba construyendo un colector o alcantarillado por parte de los

demandados, sin permiso del dueño y sin expediente de expropiación forzosa, por lo que suplica se dicte sentencia declarando que la finca es de propiedad del actor, encontrándose libre de toda servidumbre de paso de colector a favor de los demandados, ordenándose a éstos indistinta y solidariamente que destruyan y retiren la mencionada construcción de alcantarillado en toda la extensión que atravesaba y ocupaba su finca, con indemnización de los daños y perjuicios que habrían de calcularse en ejecución de sentencia.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Alicante dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, por lo siguiente:

1.º Porque no existe incompetencia de jurisdicción por parte de la jurisdicción ordinaria para conocer de este asunto, como pretende el recurrente, pues en el proceso se ejercita una acción declarativa de dominio, como consecuencia de haberse ocupado una finca de propiedad particular y realizado en ella obras de excavación para un colector, no pretendiéndose en la demanda la nulidad del contrato administrativo de ejecución de la referida obra, sino que se restituya al demandante el pleno disfrute del solar de su propiedad, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, cuestión de índole civil que se suscita contra la Administración y en la que se ventilan derechos privados, por lo que corresponde conocer de ella a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso-administrativa.

2.º Porque no puede decirse que se haya violado el artículo 1.218 del Código Civil en relación con la fuerza probatoria del expediente administrativo en el que se aprobó el proyecto de construcción del colector de Alicante, sino que de lo que se trata es de que no se dio cuenta de dicho expediente al demandante como interesado en la realización de la obra, pues, aunque el proyecto fue expuesto en las oficinas correspondientes y sometido a información pública, este trámite publicitario en modo alguno puede equipararse a la notificación legal que, conforme dispone el artículo 21 de la Ley de Expropiación Forzosa, debe hacerse personalmente al interesado. Por lo demás, se reconoce en la sentencia recurrida la autenticidad y fuerza probatoria del expediente como documento público, en cuanto al hecho que motivó su tramitación y la fecha del mismo.

3.º No hay defecto de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la Confederación Hidrográfica del Júcar como Organismo autónomo, pues ésta obró en todo momento en función fiscalizadora e inspectora de la obra, como delegada de la Dirección General de Obras Hidráulicas, sin que en ningún momento hiciera uso de facultad decisoria alguna, por lo que bastaba demandar al Ayuntamiento y a la Administración del Estado.

4.º Se ha producido un daño extracontractual al propietario, según declara la sentencia del juzgador de instancia, por lo que para desvirtuar esta declaración, como cuestión de hecho que es, debe utilizarse la vía

procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en el recurso no se hace, pues se utiliza la vía del número 1.º de dicho precepto.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

REQUISITOS PARA QUE EL SILENCIO DE UN LITIGANTE PUEDA SER CONSIDERADO COMO ACEPTACION TACITA DE LA OFERTA DEL OTRO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Pese al criterio sustentado entre otras por la Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1971, el silencio mantenido por uno de los litigantes, respecto a la oferta del otro, podrá ser estimada como aceptación tácita de la misma, entrando en juego los apotegmas jurídicos: *Qui tacet consentire videtur* y *Silentio fit ratihabitio*, y la doctrina sentada por la Sentencia de 21 de octubre de 1941, cuando así lo establezca expresamente la Ley, otorgándole un determinado efecto, ya de carácter procesal, bien de índole sustantiva, o cuando su consentimiento derive de un comportamiento o declaración que implícitamente lo ponga de manifiesto, siendo preciso en este caso que concurren los siguientes requisitos: 1.º Que quien lo mantenga haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia de la misma. 2.º Que se deduzca de hechos o acciones (*Rebus et factus*) de carácter concluyente (*Facta concludentia*), que inequívocamente pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, de suerte tal que se manifieste de un modo auténtico, sin posibilidad de dudosas interpretaciones y sin que, pese a la máxima: *Tacita consensu convenire intelligetur*, contenida en el epígrafe único de la Ley segunda, Título XIV, libro II del Digesto, sea suficiente con el mero conocimiento de la oferta, que por sí solo no implica conformidad. Y 3.º Que por aplicación del principio general del Derecho: *Tacens consentit si contradicendo impedire poterat*, aquel a quien se impute el consentimiento tácito, tenga el deber de hablar por existir entre las partes relaciones o negocios que así lo exijan, o por ser natural y normal que expresase su disenso, si no deseaba aprobar los hechos o propuestas de su contendiente.

INTERPRETACION ERRONEA: DIFERENCIA CON LA APLICACION INDEBIDA (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La interpretación errónea supone la exégesis equivocada de un precepto legal aplicado y la indebida aplicación deviene de relacionar e incluir unos hechos dentro del ámbito de una norma

legal que inexactamente ha sido estimada aplicable sin serlo, como enseña la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1966, lo que supone una incompatibilidad entre ambos conceptos que incide en un vicio formal determinante de la causa de inadmisión del número cuarto del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil.

PARA QUE PUEDA REPUTARSE EXISTENTE EL PRECONTRATO ES PRECISO QUE CONCURRAN EN EL LOS TRES REQUISITOS EXIGIDOS PARA TODO CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El precontrato o contrato de promesa es un contrato base, en el cual las partes se obligan a desarrollar la actividad necesaria para su conclusión definitiva, y por ende, para que pueda reputarse existente como tal contrato es preciso que concurran en él los tres requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil, entre los que se encuentra el del objeto, que ha de ser cierto, esto es, que esté determinado o al menos sea determinable sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, requisito que no concurre en el alegado contrato de promesa de opciones de compraventas de terrenos, por cuanto que la delimitación de los terrenos objeto de la opción se habría de efectuar de común acuerdo entre ambas partes, es decir, en un nuevo y posterior convenio.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA FORMA DE HACER FRENTE A ESTA RESPONSABILIDAD NO PUEDE QUEDAR AL ARBITRIO DEL AGENTE PRODUCTOR DEL DAÑO NI DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Colisionaron frontalmente dos camiones, falleciendo ambos conductores y quedando los vehículos destrozados. El propietario del camión que no fue responsable del accidente interpone demanda reclamando indemnización. El Supremo rechaza el recurso de la Compañía de Seguros condenada.

Doctrina de la sentencia.—La forma de hacer frente a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, no puede quedar en nuestro ordenamiento jurídico al arbitrio del agente productor del daño, de cuyo resarcimiento se trate, ni al de las personas comprendidas en el artículo 1.903 de la Ley Civil sustantiva, ni en su caso al de las Compañías aseguradoras de estas últimas, de forma tal que gocen de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron los desperfectos o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas que se pueda adquirir de segunda mano en el mercado: A) Porque si bien es cierto que los verbos *Indemnizar*, a que se alude en el artículo 1.101 de dicho Texto legal, y *Reparar*, empleado en el artículo 1.092, responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra *indemnización* asigna el artículo 1.106 de aquel Código,

no lo es menos que el primero de ellos constituye una forma de resarcimiento del daño de mayor amplitud y generosidad que el segundo, cuyo significado, según el Diccionario Oficial de la Lengua, se limita a «componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa» y como éste es el utilizado por el artículo 1.902 para los casos concretos y específicos que en él se mencionan, de ahí que deba gozar de preferencia en su aplicación respecto de los genéricos. B) Porque, aun cuando la cuantía de la reparación del vehículo siniestrado pudiera ser superior al valor en venta que éste alcanzase en el momento de sobrevenir el accidente, ello no podría obligar al perjudicado a admitir que se le sustituya por otro de idénticas o similares características y estado de conservación del que tenía, en lugar de procederse a su restauración, no sólo por la dificultad de encontrar en el mercado otro vehículo de ocasión de semejantes condiciones, por un precio justo y equitativo, y con la urgencia requerida para que no se resienta o entorpezca el desenvolvimiento de la industria a que aquél se dedicaba, sino también por los vicios o defectos ocultos que pudiera tener el adquirido y la falta de seguridad en cuanto a su ulterior funcionamiento, aparte de la imposibilidad de calcular de antemano si el importe del arreglo superaría o no al de aquella adquisición, sobre todo cuando, como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente. C) Porque si se admitiese, como pretende la Compañía aseguradora, que la indemnización por los daños ocasionados en el camión del recurrido debiera reducirse como consecuencia de la desvalorización que el vehículo haya sufrido a efectos fiscales por el transcurso de los años, y al mismo tiempo se advirtiera que la tarifa de los seguros de automóviles aumentasen correlativamente durante ese período de tiempo, so pretexto de que se había elevado el precio de las reparaciones de tales vehículos en los talleres correspondientes, no sólo se llegaría a una conclusión que por absurda debe rechazarse, sino que se contravendría la norma de hermenéutica consignada en el artículo 1.284 del Código Civil, y se produciría un enriquecimiento injusto para la aseguradora, contrario al Principio General de Derecho *nemo debet lucrari ex alieno damno*.

LAS CERTIFICACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ÚNICAMENTE HACEN FE RESPECTO DEL HECHO MISMO DE LA INSCRIPCIÓN, PERO NO EN CUANTO A LAS MANIFESTACIONES QUE EN EL ASIENTO SE HAYAN VERTIDO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia—Según constante doctrina de esta Sala, las certificaciones del Registro de la Propiedad, si bien tienen el carácter de documentos públicos, únicamente hacen fe con autenticidad jurídico-procesal respecto al hecho mismo de la inscripción, pero no en cuanto a las manifestaciones que en el asiento se hayan vertido, tesis por demás convincente, ya que si la eficacia probatoria de los Registros públicos en general se limita a lo que constituye su objeto y finalidad, la exactitud o valor testimonial del asiento en el Registro de la Propiedad se circunscribe al hecho de la presentación y exhibición del título y de que se ha practicado la inscripción, ello además de que siendo indispensable una

contradicción esencial entre el hecho evidenciado por el documento auténtico y el declarado probado por el Tribunal *a quo*, divergencia o disparidad que el documento invocado ha de poner de relieve por su misma virtud, esto es, con autosuficiencia impuesta por su literalidad, palmario resulta que tales requisitos no concurren en el caso examinado, por cuanto a pesar de que en la inscripción segunda practicada se hace la manifestación de que el vendedor fue representado por el apoderado en virtud de poder otorgado en Friburgo el 27 de noviembre de 1964, tal aserto, no cubierto por la exactitud registral, bien responda a una equivocación material del Registrador al ponderar los sucesivos apoderamientos, ora se deba a la aportación del poder precedente respondiendo a la exigencia del órgano calificador conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento, no comporta una negativa a la realidad de la escritura de poder de 4 de diciembre ni al hecho de su examen por el Notario autorizante de la compraventa, extremos ambos ajenos a la eficacia probatoria del contenido tabular.

Tanto según la *lex loci* aplicable al acto jurídico en cuestión, conforme al Texto del artículo 11 del Código Civil que entonces regía, como a la luz de nuestro ordenamiento positivo, operante como *lex causae* por virtud del mismo precepto en su actual redacción, el apoderamiento no viene sujeto a forma *ad sollemnitatem* tal como establece el artículo 1.710, párrafo segundo, de dicho Código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el número 5.º del artículo 1.280, norma que según reiterada jurisprudencia ni siquiera persigue disponer formas *ad probationem*, sino que se limita a permitir que los contratantes exijan la constancia por escritura pública del negocio ya celebrado y perfecto, sin que nada obste a todo lo expuesto la carencia de legalización en el instrumento de apoderamiento, por cuanto tal fórmula tan sólo acredita que los legalizantes aprecian semejanza de las firmas legalizadas con las auténticas y que el fedatario cuyos signos de autorización se legalizan, se hallaba a la sazón en el ejercicio de su cargo, lo que en otro aspecto provoca que si bien el documento carente de esa autenticación queda desprovisto de fuerza probatoria como instrumento público, nada impide que sea valorado como un medio demostrativo más en el conjunto de las ofrecidas por la controversia, y desde luego no resta validez a las declaraciones de voluntad en el documento contenidas.

DERECHO NAVARRO: EL TESTAMENTO DE HERMANDAD NO PUEDE SER REVOCADO POR UNO DE LOS TESTADORES DESPUES DEL FALLECIMIENTO DEL OTRO. TAMPOCO PUEDE EL SUPERSTITE DISPONER DE LOS BIENES A TITULO LUCRATIVO, A MENOS QUE ESTE AUTORIZADO PARA ELLO EN EL PROPIO TESTAMENTO. ES NECESARIA LA ACEPTACION DEL DONATARIO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA DONACION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Los cónyuges don Pelayo y doña Damiana otorgaron testamento de hermandad por el que se instituían mutuamente únicos y universales herederos, y respecto a los bienes que existan al tiempo del

fallecimiento de ambos consortes, nombraban heredera de ambos esposos a una sobrina, doña Felicidad. Fallecida doña Damiana, su viudo realizó ciertas ventas de algunas fincas en favor de otras sobrinas. Una vez fallecido don Pelayo, la heredera doña Felicidad demanda la nulidad de tales ventas por simulación. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Toda interpretación, tanto de actos como de negocios jurídicos, tiende esencialmente a indagar el significado efectivo y el alcance de la manifestación de voluntad que les sirve de fundamento, captando el elemento espiritual, es decir, la intención de los sujetos que en ellos intervienen, sin limitarse exclusivamente al sentido aparente que resulta de los términos o palabras empleadas en la redacción, de forma tal que cuando de testamentos se trata el artículo 675 del Código Civil concede supremacía o preferencia a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de las declaraciones que en los mismos se contengan, que en el presente caso lo constituye el deseo de que los bienes que existieran al fallecimiento de los consortes no se disgregasen, pasando entonces a poder de la actora a quien nombraron «sucesora de su casa velando por la continuidad de ésta», lo que lleva a la convicción de que la idea que presidió la redacción de esa cláusula del testamento, fue la de que el cónyuge supérstite pudiera disponer libremente por actos *inter vivos* y en su beneficio de cuantos bienes integraran el patrimonio de ambos consortes, pero no la de que le estuviera permitido alterar por medio de transmisiones a terceras personas y a título lucrativo la designación de heredera contenida en el testamento, disgregando el caudal que constituía la casa familiar, sin que a ello obste la doctrina mantenida por la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1951, porque en la hipótesis que allí se discutió, se había concedido al cónyuge sobreviviente la facultad de disponer de los bienes por actos *inter vivos* y *mortis causa*, autorización esta última que lleva implícita la de que pueda desprenderse del haber hereditario a título lucrativo.

El testamento de hermandad otorgado por el causante de las demandas y su esposa no podía ser revocado por uno de los testadores, después del fallecimiento del otro ni aun respecto de sus bienes privativos, según se estableció en el capítulo IV, Título IV, libro II del Fuero General de Navarra, al decir: «Et si marido et muger fazen destin en uno et enquera cerran aqueyll destin, si el uno deylos mories el otro non puede desfazer el destin», y según se recogió con posterioridad por la Ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 que declararon nulas las revocaciones que se llevaren a efecto en tal sentido, criterio que se mantuvo en los sucesivos proyectos de Derecho Foral Navarro y entre ellos en la Ley 244 del de 1959 y que ha prevalecido en el párrafo 1.º de la Ley 202 de la vigente Compilación de 1 de marzo de 1973, que prohíbe a los testadores disponer de sus propios bienes a título lucrativo, puesto que esto supondría una revocación de aquel testamento, sobre todo si las transmisiones se llevan a efecto por medio de donaciones disimuladas, porque los bienes de que dispuso dicho señor a título lucrativo, aunque propios de él, no estaban excluidos del testamento, ni adquiridos con posterioridad al fallecimiento de su esposa, sino que por comprenderse dentro del mismo, tenía su causa en lo establecido por ésta, dado que, en cuanto a ellos actuaron los dos cónyuges en un pacto de consuno, con relaciones recíprocas y correspectivas y con designación conjunta de heredera a la

que instituyeron «sucesora de su casa velando por la continuidad de ésta», con el propósito común de que no se desmembrara el patrimonio familiar y que, de admitirse la solución contraria, carecería de contenido el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, establecido en la cláusula quinta del testamento, puesto que se privaría a la fideicomisaria de la expectativa de derecho que bajo condición suspensiva le correspondía.

Por entender que en Navarra no es necesario para la validez de las donaciones el requisito de su aceptación por parte del donatario, puesto que no lo exigen las fuentes del Derecho prevalentes al Código Civil, tales como el epígrafe segundo, Título VII, libro II de la Instituta que decía: *Perficiuntur autem quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit*, ni actualmente el apartado A) de la Ley 161 de la Compilación, que únicamente impone esta condición para convertir las donaciones en irrevocables, pero no para su perfeccionamiento, denuncia el recurrente la violación de las leyes segunda, sexta, dieciocho, veintiuna y ciento sesenta y una de la Compilación, pero el recurrente no tiene presente: 1.º Que si el donante no estaba autorizado convencional ni legalmente para realizar actos de libre disposición a título lucrativo, según se ha expresado en los considerandos anteriores, resulta intrascendente para la decisión de este proceso el que la aceptación del donatario constituyera o no un requisito indispensable para la validez y eficacia de esta clase de negocios jurídicos; 2.º Que el párrafo de la Instituta debe interpretarse no *simpliciter*, sino *secundum quid*, de forma que las palabras de aquel texto expresivas de que las donaciones *inter vivos* se perfeccionan cuando el donante manifieste su voluntad por escrito o sin serlo, se han de entender en cuanto esa voluntad haya sido aceptada por el donatario, puesto que no sólo no existe precepto alguno que no exija semejante consentimiento, sino que, por el contrario, lo imponen las Leyes quintas, Título XII, libro V y 19, párrafo segundo, Título V, libro XXXIX del Digesto que dice que no puede adquirir por donación el que no la quiera, *Non potest liberalitas nolenti adquiri*; 3.º Que, pese a la libertad de forma de los contratos establecida por la Ley 18, párrafo 1.º, de la Compilación, ello no impide el que sea necesaria la manifestación del consentimiento del donatario para el perfeccionamiento de la donación, puesto que esta Ley únicamente se refiere a las formalidades externas de los contratos, pero no a los requisitos intrínsecos para su validez, como lo es la aceptación y aun, en lo que atañe a la forma de esta expresión de voluntad, preciso se hace afirmar que debe exteriorizarse por medio de escritura pública, puesto que así lo exigen los artículos 633, párrafo 1.º, y 1.328 del Código Civil, la Ley 2, Título VII, libro II de la Novísima Recopilación de Navarra y la Ley 161, apartado A), de la vigente Compilación, que declaran nulas las donaciones que no se hicieran constar en esta clase de documentos notariales. 4.º Porque las palabras empleadas en el apartado A) de la mencionada Ley 161, no afectan a la necesidad del consentimiento del donatario para que las donaciones adquieran la plenitud de su eficacia, indicando tan sólo que, en tanto la aceptación no se produzca, la donación no es perfecta, pudiendo retractarse de ella el donante, al igual que ocurre con cualquier oferta antes de la aceptación, pero que, una vez exteriorizada la irrevocabilidad es absoluta. Y 5.º Que si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que cuando una donación se disimula bajo la apariencia

de una compraventa, la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes, y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica, no lo es menos que, para que las donaciones disimuladas sean válidas, precisan la concurrencia de cuantos requisitos se enumeran en el artículo 1.261 del Código Civil, entre los que destacan de forma preeminente para este caso concreto, la licitud de su causa, circunstancia que no concurre cuando su finalidad consiste en defraudar derechos hereditarios o en burlar bajo la apariencia de una compraventa los derechos del segundo llamado a una herencia, abusando de la facultad de libre disposición de los bienes que le confirió su consorte en un fideicomiso de residuo.

LA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION PUEDE QUEDAR JUSTIFICADA POR LA PROLONGADA PASIVIDAD DEL DEUDOR FRENTE A LOS REQUERIMIENTOS DEL ACREEDOR (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que para que la acción resolutoria implícita que regula el artículo 1.124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso, entre otros requisitos, que quien la ejercite en su favor acredite debidamente que el incumplimiento de su obligación por parte del otro litigante se produjo como consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde o de un acto obstativo del último, que de un modo indubitado, absoluto, definitivo o irreparable lo produzca, sin que para ello sea suficiente con el mero retraso en el cumplimiento (Sentencias de 4 de marzo de 1975 y 24 de noviembre de 1976), no menos exacto es que aquella voluntad puede quedar justificada por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.

EL ARTICULO 480 DEL CODIGO CIVIL TIENE CARACTER IMPERATIVO Y HA DE PREVALECER SOBRE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La Sala de Instancia, interpretando el contrato de arrendamiento de la finca rústica y aplicando el artículo 1.091 del Código Civil llega a la conclusión de que dicho arrendamiento terminó el día en que falleció el último usufructuario, sin necesidad de esperar a que finalizase el año agrícola, frente a cuya conclusión se alza el cuarto motivo del recurso, en el que se sostiene la tesis de que es obligada la aplicación al caso del artículo 480 del citado Código, y en su virtud el arrendamiento de la finca rústica de que se trata se ha de considerar subsistente durante el año agrícola, tesis que es preciso acoger, porque el indicado artículo 480, en cuanto preceptúa que todos los contratos que el usufructuario celebre como tal usufructuario se resolverán al final del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente

durante el año agrícola, tiene indudablemente carácter imperativo, estando esta única excepción establecida no tan sólo en beneficio del arrendatario, como justa compensación de una labor completa, merecedora de que el legislador le permita recolectar los frutos sin menoscabos ni apuros, en los mismos bienes que los hubiesen producido, sino también en beneficio de la agricultura, es decir, en el de toda la colectividad, evidentemente interesada en que no se produzcan pérdidas o deterioro de los frutos a consecuencia de la súbita e inopinada interrupción de una explotación agrícola o ganadera en marcha.

EL PRECARISTA NO PUEDE ALEGAR BUENA FE PARA RECLAMAR EL IMPORTE DE LAS OBRAS QUE HAGA EN LA FINCA QUE POSEE EN PRECARIO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Tienen que decaer los motivos primero, segundo y tercero del recurso, por violación, el primero, del artículo 361; por aplicación indebida, el segundo, del artículo 453, y por igual concepto, el tercero, del artículo 454, todos del Código Civil, pues en realidad lo que se invoca en ellos, aun formulados por separado, en forma positiva y negativa es la aplicación al caso del precepto relativo a que el dueño del terreno hace suyo lo edificado, sembrado o plantado por el poseedor de buena fe «previa indemnización»; la buena fe consiste en la ignorancia de que se trata de suelo ajeno, y el recurrente razona como si ignorara quién es el dueño de la finca, sin tener en cuenta que en el caso presente, las mejoras fueron realizadas por el recurrente, actor en el pleito, en finca que ocupaba gratuitamente, por mera tolerancia del dueño de ella, situación perfectamente conocida por él; hipótesis totalmente diferente de la descrita en el artículo 361 del Código Civil que se dice violado, así como de la contenida en los artículos 453 y 454 del mismo Código, que se dicen indebidamente aplicados, cuando la Audiencia no los ha aplicado, sino que, por el contrario, razona la aplicación del artículo 444 del mismo cuerpo legal, precisamente porque al poseedor en precario que conoce perfectamente que el terreno en que planta y la casa en la que realiza obras no le pertenecen, carece de buena fe y si hace las obras es para su comodidad, durante su ocupación gratuita prolongada durante quince años, y, por tanto, terminado aquel disfrute, dichas obras habían de quedar en beneficio de la propiedad que tan generosamente se lo había permitido durante tan dilatado período.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: EVOLUCION HACIA UN SISTEMA CUASI OBJETIVO. COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo impone el artículo 1.902 del Código Civil, si bien para el juicio de reproche era suficiente que el sujeto activo no hubiera procedido con el cuidado indispensable para evitar el resultado dañoso, como ya resultaba de los textos clásicos dado que «en la Ley

Aquilia se comprende también la culpa levísima» (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*), tal como proclama el Digesto, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguiente al desarrollo de la técnica y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*), criterio exegético que al presente se vigoriza a la vista de lo establecido en el artículo 3, párrafo 1, del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto introduce «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como elemento interpretativo de las normas, aunque este factor ya había sido invocado por la doctrina legal anterior a la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974. No es la concepción del Código, según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de las nuevas normas legales, sino justamente lo contrario, ya que incluso los preceptos codificados deben ser interpretados de acuerdo con las nuevas concepciones jurídicas, y por ello esta Sala, sin acoger la pauta de la denominada responsabilidad objetiva basada en la estricta realidad del resultado lesivo y en la relación material de causalidad, ha ido transformando la apreciación del legal principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada.

La interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima, ocasiona una hipótesis de concurrencia culposa que, siendo equiparable por su rango y virtualidad las respectivas conductas, determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del artículo 1.103 del Código Civil, que contempla una facultad moderadora no privativa de las obligaciones contractuales, sino por palmarias razones de equidad y lógica.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO: NO SE HA PROBADO QUE SEAN DOS LOS COMPRADORES. LA PRUEBA TESTIFICAL, POR SI SOLA, NO PUEDE DEJAR SIN EFECTO LA DOCUMENTAL, YA QUE LA IMPUGNACION HA DE BASARSE EN OTRO DOCUMENTO O EN LA PRUEBA PERICIAL, CONFORME AL ARTICULO 52 DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1976).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado número 3 de Burgos y éste desestima la demanda, pero la Audiencia Territorial revoca la sentencia anterior.

No triunfa el recurso de revisión. El documento privado sólo vincula a las partes que han intervenido en su otorgamiento; incluso reconocido por quien resulte obligado a completarlo sólo resulta eficaz entre ellas y no frente a terceros, salvo lo dispuesto por el artículo 1.227 del Código. Aunque en el documento privado aparece que hay dos personas que han pagado el precio, ello no quiere decir que haya dos compradores, ya que el pago del precio puede hacerse por dos personas distintas, conforme al artículo 1.158 del Código. En el acto de conciliación celebrado, el demandado no alega nada respecto a que sean dos los compradores y el vendedor dice que vendió la finca a aquél sin hablar de otra persona, de todo lo cual hay que llegar a la misma conclusión que la Audiencia, que dedujo que el documento es insuficiente para acreditar que fueron dos los compradores de las fincas retraídas. El error de hecho no puede deducirse de la contraposición entre el documento acreditativo de haber verificado parte del pago del precio con el del pago de rentas por quien se dice que es el arrendatario, los dos suscritos por el vendedor, dueño de las fincas, ya que no se ha probado la falsedad de este documento, por lo que ha de considerarse correcto su contenido sin que pueda combatirse por el examen de la prueba testifical, ya que el artículo 52 del Reglamento sólo tolera esa impugnación con base en la prueba documental o pericial. Aparecen cumplidos los requisitos del artículo 1.261 del Código para la perfección del contrato de compraventa, determinante de la acción de retracto, aunque falte el otorgamiento de la escritura de compraventa porque, aun conocido el precio de venta de la fanega de tierra, al no haberse completado la titulación dominical, no se ha satisfecho la totalidad del precio, lo cual es lógico, no incurriendo la Sala en la injusticia notoria de que se le acusa en el tercer motivo del recurso.

DESAHUCIO: PROBADO QUE EL APROVECHAMIENTO PRINCIPAL DE LA FINCA ES EL GANADERO, EL PLAZO MINIMO DE DURACION DEL ARRENDAMIENTO ES EL DE TRES AÑOS DEL ARTICULO 9 DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1976).

El Ayuntamiento de Torres de Santa María arrendó los pastos y rastrojeras de una dehesa suya por el plazo de un año, mediante subasta, pero el arrendatario solicitó prórroga legal de dicho contrato, que le fue negada por mayoría de votos de la Corporación. Esta, al no abandonar la finca el arrendatario, le demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, que desestimó la demanda. La Audiencia de esta ciudad revocó la sentencia anterior, declarando el desahucio.

Prospera el recurso de revisión interpuesto por el colono. Ambas partes coinciden en que el principal aprovechamiento del predio es ganadero, por lo que el plazo mínimo es el de tres años; la exclusión de parte de la dehesa del arrendamiento estaba condicionada a la construcción de un coto escolar y, en tanto comenzaran las obras o fueran autorizadas por el I. N. P. podía ser utilizada por el arrendatario. La tolerancia de las labores de barbecho, conforme a la costumbre del lugar tampoco era opuesta a la consideración de aprovechamiento susceptible de los de

carácter ganadero de la finca objeto de arrendamiento, sin que la idea de arrendamiento de una «pradera natural» pueda ser apreciada por ser cuestión no alegada en el pleito ni ha sido objeto de probanza alguna. Prosperados los motivos de revisión en cuanto al error de hecho en la apreciación de la prueba documental, constituida por el pliego de condiciones, huelga entrar en la apreciación del otro motivo, formulado alternativamente. La aplicación del plazo de tres años del artículo 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos fue ya estimada por la Sentencia de 16 de febrero de 1973 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia de Cáceres en recurso promovido por el señor Gobernador Civil sobre suspensión del acuerdo del Ayuntamiento de Torres de Santa María, sentencia que aun dando por levantada dicha suspensión, se extendía en consideraciones sobre la procedencia del referido plazo en este arrendamiento.

RETRACTO: LAS CONDICIONES DE EXCEPCION A LA LEY GENERAL ARRENDATICIA HAN DE EXISTIR EN EL MOMENTO EN QUE SE INTENTE HACERLAS VALER, ESTO ES, AL CONTESTAR LA DEMANDA LOS COMPRADORES (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1976).

Ejercitada la acción de retracto por el arrendatario en el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, se oponen los demandados compradores, alegando que la finca ya no es rústica sino urbana, por su situación. El Juzgado admitió el retracto, pero la Audiencia de Granada revocó esta sentencia.

No tiene éxito el recurso de revisión, porque para que la finca sea excluida de la legislación especial es necesario que esté próxima a los elementos que señala el artículo 3 del Reglamento y que el valor sea superior al doble del normal para las de su clase y situación, debiendo concurrir ambos factores simultáneamente. Resulta indudable que la finca está ubicada próxima a la carretera nacional de Córdoba a Albacete, a cinco kilómetros de Baeza, en paraje poblado de chalets y casas de recreo, lindando alguno con la finca litigiosa, que, además, está incluida en su mayor parte en el Plan de Ordenación Urbana, extremos que no son combatidos en el recurso y que permanecen inalterables. Las condiciones de excepción a la Ley General han de existir en el momento en que se las intente hacer valer, esto es, desde el instante en que fueron aducidas por los compradores al contestar la demanda inicio del proceso, según la Sentencia de 26 de octubre de 1950, que afirma que éste es el momento a que hay que atenerse y no al que, potencialmente pueda conocer por circunstancias que se ignoran cuándo ocurran, pues en la fecha de la venta de la finca ambas partes no conocían la existencia de elementos nuevos como era el del citado Plan de Ordenación, no pudiendo admitirse que el valor sea el de la escritura, sino el real de venta sin que tenga importancia que los adquirentes consideren la finca como rústica, ya que la jurisprudencia dice que a lo que hay que atenerse es a sí, con arreglo al artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos, tienen o no este carácter, razones que llevan a rechazar el motivo examinado. En el presente caso no se trata de concretar si el precio es cierto o no, sino obtener el verdadero valor que es lo que lleva al Juez de Primera Ins-

tancia a acordar la práctica de prueba pericial por el Aparejador, cuyo valor—1.963.180—excede del duplo del señalado por el Perito Agrícola —620.000—, por lo que la Sala no infringió los preceptos citados ni la doctrina legal que dice que siempre que aparezca probada la existencia de esa duplicación de valor, aunque resulte de la comparación de los distintos asignados a la finca, se debe aplicar la excepción del artículo 2.º de la Ley, no procediendo el retracto del artículo 16 de la misma Ley.

RETRACTO: NO SE PRUEBA LA COLABORACION DE LA RECURRENTE CON SU DIFUNTA MADRE EN LA EXPLOTACION ARRENDATICA DE LA FINCA QUE PRETENDE RETRAER (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Fallecida la primitiva arrendataria y vendida la finca, la hija de aquélla pretende el retracto arrendaticio ante el Juzgado de Laredo, que lo admite, aunque la Audiencia de Burgos revoca esta resolución.

No triunfa el recurso de revisión. El error de hecho puede combatirse combatiendo las conclusiones del Tribunal de Instancia con prueba documental y con dictamen pericial, pero la censura no puede llevarse a cabo por comparación con los demás medios de prueba, incluso con el de reconocimiento judicial, por más merecedor que sea de estima. La recurrente trata de impugnar las conclusiones de la Sala de la Audiencia, con las apreciaciones a que llegó el Juez de Primera Instancia después de haber reconocido las fincas litigiosas, lo que no puede admitirse. Tampoco puede aceptarse el error de derecho por infracción del artículo 1.240 del Código, porque tal artículo no contiene ninguna norma de valoración legal de un medio de prueba que vincule a quien lleva a cabo el reconocimiento o a cualquier otro Tribunal a que decida de una manera preordenada al valorar los hechos. No existió la colaboración pretendida de la recurrente con su difunta madre en la explotación de las fincas que se tratan de retraer, no dándose el supuesto de hecho del artículo 86 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. por lo que no pudo aplicarlo la Sala de la Audiencia.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: AL NO HABERSE PACTADO LA DURACION DEL CONTRATO, LA SENTENCIA RECURRIDA SE ATUVO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1.581 DEL CODIGO PARA FIJAR COMO TIEMPO MINIMO DEL CONTRATO EL DE TRES ANOS (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Se promueve el desahucio del arrendatario por los dueños por haber transcurrido el plazo de tres años, al ser ganadero el principal aprovechamiento de la finca y, de no estimarse así y considerarse que el aprovechamiento principal es el agrícola, podía considerarse extinguido a los seis años. El arrendatario se opuso alegando que la duración debía ser la de doce años. El Juzgado de Torrijos declaró extinguido el contrato, confirmándolo la Audiencia Territorial

Es desestimado el recurso de revisión. El recurrente dice que el hecho que se quiere deducir es que el arrendamiento de la finca se pactó por doce años y no por tres, intentando así una valoración de las pruebas practicadas y no la demostración de que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 1.253 del Código, por aplicación indebida o interpretación errónea, materia propia de la causa de revisión en un recurso extraordinario, que no es una tercera instancia. No ha podido ser probado el tiempo pactado para la duración del arrendamiento y así tan sólo que se convino el pago anual de la renta y por eso la sentencia se atiene a lo dispuesto en el artículo 1.581 del Código para fijar como plazo mínimo el de tres años, atendido que el principal aprovechamiento es el ganadero, con lo que la sentencia ha aplicado una norma, que supone una verdadera y propia presunción y la ha aplicado, conjugándola con otra específica de la legislación arrendaticia, como es el artículo 9 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO: LA VOLUNTAD DE CONTINUAR EL ARRENDATARIO EN EL CULTIVO DE LA FINCA HA DE SER HECHA UN AÑO ANTES DE LA FINALIZACION DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Arrendadas varias fincas al mismo arrendatario, habían transcurrido con exceso los seis años que la Ley fija para los arrendamientos no protegidos, cuando la renta excede de cinco mil pesetas anuales, por lo que se pide el desahucio ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Cuenca. Este estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar al desahucio solicitado en cuanto a la tercera parte de las fincas, objeto de las litis, desestimándola en cuanto a las dos terceras partes restantes. La Audiencia de Albacete revocó esta sentencia y declaró haber lugar al desahucio del demandado.

Se desestima el recurso de revisión. Ninguno de los documentos presentados acredita el error manifiesto del juzgador. En el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de Paz se manifiesta por el arrendador que el arrendatario queda despedido de todas las tierras que cultiva, lo que demuestra una voluntad extintiva del arrendamiento, que la sentencia recoge en sus considerandos. Por otra parte la declaración del arrendatario en el mismo acto de seguir cultivando la mitad de una de las parcelas arrendadas es la única manifestación en este sentido de continuar el arrendamiento, pero es tardía porque se hace el mismo año de conclusión del contrato, siendo así que esa voluntad solo pudo expresarse eficazmente un año antes de la expiración, según el artículo 10 del Reglamento de 1959. En 1972, arrendador y arrendatario fueron convocados a una reunión en la Delegación Provincial del I. R. Y. D. A., pero en tal fecha aún no habían transcurrido los seis años de duración mínima del arrendamiento y, por lo demás, ésta es una actividad administrativa ante el Servicio de Concentración Parcelaria, que nada aporta en orden a una manifestación de voluntad del arrendatario para ejercitar su derecho de prórroga.

RETRACTO: EL HECHO DE LA INSCRIPCION REGISTRAL NO IMPLICA EL CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION A EFECTOS DEL RETRACTO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Se ejercita el retracto de las fincas arrendadas ante el Juzgado de Llerena, que admitió la demanda, confirmándolo la Audiencia.

No tiene éxito el recurso de revisión. Se alega que el arrendatario ha de ejercitar el retracto dentro de los tres meses a partir de la fecha en que haya tenido conocimiento de la transmisión, lo que ha de presumirse si la transmisión se ha inscrito en el Registro debiendo probar el arrendatario que no ha sido así y que la conoció después; sin embargo, según el artículo 1.214 del Código al demandado es a quien corresponde la prueba de los hechos extintivos y no era al arrendatario demandante a quien incumbía la prueba de su falta de conocimiento, ya que el transcurso del plazo de caducidad ha de ser considerado como una causa de extinción de tal derecho, correspondiendo su prueba al comprador demandado. El hecho de la inscripción registral no implica el conocimiento de la transmisión en cuanto según las reglas del criterio humano la existencia de aquélla no implica la de éste, que puede no producirse a pesar de la inscripción, por lo que no es posible admitir que el cómputo del plazo para ejercitar el retracto haya de iniciarse desde la inscripción, como se pretende en el recurso. Tampoco puede admitirse el tema de la simulación de la escritura de compra, que no fue planteado en las instancias, tratándose de una cuestión nueva, que no puede acogerse en el recurso, ni puede tampoco admitirse la mala fe del demandante, ya que ésta no se presume, porque no se prueba claramente el conocimiento por éste del carácter simulado del negocio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVISION DE RENTA: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION AL REMITIRSE A LA VARIACION DEL COSTE DE LA VIDA, CONFORME AL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1977).

Arrendados varios locales, constitutivos de una Galería de Alimentación en Madrid, a distintos arrendatarios, se pactó en los diversos contratos que la renta sería revisada cada cinco años, aplicando las tablas del coste de la vida, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística. Transcurrido con exceso ese plazo, se recabó del Instituto certificación de la variación del coste de la vida, que resultó ser de un 50,6 %, comunicándolo a los arrendatarios que se negaron a pagar dicho aumento. Planteada demanda de juicio especial de la legislación arrendaticia contra uno de los arrendatarios, el Juzgado núm. 17 de Madrid desestimó la demanda, confirmándola la Audiencia Territorial. Por ello se interpone demanda conjunta contra todos, solicitando sea abonado tal incremento de la renta. El Juzgado núm. 3 de Madrid estimó en parte la demanda, condenando a los demandados a pagar la renta con sus incrementos desde la interposición de la demanda y la Audiencia confirma íntegramente la sentencia anterior.

El recurso de casación por infracción de ley no prospera. Aparte de los motivos de inadmisión por motivos procesales, se rechaza por las siguientes razones: a) La supuesta invalidez de la cláusula de estabilización, libremente pactada en el contrato, no puede admitirse por responder a la más estricta ortodoxia, exigida por esta Sala, pues la referencia al índice del coste de la vida del I. N. E. no se puede tachar de cláusula encaminada sólo al alza; b) La inaplicación de los artículos 97, 98 y 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos está justificada porque dichos artículos son alusivos a la libertad de contratación, a incrementos pactados entre arrendador y arrendatario y a incrementos legales de los locales de negocio, ninguna de cuyas hipótesis son aplicables a la cuestión debatida; c) La caducidad dispuesta en el artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es para situaciones distintas a las planteadas en este juicio, en el que se discute la pretensión del arrendador de hacer efectiva una de las cláusulas del primitivo contrato pactado entre las partes, para lo cual está legitimado el arrendador, mientras no prescriba su acción personal. Tampoco puede aplicarse la tesis del abuso del derecho, puesto que la referencia al índice del coste de la vida tanto comprende el alza como la disminución del mismo, siendo libremente pactada entre las partes.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: A LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO, REGIDOS POR LA LEY ESPECIAL SOLO LE SON APLICABLES LAS CAUSAS DE DENEGACION DE PRORROGA DEL ARTICULO 114 DE LA LEY (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1977).

Interpuesta demanda de resolución de arrendamiento de local ante el Juzgado núm. 7 de Madrid, este estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el demandado, sin pasar a la cuestión de fondo, confirmando la Audiencia Territorial. Se interpone entonces el procedimiento ordinario correspondiente, diciéndose en la demanda que el local arrendado lo fue para compraventa de accesorios usados de automóvil, puesto que el arrendador tenía instalado junto a este local, un comercio de accesorios nuevos, pero esta cláusula resultó incumplida por el arrendatario, probándose con acta notarial este hecho, por lo que se solicitó la resolución del contrato, conforme al Derecho común del Código Civil. El Juez núm. 9 de Madrid y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda.

No triunfa el recurso de casación por infracción de ley. Al estimar aplicables al caso los artículos 1.091 y 1.124 del Código se incide en el error de considerar que a los arrendamientos de local de negocio, regidos por la Ley especial se les puede aplicar disposiciones del Código Civil, cuando esta Sala tiene declarado que a dichos contratos no les son aplicables otras causas de denegación de la prórroga obligatoria que las del artículo 114 de la Ley especial. Por los mismos motivos son rechazables los otros argumentos del recurrente en que se denuncia la no aplicación de los artículos 1.566 y 1.569 del Código, porque no pueden alegarse otras causas distintas de denegación de prórroga, ni el derecho a la prórroga es renunciabile.

REVISION DE RENTA: LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION DE LA RENTA EN LA QUE SE EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE REBAJA DE LA MISMA NO ES VALIDA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1977).

Se concertó un contrato de arrendamiento para supermercado en el que se especificaron las condiciones para la revisión de la renta, por lo que, al negarse el arrendatario a esta revisión, se interpuso demanda ante el Juzgado núm. 15 de Madrid, que desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada íntegramente.

No tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. La cláusula cuestionada dice que cada cuatro años se incrementará la renta en la misma proporción que varíe el índice ponderado general del coste de la vida sin que la renta nunca podrá ser inferior a la pactada en el contrato, con lo que se excluye toda duda sobre el sentido de tal cláusula ante la expresa exclusión de toda posibilidad de rebaja. La jurisprudencia dice que dentro de la libertad de contratación se pueden pactar cláusulas de estabilización, que han de favorecer tanto al arrendador como al arrendatario, con objeto de que no resulte ante una desproporcionada subida, prácticamente ilusorio el irrenunciable derecho de prórroga del inquilino. Ante esta clara doctrina han de decaer los dos motivos del recurso, pues ambos se fundan en la libertad de contratación, pero el recurso desconecta el derecho de prórroga forzosa de la libertad de contratación y ello es erróneo por conculcar este derecho del inquilino, careciendo de legitimación la cláusula estabilizadora sólo al alza. Por otra parte no se puede entrar en materia de interpretación de contrato en el que la instancia ha adoptado un criterio claro y fundamentado, que es combatido fuera del cauce procesal adecuado.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: EL ARRENDAR CON EL LOCAL UNA ESTANTERIA, UN MOSTRADOR, UNA BASCULA Y UNOS ENVASES DE VINO, NO DEMUESTRA LA EXISTENCIA DE UNA INDUSTRIA, COMO SE COMPRUEBA POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDADOR NO HA FIGURADO NUNCA DADO DE ALTA EN EL IMPUESTO INDUSTRIAL (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1977).

Se solicita el desahucio por vencimiento de plazo contractual argumentando que en el contrato de arrendamiento se hablaba de la preexistencia de un establecimiento con mostrador, estantería, etc., diciéndose que se trata de un establecimiento comercial, que figuraba como tal desde 1939, dedicado exclusivamente a venta de vino, con matrícula industrial, sin que se hubieren aplicado nunca los incrementos de renta para los locales de negocio. El Juzgado de La Orotava declaró el desahucio, pero la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó aquella sentencia.

No dio lugar al recurso de casación por infracción de ley el Tribunal Supremo. La cuestión de si lo arrendado es un negocio o industria o un local, es problema de interpretación que es facultad del tribunal de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, a menos que prospere la impugnación por el núm. 1 del artículo 1.692—error de derecho—o por

el núm. 7 del mismo precepto—error de hecho—pero la sentencia dice que lo arrendado no es un negocio, sino un local con la estantería mostrador, báscula y envases para vino, que no constituyen por sí solos una industria de venta de comestibles y vino, como pretende el actor. Desde el año 1942 diferentes personas entre las que no se encuentra el arrendador han figurado dados de alta en el Impuesto Industrial, licencia fiscal, por la actividad de abacería o venta de comestibles, habiendo sido dado de alta también el arrendatario demandado, lo cual no acredita más que tal circunstancia pero no patentiza que sea el arrendador el titular dominical del negocio ni evidencia la existencia del mismo, ya que puede explotarse un negocio sin pagar contribución y, por el contrario, pagar la contribución y no ejercer el negocio. Del examen de las estipulaciones se advierte que los contratantes están atribuyendo la propiedad del negocio al arrendatario y no al arrendador y por ende, que dicho negocio no fue ni podía ser objeto de arrendamiento.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: NO HABIENDOSE ALEGADO LO PERJUDICIAL DE LAS CONDICIONES PACTADAS POR LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA, NO PROCEDE EL DESAHUCIO POR EXTINCION DE USUFRUCTO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1977).

Fue arrendado un local de espectáculos por la usufructuaria de la finca y, fallecida ésta se notifica este hecho al arrendatario, solicitando el desahucio. El Juzgado núm. 2 de Sevilla desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesto por el demandado y también la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la desestimación de la excepción de incompetencia, pero revocó la anterior, declarando el desahucio del arrendatario.

Triunfa el recurso de casación por infracción de ley. El procedimiento segundo es inadecuado, ya que el contrato está sujeto a la legislación común, por ser el objeto del mismo el arrendamiento de una industria o negocio que, conforme al artículo 3 núm. 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos queda excluido de la misma, aplicándose únicamente la legislación especial para la obligatoriedad de la prórroga que la misma determina, pero no supone que ésta haya de regir para las demás cuestiones que surjan del contrato celebrado, por lo que no existe la infracción que el recurrente denuncia. El arrendatario recibió de la arrendadora el negocio de espectáculos públicos como unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser puesta inmediatamente en explotación. El contrato se otorgó en 1936 o sea mucho antes de la entrada en vigor de la vigente Ley arrendaticia por un plazo de tres años prorrogable y, aunque tal arrendamiento se extinguió en 1951 por fallecimiento del arrendatario, el contrato continuó con el hijo de éste sin que tal continuación se base en la subrogación de la ley arrendaticia sino en la conjunción de voluntades de arrendador y demandado por la renovación del contrato siéndole ya de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley especial sobre prórroga obligatoria, que se aplica también a los casos de extinción de usufructo sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12, según la cual puede resolverse el arrendamiento de local cuando las condiciones fueren

gravosas para la propiedad y, como en el caso presente, no se ha alegado en la demanda ni durante la sustanciación del juicio se ha acreditado que las condiciones pactadas por la usufructuaria fueron notoriamente perjudiciales para los propietarios actuales de la industria arrendada, no procede el desahucio solicitado, como ha declarado este Tribunal en reiterada jurisprudencia.

C. R. R.

V. SUCESIONES

DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO.—IRRETROACTIVIDAD.—MANDATO NO REPRESENTATIVO.—Artículos 177 (antigua redacción), 174, 179 (Ley de 24 de abril de 1958), 670, 807 y 842 del Código Civil (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1978).

Los derechos sucesorios del adoptado se determinan por la legislación vigente en el momento de otorgarse la escritura de adopción.

El adoptado al no tener el carácter de heredero forzoso, no genera preterición.

Habiéndose obligado la adoptante a instituir heredera a la adoptada en la escritura de adopción «como si fuese hija legítima suya» y fallecida aquélla bajo testamento en que instituye único y universal heredero a un hermano, careciendo de legitimarios, el Juzgado de Primera Instancia de Segorbe declaró nulo el testamento y heredera universal a la adoptada, mientras que la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia limita los derechos de la adoptada a las dos terceras partes de la herencia (legítima de los hijos legítimos) declarando el derecho del hermano instituido heredero en el testamento a suceder en el tercio restante (libre disposición), sentencia que, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, es confirmada por el Tribunal Supremo, según las siguientes consideraciones:

Considerando que, a efectos tanto del recurso de casación ejercitado por el demandado don M. A. S. como del formulado por la demandante doña E. M. A., determinantes de esta resolución, es de tener en cuenta que son hechos admitidos por las partes, así como aspectos probatorios reconocidos en la sentencia recurrida: Primero. Que a medio de testamento otorgado en la ciudad de Valencia, el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, ante el Notario don. , doña M. A. S., en estado de casada con don J. M. M., de cuyo matrimonio no consta habido sucesión, después de establecer diversas disposiciones que no afectan al caso, instituyó por su universal heredero a su referido esposo, y si éste falleciere antes que ella, cual ha sucedido, a su hermano don M. A. S. que le sobrevivió; Segundo. Que dicho testamento es el único y último que consta otorgado por dicha doña M. A. S.; Tercero. Que por escritura autorizada en la ciudad de Segorbe, el tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, ante el Notario don. , los citados cónyuges don J. M. M. y doña M. A. S., confirieron poder espe-

cial tan amplio y bastante como en derecho se requiriese, a favor de don J. S. V., para que, en nombre y representación de los mencionados poderdantes y de cada uno de ellos, realizase cuantas gestiones estimase precisas para que los mandantes adoptasen conjuntamente, como si fuera nacida del legítimo matrimonio de los mismos, a una niña llamada E. M. B.—demandante ahora en el juicio de que se trata—y procedente del Asilo de Santamarca de Madrid y bautizada en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de Covadonga de dicha capital, que entonces vivía en compañía y bajo la protección de los relacionados poderdantes, representando a los mismos en todas las diligencias, trámites y actos necesarios, en todas las Oficinas del Estado, Provincia y Municipio, Juzgados y, particularmente, en el referido Asilo de Santamarca, durante la tramitación del expediente, hasta la aprobación de la adopción de la expresada niña por dichos esposos, presentando a tal efecto las pruebas, documentos y declaraciones pertinentes, concediendo a la adoptada el derecho a usar los apellidos de los adoptantes, así como el nombre de la madre adoptante, María, a ser posible, y el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para la meritada adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos, otorgando y suscribiendo las escrituras y demás instrumentos públicos, documentos privados y toda clase de escritos en relación con la indicada adopción que considere pertinentes y necesarios hasta dejar aprobada y ultimada la adopción pretendida; Cuarto. Que seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero expediente para la adopción por los aludidos esposos de la expresada niña—que como viene dicho es la demandante en los autos motivadores de la presente resolución—recayó con fecha treinta de abril de mil novecientos cincuenta y seis, auto firme aprobando y autorizando dicha adopción, y por su consecuencia el once de junio también del año mil novecientos cincuenta y seis, en Madrid, ante el Notario don... y don J. S. V., haciendo uso del referido poder, y por tanto, actuando como mandatario de los esposos don J. M. M. y doña M. A. S., otorgó escritura de adopción de la tan citada niña E. M. B.—demandante en el debate jurídico que se examina—tomándola como hija adoptiva, concediéndole de derecho a tomar y usar los apellidos del padre y madre adoptantes, y todos los derechos reconocidos en las disposiciones legales en vigor a favor de los hijos adoptivos, obligándose a instituir la heredera como si fuera hija legítima suya; y Quinto. Que doña M. A. S. falleció, en estado de viuda, el dieciséis de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

Considerando que en orden al recurso de casación ejercitado por el demandado don M. A. B., procede examinar y decidir conjuntamente los tres motivos primeros, amparados, respectivamente, en pretendida infracción, por interpretación errónea, del artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su antigua redacción, en relación en el seiscientos setenta del mismo Cuerpo legal, violación, por no aplicación, de las Sentencias de este Tribunal de doce de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, trece de marzo de mil novecientos dieciséis, cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y uno, once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, e interpretación errónea de la Sentencia, también de este Tribunal, de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, en cuanto que los tres se fundamentan, esencialmente, en la circunstancia de entender el precitado recurrente in-

eficaz el pacto sucesorio contenido en la mencionada escritura de adopción de primero de junio de mil novecientos cincuenta y seis al haber sido otorgada sin intervención personal de los adoptantes, sino por su apoderado don J. S. V., la solución desestimatoria de dichos tres motivos surge de tener en cuenta que si ciertamente el artículo seiscientos setenta del Código Civil, con corroboración en las sentencias antes mencionadas, previene que el testamento es un acto personalísimo, que como de tal naturaleza no posibilita que se deje su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de mandatario, como tampoco que lleven éstos a cabo el nombramiento de herederos, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente, como consecuencia, según indica la Sentencia de esta Sala de veinte de mayo de mil novecientos setenta y dos, de haber recogido dicho artículo seiscientos setenta el principio romano del carácter personalísimo del testamento, de larga y constante tradición en nuestro derecho, apenas alterado por el Fuero Real, que fue objeto de subsiguientes limitaciones hasta su definitiva derogación, es asimismo de apreciar que, de una parte, no debe confundirse el mandato con el negocio representativo, pues que el negocio de apoderamiento, determinado por la voluntad del representado, es diverso del negocio concluido con el tercero, determinado por la voluntad del representante y exclusivamente por ésta, y que lleva en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en virtud de la normativa de los artículos mil setecientos nueve, mil setecientos veinticinco y mil setecientos veintisiete del Código Civil, al reconocimiento del principio legal de la existencia de un mandato sin representación; de otra parte, a causa de que siendo una de las bases esenciales de la representación, como institución operante a la realización de los actos jurídicos, en que la determinación causal de la repercusión inmediata de efectos a través de una asunción de actos y de situaciones concretadas en un poder, el estar montada sobre la sustitución de personas de forma tal que el representante actúa en nombre del *dominus*, ocupando el lugar de éste, pero emitiendo la declaración como propia, se infiere que no existe con sus normales consecuencias, en el caso, actualmente producido, que el poder conferido tenga por finalidad la realización, a nombre del poderdante, de un acto determinado con fijación de sus términos, circunstancias, condiciones y alcance que haya de tener, y que en el supuesto de que se trata lo fue fijándolo para la adopción antes expresada y en los términos que la misma debía comprender, ya que en ese evento lo que se produce, en realidad y jurídicamente, no es una actividad estricta y rigurosamente representativa, sino la mera sustitución de la simple manifestación de la voluntad actuando el portador exclusivamente como instrumento de transmisión de la voluntad ajena, que es la hipótesis del *nuntius* o mensajero, en la que éste no emite una declaración de voluntad, sino simplemente la transmite, limitándose a comunicar a otra persona la voluntad ajena, lo que en definitiva significa que no ejerce un acto jurídico y sí, que está simplemente a su servicio, equivalente a que en vez de ejecutar, que es la base fundamentadora del representante, entrega algo ya ejecutado o realizado, a virtud de que en el actuar del *nuncio* o mensajero la ejecución del acto y su eficacia discrepan en el tiempo y, por el contrario, la actividad del representante coincide en él, con lo que no puede decirse que el comportamiento de aquél desvirtúe el alcance personalísimo del actuar por parte de quien, como ha sucedido

en el presente caso, deseando llevar a cabo una adopción y establezca con precisión las bases a que ha de someterse y regirse, confiere a otros facultades para llevarla a cabo y documentarla adecuadamente, revelando exclusivamente una manifestación de efectividad práctica a lo que ya viene acordado por el adoptante, y, finalmente, debido a que la obligación de instituir heredero asumida por el adoptante a favor del adoptado en la escritura de adopción, acomodada a lo querido por los adoptantes, que permitía el artículo ciento setenta y siete del Código Civil en la redacción que mantenía al llevarse a cabo la de que se trata, y que fue posteriormente concretado con más precisión mediante los artículos ciento setenta y cuatro y ciento setenta y nueve de la redacción a consecuencia de la reforma dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, vigente al tiempo del óbito de la mencionada adoptante doña M. A. S., y en la actualidad en los artículos ciento setenta y seis y ciento setenta y nueve a tenor de regulación establecida por Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, revelador de una verdadera *adoptio ad heredem* que se configura como promesa de heredamiento y con condición de sobrevivencia, es un auténtico pacto sucesorio, singular excepción de la prohibición contenida en la regla general contenida en el párrafo segundo del artículo mil doscientos setenta y uno de dicho Cuerpo legal sustantivo, y que, por su propia característica, goza de una específica regulación que trasciende de la asignable al testamento precisamente por su consideración contractual.

Considerando que igual solución desestimatoria merecen los motivos cuarto, quinto y sexto, también de procedente examen y decisión conjunta, en cuanto que fundamentados respectivamente en alegado error de hecho en la apreciación de la prueba, por entender el recurrente don M. A. S. que la sentencia impugnada ha violado el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, violación del párrafo primero del artículo mil doscientos ochenta y uno del mismo Cuerpo legal sustantivo e igualmente violación del artículo mil setecientos catorce del propio Código, tienen los tres su causa razonadora común en la apreciación que quien los formula hace de haberse excedido don J. S. V. en el cargo que, en cuanto a la invocada adopción, le habían efectuado los relacionados cónyuges adoptantes, porque, bajo un aspecto de la cuestión, las facultades conferidas por éstos a aquél, a efectos de la adopción de que se trata, vienen establecidas en la expresada escritura de poder otorgado el tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, con base en la que el meritado don J. S. V. actuó, para «realizar cuantas gestiones estime precisas, para que los mandantes adopten conjuntamente, *como si fuera nacida del legítimo matrimonio de los mismos*» a la meritada niña E. M. B., concediendo a ésta, además del derecho a usar los apellidos de los adoptantes, así como el nombre de la madre adoptante, María, *a ser posible «y el derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos;* y otorgar y suscribir las escrituras y demás instrumentos públicos, documentos privados y toda clase de escritos en relación con esta adopción, que considere pertinentes y necesarios hasta dejar aprobada y ultimada la adopción que se pretende», con lo que claramente se deduce que al haber otorgado el referido don J. S. V., amparado en tal poder, la escritura de adopción de fecha primero de junio de mil novecientos cincuenta y seis de que se

viene haciendo mención concediéndose a la adoptada por los relacionados adoptantes el derecho a tomar y usar sus apellidos «y todos los derechos reconocidos en las disposiciones legales en vigor a favor de los hijos adoptivos, obligándose a instituir la heredera como si fuere hija legítima suya» en manera alguna se ha producido el exceso en la efectividad del indicado poder, ni, por tanto, se han traspasado o rebasado los límites del mandato, dado que conferido éste para realizar la tan meritada adopción con el aspecto establecido por los adoptantes de que se considerase a la adoptada «como si fuera nacida de legítimo matrimonio de los mismos» «y el derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos», la obligación asumida a nombre de los precitados adoptantes poderdantes de obligarse, en relación a la adoptada, «a instituir la heredera como si fuera hija legítima suya», viene comprendido dentro del encargo expresamente encomendado por los mentados don J. M. M. y doña M. A. S., adoptantes, a don J. S. V., nuncio o mensajero de aquéllos, toda vez que al prevenir los primeros que la adopción habría de llevarse a cabo como si la adoptada fuere nacida de legítimo matrimonio de ellos, con reconocimiento a favor de la adoptada del derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos, tanto quiere decir, de una parte, que los tantas veces aludidos adoptantes se obligaban a instituir heredera a la adoptada, pues que cuando se concede un determinado derecho a otra —en este caso el de ser instituida heredera—, indudablemente se asume la correlativa obligación de cumplir las exigencias inherentes a tal concesión—en este caso obligación de instituir la heredera—en ortodoxa aplicación del principio de derecho, reconocido por esta Sala en Sentencia de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, sancionador de la aplicación de la misma normativa jurídica para regir las situaciones obedientes a un solo designio inspirador, y, de otra parte, que esa institución, al no prevenirse limitación alguna con relación a ella por los adoptantes, habría de ser como si la adoptada fuere hija legítima suya, desde el momento en que manifestándose dichos adoptantes, con respecto a la referida adopción y al conferir facultades a don J. S. V., para que éste la formalizase a nombre de aquéllos, que habría de ser como si la adoptada fuera nacida de legítimo matrimonio, claro es que los derechos hereditarios, genéricamente reconocidos en favor de la adoptada, habrían de ser los correspondientes a la filiación legítima, en razón a que la efectividad de un derecho ha de venir coonestado con los antecedentes de que emana y que le da vida, y, bajo otro aspecto de la cuestión, en atención a que precisamente el reconocimiento que contiene la escritura de poder examinada a la adoptada tanto del derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, como de los demás derechos establecidos por las leyes a favor de los hijos adoptivos, y la asignación de que se considerase a la adoptada como en orden a la adopción acordada cual si fuere nacida del legítimo matrimonio de los adoptantes en cuestión, confiere a ésta, no habiéndose puesto limitación alguna al *quantum* sucesorio, los que vienen atribuidos a los hijos legítimos, porque cuando se conviene un determinado carácter jurídico se producen las consecuencias que de él se originen en cuanto no se establezca limi-

tación que el derecho admita y que en el supuesto actualmente contemplado no se ha producido.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre el séptimo de los motivos en que se apoya el recurso de casación formulado por el demandado don M. A. S., fundamentado en pretendida interpretación errónea del artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil, tal como quedó redactado por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, en relación con el artículo ciento setenta y nueve del propio Código, también del texto reformado, y el ochocientos cuarenta y dos del mismo Código Civil, por entender dicho recurrente que de conformidad con dichos preceptos, en todo caso y de proceder atribución hereditaria a la adoptada doña E. M. A. en la herencia de la adoptante doña M. A. S., la participación que correspondería a dicha adoptada sería no los dos tercios de la misma, que la sentencia recurrida reconoce, sino una porción no superior a un tercio de su herencia, es preciso tener en cuenta ante todo que, dada la fecha en que se efectuó la adopción, la normativa aplicable tiene que ser la de los artículos del Código Civil en su versión primitiva, o sea, tal y como se aprecia antes de las reformas introducidas por las Leyes de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y cuatro de julio de mil novecientos setenta, carentes, por otra parte, de eficacia retroactiva, a virtud de la cual el artículo ciento setenta y siete establece que «el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado» y «el adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero», precepto que rompe la línea clásica de nuestro sistema, pues, con apoyo exclusivo en el artículo ciento cuarenta y uno del Proyecto de mil ochocientos cincuenta y uno se aparta de lo que había constituido la tradición española en la materia que con base en los precedentes romanos (especialmente Justiniano en dos, once y trece de la Instituta y VIII, Título XLVIII, Contitución diez del Código) se consagra en las Partidas (Leyes ocho y nueve del Título XVI de la Partida cuarta), las Leyes de Toro (Ley sexta) y Novísima Recopilación (Leyes primera y séptima del Título XX del Libro X), así como el Derecho Especial del que es ejemplo Cataluña, que lo mantuvo inalterablemente, haciéndose eco actual de ello el artículo ciento veinticinco de la vigente Compilación de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, como igualmente se aparta de los precedentes legislativos extranjeros, sobre todo los Códigos francés (artículo trescientos cincuenta y seis) e italiano de mil novecientos sesenta y cinco (artículo quinientos sesenta y siete), a los que siguieron los más modernos de Alemania (parágrafo mil setecientos cincuenta y siete), Suiza (artículo doscientos sesenta y ocho) e Italia de mil novecientos cuarenta y dos (artículo quinientos sesenta y siete), todos ellos coincidentes en la misma dirección que se restablece en España por la reforma de mil novecientos setenta en el sentido de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos a los fines sucesorios, que, con el grafismo que le caracteriza, se expresaba en el Código Alfonsino en el sentido que «el profijado heredara todos los bienes del que le profijó si muriere sin testamento e non oviese otros fijos, e si los oviese, partirá con ellos su parte como cualquier dellos».

Considerando que el tenor literal del referido artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su primitiva redacción, tal como aquí debe ser

aplicado, excluía sin duda la posibilidad sucesoria de la adoptada si no era por vía testamentaria, planteándose el problema sólo en el supuesto, que es el ahora dado, de que en la escritura de adopción el adoptante se hubiese obligado a instituir la heredera, lo cual, con independencia de que, según viene dicho, implica ciertamente la admisión de una recepción a la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios, que, también con carácter general, se contiene en el artículo mil doscientos setenta y uno del citado Cuerpo legal sustantivo, suscitando dudas acerca de su efectividad cuando el adoptante moría sin haber cumplido la promesa, bien por no haber otorgado testamento existiendo o no descendientes legítimos, o ya habiéndose hecho, pero sólo en favor de éstos si es que existían, o de un extraño caso de no existir—supuesto actual—, o en concurrencia con aquellos en la parte que no afectase a su legítima, cuestiones éstas acerca de las cuales un amplio y autorizado sector de la doctrina científica se pronunció en el sentido de que el incumplimiento de la obligación—promesa de instituir heredero—, si no se hizo en testamento, implicaba el derecho del adoptado a convertirse en heredero universal al no existir hijos o descendientes legítimos o en concurrencia en la misma cuota que pudiese corresponderles, y si hubo testamento en favor de los legitimarios o de un tercero, con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho que pudiese corresponder a los hijos legítimos, criterio que tuvo el respaldo jurisprudencial, en los casos en que éste Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, siendo punto de partida de diecinueve de abril de mil novecientos quince, donde se contempló un supuesto de hecho que trataba de la adopción de una niña cuyos padres adoptantes concedieron sus apellidos y prometieron instituir la heredera en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecían las leyes, promesa que no fue cumplida por los adoptantes, que carecían de herederos legítimos, y murieron sin testar, habiéndose reconocido a dicha adoptada plenos derechos a la subsiguiente sucesión intestada, interpretación seguida, en cuanto a línea de principio, aunque referida a supuestos fácticos diferentes, por las sentencias de este mismo Tribunal de nuevo de abril de mil novecientos cuarenta y dos y treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y últimamente por las de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro y veintiocho de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la que es de insistir y por tanto debe ser mantenida en lo que supone de exacta valoración de la finalidad de lo que la adopción representa y representó en el período de tiempo a que el precepto aplicable se contraía, y al que como se manifestó en la invocada sentencia de diecinueve de abril de mil novecientos quince hay que estar, si no se quiere desnaturalizar la esencia de aquella institución, y puesto que corresponde a la Jurisprudencia la misión de suplir las omisiones involuntarias que presenten un precepto legal y en que sus redactores hubieran podido o puedan incurrir.

Considerando que haciendo aplicación al presente caso de lo precedentemente expuesto, la obligación contraída por ambos adoptantes y concretamente por doña M. A. S. es más concluyente o indubitada que la resultante de la letra estricta del mencionado artículo ciento setenta y siete del Código Civil, puesto que éste excepciona el supuesto de obligarse el adoptante a instituir heredero al adoptado, que en definitiva no es sino una promesa de futuro, mientras que aquí lo efectuado, conforme viene anteriormente razonado, es una atribución o concesión actual de todos los

derechos que la Ley reconoce a los hijos legítimos, entre los que figura, en primer lugar, según se dice en el número tercero del artículo ciento catorce del Código Civil, «la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce» en relación por lo que concierne al supuesto en cuestión con el párrafo primero del artículo ochocientos ocho, ochocientos trece y párrafo segundo del ochocientos catorce, todos ellos del mencionado Cuerpo legal sustantivo, atribución que lleva implícito el derecho de heredar la adoptada demandante doña E. M. A. a su madre adoptante doña M. A. S., en los dos tercios de la herencia de ésta, como la sentencia recurrida reconoce, en concurrencia con el tercio afectante a la parte de libre disposición asignable al demandado don M. M. A., por consecuencia de la declaración de heredero, en favor de éste, efectuada por la precitada adoptante doña M. A. S. en su testamento, no revocado, otorgado el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, y que asimismo acoge la sentencia impugnada, porque, además de que, como certeramente en ésta se indica, no debe vincularse todo un patrimonio por una obligación de instituir heredero «in abstracto», a los hijos adoptivos, más allá de los derechos sucesorios y legitimarios de los descendientes legítimos, es lo cierto que, como igualmente establece la Sala sentenciadora «a quo»; el espíritu que informa nuestro ordenamiento jurídico es que no se impida la libertad de testar, haciendo en su virtud compatible las cuotas legitimarias de los herederos forzosos con esa libertad de testar, porque sería un contrasentido ampliar el pacto sucesorio verificado de acuerdo con el sistema de protección de los hijos adoptivos trascendiendo de los límites establecidos en la normativa impuesta a la adopción, no cabe desconocer que si bien el adoptado no se le reconoce la calidad de heredero legítimo o forzoso en la herencia de sus padres adoptivos, si heredera por el compromiso o pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes en la escritura de adopción, que, cual se previene en citada sentencia de veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cinco, es una verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, que es inherente a institución de tal naturaleza y viene expresamente reconocido en el artículo ciento setenta y cinco de la redacción dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y en el ciento setenta y siete de la actual normativa instaurada por Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, de aplicación tanto para los supuestos de sucesión intestada, como testamentaria, sin referencia a la persona adoptada, esto es fuera de testamento, ya que lo contrario equivaldría a una verdadera desheredación injusta causa, que no puede admitirse y sea posible en consecuencia la concurrencia con los herederos legítimos o testamentarios, según los casos, en la proporción correspondiente, toda vez que el derecho del adoptado a la herencia del adoptante nace de dicho pacto o compromiso, y, por tanto, sin que lo pueda desvirtuar el silencio que representa el no otorgar testamento, hacerlo con omisión de la persona adoptada o, como en este caso ocurre, con existencia de testamento en vigor otorgado con anterioridad a la adopción también sin estar comprendido en su contenido el adoptado.

Considerando que la solución a que se llega en el precedente, subsanadora de la omisión producida en el artículo ciento setenta y siete de la primitiva redacción del Código Civil en orden al «quantum» hereditario asignable al adoptado en el caso de no haber cumplido el adoptante la

obligación que asumió de instituir heredero a aquél y concurrir con herederos no forzosos testamentarios, que como viene expresado cese el supuesto actualmente contemplado, viene avalada tanto por la redacción dada al artículo ciento setenta y cuatro del mismo Código a causa de la normativa que se instituyó por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, como por la del artículo ciento setenta y seis de la regulación ahora en vigor emanante de la Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, en cuanto al establecer el primero que «el pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas», y disponer el segundo que «en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo», unido a que el artículo ciento setenta y nueve del repetido Código, en virtud de la invocada Ley de cuatro de abril de mil novecientos setenta, disponga que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido», lo mismo quiere decir que cuando en adopción concedida estando en vigor la primitiva redacción del artículo ciento setenta y siete del Código Civil se haya reconocido por los adoptantes que se lleve a cabo como si la persona adoptada «fuera nacida de legítimo matrimonio», confiriéndole «el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las Leyes en favor de los hijos adoptivos», como ha ocurrido en el presente caso, sin establecerse limitación alguna en orden al «quantum» sucesorio hereditario, éste haya de alcanzar al señalado por el legislador a los hijos legítimos, que a tenor del artículo ochocientos ocho del Código Civil, son «las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», pues que con dicha referencia de los adoptantes a que la adopción se lleve a cabo como si la persona adoptada «fuera nacida de legítimo matrimonio», con «el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las Leyes en favor de los hijos adoptivos», sin hacerse limitación alguna en el aspecto cuantitativo, lo que se hace, en esencia y en definitiva, por los referidos adoptantes es aceptar para el adoptado la mencionada participación hereditaria legalmente prevenida para los hijos legítimos, lo que por otra parte, en el ámbito interpretativo al respecto siempre estaría abonada por el principio, acogido en sentencia de veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta, de que en materia de interpretación de las normas legales si bien ha de partirse de la literalidad de su texto, ha de tenerse en cuenta el valor de su resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico, y mayormente cuando éste viene determinado por darse la misma razón legal, que hace aplicable el principio «ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet» proclamado por las sentencias de primero de diciembre de mil novecientos tres, trece de diciembre de mil novecientos trece, trece de marzo de mil novecientos dieciséis, seis de abril de mil novecientos cuarenta, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos; y sin que a ello obste la circunstancia de que en el artículo ciento setenta y nueve del Código Civil, conforme a la redac-

ción dada por la tan citada Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, se estableciese, contemplando la adopción plena, que por ministerio de la ley el adoptado tendría en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, que legalmente viene fijado en el tercio de la herencia, porque aun sin tener en cuenta que esa normativa sería de aplicación únicamente a la adopción llevada a cabo bajo su vigencia, que no es el caso ahora examinado, y no a los realizados estando en vigor la primitiva regulación legal al respecto, que es la situación que en este caso se da, como tampoco a las formalizadas con base en la regulación que existe en la actualidad por consecuencia de la Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, en todo caso sólo tendría aplicación esa prevención legal referente a derechos del hijo natural reconocido cuando no existiese remisión por los adoptantes a derechos de filiación de mayor amplitud en cuanto a derechos relacionados con el «quantum» sucesorio hereditario, que no rebasen los dos tercios de la herencia correspondiente que autoriza el párrafo cuarto del ya mencionado artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil, en su dicha redacción dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, y no por tanto en caso, que es el ahora examinado, de reconocimiento a una adopción realizada por los adoptantes como si la persona adoptada fuere nacida del legítimo matrimonio de aquéllos, y con reconocimiento de institución hereditaria en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, que como viene razonado es la de los hijos legítimos, por ser concebida la adopción de que se trata con tal carácter, y que tienen módulo cuantitativo reconocido de los dos tercios de la herencia, y que por tanto no rebasa el admitido para el pacto sucesorio de los dos tercios en el precitado párrafo cuarto del artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil en la expresada regulación que vino dada por la tan repetida Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

Considerando que tratando del también recurso de casación ejercitado contra la sentencia en cuestión por la demandante doña E. M. A. amparado en dos motivos, es de desestimar el primero, adaptado al número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida violación, por inaplicación de los artículos seiscientos cincuenta y nueve, seiscientos sesenta y seiscientos sesenta y uno, en relación con los seiscientos sesenta y ocho y ochocientos catorce, del Código Civil, por entender dicha recurrente que reconocido el carácter de heredera a la hija adoptiva la precitada doña E. M. A., debe serlo de todos los bienes, derechos y obligaciones pertenecientes a su madre adoptiva doña M. A. S., por los propios razonamientos que han llevado a rechazar el recurso de igual clase formulado por el demandado don M. A. S., y especialmente en virtud de lo dispuesto en los precedentes considerandos sexto y séptimo, que se dan por reproducidos en el presente al respecto; y más en cuanto que afectando dichos artículos seiscientos cincuenta y nueve, seiscientos sesenta y seiscientos sesenta y uno, respectivamente, únicamente al contenido de la herencia, el concepto de heredero y de legatario, y la sucesión universal de aquél, y los artículos seiscientos sesenta y ocho y ochocientos catorce del mismo Cuerpo legal sustantivo a las facultades dispositivas del testador y a las consecuencias de la preterición de los herederos forzosos, ninguna violación de ellos contiene la sentencia recurrida, sino que, por el contrario, guarda la misma adecuada a

ellos, toda vez que, de una parte, no desconoce que la herencia en cuestión comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de la causante doña M. A. S., ni el carácter de herederos de los que deban suceder a éste, sino que los determina y precisa, y la sucesión que se produce en favor de ellos por el hecho de la muerte de dicha causante en todos los derechos y obligaciones de ésta, y, de otra parte, "no contraviene la facultad de la mencionada doña M. A. S. para poder disponer de sus bienes a título de herencia, en cuanto que la reconoce al respetar el testamento, no revocado, que otorgó el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, cohonestándolo y armonizándolo, en orden al alcance y efectos de la institución de heredero que en él se hace a favor del demandado don M. A. S., con los derechos hereditarios «per adoptionem» correspondientes reconocidos a la demandante adoptada por aquella causante a causa de compromiso o pacto sucesorio, debido a que si el aspecto el no reconoce los derechos hereditarios atribuibles al adoptado de hecho sería equiparable a una situación de desheredación, sin embargo, nunca sería significativo de preterición, ni consiguientemente revelador de consecuencia de anulación de la institución de heredero que previene el aludido artículo ochocientos catorce del Código Civil, desde el momento que, de conformidad con la normativa del artículo ochocientos siete del mismo Cuerpo legal sustantivo, el adoptado al no tener el carácter de heredero forzoso no genera preterición, al estar supeditada ésta a aquel carácter, con lo que esa omisión de institución hereditaria del adoptado por el adoptante, a que éste se había obligado, no puede tener más alcance, cual viene manifestado en los referidos precedentes considerando sexto y séptimo, que el reconocer, como certeramente hace la sentencia objeto de recurso, que la sucesión hereditaria de doña E. M. A., en concepto de adoptada, en relación con la herencia de doña M. A. S., en el concepto de adoptante, sea con el alcance cuantitativo de dos tercios en concurrencia con el heredero testamentario demandado don M. A. S., según se establece en la sentencia de esta Sala, ya aludida, de veintiocho de enero de mil novecientos setenta y cinco.

Considerando que igualmente procede no estimar el segundo motivo planteado en apoyo del recurso ejercitado por la citada demandante doña E. M. A., amparado asimismo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar que en la sentencia de que se trata se comete violación, por inaplicación del artículo trescientos cincuenta y tres, en relación con el trescientos cuarenta y ocho, ambos del Código Civil, con base en que reconocido el carácter de heredera a la hija adoptiva doña E. M. A., la propiedad de los bienes le fue deferida en el momento del fallecimiento de su madre adoptiva doña M. A. S. y desde esta fecha como propietaria de todos los bienes de la herencia le corresponde percibir todos los frutos, rentas y acciones que aquellos bienes hayan producido, porque, de una parte, al reconocerse en la mencionada resolución impugnada que a dicha demandante recurrente corresponde no la totalidad de la herencia de doña E. M. A., sino solamente dos tercios de ella, en manera alguna procede reconocerle el derecho que pretende a percibir todos los frutos, rentas y acciones que hayan producido todos los bienes de la herencia de que se trata; y, de otra parte, al afinarse en la expresada sentencia recurrida una situación de buena fe en la posesión que ha venido realizando el demandado don M. A. S. en cuanto a los bienes integrados en la meritada herencia, que ha quedado

firme al no haberse formulado impugnación a tal aserto, ni concretamente por el cauce adecuado que previene el número séptimo del tantas veces mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites Civil, claro es que el abono de frutos, rentas e intereses solicitado, limitado a los bienes inmuebles que compongan esos dos tercios del caudal hereditario, que la sentencia en cuestión reconoce a la adoptada demandante, haya de contarse a partir de la interpelación judicial, puesto que si, a tenor del contexto del artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, y por tanto, según tiene reiteradamente esta Sala en sentencias, entre otras, de diez de diciembre de mil novecientos dieciocho, dieciocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, trece de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho y primero de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, sólo pueden exigirse frutos y rentas a partir del momento de la interpelación judicial; y las acciones únicamente sean de reintegro previo cumplimiento de las exigencias prevenidas en el artículo trescientos sesenta y uno del tan repetido Código Civil, no cumplimentadas hasta ahora en el presente caso, porque, como proclaman las sentencias antes invocadas, el éxito de una acción reivindicatoria no lleva consigo por sí solo el abono al reivindicante de los frutos percibidos por el poseedor de la finca litigiosa desde el instante de su ocupación, sino que para producirse tal efecto es preciso que, además del requisito objetivo del vencimiento en el juicio, concorra el subjetivo de la mala fe en la posesión por parte del demandado ya que en otro caso éste se halla protegido por el invocado artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil.

COLACION.—MODIFICACION DE PARTICION.—CAUSA MIXTA.—Artículos 1.035 y 1.079 del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1978).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había estimado en parte el recurso de apelación contra la del Juzgado de Primera Instancia número doce de Madrid, conforme a los siguientes razonamientos:

Considerando que las numerosas cuestiones integrantes del ámbito de la controversia en la instancia quedan reducidas, dada la motivación del recurso, a una sola, cual es, si es procedente la colación de bienes solicitada por la actora y hoy recurrida, acogida por la Sala de instancia, o no lo es, según criterio de la demandada y recurrente.

Considerando que son hechos que, por su relevancia y significación, y por la estrecha relación que tienen con la cuestión mencionada, constituyen la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, contenida en el considerando segundo, las siguientes: Primero. El padre de la actora y demandada falleció el dos de abril de mil novecientos sesenta y tres, bajo testamento abierto otorgado el once de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis por el cual dispuso que «todos los muebles, ropas y objeto de adorno, cuadros y, en general, cuando existiese en el piso que habitaba, fueran de la propiedad de la hoy recurrente y que en el rema-

nente de todos los bienes, derechos y acciones de su herencia que radica- sen en España, instituía herederas, por partes iguales, en plena propiedad a sus dos hijas (la ya citadas). Segundo. Que entre los bienes de la he- rencia figuraban ciento cinco acciones de «Ferge, S. A.» que representaban un valor nominal de un millón cincuenta mil pesetas, equivalente al cin- cuenta por ciento del patrimonio social; el cincuenta por ciento restante correspondía al otro socio: porcentaje de acciones, el expresado, que fue vendido a la recurrente, por su padre, por póliza expedida el catorce de febrero de mil novecientos sesenta y tres, transmisión que, por las cir- cunstancias que la rodearon, y que acreditan que su valor nominal sin razón aparente se vendió por el veinte por ciento de su importe, revela la realidad de una *liberalidad*, en favor de su hija beneficiada, que el pro- dujo un enriquecimiento, en perjuicio de la otra heredera. Tercero. Otros bienes de Forge, S. A. fueron aportado a Forbar, S. A. —constituida el trece de diciembre de mil novecientos sesenta y tres—de los cuales la recurrente, vendió, como Presidente de Forber el solar situado en la carre- tera de Andalucía, hoy calle Antonio López, número sesenta y siete, en sesenta millones de pesetas, el veintidós de octubre de mil novecientos sesenta y ocho; en reunión celebrada en esta capital, por los litigantes, para tratar de la parte que correspondía a la hoy recurrida, en la venta de dicho inmueble, la recurrente ofreció la cantidad de diez millones de pesetas, como compensatoria, que fue aceptada, negándose, posteriormen- te, a entregarla, sin que se demostrase las razones que la impulsaran a dejar sin efecto el ofrecimiento, que, en forma alguna cabe atribuir al simple deseo de ayudar a su hermana».

Considerando que, evidentemente, la finalidad de la colación de bienes tiende a defender la integridad de la legítima y, por ello, a la igualdad entre los herederos forzosos, en el supuesto de alteración de esa igualdad, por las causas establecidas en el artículo mil treinta y cinco del Código Civil ya que, en principio y en este caso la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios. Es indudable existe una notoria dife- rencia entre el valor nominal de las mil cincuenta acciones vendidas a la recurrente y el precio fijado en la póliza, reveladora de que el transmi- tente se desprendió de esa diferencia *sin contraprestación*, esto es, se efectuó un desplazamiento patrimonial con causa mixta, y, por tanto, ori- ginadora de desigualdad que integra la relación causal de la obligación de colacionar impuesta a la recurrente por la Sala sentenciadora, a la cual no se opone se verifiquen en momento posterior a la petición de bienes practicada, a raíz de la muerte del causante, porque como tiene declarado esta Sala, en las sentencias de veintinueve de marzo y diez de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, entre otras, dada la índole contractual de la partición cuando, como sucede en el caso de autos, se llevó a cabo por las dos hermanas, como únicas herederas, con expresión de la conformidad de ambas, puede, no obstante ello, ser objeto de im- pugnación o de adición o suplemento, cuando se advierta que algunos bie- nes del causante hayan sido omitidos voluntaria o de modo intencional al hacer la partición, supuesto establecido en el artículo mil setenta y nueve del Código Civil, todo lo cual, hace inviables los motivos primero, segundo y tercero amparados en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, por aplicación indebida, interpre- tación errónea y violación del artículo mil treinta y cinco del Código Civil respectivamente.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

UTILIZACION DEL LLAMADO INTERDICTO ADMINISTRATIVO POR UN AYUNTAMIENTO PARA RECUPERAR UN CAMINO.

I. ANTECEDENTES

1. «Depuradora de Moluscos, S. A.», tiende una tubería para elevar agua desde el mar hasta una de sus factorías. Al hacerlo hace atravesar la tubería por un supuesto camino, que a su vez atraviesa la finca propiedad de la sociedad e inscrita como tal, sin hacer alusión alguna al camino, en el Registro de la Propiedad.

2. La Comisión Permanente del Ayuntamiento adopta el acuerdo de requerir a la sociedad para que, en el plazo de quince días, proceda a la demolición de la obra efectuada o tubería colocada sin licencia, en cuanto afecta al camino público, con la advertencia de la ejecución por el Ayuntamiento caso de no hacerlo.

3. Interpuestos recursos de reposición y luego contencioso contra dicha resolución son desestimados.

4. En la apelación el Tribunal Supremo también desestima, aceptando los considerandos de la sentencia apelada.

II. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1978

Considerandos de la sentencia apelada aceptados.

«1.º Que el recurrente don José V. V. actuando en representación de la entidad «Depuradora de Moluscos, S. A.», impugna los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Riveira de 22 de febrero y 13 de abril de 1972, que ordenaron la demolición de una tubería colocada para elevar agua del mar hasta su factoría en Aguiño, en cuanto obstruye el libre tránsito por un camino público; impugnación que se fundamenta en la supuesta incompetencia de la Comisión Municipal Permanente para adoptar los acuerdos recurridos, la falta de prueba sobre el carácter público del camino en cuestión, y la inscripción registral de la finca, en la que no consta que la misma se halle atravesada por camino alguno.

2.º Que la Sentencia del T. S. de 3 de junio de 1965 (R. 2962), en doctrina reiterada posteriormente en la de 19 de noviembre de 1971, ha reconocido *competencia para acordar la recuperación posesoria de bienes incluso al Alcalde, tanto por la residual—señalan—que le asigna el inciso i) del artículo 116 de la Ley de Régimen Local, como por las funciones de policía rural a que se refiere la letra c), por lo que, con más motivo debe reconocerse competencia a la Comisión Municipal Permanente, de la que forma parte el Alcalde*, además de que, como señala dicha resolución, el Acuerdo del Pleno sobre personamiento en el recurso contencioso-administrativo para defender aquella resolución, vendrían virtualmente a ratificarla, si es que ello fuera necesario.

3.º Que en lo que se refiere a la cuestión de fondo, los artículos 101, número 2 b), y 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales y 55 del Reglamento de Bienes, atribuyen a *las Corporaciones Locales la facultad de recobrar por sí la tenencia de sus bienes, en todo tiempo cuando se trate de bienes de dominio público, y dentro del plazo de un año si son bienes patrimoniales, procedimiento que, a semejanza de los interdictos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponen únicamente la recuperación de la posesión despojada, sin decidir nada acerca del derecho de propiedad o de otros pretendidos derechos sobre los bienes*—Sentencia de 5 de enero de 1971—, *de forma que, esa recuperación posesoria, no impide el ejercicio de las acciones definitivas referentes al dominio ante los Tribunales competentes de la Jurisdicción ordinaria, habiéndose exigido por la Jurisprudencia para que esa pretensión recuperatoria de la posesión pueda prosperar, al igual que se exige en los procesos interdictales de la Ley Procesal Civil, que por el Ayuntamiento se justifique el requisito de la efectiva posesión pública*—Sentencias de 5 de octubre de 1965, 20 de marzo de 1969 y 4 de julio de 1970—, *ya que, como señala esta última, es el Ayuntamiento el que al recuperar asume la carga de justificar la posesión, y también la plena identificación del terreno a recobrar*—Sentencias de 18 de enero de 1967, 18 de junio de 1968 y 27 de enero de 1970—; *ahora bien, esa obligación probatoria que incumbe a los Ayuntamientos que recuperan la posesión, habrá de ser proporcionada al tiempo mayor o menor transcurrido desde el despojo, y valorarse en relación con las pruebas aportadas por quien también alega derechos posesorios sobre el mismo*.

4.º Que el contraste valorativo de las pruebas practicadas por una y otra parte, enfrenta las positivas del Ayuntamiento, representadas principalmente por las afirmaciones de la Cofradía Sindical de Pescadores de Carreira y Aguiño, y en especial, el informe del Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Riveira, sosteniendo el uso y posesión pública del camino cuestionado, frente a una prueba negativa, la falta de referencia al camino en las escrituras de adquisición y agrupación de fincas y en la inscripción registral, practicada que alega el recurrente, a cuyo respecto es de señalar la doctrina sentada en la Sentencia del T. S. de 24 de octubre de 1968, en la que, con referencia a las aguas de un río que atravesaban varios montes

que fueron agrupados o inscritos en el Registro de la Propiedad, se sostiene que el acceso de los montes al Registro a través del procedimiento de los artículos 205 y 206 de la L. H. carecería en todo caso de eficacia en cuanto a las aguas del río, ya que la protección que ofrece el Registro no se extiende a los datos registrales de mero hecho, como son la superficie, linderos y accidentes físicos, protegiendo sólo las fincas inscritas consideradas en conjunto; y en cuanto a la reproducción fotográfica que acompaña, en vez de servir de prueba a sus pretensiones, pone de relieve la existencia de lo que parece ser un camino, que arranca del muelle de Aguiño, que sin interrupción atraviesa la propiedad de la entidad recurrente desde la línea F a G, señalada en trazo rojo, hasta la A a H, y si en ésta parece interrumpirse, puede también observarse que esto ocurre cuando atraviesa zona rocosa, en que las huellas de un camino no pueden ser tan manifiestas, ni son fácilmente reflejables en una reproducción de una fotografía aérea.

5.º Que, por lo expuesto, es procedente la desestimación del recurso, sin perjuicio de las acciones que a las partes puedan corresponder para decidir ante la Jurisdicción ordinaria, con carácter definitivo, los derechos dominicales y posesorios que puedan corresponderles en relación con el camino litigioso; sin hacer declaración sobre el pago de costas, al no apreciar motivos de temeridad o mala fe procesal en las partes.

Considerandos del Tribunal Supremo:

1.º Que en cuanto a la invocada *incompetencia de la Comisión Municipal Permanente* para dictar los acuerdos recurridos, por ser atribución del Ayuntamiento en Pleno, resulta procedente su desestimación, coincidiendo con el pronunciamiento de la sentencia apelada, toda vez que es acertada la doctrina que en ella se sustenta, puesto que la materia objeto de tales acuerdos se encuentra atribuida a las facultades propias del Alcalde de dicha Corporación y, por tanto, con más razón la tiene que poseer la citada Comisión Municipal Permanente, cuando incluso forma parte de la misma la expresada autoridad local, y además cuando también conforme se dispone en el número 12 del artículo 123 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales, se atribuye a esta Comisión el ejercicio de toda clase de acciones cuando de su demora pudieran seguirse perjuicios para los intereses municipales, lo que demuestra su competencia para dictar en el presente supuesto los acuerdos impugnados.

2.º Que el contenido de tales decisiones municipales, según se desprende de su propio texto, se refieren exclusivamente a que proceda a demolerse la tubería colocada en el camino cuestionado, sin tener licencia para ello, por cuanto afecta al uso público del mismo y tampoco ser susceptible de su legalización, por lo que en realidad la obligación que se impone a la Entidad apelante, lo es como consecuencia de las *obras realizadas sin la oportuna licencia municipal en bienes de uso público y bajo la advertencia de proceder a su demolición por no ser susceptibles de posterior legalización*; en vista

de lo cual, aquí no se discute la propiedad ni tampoco la posesión del referido camino como pretende la parte recurrente, por lo que son intrascendentes los elementos con los que se intenta acreditarlo y que se invocan por esa misma litigante, así como tampoco sirven a este caso las argumentaciones que en defensa de su pertenencia igualmente por ella se aducen, y puesto que de todos modos no resulta claramente justificado que sea la propietaria o legítima poseedora de dicho camino, sino que por el contrario existen medios probatorios suficientes del uso público desde antiguo, continuado y libre, del mencionado camino, así como consta su reciente interrupción precisamente por las obras de instalación de la citada tubería, lo que por sí solo es bastante para que la autoridad municipal tenga que adoptar la medida contenida en el Acuerdo que es objeto de esta apelación y que corresponde a las atribuciones que a la misma le están conferidas por su reglamentación, y sin que con ello se decida sobre la propiedad o posesión de aquel camino, lo que en su caso procederá dilucidar en el correspondiente pleito de orden civil u ordinario y no en este procedimiento contencioso-administrativo cuya materia no le compete.

3.º Que una vez sentado lo que antecede, el problema aquí debatido se centra únicamente, en que tratándose de unas obras realizadas sin obtener la correspondiente licencia, como así consta en las actuaciones, y las cuales venían a obstaculizar el paso del citado camino, que desde siempre era utilizado por el público del lugar y las que, por tanto, no eran legalizables, resulta procedente el acuerdo municipal que ordena su demolición por quien las ha realizado y en caso de su incumplimiento llevarlas a cabo por el Oyuntamiento y a su costa, y es preciso reconocer teniendo en cuenta tales circunstancias, que lo acordado por la Corporación unicipal se encuentra ajustado a la normativa aplicable en estos supuestos, por cuanto se comprueba que no se concedió licencia para esas obras como era necesario obtener, y que además con la instalación de la mencionada tubería se ha producido una perturbación en el libre uso público del citado camino que desde hace mucho tiempo se venía así utilizando, lo cual constituye sin duda alguna la infracción en aquel Acuerdo sancionada y que justifica la pertinencia de la medida adoptada en el mismo, sin que, por consiguiente, proceda la pretensión de la entidad recurrente de que quede sin efecto dicho acuerdo.

4.º Que por lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sentencia apelada; sin que existan motivos de lo actuado por ninguno de los litigantes, para que a tenor de los artículos 81 y 131 de la Ley Jurisdiccional proceda hacer una expresa condena de costas en ambas instancias.»

III. COMENTARIO

1. Planteamiento

El formidable privilegio posicional de las Administraciones Públicas respecto de la justicia (1), concretado en el término Autotutela o Autodefensa, tiene una de sus manifestaciones en el denominado Interdicto Administrativo, interdicto propio, Autorreivindicación administrativa (2) recogido en el artículo 404 de la Ley de Régimen Local (3) y 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (4) fundamentalmente (5).

Con independencia de la fundamentación genérica de esta posibilidad interesa destacar la funcionalidad a que específicamente responde. Su importancia radica en ser un potente freno a las constantes (6) apropiaciones por particulares de los bienes de una determinada colectividad (7). Fenómeno éste que ha podido calificarse como una nueva *Desamortización* (8).

(1) Por todos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ *Curso I* 1.ª ed., Madrid, 1974, págs. 315 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ *Los recursos Administrativos*, Madrid, 1975, págs. 31 y ss.

(2) Además de los citados y de las obras de carácter general, singularmente: F. GARRIDO *Tratado II*, 4.ª ed., Madrid, 1967, págs. 510 y ss.; en general: M. CLAVERO, *RAP*, 16, págs. 117 y ss.; J. L. GONZÁLEZ BERENGUER *El Patrimonio de las Corporaciones Locales. Su recuperación y defensa*, Madrid, 1961, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *RAP*, 25; L. MORENO PÁEZ, *REVL*, 95, págs. 677 y ss.; N. RODRÍGUEZ MORO *Los Bienes de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1969; LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, en su reciente *Selección de Comentarios sobre la jurisprudencia de conflictos*, Madrid, 1976, págs. 334 y ss.; «El Dictamen» de M. CONDE, A. D. G. C. E. I., 1975, págs. 274 y ss. y el de R. DE MIGUEL, *idem*, págs. 272 y ss.; V. MENDOZA *El destino*, Madrid, 1968, págs. 249 y ss. También E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos Estudios sobre usucapción en Derecho Administrativo*, Madrid, 1974, págs. 149 y ss., y el interesante planteamiento de J. BERMEJO, *RAP*, 83, págs. 179 y ss.

(3) Ley de Régimen Local, artículo 404. «Las Entidades Locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares, durante plazo que no exceda de un año.»

(4) Reglamento de Bienes, artículo 55. «Las Corporaciones Locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.»

Cuando se tratase de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usucapción, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios.

La recuperación en vía administrativa requerirá acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se tratase de repeler usurpaciones recientes.

En lo que concierne a los montes públicos patrimoniales se estará a lo dispuesto en la legislación especial.»

(5) También artículo 344 R. O. F. y la relación de todos con el artículo 101 (2) (b), L. R. L. Aparte, respecto de la Administración del Estado, artículo 8 L. P. E. y supuestos específicos (por ejemplo, art. 407 Ley de Montes).

(6) Por lo menos, si no constantes, sí numerosísimas. En cualquier caso, no creo exagerar lo más mínimo.

(7) La colectividad será estatal, provincial, municipal, regional, según los casos. Los bienes de distintas características, unos más codiciados que otros: recuérdese el tema de las playas, de las vías pecuarias, de los montes. En relación con los montes creo altamente significativo uno de los párrafos de la Exposición de Motivos de la vigente ley. Dice el legislador:

«Merece singular atención cuanto concierne a la firme defensa de la propiedad forestal pública, la que salvada esencialmente del alcance de las leyes desamortizadoras en sus más importantes masas ha sufrido, sin embargo, al correr de los tiempos, fuertes ataques y segregaciones que realizaron *avisarados* y *logreros*, manejándose hábilmente en la complejidad y entresijo de disposiciones, preceptos y procedimientos a veces *interferentes* y *no siempre bien diferenciados* en las jurisdicciones administrativa y judicial.»

(8) «Todo lo que sea poner obstáculos a la recuperación de los bienes públicos—todo lo que sea, correlativamente, dar facilidad para que se consoliden las usurpaciones realizadas sobre bienes públicos—va en la misma línea que la corriente desamortizadora. La corriente desamortizadora que utilizó y potenció el concepto moderno de propiedad privada, se realizó en beneficio directo de una determinada clase. Los bienes de los pueblos constituyeron botín abundante para los beneficiarios de la desamortización, sin que pasaran de la impotencia las palabras de los representantes de los municipios que se oponían a la misma. Podría pensarse que la legislación que sostuvo y creó la *vieja* desamortización ha sido derogada. Pero repito que todo lo que sea poner trabas para la defensa y recuperación

Un privilegio, por tanto, de la Administración con la aludida funcionalidad, y que, claro está, deberá actualizarse, utilizarse, cuando los hechos lo exijan. El tema en este orden de ideas conecta con el obsesionante problema de la inactividad de la Administración Pública (9) y, por tanto, en este caso concreto, con la posibilidad de subrogarse el administrado en el ejercicio de las acciones que su administrador no se decide a asumir. Baste la constatación de esta conexión y resaltar como hito jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1974 (10).

Por otro lado, debe constatarse que la autorrecuperación podrá actualizarse directa e indirectamente. Así expresamente se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1967, acptándose un considerando de la apelada:

«Siendo indiscutible o indiscutido que los Ayuntamientos pueden ejercer la acción de defensa de la posesión pública de sus bienes, que le concede el artículo 404 de la L. R. L. y concordantes de los Reglamentos de Bienes y de Organización y Funcionamiento, *bien de manera directa*, recuperando por su propia autoridad la posesión perturbada, *o bien* de forma indirecta, *defendiéndola con la denegación de licencia de obras o suspensión de la concedida, cuando la ejecución de éstas pueda suponer o suponga inquietación o usurpación de aquélla*, el tema litigioso se reduce a determinar, si en el acuerdo de suspensión por entender que se invadía zona perteneciente a camino público concurrían perfectamente acreditados los supuestos de hecho que determinan y condicionan el lícito y legal ejercicio de la facultad recuperatoria indicada.»

Creo que la doctrina de la sentencia no puede ser más clara: puede denegarse o suspenderse una licencia de obras en los mismos términos que pueden recuperarse administrativamente los bienes públicos a los que dicha licencia se refiere. Y lo mismo cabría entender respecto de la denegación de la legalización de obras realizadas sin licencia.

El problema viene planteado por la conexión que resulta de la vía indirecta respecto de la licencia de urbanismo. Efectivamente, desde la perspectiva del tema de la licencia de urbanismo su denegación deberá hacerse con motivo y en base sólo a razones urbanísticas (11). Esto es evidente, pero evidente en tanto en cuanto que consideremos aisladamente el tema de este tipo de licencias. Ello resulta de la misma legislación urbanística (12) cuando respecto de los terrenos de dominio público exige

de los bienes municipales puede considerarse como constituyendo una *nueva* desamortización» LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, cit., págs. 353-354

Lo sugestivo del planteamiento me parece evidente al igual que un contexto socio-económico dio lugar a la desamortización y a instituciones que todavía, en apariencia, son aquellas mismas que el siglo del progreso originó, otro contexto necesariamente tiene que incidir en las instituciones existentes, que en algunos casos, aunque nominativamente permanezcan, habrán cambiado en su funcionalidad de tal modo que haya que dudar si estamos ante aquellas mismas figuras (sirva de ejemplo lo que decía en el núm. 528 de esta Revista, págs. 1043 y ss. un simple vistazo a la bibliografía que recogía advertirá sin dudas de que el fenómeno se está produciendo), y viceversa, puede advertirse que aun superadas determinadas fases históricas e incluso desaparecidas las respuestas institucionales de aquel momento *teóricamente*, en la *práctica* pueda seguir hablándose, por ejemplo, de desamortización

(9) Así en el anterior número de esta Revista, en la introducción al comentario de la jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa en los supuestos de mal estado o mala señalización de las carreteras

(10) Un análisis de la jurisprudencia hasta entonces, y estudio de la citada en F. SAINZ MORENO, REDA, 5

(11) Artículo 178 (2) L. S., artículo 3 R. de Planeamiento

(12) Artículo 178 (1) L. S., artículo 2 R. de Planeamiento

dos licencias: la de obras (o mejor urbanística), contemplada y regulada en la Ley del Suelo, y la correspondiente (autorización o concesión), derivada de la condición demanial. La primera normalmente otorgada por el Ayuntamiento, la segunda por el ente titular del dominio público. Pueden o no coincidir en una misma persona Ayuntamiento y ente, pero caso de sí coincidir resulta evidente que, aunque en la práctica se fundan en uno los dos actos administrativos, conceptual y jurídicamente serán distintos; de aquí que si se pide licencia de obras (o la legalización correspondiente) y el Ayuntamiento advierte que se está pidiendo respecto de terreno público, el Ayuntamiento podrá contestar que, además de licencia de obras, es preciso que el mismo Ayuntamiento autorice la ocupación del dominio público, y esta autorización la podrá conceder o denegar con base en motivos distintos de los urbanísticos. Si otro fuera el titular del dominio público y denegase, el Ayuntamiento no podría conceder la licencia de obras ni el particular construir; siendo una misma persona titular del dominio y Ayuntamiento, la denegación es incuestionablemente posible, como digo, en base a motivos distintos de los urbanísticos. El problema, como se habrá advertido, radicará en determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho sobre el problemático terreno ¿dominio público según dice el Ayuntamiento? ¿Propiedad privada como aduce el particular? La misma cuestión que acabamos de hacer nos lleva a la solución afirmativa: cuando recupera la Administración sin acudir al interdicto judicial o a la acción reivindicativa. ¿No se plantea la misma cuestión? (13). Evidentemente parece lógico que si se puede expulsar a alguien de un suelo, evitándose cualquier tipo de presencia suya, se le puede también prohibir (denegar la licencia; la matización es sólo terminológica en este caso) que realice determinada obra. Y más lógico será denegar, que tener que otorgar y luego, e independientemente, recuperar: la compatibilidad de los procedimientos es clara. Fusión, por tanto, de los dos aspectos del tema y terminología (autorrecuperación indirecta la utilizada que refleja claramente el supuesto):

La cuestión que se puede suscitar con motivo de otorgar a un particular una licencia de obras por poder ser el terreno de referencia de dominio público, debe resolverse de igual modo que cuando esa misma cuestión aparece náufraga y huérfana, porque sola o acompañada sigue siendo la misma.

Creo que la jurisprudencia en este sentido sigue la línea de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1967, porque o bien hace referencia al tema de si es necesario acreditar la propiedad para poder obtener la licencia de obras (14), o bien descartan la posibilidad de denegar, entre otras posibles razones, precisamente por no darse algunos de los requisitos del interdicto propio (15).

En la materia (camino) que me ocupa pueden verse además de la citada Sentencia del año 1967, las de 10 de octubre de 1963, 4 de julio de 1970 y 3 de mayo de 1976.

(13) Por supuesto que luego, no ahora, la analizaremos

(14) Piénsese que incluiría el tema, en general, los casos de propiedad particular entre particulares concretos. Por demás me estoy refiriendo a propiedad pública, y más concretamente al dominio público. Además no es lo mismo *acreditar* que el que pueda suscitarse la cuestión si es o no es propiedad, hay posesión, se puede autorrecuperar, veremos luego cómo debe responderse y que la carga corresponde al Ayuntamiento

(15) Para algunas sentencias, J. GONZÁLEZ PÉREZ *Comentarios a la L. S.* Madrid, 1976, págs. 923 y 945 y ss.

Respecto a la comentada no puede ser más claro que se trata de un supuesto de hecho típico de los de auterrecuperación indirecta (ver considerando del Tribunal Supremo). La única especialidad estará en que el Ayuntamiento es el que se adelanta a la petición de legalización de las obras ordenando la demolición por falta de licencia e informando que para poder realizarla de nuevo sería preciso que el Ayuntamiento lo autorizase previos los informes y condiciones que no interceptasen el libre uso del camino. Al recurrente luego se le repetirá que no procede la legalidad de dichas obras.

Una última precisión, quizá superflua: el tema se centra en la impugnación ante la jurisdicción contenciosa del acuerdo formal de recuperación, que es requisito para que la recuperación material no se convierta en vía de hecho y, consecuentemente, frenable con interdicto (16). Aparte, por tanto, la impugnación autónoma de los actos de ejecución material, aparte también de las posibles manifestaciones que el acuerdo en cuanto base para recuperar, puede presentar cuando se opera de manera indirecta (17).

2. *Organo municipal competente*

Partiendo del dato de la titularidad municipal sobre el camino en cuestión (18), la tesis de la Sentencia de 28 de junio de 1978 es corroborar competente a la Comisión Permanente del Ayuntamiento.

a) Porque *a priori* es competente el *Alcalde*.

b) Porque, aunque fuese competente el *Pleno*, el acuerdo estaría ratificado al resolver dicho Pleno sobre la personación del Ayuntamiento en el pleito.

c) Porque, añade el Tribunal Supremo, el artículo 123, núm. 12, del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones ocales da base a la competencia de la misma comisión.

Este es el resumen de los argumentos manejados en el considerando 2.º de la apelada y considerando 1.º del Tribunal Supremo. Debe señalarse que las sentencias que se citan son repetidas incluso literalmente.

3. *El límite del año no juega respecto de los caminos, por cuanto son bienes de dominio público*

En el tercer considerando de la sentencia apelada así se dirá expresamente (.) y con ello se viene a confirmar una vez más la tesis que hoy es unánime.

(16) Por todos, J. GONZÁLEZ PÉREZ *Los recursos*, cit., págs. 41 y ss., y la bibliografía que allí se recoge. Es interesante también el planteamiento de V. MENDOZA, cit., págs. 268 y ss.

(17) No será lo mismo que simplemente se deniegue una licencia o la legalización de unas obras ya efectuadas, que el supuesto de que además, en el mismo o distinto acuerdo, se dé base para la actuación material.

(18) No entro en si cuándo y por qué los caminos una vez son competencia municipal y otras provincial, alguna referencia resultará de la jurisprudencia luego citada.

Lo que sí me interesa resaltar es que quien puede recuperar es quien es titular precisamente. Con ello aludo a dos temas. El ya visto de la viabilidad de la actualización indirecta del privilegio sólo cuando coinciden titularidad sobre el bien y competencia urbanística. Otro, resaltado por J. BERMEO (cit., págs. 179 y s.): La dificultad de objetivizar, poner el acento en el objeto del dominio público en sí mismo considerado, en tanto que bienes demanialmente iguales o afines (tema de la afectación) basan su especial configuración jurídica en la relación sujeto-objeto.

Por último, no hace falta decir que los caminos no son carreteras, artículo 7 del R. de Carreteras de 8 de febrero de 1977.

Efecivamente, frente a la opinión de aplicar sin discriminación entre bienes Patrimoniales y Demaniales, las Ordenes de 8 de mayo de 1839 y, sobre todo, 10 de mayo de 1884, determinantes (19) del referido límite temporal (20), sostenida por la Doctrina (21) y Jurisprudencia (así: Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1923 y 5 de febrero de 1936); entre la de conflictos de 14 de diciembre de 1879, Real Decreto de 15 de diciembre de 1928 y 27 de enero de 1957 (22), hoy tanto doctrina (23) como jurisprudencia sostienen la posibilidad de recuperar administrativamente, aunque haya transcurrido un año desde la usurpación y perturbación.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia (contencioso-administrativa) podrían haber planteado dudas las Sentencias de 3 de julio de 1961 y 20 de abril de 1966, pero en la de 20 de marzo de 1969 ya se sostiene la ilimitación temporal sin ninguna oscuridad.

En su considerando primero el Supremo, después de sostener que los caminos son de dominio y uso público, sostiene:

«Que los Ayuntamientos pueden recuperar por sí mismos los bienes patrimoniales que están ocupados sin título por los particulares durante el plazo de un año y los demás—los de uso público municipal entre ellos—en cualquier tiempo a tenor de lo normado en el artículo 55 del Reglamento de Bienes, 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización y Funcionamiento»;

Y ello en base a lo sostenido en los dos primeros considerandos de la sentencia apelada aceptados por el Tribunal Supremo:

«Que es preciso comenzar afirmando que son distintas las facultades que la Administración tiene en orden a la defensa de sus bienes patrimoniales y a la tutela de su dominio público: pues mientras para los patrimoniales no cuenta, respecto a los particulares, de otro privilegio que el de la acción directa contra las inquietaciones posesorias de sus bienes, limitada al campo de *ius possessionis*, para repeler usurpaciones que no tengan antigüedad superior a un año (art. 55, 2, del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), lo que se traduce, en esencia, en una autotutela administrativa que hace innecesario acudir a la protección interdictal de Juez civil; para el dominio público, es titular de una potestad de autodefinición o de reintegración del dominio público perturbado o desconocido por los particulares, ejercitable *en cualquier tiempo* (art. 55, 1, del Reglamento citado) *dimanante, no ya del simple hecho de la posesión, sino de una titularidad dominical*, sobre bienes adscritos al uso o al servicio público que, por su propia naturaleza, consecuencia de la utilidad pública a la que sirven, justifica esta potestad administrativa.

(19) Aparte paralelismos dogmáticos sobre el campo del Derecho privado.

(20) Que según el Decreto de 2 de noviembre de 1905. «Transcurrido (la Administración) ostenta la cualidad de persona jurídica y debe hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales.» Fórmula, por demás ésta, hoy superada. Personalidad se tiene, aunque se actúe con prerrogativa.

(21) Por ejemplo, la citada por CLAVERO, *loc cit* (Escriche, Alcubilla, etc.)

(22) La última resolución, por tanto, posterior a la vigente regulación del Régimen Local. Todos referidos a caminos.

(23) Basta la citada en la nota 2.

Que *con anterioridad* al Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y acudiendo a una *literal interpretación* de los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales pudo sostenerse que el plazo de un año, al que se condiciona el ejercicio de la potestad recuperatoria de los bienes locales, era aplicable tanto al dominio público como al dominio privado; pero esta *doctrina contraria a principios inmanentes a la naturaleza del dominio público*, y que se traducía en *negar prerrogativas que son de esencia a la actuación administrativa* para la debida gestión del interés público, *es hoy definitivamente rechazable*, pues el artículo 55 del Reglamento de Bienes cuida de distinguir los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales, para establecer en su apartado 1.º que las Corporaciones Locales podrán recobrar por sí la tennencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo» (24).

Reitera esta posición el siguiente pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre recuperación de caminos. Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1970.

Quizá la más completa entre todas sea la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971, en la que el principal problema en la apelación era precisamente el del límite del año, respecto del camino, discutido (tesis de la sentencia apelada). Pues bien, según el considerando cuarto del Tribunal Supremo:

«admitiendo la tesis de la sentencia de primera instancia, si el particular estuviese en posesión real del terreno perteneciente al uso público, cualquiera que fuese su título, por más de un año sería indudable la competencia de la Jurisdicción ordinaria y sólo si fuese inferior a dicho año, sería entonces competencia de la Administración para recuperarlo: más esta conclusión presenta serios reparos cuando se trata de bienes de destino y uso público, porque entonces al no ser prescriptibles ni poder tampoco enajenarse o cambiar la titularidad dominical sin perder tal cualidad, que en realidad conservan aunque el particular subrepticionalmente los haya usurpado y dedicado durante más de un año a otros usos o servicios de conformidad con el artículo 188 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, Texto Refundido de 24 de junio de 1955, puesto que para la desafección de dicho destino público se precisa un acto de la Administración que así lo declare, resulta *no es posible impedir que ésta ejercite su recuperación en cualquier tiempo*, toda vez que todavía se hallan bajo su potestad y dentro de su competencia y cuando también *su uso no constituye posesión individual y jurídica* para cada uno de los usuarios en particular, por virtud de la utilización y destino público a que están predestinados y, por consiguiente, el Ayuntamiento podrá en cualquier tiempo impedir los abusos o usurpaciones sobre los mismos, así como acordar y ejercitar lo concerniente, dentro de sus atribuciones, para reintegrarlos al estado anterior a su alteración abusiva por un tercero; y además

(24) Resalto que lo que se sostiene en el primer considerando, y que después será reiterado, procede del Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949 Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., págs. 149 y ss. También V. MENDOZA, cit., pág. 264

existe *otro argumento* en favor de la recuperación administrativa de tales bienes sin limitación del plazo del año, partiendo para ello de lo que se dispone en el artículo 460, apartado 3.º, del Código Civil, donde se dice que se puede perder la posesión. Tercero: Por destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio, con lo que se observa cómo la extracomercialización, digo comercialidad, de los bienes puede extinguir la posesión que sobre ellos se tiene y, *por tanto, tampoco se podrá adquirir la posesión con respecto a los mismos*, y dado el carácter que revisten de bienes fuera del comercio los que son objeto de este litigio, por su dedicación a una función pública, no pueden perderlo por un acto privado de posesión abusiva que por sí misma no hace desaparecer el referido carácter extracomercial de tales bienes, pues pugnaría con el antes indicado precepto legal, toda vez que para ello es necesario se produzca la cesación de su destino público por la no afección a estas funciones durante tiempo suficiente y en forma adecuada, para que dichos bienes vuelvan otra vez al comercio y mientras esto no ocurra, la posesión abusiva por sí sola será insuficiente para privar del aludida carácter público y consiguiente *res extra commercium* a los mismos, o sea, que no es la mera posesión abusiva, sino la desafección inmemorial cuando se admite, la que hará en definitiva cesar el carácter público y fuera del comercio de los bienes que antes lo poseían».

Por su parte, en el quinto añade:

«Que si bien *con anterioridad* a publicarse el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 y acudiendo a una literal interpretación de los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Municipales de 17 de mayo de 1952, pudo sostenerse, aunque con poca consistencia, según antes se ha visto, que el plazo de un año al que se condiciona el ejercicio de la expresada potestad recuperatoria de los bienes locales era igualmente aplicable a todos los pertenecientes a tales Corporaciones, dado que *esta doctrina se opone a principios inmanentes que rigen la diversa naturaleza de esos bienes*, puesto que con ella se procedía a *negar prerrogativas que son de esencia a la peculiar actuación administrativa* para la debida gestión del interés público, toda vez que la propia naturaleza de estas prerrogativas justifica la posibilidad de su recuperación en vía administrativa cuando se trata de bienes de carácter público, sin necesidad de acudir al interdicto ni tampoco observar su requisito, como es el del referido plazo del año, para entablarlo y mucho más en materia tan importante como es ésta, en que *no es dable someter a un régimen uniforme a las diferentes clases de bienes que integran el patrimonio de dichas Corporaciones y el distinto rango de funciones* que realizan cada uno de ellos y que justifica un *trato jurídico diverso* en orden al problema de la mencionada recuperación, resulta aún menos aceptable tal tesis, por cuanto *el artículo 55 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*, acogiendo los anteriores razonamientos, se ha cuidado de distinguir los bienes de dominio público y bienes

patrimoniales para establecer en su apartado 1.º que las Corporaciones Municipales podrán recobrar por sí la tenencia de los bienes de carácter público en cualquier tiempo y sin limitaciones de plazo y ya que contrariamente a como lo entiende la sentencia apelada, tampoco media contradicción y ni siquiera modificación alguna entre las citadas disposiciones legales, puesto que el mentado Reglamento *sólo hace ejecutar lo dispuesto en la Ley, concretando y aclarando sus preceptos* en el sentido de establecer una distinción según se trate de recuperar una u otra clase de bienes municipales en consonancia con su distinta naturaleza y finalidad, con lo que también queda eliminada toda cuestión, a que alude la sentencia que se impugna, sobre el rango legislativo y la eficacia de que gozan ambas disposiciones, ya que las mismas se complementan e integran adecuadamente; *y esta misma orientación es la que parece seguir la jurisprudencia más reciente*, porque aun cuando es cierto que no ha tratado de esta específica materia de forma directa y principal, sin embargo, sí lo ha hecho en algunas ocasiones al referirse de pasada, indirecta y secundariamente a la misma y así cuando hay una Sentencia de 3 de julio de 1961 en donde se dice: "supuestos que unidos a la circunstancia de que no había transcurrido un año desde el acto perturbador del uso público del camino, bastan para estimar conforme a Derecho Administrativo la decisión municipal impugnada y que se apoya en el artículo 404 de la Ley de la Administración Local" y otra en igual sentido de 20 de junio de 1966, existen en cuanto digo, en cambio, otras posteriores, como son la de 29 de marzo de 1969, en que afirma que, para los bienes de dominio público no hay plazo para recobrarlos, según establece el propio artículo 55 del Reglamento de Bienes Municipales antes citado y *muy especialmente la de 27 de enero de 1970* en la cual se declara que, "la recuperación en vía administrativa de bienes de la pertenencia de las Corporaciones Locales, que vienen reguladas en los artículos 404 de la Ley de Régimen Local, 344 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Municipales y el artículo 55 del Reglamento de Bienes de estas entidades, supone una facultad excepcional de los Ayuntamientos, por cuanto ellos mismos unilateralmente, y sin necesidad de tener que acudir al amparo de los Tribunales de Justicia, pueden llevar a cabo el rescate de los que se hallaren indebidamente en poder de particulares más que potestad tan singular tenga su debido ejercicio y no se convierta en arbitrario actuar, como preciso es que concurren determinados requisitos y entre los cuales, a la vista de los preceptos antes reseñados, está el que se ejercite la facultad dentro del plazo de un año a contar del siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usurpación, si se trata de bienes patrimoniales, y en cualquier tiempo, cuando sean de dominio público; lo que patentiza sin ninguna duda, cómo la doctrina sustentada por la jurisprudencia se inclina abiertamente con arreglo a los indicados preceptos legales, y a su vez, por virtud de la naturaleza y destino de los bienes a que ella se refiere, a esta última tesis porque desde luego es la más procedente y acertada en el supuesto aquí controvertido".»

4. Otros requisitos para que proceda el interdicto propio

Según la Sentencia de 28 de junio de 1978, como veíamos, «para que esa pretensión recuperatoria de la posesión pueda prosperar al igual que se exige en los procesos interdictales de la Ley Procesal Civil (se exige) que por el Ayuntamiento se justifique el requisito de la efectiva *posesión pública*», y se citaban las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1965, 20 de mayo de 1969 y 4 de julio de 1970.

Pues bien, según la primera de las citadas, y que a su vez es copia literal de otra de 3 de junio de 1965, tácitamente reproducida en la también citada de 20 de marzo de 1969, y que a su vez reproducirá posteriormente en la de 13 de marzo de 1976: «Dada la naturaleza *privilegiada* y el carácter *estrictamente posesorio* de la facultad de recuperación administrativa que los citados preceptos (los mismos) conceden a las Corporaciones Locales, ya que, *en esencia, constituye una auténtica acción interdictal* actuada directamente por la propia autoridad, su ejercicio *lícito* viene subordinado a la real existencia de una prueba plena y acabada, primero de que los bienes sobre cuya posesión se ejercita estaban sometidos a la posesión administrativa (25), es decir, en el supuesto de un camino, que éste, independientemente de la verdadera naturaleza de su titularidad dominical, venía siendo públicamente usado por los vecinos como vía de paso común y general, y segundo que dicho uso público ha sido perturbado o usurpado por aquel contra quien se dirige la acción Municipal.»

En relación con la Sentencia citada en último lugar, de 4 de julio de 1970, debe resaltarse que en ella no se refiere el Supremo, al tratar el tema, a bienes demaniales, sino a bienes patrimoniales, y que el inciso de la carga de la prueba recogido proviene de la sentencia apelada.

Pues bien, ya visto el material en que se ha basado el Tribunal Supremo para fundamentar la sentencia comentada, lo que interesa subrayar ahora es la alusión a la *posesión* y no a la titularidad, lo que viene a fundamentarse en el paralelo de esta actuación administrativa con los interdictos propiamente dichos (26), pero que no deja de suscitar interrogantes respecto del dominio público.

Efectivamente, debe constatarse el paralelismo entre los dos supuestos recuperatorios en el doble sentido de que (desde el punto de vista temporal) en tanto pueda ejercitarse el interdicto propio ni por los particularse se podrá (27) frenar aquél ni por el Municipio podrá sustituirse aquél (el propio) mediante la utilización del «propiamente dicho» (28). En este sentido es bien expresiva, una vez más, la Sentencia de 5 de enero de 1971, que después de considerar el interdicto propio «una de las manifestaciones más singulares de la prerrogativa de la Administración» añade: «que

(25) Hasta aquí literalmente iguales las sentencias del Tribunal Supremo de 1969 a 1976.

(26) Sobre el tema volveremos luego.

(27) Artículo 403 L. R. L.

(28) Sobre este segundo sentido, que podría suscitar algún problema, sigo a CLAVERO, cit., página 119. Digo que podría suscitar algún problema, como lo plantearía si dijéramos (no lo digo) que respecto de los bienes patrimoniales *INSCRITOS* en el Registro de la Propiedad no cabría utilizar el artículo 41 L. H., sino sólo el interdicto propio dentro del año. Creo, no obstante, que respecto del dominio público la afirmación debe entenderse válida. Y que los problemas serán más bien prácticos: caso de que utilizada la vía interdictal propiamente dicha por la Administración, el administrado se subroga en la vía del interdicto administrativo. Hipótesis la del supuesto realmente hipotético y casi de laboratorio.

En cualquier caso, el primer sentido tiene valor axiomático y (sin perjuicio de la vía de hecho) se recoge expresamente en la jurisprudencia. Como se dice a continuación en el texto.

es la causa de la doctrina por la cual no cabe interdicto de retener ni tampoco de recobrar frente a la Administración y que es en el Derecho Administrativo la institución paralela al interdicto de recobrar en el Derecho privado».

Ahora bien, el que el reseñado paralelismo se produzca y en los términos indicados, no debe llevar automáticamente a la constatación de un nuevo paralelismo entre los requisitos exigidos para la viabilidad de ambos supuestos (independientemente considerados), esto es: que el interdicto propio deba exigir la prueba de la posesión y sólo de la posesión, nunca de la titularidad.

El tema, creo, puede plantarse inicialmente teniendo en cuenta que si es posible recuperar el dominio público fuera del año, no habrá en tal supuesto ni posesión fáctica, ni posesión civilísima (estamos ya fuera del año). En tales supuestos ¿cómo probar una posesión que, al menos a primera vista, no existe? Es más, según vimos en el apartado anterior, el fundamento de la recuperación de los bienes demaniales no era el *ius possessionis*, sino el *ius possidendi*. Y ello, incluso cabría entenderlo respecto del período del año (aunque pudiera, dentro de dicho año, admitirse TAMBIÉN la prueba de posesión). Aún más, fuera del año, ello resultaría a primera vista más evidente, porque si para poder recuperar fuera del año es necesario que se trate de bienes de dominio público y para que un bien sea de dominio público se requiere titularidad más afectación, habrá, por tanto, que determinar dichas titularidad y afectación como primera medida (29).

¿Por qué se dice entonces que lo que debe probarse es la posesión cuando de caminos se trata?

Una primera interpretación del sentido jurisprudencial que compatibilizaría los argumentos expuestos con la expresión utilizada sería la siguiente: Partir de una conclusión, que sería decir que respecto del dominio público siempre existe posesión. El fundamento residiría en un primer paso, en que se constataría (NEGATIVAMENTE) cómo sobre los bienes demaniales no cabe posesión, ya que son *res extracomercium*, y operarían artículos como el 460, 3, y 437 del Código Civil. El segundo paso consistiría en advertir (POSITIVAMENTE) que todo el tema de la publicidad posesoria del demanio lo que está significando, en definitiva, no es otra cosa que una posesión administrativa derivada de la simple demanialidad: no hay, ni puede haber, posesión privada porque, *ex lege*, el dominio público se posee públicamente (30).

Pues bien, según lo anterior cabría entender que cuando la jurisprudencia dice que debe probarse la posesión, también está diciendo que puede probarse probando la titularidad. El tema ahora, no obstante, es si incluso puede probarse *sólo* la posesión respecto, claro está (para que haya problema), de posesiones de hace más de un año. En estos supuestos... creo que podría sostenerse que la jurisprudencia admite que no sea NECESARIO probar la titularidad (31). Probablemente hayan jugado dos datos en esta dirección, pero la interpretación, como veremos, la creo posible. Los datos a que me refiero son, en primer lugar, el tema de la competencia administrativa y contencioso-administrativa en materias civiles (la

(29) V. MENDOZA, *loc. cit.*

(30) No voy a entrar en este interesante tema. Ver F. GARRIDO, *cit.*, págs. 506 y ss

(31) La doctrina alude constantemente a la titularidad: E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso*, *cit.*, páginas 346 y s.; V. MENDOZA, *cit.*, por ejemplo.

propiedad y las declaraciones relativas a la misma claramente lo son. La posesión, aunque suscite dudas (32), está reconocida en cuanto se admite el interdicto propio). En segundo lugar, la propia letra del artículo 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (33).

Pues bien, la jurisprudencia a tener en cuenta, y todavía no citada, es la que recojo a continuación (34).

En el último inciso del primer considerando de la Sentencia de 18 de junio de 1968 se establece que el ejercicio del interdicto propio presupone «la previa y suficiente existencia con la citada naturaleza jurídica (esto es, de “bienes de dominio y uso público”) de los caminos reivindicados y no una vaga suposición de que ciertas vías sirven para la comunicación de las poblaciones próximas» (esta sentencia será citada por la posterior de 27 de enero de 1970).

En la Sentencia de 27 de enero de 1970 se dice, «que para que potestad tan singular tenga su debido ejercicio y no se convierta en arbitrario actuar, preciso es que concurren determinados requisitos... 1.º Que se trate nio público o patrimoniales».

de bienes de la “pertenencia” de las Corporaciones Locales, sean de domi-

La Sentencia de 20 de mayo de 1974 basa su fallo (desestimatorio) en que «ni sobre la propiedad ni tampoco respecto a la posesión del camino por la Corporación Municipal, eixste la prueba plena y acabada que es siempre exigida por la constante jurisprudencia de esta Sala (y cita las Sentencias de 27 de enero de 1970 y otra, análoga, de 29 de noviembre de 1971) para respaldar la vía de recuperación administrativa que, como facultad excepcional y privilegiada es concedida a las Corporaciones Locales».

Esta sentencia es citada, a su vez (con las que en ella se citan), por la de 23 de octubre de 1974, en la que expresamente se habla de «pertenencia» (autorizan a las Corporaciones Locales para recobrar por sí mismas los bienes de «su pertenencia» ... si la vía de recuperación administrativa se encuentra respaldada por una prueba plena y acabada... no dice sobre qué).

La Sentencia de 5 de noviembre de 1974, a su vez, cita a las dos últimas vistas, pero las interpreta refiriendo la tan repetida prueba plena y definitiva A la «titularidad municipal de los bienes»; basando, además, su fallo precisamente en que «no se encuentra suficientemente acreditada la titularidad municipal del indicado camino».

Por lo que hace a la Sentencia de 14 de octubre de 1975, al recibir el penúltimo considerando de la apelada, viene a suscitar la alternatividad entre titularidad y posesión: «el ejercicio de la potestad... está condicionado... a que conste de modo patente, claro, inequívoco, la “titularidad” demanial (y cita la Sentencia de 19 de noviembre de 1962, primera de las pue vimos) o (i) como dijo la que es del 3 de junio de 1965 (antes vista), a la prueba completa y acabada de la *Posesión Administrativa* o a la base

(32) Sobre el tema, ver el interesante trabajo de A. NIETO, en el último número de la RAP (86), en relación con los montes

Es, en síntesis, el recelo de entrar la jurisdicción administrativa en temas APARENTEMENTE civiles.

(33) Que, como nota el propio V. MENDOZA, a diferencia de la ley y el R P E., no alude a la titularidad, sino a la posesión, cit., págs. 263 y s.

(34) E. N. RODRÍGUEZ MORO, cit., puede completarse la anterior al 68. Arriba, en el texto, utilizo la recaída en materia de caminos más reciente. En las «viejas», por ejemplo, la de 19 de diciembre de 1962, exige claramente la prueba de titularidad, pero la de 18 de junio de 1964 exige acreditar la cualidad vecinal del camino.

indubitada de que el camino venía sometido a la «posesión pública» (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1965, 18 de enero de 1967)». A su vez, en el considerando del Supremo, se recoge la misma idea citando todas las resoluciones producidas desde 1970 y refiriendo la prueba al «uso público municipal».

Por último, la *Sentencia de 13 de mayo de 1976* entra dentro de las que exigen la posesión al recibir el considerando de la apelada, que recoge la tesis de la Sentencia de 20 de marzo de 1969, y al aludir expresamente a la «posesión por el ente actuante» en un considerando propio: La recuperación administrativa de bienes, como una forma de AUTOTUTELA equivalente al interdicto, exige para su éxito la demostración de la «posesión por el ente actuante».

Pues bien, en base a lo anteriormente visto, y con independencia de que sea *viable o posible*, para poder autorrecuperar (tanto dentro como fuera del año), probar la *demanialidad*, esto es, la *titularidad* y la *afectación* (35) (posibilidad reconocida doctrinalmente), creo que ello no es necesario porque puede probarse sólo la *posesión*. Se trata de constatar la posibilidad de que respecto de los bienes de dominio público, clasificados como de uso público, ese uso público es suficiente para poder fundamentar el interdicto propio, y ello aunque haya pasado un año (36). Sería la «apariciencia» del dominio público la que fundamentaría el interdicto, y la «apariciencia» cuando el camino sea o hubiese sido de uso público. Tal dato bastará para constatar que estamos ante un bien de dominio público y no ante un bien patrimonial. Insisto: independientemente de que exista o no realmente ese dominio público (titularidad más afectación), lo cierto es que no estamos ante la reivindicación de un bien patrimonial. Mientras que, por ejemplo, un monte no catalogado puede ser, o no ser, de dominio público, el uso público de un camino necesariamente está haciendo referencia al dominio público; lo importante es saber si ese uso es público. Así creo que puede entenderse la *letra del artículo 55 del Reglamento de Bienes* que distingue claramente entre Patrimonio y Demanio (año), pero que no distingue cuando se trata de precisar qué es lo que hay que probar (posesión) para poder recuperar. Y así también creo que puede entenderse la *jurisprudencia analizada* y representada por las Sentencias del Tribunal Supremo, *sobre todo, de 14 de octubre de 1975 y 13 de mayo del mismo año*, a las que hay que añadir la muy significativa *de 29 de marzo de 1969*, que ahora traigo a colación. En ella se admite el interdicto propio porque el camino «parece» responder a un uso público desde tiempo inmemorial, con lo que la preexistencia de ese uso público es de naturaleza elemental «y aunque no figure numéricamente relacionado en ningún inventario municipal, ni se halle de antemano catalogado, puesto que aun sin estos requisitos formalistas, el *uso público* al que sirven *les concede título posesorio municipal*, que es en definitiva lo que se halla acreditado».

La *misma sentencia objeto del comentario* subraya estas ideas al reiterar continuamente el objeto de la prueba: «efectiva posesión pública» (considerando 3.º de la sentencia apelada), «uso y posesión pública» (4.º), «uso público desde antiguo continuado y libre» (2.º del T. S.), «desde siem-

(35) Posibilidad sobre la que volveremos en el apartado (8), dado que el único impedimento vendría dado por la competencia jurisdiccional. Recuérdese toda la argumentación inicial referida a la matización del término posesión utilizado.

(36) Y lógicamente menos de veinticinco años (art. 8, último párrafo, del R. de B. B.), lo cual podrá oponerse por parte del particular «usurpador».

pre era utilizado por el público del lugar» (3.º), «libre uso público del citado camino desde hace mucho tiempo se venía así utilizando» (3.º).

Queda patentizado, por tanto, el paralelismo entre la autorrecuperación y el interdicto propiamente dicho, en tanto que *dentro del año SEGURO* que pueden los caminos no sólo autorreivindicarse (prueba de la demanialidad), sino también ejercerse el interdicto administrativo (prueba del uso público, en sí mismo considerado) respecto de los mismos. Fuera del año **PROBABLEMENTE** también podría utilizarse el interdicto propio, aunque no hubiera podido utilizarse (análogamente) por un particular el propiamente dicho.

5. *El concepto de camino (público)*

Una serie de sentencias abordan este tema, que en el comentario sólo puede tocarse de modo tangencial, para insistir en la importancia de la conexión entre camino público y privado.

En primer lugar, la idea de una delimitación en cuanto a la anchura del camino se encuentra, por ejemplo, en las *Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968 y 4 de julio de 1970*. En esta última, el Supremo, al aceptar el último considerando de la apelada, establece: «que las dos franjas o paralelas en cuestión, no constituyen trozos delimitados o asimilables a camino por donde haya de desarrollarse un paso más o menos forzoso del vecindario, sino porciones sin identificar dentro de un amplio terreno “No hay camino”».

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1968*, ofrece un concepto restringido al decir que: «se refiere siempre a los caminos de circulación regular y autorizada, sobre pasos propios del tránsito regulado por el Municipio, sin que al hablar de espacios abiertos puedan entenderse como tales las zonas que bien accidentalmente o bien por ser de propiedad privada, aun cuando no estén valladas, permitan un tránsito material, pues es a las zonas de uso y dominio público a las que procede referir todo el contenido de la regulación normativa en la materia».

En un sentido más amplio, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1961* dice: «Es de tener en cuenta que para que un camino rural sea de dominio público—o más concretamente en este caso, un bien municipal de dominio público—no es necesario que tal vía tenga, por su origen y condiciones de sostenimiento, las características de una obra pública, a la que hayan de aplicar la especial legislación sobre carreteras o caminos vecinales; pues tanto el Código Civil, en su artículo 339 (debe ser 344), como la Ley de Administración Local, en su artículo 184, como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, en sus artículos 2 y 3, indican que basta que dichas vías sean de uso público y su conservación y policía de la competencia municipal.»

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1960* conceptúa y caracteriza a los caminos rurales como: «de carácter rudimentario, que se ajustan a la configuración del terreno y carecen de firme, originados por el tránsito espontáneo y reiterado de los vecinos y para comunicar pequeños núcleos urbanos o simplemente zonas de cultivo dentro de un término municipal, no pudiendo ser excluidas de la protección que les aseguran los artículos 360 y 404 de la Ley de Régimen Local y 55 del Reglamento de Bienes».

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963 (37), 20 de mayo de 1966 (38), sentencias, éstas, que citan a sus precedentes.

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de enero de 1971 establece que: «Para el carácter público de un camino rural no es necesario que tenga por su origen y condiciones las características propias asignadas a las carreteras y caminos vecinales en general, sino que conforme indican los artículos 339, 1, y 344 del Código Civil, 184 de la Ley de Régimen Local y 2 y 3 del Reglamento de Bienes, basta con que dichas vías sean de uso público y su conservación y policía de la competencia municipal.» Luego la misma sentencia, y refiriéndose como precedente a las del 60 y 61, conceptuará los caminos rurales de la forma ya vista.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969 y 27 de enero de 1970 habrán establecido un equivalente análogo entre camino y bien de dominio público.

Una matización a toda la jurisprudencia anterior se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1975. En el primer considerando aceptado de la sentencia apelada se establece: «Que respecto de los llamados caminos rurales a los que se refieren los artículos 107, b), y 124, d), de la Ley de Régimen Local para insertarles, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1960, en el marco de la competencia municipal, es reiterada la doctrina jurisprudencial (cita, por vía de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963, 30 de octubre de 1965, 25 de mayo de 1966 y 29 de marzo de 1969) que reconoce a la Administración Municipal la potestad de autorrecuperación... mas es equivocado colegir que este régimen se refiere a todos los "caminos", y de aquí, en un razonar indiferenciado, atraer al campo de lo administrativo la defensa del uso que se realice por unos particulares para llegar, a través de caminos en sus predios, impidiendo perturbaciones de aquel uso; es que *distintos de los "caminos rurales", sometidos al régimen público, existen los caminos privados, como expresión de una servidumbre en suelo ajeno o como tolerancia del dueño por el que aquél discurre, o como situación fáctica ajena a la idea de lo público...* sólo como bien a la idea de lo público sólo, como bien se comprende, sobre el dominio público podrá ejercerse aquella potestad al modo de una autoprotección interdictal o de una autorreivindicación demanial que cuando se trata de caminos que unen núcleos urbanos o vías de circulación, insertándose en la red viaria local; podrá decirse, en tanto no se declare lo contrario jurisdiccionalmente, que aquéllos caen bajo la protección que acabamos de decir; pero tratándose de caminos para comunicarse con unas parcelas de cultivo, aunque es cierto que es admisible que existan "caminos rurales" (esto es, públicos) con esta finalidad, según se recoge en la de 28 de abril de 1960, aquella conclusión puede quebrar, pues pueden tener la naturaleza de caminos privados (y aun constituir

(37) En esta sentencia la protección se realiza, de manera indirecta, denegando la autorización para el cierre del camino. Y, además, el supuesto en cuestión supone la transformación de una «servidumbre de paso de carácter privado» en camino público: «*cualquiera que fuese el momento, desde luego remoto, en que se iniciara la utilización de la vía de acceso al mar, tanto para personas como para carros, afectante a la finca del actor, es lo cierto que en la actualidad aquélla sirve de camino rural*»

(38) Añade la idea de la funcionalidad del interdicto. «que no quedara el camino a merced del usuario que del mismo pretende apropiarse con perjuicio de los demás».

una servidumbre de paso) protegibles ante la Jurisdicción civil, sin que, indebidamente, se perturbe el uso privado, y no bastará para colegir la naturaleza pública... para probar la existencia de un «camino».

Varios son los temas que suscita la Jurisprudencia contencioso-administrativa recogida. Aparte del tema de las competencias (Diputación, Ayuntamiento) y la clasificación de los caminos (vecinales, rurales), en primer lugar, el que se analiza en el apartado 7.º, relativo al deslinde, en cuanto posible requisito de la autorrecuperación en supuestos de dudosa delimitación, y, sobre todo, en segundo lugar, la importancia del «uso público para determinar la naturaleza del camino». La matizada jurisprudencia establece que además de *camino*, es necesario que exista un *uso público* del referido camino. Se está insistiendo en que con independencia de la efectiva demanialidad (resultante de la titularidad pública más la afectación) lo que es importante constatar es el *uso público*, independiente de otras afectaciones (formal, etc.) e incluso de la efectiva afectación por vía del uso continuado.

Respaldo, por tanto, de lo que se dijo en el apartado anterior y matización, además, respecto de la manera de detectar el uso público: claro, cuando el camino conecta vías de comunicación o núcleos de población, o, caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1963, un bien de dominio y uso público como es la ribera del mar.

La sentencia que se comenta supone una implícita confirmación de lo que se ha dicho: recuérdese que el camino «arranca de un muelle» y su «uso público» resulta acreditado.

6. La Carga y los Medios de prueba

«Es el Ayuntamiento el que al recuperar asume la carga de justificar la posesión», dice la Sentencia de 28 de junio de 1978 y cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1970. El principio del que se parte es general en toda la jurisprudencia, siendo también de tener en cuenta las otras citadas de 1965 y 1969 que siguen, como ya dijimos, a la de 3 de junio de 1965.

Punto de partida, el visto, complementado, luego, con el último inciso del considerando tercero de la sentencia apelada, en base a otros dos principios: valorar la prueba en base a lo que también aporte quien no tiene la carga de probar (no creo que sea necesario insistir en este punto) y el que la prueba debe valorarse también en función del tiempo transcurrido desde el desalojo. En relación con esto último, aparte remitirse al 55 del Reglamento de Bienes, conviene registrar lo que se dice en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1969*: lo dispuesto en el 55 del Reglamento de Bienes «cabe entenderlo ampliamente referido a los bienes de dominio público, para los que no hay plazo para recobrar, según establece la propia normativa municipal».

Respecto de los medios de prueba baste esquematizar las ideas que resultan de la jurisprudencia utilizada, conectando con la última sentencia citada.

Indiferencia de datos formales: «Lo determinante es probar el uso público al ser utilizado por el común de los vecinos... siendo indiferente que (el camino) se halle o no incluido en el inventario de bienes y figure o no su trazado en el mapa del Instituto Geográfico y Catastral» (Sentencias del

Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1966, 28 de abril de 1960, 5 de julio de 1961, 10 de diciembre de 1963 y Sentencia de 3 de julio de 1963).

Independencia de lo que se «prevea» (simplemente) en los planes de urbanismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969, 23 de octubre de 1974, 5 de noviembre de 1974) (39).

Variedad de medios: Reconocimiento judicial y dictamen pericial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1968; testifical, reconocimiento y acta notarial con prueba adjunta fotográfica en la de 27 de enero de 1970; prácticamente todos en la de 5 de enero de 1971, etc., siendo de subrayar la importancia que se da a los *informes* de la Guardia Civil.

Respecto de la *sentencia que comentamos* basta subrayar la consideración de la inscripción registral como un simple medio de prueba. Sobre ello luego volveremos.

7. El deslinde previo ¿es requisito?

Al problema me refería en el número 522 de esta *Revista*. Entonces la sentencia comentada se refería a las costas, donde por el derecho positivo vigente y la misma naturaleza del objeto, la respuesta resultaba afirmativa.

Tratándose de caminos el tema suscita dudas. Partamos de que la *sentencia comentada* se refiere sólo indirectamente al requisito, al exigir la «plena identificación del terreno a recuperar» y citar sentencias del Tribunal Supremo que exigieran el deslinde para la validez de la recuperación. Así, entre las citadas, en la de 27 de enero de 1970 se dice que «la ausencia del previo deslinde con los documentos acreditativos de la posesión son requisitos imprescindibles para que la acción privilegiada del interdicto propio pueda prosperar». Porque, como diría el Tribunal Supremo en *Sentencia de 18 de enero de 1967*, sólo así se da «ocasión al particular afectado para defender su derecho si lo considera perjudicado en la jurisdicción competente». Entre las no citadas puede verse la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1960 y el Decreto de competencia de 8 de mayo de 1969*.

Basta ya subrayar que la exigencia de un deslinde FORMAL (40) sólo viene recogida *obiter dicta* en la sentencia comentada, que sólo tendría sentido (algún sentido) cuando se suscite un problema de delimitación y que, como es lógico, la supuesta exigencia dependerá del modo de ejercitarse el interdicto. Me explico: si se trata de derribar, por ejemplo, un muro paralelo al eje del camino y que, se supone que, lo invade en parte, podrá plantearse el tema; pero es superfluo plantearlo cuando de levantar una tubería que «atraviesa el camino»; aquí es intrascendente el que el camino sea más o menos ancho.

Por último, y para todo caso, doctrinalmente la exigencia del deslinde como requisito ha suscitado una rotunda contestación (41).

(39) El tema adquiere singular importancia si lo relacionamos con lo que decíamos respecto del posible problema de la utilización indirecta (vía denegación de licencias): el motivo en estos supuestos podría estar en el plan.

(40) Sobre el tema del deslinde en sentido formal y el deslinde impropio, ver V. MENDOZA, *loc. cit.*

(41) En LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *loc. cit.*, págs. 342 y ss., se hace una exhaustiva crítica al tema.

8. El problema de la jurisdicción competente

Una de las obsesiones del Estado liberal de Derecho ha venido siendo sustraer de la competencia de la Administración el tema de la propiedad y la libertad, para atribuirlo, en exclusiva, a los Jueces (LEC, 51; LPJ, 1.º).

Cuando se plantea una recuperación administrativa, lo que la anterior proposición implica adquiere singular relevancia. Si la Administración no puede resolver problemas relativos a la propiedad, la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto REVISORA, tampoco (2, a, LJC-A), aunque ello sin perjuicio de que tal jurisdicción sí pueda declarar la invalidez del acto administrativo por haber actuado fuera de su competencia (este principio es desde los orígenes constantemente resaltado. Entre las sentencias analizadas para este comentario ver, por lo expresiva, la de 18 de abril de 1964).

Pues bien, partiendo de lo anterior, se advierte que cuando se trata de recuperar la posesión, las sentencias que enjuician dicha actuación estén claramente obsesionadas por dejar bien claro que en modo alguno están tocando temas de propiedad, y por utilizar criterios posesorios para el enjuiciamiento. Antes lo vimos (42).

Sirvan algunos ejemplos: «tal acuerdo, como recaído sobre el *ius possessionis*, no resuelve ni prejuzga cuestión alguna de propiedad, que podrá ser planteada por el recurrente si cree tener derecho a ella, ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, que son los únicos competentes para definir y proteger la propiedad de los bienes» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1965); «no se trata ahora ni puede tratarse de revisar una supuesta pretensión Municipal de definir unilateralmente derechos dominicales . por ser ello ajeno al interdicto propio» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968); «sin perjuicio del derecho que en su caso pueda corresponder al Ayuntamiento recurrido de acudir a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, únicos competentes para definir y proteger la propiedad y el *ius possidendi* de los bienes» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1969); «pero conviene insistir que en el asunto no hay porqué discutir y menos justificar derechos de propiedad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1970); «corresponde a la Jurisdicción ordinaria las cuestiones civiles que atañen a la propiedad»; «con independencia de dejar a salvo el derecho dominical o posesorio (i) que sobre el mismo pueda ostentarse, lo cual es materia ajena a la que constituye el objeto de este recurso jurisdiccional que, por tanto, nada prejuzga» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971); «absteniéndose esta Sala de pronunciamiento alguno en relación con la existencia de dominio público sobre el camino en cuestión, preciso es convenir que el Ayuntamiento carece de facultades para hacer una declaración de dominio sobre el camino» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1974); «con lo que, sin embargo, no se juzga lo que como propio de la jurisdicción civil—en orden al dominio o a la existencia de servidumbre privada—podrá debatirse si a ella acude quien se estime lesionado» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1975); «sin que ello obste al ejercicio ante los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria Civil de las acciones que puedan asistirle en defensa, conservación y rescate de los bienes que estime de su propiedad y en efectividad del

(42) Apartado 4.

derecho que pretende sobre el terreno para cuyo cerramiento denegó la licencia correspondiente». «Que tampoco puede estimarse como motivo de la inadmisibilidad el de la incompetencia de esta jurisdicción porque, aun siendo posible hacer declaración sobre cuestiones civiles cuando su carácter prejudicial lo exija y con el carácter limitado que exige el 4.º de la LJCA, ni siquiera ello es preciso en el caso, puesto que basta con la falta de prueba bastante acerca de la posesión o uso público para decidir, sin perjuicio en todo caso de un ulterior planteamiento de la cuestión dominical ante la Jurisdicción Civil» (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1976).

La Sentencia de 28 de junio de 1978, como vimos, sigue esta línea. En el tercer considerando de la sentencia apelada se dice: «procedimiento (el del interdicto propio) que, a semejanza (una semejanza más) de los interdictos de la L. E. C., suponen únicamente la recuperación de la posesión despojada, sin decidir nada acerca del derecho de propiedad o de otros pretendidos derechos sobre los bienes». Y cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971, antes vista.

Por su parte, el Tribunal Supremo dedica el segundo considerando al tema (.) estableciendo que dado «el contenido de las decisiones municipales» (.) y «en vista de lo cual, aquí no se discute la propiedad ni tampoco la posesión del camino», consecuentemente el Ayuntamiento obra dentro de un campo de atribuciones, «y sin que con ello se decida sobre la propiedad o posesión...».

Según, por tanto, la sentencia, ni siquiera se discute la posesión; recordemos, no obstante, cómo se intercala el tema del uso público para que de todos modos no quepa duda.

La construcción observada no deja de ser inadecuada. Sería más lógico fundamentar la decisión como cuestión prejudicial (4.º LJC-A), porque, dígame lo que se diga expresamente, en los acuerdos de los Ayuntamientos, cuando se recupera *se afecta a la posesión* y para poder recuperar, como veíamos, *había que acreditar por lo menos la posesión*, y la posesión no deja de suscitar dudas sobre si es o no cuestión civil (43). Si además recordamos que la naturaleza del dominio público implica la posibilidad de acreditar la titularidad para poder recuperar (con independencia de la posesión prevista en el Código Civil), más claramente debiera acudir al expreso reconocimiento de la cuestión prejudicial. Es más, como vimos decía de las sentencias, ello debe entenderse así para, en su caso, poder justificar un planteamiento completo.

Siendo, por tanto, las declaraciones de la JC-A de tal carácter, plantearán evidentes problemas en su ejecución, cuando en la vía civil el pronunciamiento sea el contrario (44). De aquí la necesidad, más que conveniencia, de una unidad de Jurisdicción para la Administración (45).

(43) En las Leyes de Aguas y Montes, por ejemplo.

(44) Ver J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LJCA*, Madrid, 1968, págs. 243 y ss.

(45) F. GARCÍA TREVIJANO, *RAP*, 34; L. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 49; F. GARRIDO, *RAP*, ss; R. PARADA, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963, pág. 123. J. BERMEO, cit., por su parte, en su trabajo (centrado en el tema de la jurisdicción y el dominio público) llega a sostener los efectos de cosa juzgada en materias de «aparente» carácter civil.

Debe añadirse que el tema se suscita en términos generales y no sólo en materia de derechos reales, así, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual (comentario de jurisprudencia contencioso-administrativa en el núm. anterior de esta Revista).

9. *El Registro de la Propiedad*

Si algo llama la atención de la Sentencia de 28 de junio de 1978, es, desde una perspectiva iusprivativa, el arrinconamiento que se hace de los efectos de la inscripción de la finca atravesada por el problemático camino. A pesar de estar la finca inscrita y sin que en la inscripción conste carga o limitación alguna, el interdicto administrativo se admite teniendo por buena la recuperación de la posesión.

Destaquemos que no estamos en un Juicio Plenario, sino en el ámbito provisorio, provisional, respecto del cual la misma doctrina administrativa admite la prevalencia del Registro de la Propiedad (46).

La sentencia comentada, por de pronto, opera centrando el tema como si lo fuese de prueba exclusivamente (considerando 4.º de la apelada, no pronunciándose el Tribunal Supremo por sí mismo en ningún momento sobre la cuestión).

Relaciónese esto con lo que acabamos de ver: la apelada admite que toca el tema posesorio, el Supremo expresamente dice que ni siquiera. Ello recuerda la *Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1971* en la que expresamente se dice: «no procede ocuparse en esta jurisdicción de los efectos hipotecarios que su (la de la finca) inscripción registral otorgue a favor del propietario (de la finca) ,por ser ajena a la misma» y por «que en modo alguno sus decisiones prejuzgan ni afectan para nada a las cuestiones de índole civil» (considerando 2.º del Supremo). Cabe decir: ¿No son efectos hipotecarios los derivados del 38 L. H.? ¿No lo son los del artículo 41 L. H.? ¿Acaso no prejuzga y afecta a la cuestión civil el que se ordene demoler lo construido por decir precisamente que se ha hecho sobre propiedad no privada? Creo que, por muy nominalista que se sea, a las cosas debe llamárselas por su nombre, aunque ello obligue a buscar nuevos argumentos o reconocer alguna incongruencia. Porque ¿qué hubiera pasado si la sociedad propietaria utiliza el 41 L. H. contra el Ayuntamiento y se suscita un conflicto de jurisdicciones?

Por otra parte, e insistiendo en otro aspecto de la argumentación utilizada, se viene a sostener que el Registro no opera en base a dos temas: los 205 y 206 de la L. H. y el de los datos de (supuesto) mero hecho. No voy a insistir en estos temas desde la perspectiva hipotecaria, baste la remisión subrayando una vez más que estamos en el ámbito provisorio. . provisional... de la legitimación.

Sí insistiré en el hecho de que se utilice como base de la afirmación una sentencia (47) que se refiere a un río. Cabe decir: el que exista un río, significa por definición que él y su cauce son de dominio público (48). Pero, en el que exista un *camino* no quiere decir que haya necesariamente tal dominio; recordemos la posibilidad de que sea privado del propietario o implique una servidumbre (49).

(46) Por ejemplo, FORNESA, *RAP*, 46, pág. 139, V. MENDOZA, cit., pág. 271, en contra J. LEGUINA, *RED*, 2.º, pág. 195.

(47) Por demás, de gran interés incluso histórico (el título originario es un privilegio otorgado a Jaca por Jaime I en 1272).

(48) Tampoco voy a insistir aquí: todos los ríos y desde su nacimiento son de dominio público.

(49) En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1964 declara incompetente al Ayuntamiento para recuperar, dado que la finca en el Registro constaba libre de cargas y la actuación del ente local se interpreta como impositora de una servidumbre. Pueden verse también alusiones al tema en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1968 y la citada de 1976.

Lo dicho, creo, que ya indica la única salida a utilizar (pero que no se ha utilizado expresa y claramente en la sentencia que comentamos): referencia al *uso público*. No hace falta que saque conclusión alguna, porque ya está implícita: tráigase a colación el tema de los supuestos de contraposición fáctica y tabular, relaciónese con las emanaciones de posesión que surgen del dominio público en los términos que antes vimos al hablar del *uso público* y resáltese la *apariencia* que supone el *uso público*.

J. G. S.

LIBROS



Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Ministerio de Hacienda, 1976.

El prestigio de los Cuerpos se mide siempre por sus realizaciones. Por sus obras los reconoceréis. Obras son amores y no buenas razones. Quizá el centro de gravedad valorativo no haya sido entendido así por ciertos grupos o sectores y lo hayan desplazado a la dificultad de las pruebas de acceso. Influye, qué duda tiene, el que la dificultad que se pone para entrar supone siempre una selección y que cuantos más altos grados de conocimiento tiene, mejores resultados puede ofrecer, pero es la realidad tangible, el «libro blanco» que se ofrece a la comunidad de lo hecho, el que avala el prestigio y lo justifica. De ahí que yo haya sido tan dado a ofrecer aportaciones recopiladas anualmente de los trabajos y conferencias que en el nuestro se realizan, pero mis deseos no son órdenes.

El ilustrísimo señor don JOSÉ LUIS GÓMEZ-DÉGANO, Director General de lo Contencioso del Estado, al hacer la presentación del volumen que tracemos ahora a recensión explica la razón de esta publicación que cumple tres años de vida y que pretende dar a conocer el resultado de una tarea permanente y cotidiana al servicio de la Administración Pública, desempeñada por el Cuerpo de Abogados del Estado. Aparte del valor que como libro de consulta puede tener la obra, y eso luego lo veremos, entiendo que es un acierto el haber sabido destacar este acto de servicio que uno de los Cuerpos más prestigiosos de España presta a la Administración.

La variedad de los temas que se ofrecen en esas parcelas del Derecho Administrativo, Constitucional (ahora tan de moda), Civil y Mercantil, así como aquellos puntos que se suscitan ante los Tribunales ordinarios y en los que los Abogados del Estado actúan en nombre y representación de la Administración, tanto en la jurisdicción civil, como en la contenciosa, suponen un gran mosaico inspirador de soluciones que debe ser estudiado minuciosamente por aquel que pretenda abordar cualquiera de los temas tratados. Suponen siempre casos vivos, casos reales, que nutren lo que en los momentos actuales ha dado en llamarse jurisprudencia de problemas.

Leyendo el conjunto de informes, producto de esa labor callada, pero efectiva, procedente del Cuerpo de Abogados del Estado, se descubre—si uno se sitúa en posición objetiva—el alto nivel de preparación que este sector social tiene. Hay cosas que no se improvisan, que exigen unos conocimientos, largas horas de estudio, experiencia y ponderación. Reflexiono de esta forma ante esta especie de avalancha de grupos sociales frente al sistema de oposiciones. Generalmente—lo mismo que las revoluciones—las oposiciones suelen ser un buen tema polémico que ocupa a una parte

de la sociedad en discutir sus pros y sus contras. Y la discusión no es nunca aséptica, pues frente a los que entraron siempre están los que no pudieron hacerlo y frente a los que pretenden entrar están los que ni siquiera lo han intentado. ¿Son buenas o malas las oposiciones? Quizá como sistema selectivo sean—lo mismo que determinados pasos políticos—lo menos malo, pero como resultado son óptimas, pues cualquiera de los Cuerpos que han sabido mantener ese difícil nivel de exigencias puede ofrecer un buen conjunto de juristas capaz de competir—y no desmerecer—del resto de los del mundo. Mantener ese alto prestigio cuesta mucho y exige ciertos estímulos. Hacer descender esos niveles, con vistas a una proyección cultural, sería suicida. Si repartir pobreza es preocupante, hacer descender el nivel de cultura, aunque esta sea jurídica, es decepcionante. Lo ideal sería repartir riqueza y creo que España, por ahora, puede permitirse el lujo de ofrecer una riqueza de conocimientos jurídicos, adquiridos, eso sí, a costa de muchos sacrificios. ¿Y sin ese esfuerzo pueden llegarse a esos niveles?

He aquí, con esta publicación, un testimonio de cultura jurídica. Un esfuerzo de un conjunto de Abogados del Estado en aras del cumplimiento de actos de servicio. Una clara prueba que supone de una parte un acto de creación de cultura y otro de su difusión. Hago votos, por ello, para que en lo sucesivo sigan apareciendo anualmente estos Anales que nos van a permitir seguir valorando actividades jurídicas e incorporando a nuestros conocimientos nuevos horizontes

La obra, como ya se deduce de lo apuntado, tiene dos grandes partes, destinada la primera a la materia de Informes y la segunda a las actividades en los Tribunales de Justicia. Los temas, variados y repartidos en diferentes parcelas del Derecho, forman un volumen que bordea las mil páginas. Se abre con un índice sistemático y se cierra con un índice analítico de materias tratadas para la facilitación de la busca de temas concretos. De ahí que en esta recensión nos ajustemos a dichas dos partes y a las materias tratadas.

A) *INFORMES*.—Como hemos apuntado son tres o cuatro los departamentos del Derecho los que ocupan los mismos. Predominan los temas de Derecho Administrativo, son pocos los del Derecho Constitucional y presentes están los de Derecho Civil y Mercantil.

En materia de Derecho Administrativo hay temas de auténtica actualidad, como los que se dedican a la Administración institucional y corporativa que resuelven dos casos concretos, dejando abierta la puerta a la discusión sobre el carácter institucional de las llamadas Empresas nacionales o públicas, tema tan sugestivo y difícil. Destacan por su carácter general la serie de casos que se incluyen dentro del tema de la contratación administrativa, así como los dedicados a la responsabilidad de la Administración en materia extracontractual y la problemática de la revisión de actos administrativos. En el Derecho de cosas se estudian diversos casos que afectan al dominio público, como pueden ser las enajenaciones, las adquisiciones abintestato, la procedencia o no de una inscripción en el Registro de la Propiedad (tema cuya solución habría que replantearla de nuevo, pues la doctrina y la práctica jurídica ha superado la solución que se le da al caso), el deslinde y diversos casos sobre expropiación forzosa, entre los cuales destacan los problemas de reversión, expropiación de bie-

nes eclesiásticos y de edificios construidos sin licencia municipal, así como la tan discutida teoría del silencio administrativo. Expresamente se abordan temas específicos en materias de Administración Local, Orden Público (policía administrativa de los espectáculos), funcionarios públicos, beneficencia, industria, obras públicas, agricultura, urbanismo, aguas, minas, montes, economía (con la problemática de los monopolios y adquisiciones en cadena) y trabajo y seguridad social.

Por lo que se refiere al Derecho constitucional dos son únicamente los temas que se incluyen y los dos suponen un examen del llamado recurso de contrafuero en sus requisitos y aplicación. Quizá esta parcela con tan limitado contenido se vea en años sucesivos aumentada considerablemente por el estreno de una Constitución y un auge de esta rama del Derecho.

Los temas que se incluyen en materia de Derecho Civil y Mercantil se refieren a servidumbres, extensión de hipoteca, agrupación de empresa, depósitos, arrendamientos, compraventas, propiedad horizontal, incautación de empresas, etc.

Hubiera merecido la pena ir descendiendo a cada caso concreto y de los mismos hacer un pequeño comentario, pero ello alargaría excesivamente esta recensión, sobre todo cuando al hilo del comentario surgiese inevitablemente la posible discrepancia o el elogio merecido. Creo, sin embargo, que si prescindo de ese comentario lo que no puedo hacer es silenciar a los diversos autores de estos informes o dictámenes y que figuran a pie de página. He de hacer, sin embargo, una advertencia, que posiblemente no pueda citar a todos, ya que el ejemplar que poseo carece de un cuadernillo en materia de Derecho Civil y Mercantil y el autor o autores que figuran en dicho pliego no podrán verse citados. Por supuesto cito a los autores, pero no los vuelvo a citar, o lo que es lo mismo, algunos de ellos aportan tres, cuatro y cinco informes, pero sólo los cito una vez. Son los siguientes: SÁNCHEZ GONZÁLEZ (A.), MIR DE LA FUENTE (T.), ELÍAS DE TEJADA LOZANO (J. M.^a), MONTERO CASADO DE AMEZÚA (J.), RODRÍGUEZ BOTI (F.), SANTÍAS VIADA (J. A.), MARTÍNEZ PÉREZ LURBE (M.), SAS LLAUDARO (J. M.^a), Díez MORENO (F.), MONTERO GARCÍA DE VALDIVIA (J.), DE LAS ALAS PUMARIÑO (A.), VÁZQUEZ SEDANO (A.), VALERO BERMEJO (J.), DE CASTRO AUTRÁN (J. L.), ALDAMA CASO (R.), CALERO RODRÍGUEZ (J. R.), GODED MIRANDA (M.), PARDO (M.), DE MIGUEL (R.), LUQUE (J. E.), CASTRO SOMOZA (L.), SOLCHAGA LOITEGUT (J.), DURBÁN REMÓN (J.), VÁZQUEZ SEDANO (A.), PIQUERAS BAUTISTA (J. A.), ALVAREZ VALDÉS (M.), LUQUE DÍAZ (J. E.), SANTORO GARCÍA DE LA PARRA (T.), CORONADO JURADO (G. C.), LLEVADOT ROIG (R. M.), SERRA REXACH (E.), GARCÍA VALDECASAS FERNÁNDEZ (R.), DÍAZ AMBRONA (J.), DEL RÍO (J. R.), GARCÍA TORRES (J.), ROMANÍ BIESCAS (A.), CASTRO BUTRÁN (J. L.) y RODRÍGUEZ BOTI (F.).

B) ACTUACIONES JUDICIALES.—La publicación hace, dentro de esta materia, la distinción entre aquellos temas de jurisdicción civil y los que lo son de jurisdicción contencioso-administrativa, reproduciendo o bien demandas, contestaciones a ellas, informes o escritos de consulta y de réplica.

En la jurisdicción civil se abordan los temas de acción reivindicatoria, haberes devengados, nulidad de inscripción, tercería de dominio, propiedad de montes públicos, conmutación de bienes de capellanías, etc. En la jurisdicción contencioso administrativa existen diversos temas en forma de contestación a las demandas sobre Impuestos de Transmisiones, Cuota

de Licencia y Contribución Territorial Urbana, conflictos de jurisdicciones, deslindes, temas de urbanismo (demolición y construcción de inmuebles y suspensión de licencia), reclamación laboral e incompatibilidades de personal, etc.

Hay algún tema que, por razones de parcela que me afecta, podría ser destacado y comentado, pero la horizontalidad de la recensión impide este comportamiento: o comentamos todos o ninguno. Como lo primero nos haría incidir en esa largura que la recensión no permite, debemos conformarnos con esta cita genérica de materias para que el lector a quien interese algún punto penetre en la lectura. Como en la parte anterior aquí vamos a citar a los autores y aunque aquí puedan repetirse alguno es justo que así sea ya que se trata de una parte diferenciada de la publicación. Son: ALVAREZ VALDÉS Y VALDÉS (M.), DEL POZO (A.), DOMÍNGUEZ ALCAHÚD Y MONJE (J.), CASTEDO ALVAREZ (F.), PARDO Y GARCÍA VALDECASAS (M.), MARTÍN MARTÍNEZ DE BAROJA (J. M.), NAVARRO PALACIOS (M.), GAYO DE ARENZANA (L.) y SERRERA CONTRERAS (P. L.).

Pocas cosas pueden añadirse ya que al tratarse de una obra de consulta la bondad de la misma se hace patente cuando el interesado busca el tema que le puede afectar y ver la manera en que se ha enfocado su solución. La presentación y la tipografía del libro no pueden menos de merecer mis elogios.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO, y AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL:
Prácticas de Derecho civil. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1977.

Nuestro colaborador don JOSÉ POVEDA DÍAZ nos remite la nota que a continuación se transcribe con referencia a la recensión del libro *Prácticas de Derecho civil*, aparecida en nuestro número 527.

A PROPOSITO DE UNA RECENSION

En la R. C. D. I., núm. 527/1978, págs. 879 y siguientes, CHICO ORTIZ comenta el libro de BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO y AMORÓS GUARDIOLA titulado *Prácticas de Derecho civil*. Como quiera que la quinta parte del citado libro, que comprende el historial de una finca y de la que soy autor, es objeto de extenso comentario, quisiera comentar algunos conceptos, no porque no acepte cualquier tipo de crítica, pues la crítica debe ser siempre digna de respeto, sino porque quiero aclarar cosas que, a mi modo de ver, se explican erróneamente. Es decir, acepto toda crítica, pero no puedo dejar sin precisar ideas que se me atribuyen sin fundamento:

1) Dice CHICO ORTIZ: «...quizá por error de imprenta en la nota marginal de la (finca) 20.842 se dice que cancela la hipoteca que grava la matriz y esto sucede el 20 de octubre de 1976, pero en 1970 se hace

una obra nueva y una constitución de propiedad horizontal y se vuelve a poner la nota marginal de cancelación de una hipoteca fechándola el 20 de octubre de 1976».

Explicuemos lo que ocurre: en 1965 se hace una inscripción de segregación y donación, y, cumpliendo los preceptos reglamentarios, se arrastra la carga de una hipoteca que grava la finca matriz. En 1970, sobre la finca segregada se declara una obra nueva y se constituye el régimen de propiedad horizontal. Se sigue arrastrando la hipoteca, como es natural. Pero en 1976 y, al cancelarse (mediante el asiento correspondiente) la hipoteca que gravaba la finca matriz, se extienden sendas notas de referencia al margen de las inscripciones en las que dicha carga se arrastraba. ¿Cuál es el error? ¿Es que el citado procedimiento no es correcto?

2) Prosigue el comentarista: «Igualmente, en el arrastre de cargas se habla de una anotación, letra B., y una inscripción de hipoteca, fijándose la cantidad de un millón de responsabilidad para las dos. Dicho así, la cosa es grave, luego se fija uno y ve que la anotación era de “suspensión de inscripción de hipoteca”, que ya había sido convertida.» ¿Por qué si está convertida hace falta arrastrar esa carga?

Resulta que no está *dicho así*. En el citado arrastre de cargas se expresa literalmente: «Gravada por su procedencia con una hipoteca en garantía de un millón de pesetas de capital en las condiciones que resultan de la anotación letra B. y la inscripción 3.ª de la finca matriz.» Como resulta que de la hipoteca citada se hizo una anotación de suspensión por falta de consentimiento de la esposa del hipotecante, anotación que se convirtió en inscripción definitiva cuando se realizó tal consentimiento, se dice que la finca está gravada con tal hipoteca y que las *condiciones* de la misma resultan de los citados asientos: del asiento de anotación, pues en él constan el capital prestado, sus intereses, plazo, etcétera, y del asiento de conversión, pues de él resulta el *consensus uxoris*.

3) Sigue afirmando el comentarista: «Hay otros pormenores—como, por ejemplo, la inscripción en segregación y en pleno dominio a favor de titulares distintos, que es muy discutible en purezas hipotecarias—que creo que sabrán explicar quienes perciban la reacción del alumno en la clase práctica.»

Aclaremos. Se trata de un asiento de segregación y donación, en el que, siguiendo el precepto contenido en el artículo 49 del Reglamento Hipotecario, ambas operaciones se reflejan en un solo asiento. Pero entendiendo que, aunque formalmente se trate de una sola inscripción, materialmente son dos actos distintos, se utiliza la siguiente fórmula: «En su virtud y, previa la inscripción de la finca de este número a favor de los cónyuges X y X (los donantes que previamente segregan), por su título de segregación, INSCRIBO el pleno dominio de la misma a favor de X» (el donatario). No sé qué es lo que resulta extraño de la fórmula, porque la segregación debe tener por titular al mismo de la finca matriz, y la donación, como es natural, debe producir el traspaso de dominio, de la finca segregada y donada, al donatario. No sólo creo que es un procedimiento correcto, sino que me parece es el procedimiento *más correcto*, aunque a veces no se siga en la práctica.

4) Finalmente, CHICO ORTIZ, con gotas de fino humor, dice que hacer lindar una finca con el «cementerio» es ganas de poner lazos negos a la

historia de una finca que comienza, pero—continúa—«no dejo de comprender que hay fincas que así lindan, pero no sé si podrán ser edificadas». Es cierto que el lindero es un tanto tenebroso, lo que ocurre—permítaseme el tópico—es que la naturaleza imita al arte (suponiendo, lo que reconozco es bastante suponer, que un cementerio pueda ser calificado de «naturaleza» y la redacción de una inscripción, de «arte»). Por otra parte, como yo tampoco sé si se puede edificar una finca al lado de un cementerio, me permito sugerir desde aquí al legislador que, si ello es así—es decir, si tal finca no puede edificarse—, se prohíba la inscripción de las edificaciones que lindan con cementerios si no se cuenta con la autorización del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, y, además, con la del de Cultura, en el caso de que el cementerio constituya un monumento histórico-artístico.

Finalmente, y quizá como demostración de la rapidez con que se ha tenido que leer el libro (¡ay, los plazos y las prisas!), el ilustre comentarista confunde al autor del «historial», pero esta confusión no ofende, sino que honra. Y mucho.

JOSÉ POVEDA DÍAZ

LE COZ, JEAN: *Las reformas agrarias. De Zapata a Mao-Tsé-Tung y la FAO*. Editorail Ariel, Barcelona, Caracas, México, 1976, un tomo de 340 págs.

En un ciclo de conferencias sobre la propiedad y la distribución de la tierra en España, que tuvimos ocasión de resumir y comentar, uno de los conferenciantes sorprendió al auditorio porque, habiendo sido presentado precisamente como «hombre de izquierdas», al estudiar la ideología y la realidad en el campo de la reforma agraria, afirmó que los principios ideológicos en los que se han basado sus defensores han caído actualmente ante unas realidades inexorables que los han dejado sin sentido.

Fundamentaba su argumentación en que las críticas a los latifundios solían basarse o en motivos éticos, las grandes diferencias sociales por la mala distribución de la tierra, o bien en motivos productivos, es preciso reformar el campo para que rinda más. A partir de ahí, fue examinando y refutando, uno por uno, los argumentos aducidos de antiguo y dijo que las creencias tan trilladas y conocidas sobre el campo eran puramente ideológicas, inconsistentes y con poca base real; habían permanecido ancladas en la reforma agraria clásica y se iban quedando anticuadas. Por eso, concluyó que respecto a la reforma sólo subsistía como válida la razón ética de aminorar las diferencias sociales en el campo; en cambio, en lo económico, resucitar el tema era algo así como alancear moros muertos, pues se ha conseguido fomentar la producción por medios muy distintos a los que se pensaba en una visión ideológica del mundo. La reforma agraria, según el conferenciante a que nos referimos, no puede quedar reducida a un simple problema de reparto y propiedad, sino que supone algo mucho más amplio, tendente a mantener

la verdadera naturaleza de la actividad agraria, que es tanto como mantener y enriquecer la vida humana.

Pasados unos meses, vemos ahora confirmada esta tesis por los supuestos contenidos en el libro que vamos a comentar, verdadera exposición panorámica de la reforma agraria por todo el mundo. En él JEAN LE COZ, profesor de la Universidad de Montpellier, examina con amplia perspectiva las cuestiones relacionadas con la ordenación de los espacios agrarios, estudiando las diversas situaciones, modelos y soluciones que se han propuesto en distintos países en el intento de adecuar las estructuras de producción agraria a las ideas políticas en ellos imperantes, de acuerdo con su respectivo entorno socio-económico.

En la primera parte, LE COZ expone el recorrido histórico que va de «La sublevación popular a la revolución y la estrategia del desarrollo», contemplando las tensiones rurales en las que llama las tres épocas agrarias: precapitalista, caracterizada por una débil capacidad de producción típica de los tipos de comunidad campesina y organización feudal de poder; la capitalista o de economía liberal, que utiliza medios técnicos para aumentar los rendimientos basándose en la explotación y la potenciación de los derechos dominicales, y la época agro-científica, que presenta un desfase entre las técnicas de producción y la planificación de la economía agraria y que da lugar a diversas estructuras en el mundo liberal y en el socialista.

Se suele citar como precedente la tentativa de Tiberio Graco, que quiso tomar las tierras del dominio público y repartirlas entre los ciudadanos pobres de Roma, pero aquello fue, más que una reforma, una pretensión de reajuste social que tomó la forma de enfrentamiento político, fracasando precisamente por las profundas divisiones de criterio entre el proletariado ítalo y romano. Tampoco vale como antecedente la confiscación de bienes privados en la Revolución francesa, que se configuró como castigo a los adversarios acusándolos de rebelión o traición, pero sin articular a seguido una política agraria capaz de conformar a las muchedumbres.

La idea de reforma agraria, según el autor, llega a su completo significado en el siglo xx, coincidiendo la Revolución rusa en 1917 con la violenta agitación agraria de Méjico, donde los hombre de Zapata y Pancho Villa se alzaron contra el sistema de plantaciones que beneficiaba al gran capitalismo. Una generación después, tras la victoria castrista, se llevó a cabo en el Caribe la alianza entre el pensamiento marxista y la revuelta del campesinado endémica en Iberoamérica.

Dos acontecimientos de gran alcance se han producido durante este intervalo para la difusión de las reformas agrarias en el mundo: la liberación de los pueblos colonizados y la creación de la O. N. U. y la F. A. O. Recuperadas las tierras de los colonizadores, los nuevos gobiernos son impotentes para resolver sus problemas agrarios, de los que depende nada menos que el sustento alimenticio de su abundante población, y entonces han de intervenir las organizaciones internacionales. Bajo el patrocinio de la F. A. O. se celebró en 1951 la primera conferencia sobre régimen territorial, que tenía como objetivo hacer comprender a los países la necesidad de proceder debidamente en esta materia; otros jalones han sido el tratado de Punta del Este de 1961 y la conferencia mundial de la reforma agraria de 1966 en Roma.

Para hacer frente a la movilización campesina acaudillada por Che Guevara se decidió un auténtico cambio táctico: sacrificar la oligarquía de los grandes propietarios para disminuir las tensiones agrarias y evitar que las sublevaciones populares fueran el inicio de movimientos de mayor amplitud. La F. A. O. ha recomendado que se suministre a los países que lo soliciten, dentro de sus programas respectivos, la asistencia necesaria para la planificación y la aplicación de medidas de reforma agraria, encargando tal asistencia a los países evolucionados en favor de los en vías de desarrollo.

Estamos, pues, dice el autor, ante dos políticas de reforma agraria, dos estrategias del desarrollo: una de ellas revolucionaria, apoyada en las armas de los seguidores de Che Guevara y la cólera milenaria de los campesinos; la otra reformista, depositando su confianza en los agrónomos, sociólogos y planificadores y en la sensatez de los gobiernos. Ante el peligro, sigue diciendo Le Coz, de que descienda la producción al alterarse la estructura territorial, se ha defendido la tesis de que la revolución técnica (la «revolución verde») tiene más valor que la revolución agraria («revolución roja»); pero en realidad no puede existir una revolución técnica sin graves alteraciones de la sociedad agraria y resulta irracional tratar de modificar las técnicas sin analizar previamente las estructuras sociales. Y los principios en que se fundamentan una y otra proceden del enfrentamiento de ideologías más que de una problemática universal.

En la segunda parte del libro, bajo el rótulo «Diversas situaciones y soluciones: modelos y áreas», se ofrece un completo muestrario, con cifras y datos completos, por bloques ideológicos y geográficos, del modo en que se han intentado o llevado a cabo las reformas campesinas.

Su primer capítulo está dedicado al *bloque socialista* de tendencia soviética, empezando en el modelo de *Rusia* y su evolución, desde el Mir, comunidad campesina tradicional, al Koljós, gran empresa mecanizada y marco de la nueva sociedad, hasta el ideal Sovjós o granja industria, en la que la mano de obra tiene un estatuto semejante a las empresas industriales; todo ello sujeto a vaivenes políticos y lógicas tensiones para compaginar el soñado sistema con el innato individualismo campesino y las cuestiones que suscita distribuir trabajo y salario. Como, además, el desarrollo de la economía agrícola ha sido mucho menos rápido que el crecimiento industrial, los problemas del campo soviético siguen siendo graves y de no fácil solución.

En las llamadas «democracias populares», tras el telón de acero, después de la segunda guerra mundial se realizan reformas radicales para pasar de sistemas latifundistas a las formas más avanzadas de la colectivización socialista. Hay una primera fase de «democratización» territorial y planificación oportunista, inmediata a la terminación de las hostilidades, para remediar la crítica situación originada por las destrucciones bélicas; se expropián, casi siempre sin indemnizar, las tierras de los grandes propietarios y más si se trataba de extranjeros antiguos ocupantes (alemanes y húngaros), distribuyéndolas entre quienes se obligaban a explotarlas personalmente, con prohibición de vender o hipotecar el terreno *a posteriori*. En una segunda fase, a partir de 1948, el dogmatismo político comunista abocó a una colectivización forzada y a la formación de granjas estatales destinadas a desempeñar un papel ejemplar

y espectacular; esta colectivización fue mal acogida por los campesinos, no preparados para este tipo de trabajo y de vida social. Por ello, la política de colectivización en estos países no ha podido alcanzar la intensidad de su modelo soviético y se está muy lejos de haber resuelto los problemas agrarios.

Desde que *Yugoslavia* se escindió en 1948 de la influencia rusa, la organización económica del país ha sufrido diversos cambios, buscando el equilibrio entre los principios socialistas y los estimulantes de la iniciativa privada a los que está más apegada la masa campesina. Se respeta al pequeño agricultor individual y a través de la autogestión y de las cooperativas o *Zadrugas* se han pretendido evitar los inconvenientes de la concentración autoritaria de tipo soviético, fundando las bases de una democracia económica de gran flexibilidad, lo que hace de *Yugoslavia* un laboratorio del socialismo liberal.

El *sudeste de Asia* y sus densas comunidades campesinas son objeto de la atención del autor en este segundo capítulo, tratando de analizar los problemas que se producen en estos auténticos hormigueros humanos donde el trabajo se acumula y la miseria está generalizada.

Abre la marcha *China*, cuya experiencia de comunas populares tiene un gran alcance por basar la reconstrucción revolucionaria en la agricultura y el medio rural, de tal modo que en ningún otro país la política agraria adquirió tanta importancia en la definición de una política nacional de desarrollo. En un principio existía una masa rural y feudal al mismo tiempo, sometida a un agudísimo subdesarrollo, por lo que al triunfar Mao-Tsé-Tung contaba con un campo abonado para aplicar la doctrina marxista con el apoyo de Rusia, aunque luego se desviara del protector, procediendo a una colectivización progresista. A partir de 1958 se da el «gran salto adelante» en el campo, tratando de convertir la comuna popular en una unidad de integración de la agricultura, la industria y el comercio en el intento de hacer frente a las disparidades sociales, con lo que de paso se la pretendió convertir en foco de animación y propaganda política. En la comuna, de ámbito provincial normalmente, aparecen las mismas dificultades en la organización del trabajo que en la Unión Soviética, y el problema del salario también presenta aquí, como en todas partes, numerosas dificultades, pues, aunque se acepte el principio «a cada uno según su trabajo», en la práctica provocan frecuentes disensiones y disputas el cálculo de la participación del trabajador.

En *Vietnam*, el estado de guerra en que ha vivido el país durante más de treinta años ha convertido el problema agrario en un elemento de la revolución que se ha desarrollado paralelamente para salir de la etapa de colonización y subdesarrollo. La fase de prerreforma (1945 a 1953) se caracterizó por la confiscación de tierras a los colonos franceses y a los adversarios políticos y propietarios absentistas para repartirlas en numerosos y diminutos lotes; después se cayó en la cuenta de los desastres de esta pulverización, desarrollándose una campaña para crear cooperativas, en principio bajo la forma elemental de equipos de ayuda mutua, para acelerar después el paso a cooperativas socialistas de producción, pero sin llegar al modelo chino de comunas populares.

La India se presentaba, en el momento de su independencia, como el país por excelencia que reclamaba una reforma agraria, por la enorme disparidad de niveles de vida entre los pocos nababs ricos y el proleta-

riado hambriento. Por ello, uno de los primeros actos del Congreso en 1974 fue la creación de una Comisión de Reforma Agraria que se inclinó por un sistema de explotación campesina individual con unidades cooperativas. Aunque el poder público afirma que se ha conseguido el objetivo principal de vencer al hambre, en opinión del autor, es una coartada para disminuir el malogro de la reforma, pues la realidad es que las masas hindúes no han mejorado su nivel y viven en condiciones de vil pobreza; el modelo socialista hindú, dice, no se manifiesta a través de su desarrollo que permitiría atenuar la miseria.

En *Formosa*, bajo el control de los técnicos norteamericanos, se ha procedido a una redistribución de las tierras pertenecientes a antiguas empresas japonesas, dando lugar a su división en minifundios y las asociaciones de productores han aumentado los rendimientos, beneficiándose de la ayuda estatal. Se proclama con orgullo haber conseguido la reforma agraria; sin embargo, apunta LE Coz, la intervención de más de mil millones de dólares ha contribuido en gran parte a dicho «éxito».

En *Japón* el problema es distinto por el acelerado crecimiento de su industria. En la fase inmediata a la postguerra, la necesidad del abastecimiento de víveres y la política general condujeron a favorecer la implantación de una democracia campesina y a desarrollar la división en lotes familiares. En la segunda fase, a partir de la década de los sesenta, se confirma el milagro industrial con la tasa de crecimiento más elevada del mundo y se busca el equilibrio entre el nivel de vida del campo y el de la ciudad a base del proteccionismo agrícola y la modernización de los cultivos.

Un extenso capítulo está dedicado a *América Latina*, a la que el autor califica de «Laboratorio de la Reforma Agraria» por ser el sector del mundo donde este fenómeno ha ocupado el puesto más importante en la vida de las poblaciones durante todo el siglo xx y es allí donde se llevaron a cabo las más antiguas y las más recientes reformas de la época contemporánea; el problema agrario es un hecho tan fundamental en la vida de estas naciones que no puede dejar de ser núcleo central de los programas elaborados por los partidos políticos y organizaciones públicas, en los que se recogen a la vez los movimientos campesinos y las reacciones nacionalistas contra la potencia colonizadora del Norte. Tras el éxito de la revolución castrista, en la conferencia panamericana de Punta del Este, en agosto de 1961, se anunció un auténtico cambio en la política de Estados Unidos: la «Alianza para el progreso» tendría como objetivo ayudar a las naciones latinoamericanas a llevar a cabo su propia revolución a través de vías pacíficas y legales, realizando unas reformas agrarias previas a toda acción de desarrollo, orientadas por la F. A. O. y el Comité Interamericano para el Desarrollo de la Agricultura (C. I. D. A.).

La corriente revolucionaria, impulsada desde Moscú, Pekín y principalmente La Habana y la corriente reformista que se apoya en la F. A. O. y en la potencia del dólar, confluyen a través de América Latina convirtiéndola en laboratorio privilegiado para la reforma agraria. Estas reformas revisten, por tanto, diversas significaciones según sean los puntales de una movilización o revolución o bien simples concesiones para reducir las tensiones sociales. Con excepción de El Salvador, Argentina y Uruguay, prácticamente todos los países iberoamericanos han promulgado una ley de reforma agraria o al menos un estatuto o código agrario.

En Brasil se ha procurado ante todo la colonización interior, para instalar agricultores en la conquista de nuevas tierras, tendiendo la acción estatal a establecer infraestructuras que permitan extender la superficie agrícola.

Méjico encarna la primera y más original reforma de este siglo. Recibe su primer impulso de una revuelta popular en 1917, pero después se desarrolla como una experiencia degenerada de socialismo con vanos deseos revolucionarios dentro de un país aferrado al bloque liberal. Las ideas de Zapata y sus consejeros cristalizaron en el Decreto de 6 de enero de 1915 que, traducido al artículo 22 de la Constitución de 1917, nacionalizó el derecho a la tierra; sin embargo, pronto fue modificado este principio permitiéndose la concesión a los particulares del dominio sobre las tierras y las aguas como propiedad privada. Tras la muerte de Zapata hay un período de incertidumbre al que sucede un apogeo del movimiento agrarista en la época del Presidente Cárdenas (1934-1940), con otra pausa que llega a 1958; después se asiste a un nuevo auge de la reforma agraria originada por el cierre de la frontera norte a los braceros que antes acudían a la recolección en el país vecino. La figura central de la reforma mejicana es el «ejido», o sea, el lote de tierras que posee un grupo rural; el fondo colectivo es inalienable, inembargable, imprescriptible e indivisible y, además, no puede transmitirse directamente; pero el disfrute de la tierra es individual y hereditario, de modo que, dejando aparte los bosques y los pastos, el ejido se divide en parcelas que se cultivan individualmente, aunque también existen ejidos que se explotan en común.

La experiencia de *Cuba* acapara la atención de políticos, economistas y sociólogos, aunque, según el autor, vale menos como producto exportable que como ensayo de una específica lógica revolucionaria. El punto de partida era una situación de bloqueo íntegro de la vida cubana por la colonización económica que ejercían los Estados Unidos; el ejército revolucionario entraba en La Habana el 22 de enero de 1959 y al definir las bases para su organización del país, el régimen castrista tropezó con la oposición y el bloqueo norteamericano, lo que le hizo derivar abiertamente al comunismo para recibir el apoyo de Rusia. Por ello, de la ley puramente «reformista» de 17 de mayo de 1959 se pasa al fuerte giro impuesto por la lógica del progreso revolucionario, tomando el gobierno directamente los resortes de la economía y en especial del sector agrícola. Esta política se concretó en 1961 mediante la creación de «granjas del pueblo», posesiones del Estado en la que los trabajadores son puros asalariados y no participan en el reparto de beneficios, correspondiendo la dirección a un administrador nombrado por el Instituto Nacional de Reforma Agraria. Pese al entusiasmo humano desplegado, se analizan en el libro los poco halagüeños resultados, que el autor achaca a las malas condiciones y la precipitación con que se realizó la integración agroindustrial sin contar con los preparativos indispensables para el éxito de la experiencia.

En *Bolivia* las desigualdades agrarias resaltaban de modo muy particular y la agitación de las masas campesinas obligó al gobierno de Paz Estensoro a proclamar la reforma agraria por Ley de 2 de agosto de 1953. Esta respetaba la pequeña y mediana propiedad, pero se ordenaba la apropiación de los latifundios con o sin indemnización según su grado

de laboreo. Se reprocha a esta reforma, aparte del lentísimo procedimiento de reparto, que se ha hecho en minifundios improductivos; así, en el Valle de Cochabamba, 8.000 familias se han repartido 8.000 hectáreas. El mayor fracaso se dio en el programa de renovación comunitaria, basado en la creación de cooperativas para paliar la extrema división de las tierras, pues las comunidades indígenas se opusieron abiertamente a dar el paso al colectivismo moderno.

Perú era, según el autor, el país que por su estructura social precisaba al máximo una reforma agraria. Esta llega con la Ley de 21 de mayo de 1964, en la cual se ordena la cesión de las tierras indirectamente explotadas en favor de sus cultivadores y las expropiaciones se hacen mediante indemnización, parte al contado y parte en bonos del tesoro estatal. Desde 1970 el gobierno peruano estimula la participación de los campesinos en la tarea de reestructuración agraria, creando las Sociedades Agrarias de Interés Social, que son formas administrativas de empresas campesinas, cuyo ejemplo más significativo es la SAIS de Tupac Amaru, en la provincia de Janin. La junta militar peruana, dice el autor, triunfó en una operación que muchos quisieran convertir en modelo para el resto de América del Sur.

El sistema latifundista era en *Chile* tan poderoso como en la mayoría de los países sudamericanos y la acción del poder público para rectificarlo fue insignificante hasta que los demócrata-cristianos de Eduardo Frei abrieron, en 1964, las puertas al desarrollismo. Uno de los dirigentes de este partido, Jacques Chonchol, nombrado director del Instituto de Desarrollo Agropecuario fue el teórico de la reforma agraria chilena que se propuso instalar unas cien mil familias en las tierras expropiadas según sus dimensiones. El propio Chonchol, después ministro de Agricultura en el gobierno de Unidad Popular de Allende, radicalizó la reforma a partir de 1971, llegando prácticamente a suprimir el régimen latifundista. En Chile, pues, se han manifestado las dos tendencias: el reformismo progresista que obtuvo la primera victoria de la reforma agraria y el socialismo revolucionario que pretende mantener la movilización política de la masa campesina.

En el capítulo IV se hace un repaso de los *Países del Islam*, unidos por la característica común del paso de la época del colectivismo tribal tradicional de base étnica a la unidad de producción de tipo comunal que sigue las ideas de la cooperación moderna y hasta en algún caso de la autogestión socialista.

Las estructuras agrarias de los países de *Oriente Medio* llevan al mismo tiempo las huellas milenarias de la aridez y el subdesarrollo y las de las convulsiones políticas que han agitado esta parte del mundo durante el último cuarto de siglo. Las técnicas de riego y los diferentes grados de socialización de sus regímenes caracterizan de distinto modo los sistemas agrarios de Egipto e Irak, por una parte, con la afirmación de un socialismo revolucionario deseoso de movilizar la masa de los fellahs para grandes cruzadas, y, por otra, el Irán con una continuidad política y una habilidad que conducen a llevar a cabo una «revolución blanca».

En el *Mogreb*, los flujos y reflujos de la descolonización, relacionados con las opciones políticas fundamentales de cada uno de los Estados, han marcado las distintas realizaciones en el aspecto agrario. En *Túnez*, desde una primera época de liberalismo económico y respeto a la propiedad

privada se pasa en 1962 a las unidades cooperativas de producción de tinte socialista, las cuales fracasaron totalmente, con lo que se ha vuelto en parte al liberalismo a partir de 1969; actualmente ha adquirido la forma de una colectivización forzada y selectiva, incapaz de sustituir el fracaso de la motivación por el beneficio por un estimulante ideológico. En *Marruecos* se mantiene una política de conservadurismo respecto a las estructuras actuales y de pragmatismo en la elección de los medios técnicos, generalmente, la parcelación de las tierras que pertenecían a los europeos colonizadores transformándolas en granjas estatales; tras una serie de experiencias y titubeos, se ha basado la política agraria en Marruecos en la primacía de la propiedad privada y la busca de la eficacia económica. La originalidad de la experiencia *argelina* reside en haber aplicado en un intervalo de nueve años dos fórmulas de socialización: una fuerte descolonización continuada con una particular forma de autogestión y la otra basada en una revolución agraria en la que la desprivatización de la producción es paralela a una reorganización del espacio agrícola dentro del marco del municipio o comuna, plasmada en la Carta de la revolución agraria de 8 de noviembre de 1971.

El capítulo V, dedicado a *Italia*, cierra la parte expositiva de las diversas soluciones reformistas, que tiene en este caso, como en Japón, comitancias con la situación postbélica y el desarrollo industrial del país. La reestructuración italiana es calificada de oportunista, parcial y localizada, destinada a resolver los problemas agrarios de determinadas regiones como Apulia, Sila-Calabria, Cerdeña, y Sicilia; encuadrada en el Plan Mansholt debe considerarse un éxito en su papel de punto de enlace para esperar la puesta a punto de los grandes programas de industrialización.

La tercera parte del libro, bajo el título «Hacia el orden futuro: del fin de los campesinos a la ordenación del espacio rural», tiene ya un carácter más especulativo, tras haberse estudiado antes los distintos tipos de reformas existentes en el mundo.

Hay muy diversos grados de ruptura con el pasado, ya sea en el ejercicio del derecho de propiedad, en la definición del asiento de las nuevas células de producción o incluso en las obligaciones impuestas a los beneficiarios del nuevo régimen. En las limitaciones al derecho de propiedad, el arma antilatifundista más frecuente está en la fijación de superficies tope, prevaleciendo más generalmente el argumento político sobre los factores económicos. En el segundo punto, se trata de regular las gradaciones que transcurren del colectivismo tradicional a las distintas formas del socialismo moderno. Todo ello desemboca en la busca de estimulantes, sean económicos o ideológicos: en un sistema liberal, donde prevalecen las reglas de la productividad, se acentúa el instinto de la propiedad y el beneficio individual y en un sistema socialista se consideran los principios de la participación en una obra colectiva, igualando los trabajadores del campo y la ciudad.

Una reforma agraria se define ante todo por la naturaleza del tipo de la nueva explotación creada, con dos tendencias opuestas posibles:

— Tendencia economista y obrerista, con miras a la creación de industrias agrícolas en las que el trabajador del campo adquiere un ritmo de vida parecido al de las ciudades.

— Tendencia agraria que convierte a la explotación familiar modernizada en el fundamento de toda política rural.

Koljós, por una parte, y parcelación a nivel familiar, por otra, son los dos extremos de una cadena de realizaciones agrarias, con numerosas fórmulas intermedias, pues el agricultor es un cuerpo suficientemente consistente para emitir una organización económica progresista y a la vez suficientemente flexible para asegurar la fácil inserción en la célula familiar.

Se contempla, por último, en el libro la ordenación del espacio rural, cuya verdadera base está en conjugar el punto de encuentro entre la jerarquía urbana y la organización agrícola.

La obra es un auténtico atlas socio-político de los diferentes tipos de reformas agrarias, detallando la organización y resultados en los distintos sistemas ideológicos y de cada uno de los países comprendidos en las respectivas esferas. Es un estudio completo, con profusión de tablas y datos demostrativos en los que el autor basa sus conclusiones. Viéndolos se puede constatar que los resultados prácticos obtenidos en la realidad no siempre responden a los utópicos enunciados y a los principios doctrinales.

Hay que contar en cada caso con el hombre de campo y conocer sus especiales reacciones; lo demás sería construir castillos en el aire y exponerse a dolorosos fracasos de difícil arreglo. Aunque es frecuente no escarmentar en cabeza ajena, merece repasar despacio las pragmáticas enseñanzas que se nos muestran en este libro; podrían ser muy provechosas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J.: *Derecho fiscal privado*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

El autor de esta obra es compañero de profesión y amigo «tertuliano», de tertulia, claro está, y como en otras ocasiones he traído a estas páginas recensiones de alguna de sus obras, ha tenido la amabilidad de dedicarme ésta para que también firme esta recensión. Lo que sucede es que a los autores, una vez que se desprenden del ejemplar destinado a la recensión, les entra una enorme prisa por ver publicada la nota que orienta al futuro lector del contenido de la obra. Es una prisa lógica, humana, llena de esa ansia de compensaciones que el autor debe recibir por el esfuerzo de escribir la obra. Pero frente a esa prisa está lo que podríamos llamar ética recensionista, que obliga, nos obliga, a supeditar-nos al principio de prioridad a pesar de nuestras posibles preferencias de temas tratados en las obras o de inclinaciones personales por los autores. Yo en eso soy insobornable: lo mismo aplico el principio de prioridad en mi Registro, que en mis recensiones. *Prior tempore potior iure*.

La prisa *authoris*, una vez salvado este principio de prioridad, se ve frenada por el obstáculo que ofrece el *lapsus* de tiempo que media entre la entrega de la recensión y la publicación de ella en la Revista. Yo no sé si en esa tarea de confección del original por el coordinador o encargado de redacción se sigue el criterio que adopto del rigorismo de la

prioridad o juegan otros factores que ponderan oportunidades, antigüedades, materias, autores, afinidades, etc. No sé lo que sucede desde que yo me desprendo del original y verdaderamente que, salvo en una o dos ocasiones en que me he preocupado de alguna recensión por razones de oportunidad y de materia, pierdo la noción del orden prioritario en que las entrego.

Cuento todo esto porque sé que el autor ha indagado en forma indirecta sobre mi posible entrega de recensión de su obra. Creo que ha indagado porque además de amigo y compañero me he convertido, por mor de una aventura de obra nueva, en comunero o copropietario y en una pasada Junta General hubo sus más y sus menos a cuenta de una mampara. A quien me hizo la pregunta le tuve que responder: aunque, como dijo hace poco Jaime Blanco, la próxima guerra civil comenzará en una Junta de copropietarios y aunque entre el autor y yo se haya interpuesto una mampara, mi objetividad recensionista nada tienen que ver con esa discrepancia. Yo haré la recensión encargada a pesar de la mampara, ¡pues no faltaba más!

Creo que la obra tiene en estos momentos—momentos de transición y reforma urgente, drástica y sin previsiones de futuro—una importancia definitiva, pues en ella se trata de demostrar cómo el actual Derecho Fiscal se nutre de una serie de conceptos de Derecho Privado o, como dice el autor, el edificio fiscal tiene sus cimientos inmersos en el Derecho Civil. La actualidad no es, por supuesto, este descubrimiento, sino si este edificio, al tratar de ser destruido por una posible reforma fiscal (téngase en cuenta que hoy se habla de una posible autoliquidación dejada en manos de un contribuyente lego en Derecho y de una especie de inspector mentalizado para una mayor recaudación), va a poder conservar esas raíces que lo hacen jurídico y que han permitido que al Derecho Fiscal, o más genéricamente al Tributario, se le incluya dentro de las disciplinas científicas.

La tesis del autor no puede ser más correcta y con acierto jurídica—mente planteada: los pueblos bárbaros, cuando incidieron en el Imperio Romano con todo el ímpetu de los pueblos jóvenes, resultaron derrotados, pues la superior cultura de los vencidos terminó por romanizar a los vencedores. Esta verdad histórica cumple en la actualidad su función para explicar la situación actual del Derecho Tributario. Pfo CABANILLAS, en una conferencia memorable al comentar la nueva Ley Tributaria (año 1964), decía con gran acierto: la formación del Derecho Tributario en sentido estricto, es más bien reciente y procede, según una opinión pacífica y muy próxima a la verdad, del período inmediatamente posterior a 1919, fecha en la que el Ordenamiento alemán recogió los principios que disciplinaban la imposición en un texto legislativo orgánico y completo que tuvo el efecto de estimular la dirección doctrinal en pro de la sistematización dogmática de las relaciones jurídicas existentes entre el ente acreedor del tributario y el contribuyente. Desde esa fecha hasta hoy día los juristas han tratado de dar carácter sistemático al campo de la materia tributaria, y tras una serie de procesos, todos ellos caracterizados por previas operaciones de deslinde, se logra acotar el concepto de la actividad financiera del Estado, como contenido moral, en su aspecto jurídico, del Derecho financiero, llegándose a aislar dentro de éste la rama autónoma del derecho tributario, entendido genéricamente como

el que tiene por objeto «la determinación de los principios generales organizadores de los tributos como fenómenos jurídicos».

A mí me había preocupado enormemente el tema y en una conferencia que di en el Centro de Estudios de Derecho Hipotecario de Albacete tocaba la materia de la relación que podía tener lo jurídico con lo fiscal, lamentándome de que en una Ley Tributaria todavía existiese un ignominioso artículo 25—ignominioso para los juristas, claro está—donde se permitía la liquidación de los documentos nulos. ¿Seguirá este proceso de privatización del derecho fiscal o retrocederemos a la época en que los bárbaros no se habían todavía romanizado? De la versión televisiva que se ha ofrecido al pueblo español de la actuación en las dos cámaras nacionales, creo que poca juridicidad puede esperarse a este respecto, pues al interés de partido ha de sumarse el deseo individual de lucimiento y al posible jurista le pierde muchas veces su vanidad. Por encima de todo debemos confiar en la esperanza y desprendernos de nuestra experiencia.

Aparte de la Introducción, a la que ya nos hemos referido al puntear la temática perseguida por el autor, diremos que el libro contiene cuatro partes que responden a las clásicas en que suele dividirse el Derecho Civil desde que SAVIGNY estableciera esta ordenación de materias: parte general, derechos reales, obligaciones y contratos, familia y sucesiones. Le sigue una especie de conclusiones y una bibliografía de urgencia de obras que el autor ha manejado algunas de las cuales—muy pocas—cita a pie de página del texto. Entiendo que el libro es aleccionador y sobre todo un elemento de trabajo y un motivo de sugerencias para quienes tienen en sus manos la política fiscal del país. ¿Pero tendrán tiempo y sosiego para leerse esto? Esa es mi duda y mi esperanza.

A) *PARTE GENERAL*.—El autor, con gran experiencia en el campo de los recursos, va a ofrecernos en esta parte general un conjunto de preceptos extraídos del Código Civil y de la legislación fiscal en los que se destacan ciertas discrepancias o coincidencias dignas de ser tenidas en cuenta en futuros empeños legislativos. Toca en una visión rápida los problemas de la irretroactividad civil y el principio opuesto fiscal, así como el de la analogía de la disposición transitoria 13 del Código Civil. Luego pasa a la tributación de las personas jurídicas y a la ausencia de un «desplazamiento patrimonial» que justifique el impuesto que las grava. Igualmente aborda la temática de esa distinción tributaria, basada en una imposición civilística, de los bienes muebles por un lado y los inmuebles por otro, conectando la materia con el examen de los contratos sobre servicios públicos que el artículo 336 del Código entiende como bienes muebles. Como temas que plantean problemas conceptuales destaca el de la determinación de la base o valor de los bienes, el de los actos no sujetos reflejos dentro de los actos jurídicos (se refiere a los que no están sujetos al impuesto de Actos Jurídicos Documentados por estarlo a los otros impuestos) y al problema concreto de las escrituras que contiene actos declarados no sujetos a otros impuestos indirectos. Dos estudios de cierta importancia cierran esta parte de la obra: el referido a la prueba de los actos o contratos sujetos y el de la prescripción desde el ámbito civil y fiscal.

B) *DERECHO DE COSAS*.—El autor—y empezamos en forma semejante a la de la parte primera—dibuja en una especie de resumen de

contenido o sumario previo las materias de las que va a tratar en este apartado. Y así se refiere al problemático derecho de superficie y el de elevación de edificios en viviendas de protección oficial, así como la primera transmisión de las mismas, sobre la que especula en el caso de que el INV. adquiera por resolución la vivienda. En el campo de la Ley del Suelo toca dos temas: el de la obligación de edificar y el de las expropiaciones forzosas, pero no hacemos ningún comentario a la materia, pues las referencias que el autor hace son a textos de la Ley del Suelo derogados por otra posterior, cosa que pudo corregirse con notas a pie de página coordinado preceptos. Cinco temas más se abordan en esta parte: la comunidad de bienes surgida por sucesión mortis causa, la posesión de buena fe (que el autor estima debe estar sujeta al impuesto), el usufructo de finca hipotecada y sus consecuencias fiscales en caso de embargo o venta de la finca, las garantías que no tributan como fianzas (depósitos y garantías constituidos para entablar una reclamación económico-administrativa) y las afecciones inmobiliarias en los casos en que deba comprobarse el valor por tasación pericial.

C) *OBLIGACIONES Y CONTRATOS*.—Es la parte más amplia de la obra y en ella se estudian diversos supuestos que pueden incluirse unos, en lo que podríamos llamar parte general de las obligaciones, otros en la fase de extinción de las mismas y, por fin, el resto en la parte de los contratos en especial. Hacemos esta clasificación para que el posible lector sitúe la materia y tenga un sentido global del contenido. Dentro de lo que hemos denominado parte general se estudian los temas de los derechos de retención (referido a la Ley reguladora de Importación de automóviles), la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (que en el campo fiscal cobra singular relieve sobre todo al distinguir la convencional de la legal), las adjudicaciones de terrenos en pago de indemnizaciones (referidas a la Ley del Suelo en su versión del año 1956) y las adjudicaciones en pago de asunción de deudas (que a juicio del autor es una asunción de deuda con adjudicación en pago). En la parte destinada a la extinción de la obligación se tocan los temas del pago o cumplimiento, la pérdida de la cosa debida, la remisión de la deuda, la condonación fiscal, la confusión, las transmisiones por compensación, la compensación, la condición resolutoria, el término, la muerte y el mutuo disenso. Por último, en la parte destinada a figuras contractuales especiales el autor nos ofrece las promesas y opciones de compra (que fiscalmente sólo tienen como regulación las de fijación de tipo y base), las transmisiones de terrenos (referidos a la tan repetida Ley del Suelo), la distinción entre el acto y el acto debidamente documentado, los problemas que suscita la capacidad para ser donatario (sobre todo en orden a la devolución del impuesto), los de reducción de donaciones y las donaciones que se hacen a entidades públicas y benéficas. Igualmente al ocuparse de los arrendamientos esboza tres temas: el del arrendamiento y la promesa de venta en las viviendas de protección oficial, el traspaso de locales de negocios y la extinción de los arrendamientos rústicos.

Finaliza esta parte con el examen de los problemas del contrato mixto de ejecución de obras, la disolución de la sociedad y el problema del beneficio de excusión en la fianza y el absurdo jurídico del pago en el caso de extinción de la fianza.

D) *FAMILIA Y SUCESIONES*.—También es amplia esta parte de la obra, pues en ella, aparte de los tres problemas familiares que estudia (incapacidad contractual entre cónyuges, renuncia de gananciales y constitución de lote) se tocan infinidad de problemas sucesorios desde que se acepta o renuncia la herencia, pasando por las consecuencias de la partición, los problemas de las reservas y las sustituciones, así como la problemática de ciertos legados y dos cuestiones referidas al fraccionamiento y seguros. Descender a detalles sería prolongar excesivamente esta recensión, pues en muchos de los supuestos habría que explicar el caso concreto del que parte el autor para sacar sus consecuencias.

Por ello, entiendo que es hora de cerrar estas notas elogiando la labor del autor al ofrecernos sobre el cañamazo general del Derecho fiscal una serie de casos particulares en los que se ve la penetración jurídica y en otros esa falta de juridicidad necesaria. Lo importante es que un jurista se ocupe de los temas, pues ello supone un esfuerzo positivo con visión de futuras reformas legislativas, aunque la tremenda realidad de la reforma fiscal que se avecina va a dejar estéril este esfuerzo y el contenido de este libro. Una pena que la frase «así pudo ser la reforma» se convierta en esta otra: «así es si así os parece».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PÉREZ NUÑO, ANTONIO-ENRIQUE: *Cibernética, Informática y Derecho (un análisis metodológico)*. Publicaciones del Real Colegio de España .Bologna, 1976.

Mi curiosidad de lector impenitente me ha llevado a la lectura de diversos libros de divulgación sobre ordenadores electrónicos, informática, cibernética, etc. Es más, creo que una de las ponencias que llevé al I Congreso Internacional de Derecho Registral sobre el futuro del principio de calificación registral, planteaba la relación que la «máquina» podía tener con la función. En dos ocasiones más—una en Mérida y otra en el II Congreso—tuve el atrevimiento de dar dos conferencias sobre el tema. Aparentemente, por ello, pudiera pasar por un entendido en la materia, pero no es así. Mi conocimiento no ha pasado más allá de la curiosidad y mi pobre aportación no ha llegado más que al planteamiento—muy al estilo de HOLLINGDALE y TOOTILL—de la respuesta que debe darse a la pregunta ¿Pueden pensar los computadores? ...y claro está, la respuesta lógica es la que dan esos autores: *depende de lo que se entienda por pensar*. Y si seguimos lo que dice GILA sobre los hombres de frente estrecha que «tienen una idea al año y los años bisiestos dos», es evidente que la máquina puede sustituirlos sin ningún detrimento de la especie humana. Como que en el proceso democrático que hemos puesto en rodaje sería preferible y más beneficioso que en vez de elegir los partidos a determinados hombres los sustituyesen por máquinas.

Lo que yo opine, sin embargo, carece de importancia frente a lo que sostienen juristas de la talla, por ejemplo, de HERNÁNDEZ GIL. Y quizá este libro que ahora traigo a recensionar sea la confirmación de lo que

sostiene el ilustre jurista citado. Juega con dos ideas primarias, pero fecundas en su aplicación: la socialización del conocimiento y su comparación con la codificación. Si todas las posiciones privilegiadas carecen de justificación (¿aun las debidas al propio esfuerzo en la investigación?). La cibernética o la informática, al hacer más asequibles y seguras las informaciones van a brindar una igualdad de oportunidades a todos los militantes de una disciplina determinada. Así como la codificación fue, entre otras cosas, una respuesta a la dificultad del conocimiento del derecho y pasó a mostrarle con la nitidez de un compendio formalizado y coherente, la cibernética, que ya no se apoya en las simples técnicas de la escritura, la imprenta y la legislación, sino en la capacidad de almacenamiento, control y cálculo de los ordenadores electrónicos, viene a significar el paso más importante que se ha dado desde la codificación por el camino de la asequibilidad del derecho. Es más, creo que en la publicación de la que tomo las anteriores palabras («El abogado y el razonamiento jurídico») o en otra que no puedo precisar, viene a decir algo así como que la cibernética supone el regreso a la lógica jurídica.

De ahí que al enfrentarse con la obra que recensionó no cabe fruncir el ceño refractario de jurista experimentado, sino que hay que llegar a ella con toda la humildad que la ocasión de aprender nos brinda su autor. El autor es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca y me atrevería a decir que es un especialista en la materia a la cual creo recordar ha dedicado más de un trabajo. Se publica en la Colección de Estudios Jurídicos que el Real Colegio Mayor Albornociano de San Clemente de los españoles en Bolonia, que con tanto acierto dirige o dirigía EVELIO BERDERA y TUELLS. El estudio comprende cuatro capítulos y un prólogo, aparte de un breve vocabulario de informática y iuscibernética, un índice u orientación bibliográfica de diferentes países y un índice de autores de carácter alfabético. Al comienzo se consigna el índice sumarial.

Creo que son los tres primeros capítulos los más interesantes de la obra en cuanto de ellos puede sacarse una gran lección de conocimiento. El último, con ser interesante, se limita a formular un mapa geográfico de los trabajos cibernéticos y de sus avances. El capítulo primero—y esto lo dice el mismo autor—supone el ensayo del significado que puede tener la penetración de la cibernética y la informática en el plano de las funciones clásicas del Derecho. En el capítulo segundo se enfocan las consecuencias de la nueva técnica en los planos más significativos de la metodología jurídica. Por último, el tercer capítulo es un análisis de las relaciones entre el racionamiento jurídico y el cibernético. Vamos a respetar las cuatro partes apuntadas en aras de una mayor claridad.

A) *PROBLEMAS GENERALES*.—Sitúa el autor al lector en el campo de las definiciones delimitativas y así precisa que la cibernética es una ciencia que investiga las leyes generales de los sistemas de tratamiento de la información. Todo sistema de información recoge noticias, las elabora y las transmite, ya en el espacio (un receptor de radio), ya en el tiempo (una cinta magnetofónica). Cuando para realizar tales operaciones se emplean medios automáticos, se penetra en el terreno de la información, esto es, en la ciencia que estudia el tratamiento automático de la información. La informática se presenta, por tanto, como una cien-

cia particular integrada en otra más amplia: la cibernética, o, si se quiere, como uno de los sectores de ésta.

Aparte de ello la cibernética tiene otra función, cual es la de orientación a un fin o hacia unos fines predeterminados, siendo en esta acepción como la teoría de los circuitos de control y regulación. Pero teniendo en cuenta el paralelismo entre los problemas de información y control en los organismos vivos y en las máquinas, se ha concebido también la cibernética como la ciencia que estudia la afinidad estructural de estos sistemas y sus implicaciones, así como la formulación de sus leyes generales. Esta es la dimensión más filosófica de la cibernética.

Con esta exposición inicial el autor desciende ya a señalarnos las repercusiones que la cibernética tiene en las ciencias sociales y más concretamente en sus aplicaciones al Derecho. En cuanto a teoría de la información, puede afectar al objeto tradicional de la dogmática jurídica, contribuyendo a propiciar el análisis y sistematización de los contenidos normativos de un ordenamiento jurídico concreto. La cibernética, entendida como teoría de la información, proporciona a la dogmática un aparato tecnológico capaz de suministrarle, de forma ordenada y exhaustiva, el dominio (sistematización y recuperación) de la totalidad de las normas de un sistema. En la segunda acepción recogida antes de la cibernética, ofrece métodos de análisis cuantitativo de los hechos jurídicos (norma y conductas) y, de modo específico, le permite transportar los sistemas de regulación y control cibernético al estudio de las pautas reguladoras de las conductas jurídicas y a las técnicas de control social. Por último, en su tercera dimensión vemos que la cibernética penetra en los dominios de la filosofía del Derecho, aunque no faltan detractores de esta tesis.

El autor específicamente estudia el influjo de la cibernética en el plano de las funciones tradicionales del Derecho, señalando la función legislativa (proveyendo a los parlamentarios de un amplio aparato informativo sobre las diversas materias a las que se proyecta su cometido), la función ejecutiva o de aplicación y puesta en obra de decisiones ya tomadas y la función judicial. Suministrar elementos de juicio, datos, disposiciones legales, precedentes jurisprudenciales, etc., puede ser un servicio que facilite la toma de decisiones y su ejecución, pero no hay que olvidar el control de la información que se introduce en la máquina y lo que en última instancia va a decidir a través de la voluntad ideológica del hombre.

No sé si nuestros hombres «punta» en estos momentos están auxiliados o no por la máquina, pero a juzgar por esa educación que del ciudadano se está haciendo, inculcándole el odio hacia unos años pasados y la destrucción de todo lo que puede significar fuente de riqueza y de evolución, me inclino a creer que la máquina no ha llegado, pues presiento que cuando llegue será más lógica, menos fanática y más comprensiva... con la excepción del campo fiscal, se entiende.

B) METODOLOGIA JURIDICA.—El autor enfoca la problemática que plantea diciendo que en la era tecnológica, el progresivo avance de la automación despliega una amplia gama de cuestiones de las que el jurista no puede desentenderse. La naturaleza de la automación, la cuestión de lo que se puede y, en especial, de lo que se debe mecanizar, tienen una importancia directa para el desenvolvimiento del Derecho, y, como

ha señalado LACKNER, el jurista debe prever los peligros e indicar las consiguientes soluciones para evitar que la automatización se produzca en detrimento de las garantías jurídicas del individuo.

Después de revisar la acepción con la que debe designarse la aplicación de la electrónica al campo del Derecho (Jurimetría o Iuscibernética) el autor precisa cómo en la metodología jurídica, como procedimiento intelectual empleado para conducir una investigación a su fin, el Derecho en cuanto objeto de conocimiento y de estudio ofrece los problemas de la investigación, creación, interpretación y aplicación de las normas jurídico-positivas, así como el Derecho natural entendido como dimensión axiológica de la filosofía jurídica. Pues bien, para el autor la iuscibernética constituye un método que puede tener su aplicación a los dos aspectos en que se desarrolla la metodología del Derecho: el de los razonamientos y el de los modelos o esquemas representativos utilizados por el investigador del Derecho.

Partiendo de esas premisas va examinando el procedimiento de la lógica jurídica (la función del investigador del Derecho sería la de reducir los problemas jurídicos a su dimensión lógica) y el de los modelos o esquemas representativos de los diversos aspectos del Derecho (que pueden ser simbolizados y traducidos al lenguaje cibernético).

Al proyectar la iuscibernética sobre la metodología de la formulación, interpretación y aplicación del Derecho, el autor aborda los temas de la política legislativa por una verdadera ciencia de la legislación), la hermenéutica (que supone un problema de lógica material, de los contenidos de las normas jurídicas, y no de lógica formal, lo cual hace inaplicable la cibernética, salvo que se produzca una mutación de los elementos que integran nuestra actual experiencia jurídica) y la aplicación del Derecho (a través de la jurisprudencia y Administración pública). Toca, por último, el problema de la iuscibernética y la metodología de los valores, en la cual la cibernética puede ofrecer la posibilidad de superar la antítesis entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en lo que a la contraposición de los valores de seguridad jurídica y justicia se refiere.

C) RAZONAMIENTO JURIDICO Y CIBERNETICO.—El autor distingue tres partes bien diferenciadas para exponer su estudio. Primero explica en qué consiste el razonamiento jurídico a través de las tres grandes posturas que responden a distintas concepciones de la lógica y a actitudes metódicas sobre la proyección de la lógica a la problemática jurídica. En el fondo su estructura es compleja pudiendo distinguirse elementos de carácter lógico-formal y elementos de tipo axiológico y dialéctico. En el razonamiento cibernético existe siempre una subordinación a las reglas del sistema binario (escoge dos posibilidades: sí o no) y del método analógico, integrándose plenamente en los esquemas de la lógica formal. Por último, en el razonamiento cibernético proyectado sobre el razonamiento jurisprudencial, es preciso concluir que se trata de una simple mecanización de informaciones que sirven de base a la decisión, pero no una automoción del proceso decisorio.

D) APLICACIONES CONCRETAS.—Las principales realizaciones que en los últimos años se han llevado a cabo son la materia de que se vale el autor para dar contenido a este capítulo. Para no fatigar al lector le

remito a la publicación en la cual puede comprobar lo que se ha hecho hasta ahora en Estados Unidos, Rusia, Francia, Italia y España. Por lo que respecta a nuestra patria creo que los datos son incompletos (y no me extraña, pues en esta materia es muy difícil estar al día) ya que no recoge lo referente a la «Teleinformática jurídica» en su actual situación y a la que se refiere BENAVIDES DEL REY en varios artículos publicados en el periódico *Ya* durante el mes de septiembre del corriente año.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: *Estudios de Derecho civil*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1978, dos volúmenes, 680 y 650 págs.

Este libro pertenece, cómo el propio autor señala en la justificación o explicación preliminar, al género literario de los «escritos reunidos», de larga tradición académica. Se compilan treinta y cuatro trabajos distintos, escritos por el autor a lo largo de un período de alrededor de treinta años y publicados en diferentes revistas jurídicas y, por consiguiente, hoy dispersos. Hasta donde se nos alcanza, constituye la obra del Profesor SANCHO no plasmada en libros monográficos o en tratados y manuales, que es también muy notable. Entre ella que hay que destacar su valiosísima colaboración con el Profesor Lacruz Berdejo en los *Tratados de Derecho de Familia y de Derechos de Sucesiones y, antes en el Derecho Inmobiliario Registral*, hasta el punto de que lo que comenzó siendo «Lacruz» es hoy en justicia el «Lacruz-Sancho». Y en la imposibilidad de establecer proporciones, de acuerdo con el artículo 323 del Código Civil para los estados de indivisión, hay que establecer la presunción de partes iguales.

Los trabajos sueltos, publicados con anterioridad y ahora recogidos en esta obra, se agrupan en dos volúmenes, cuya extensión es prácticamente la misma y cuya temática también, pero que se distinguen en razón a que los trabajos del primer volumen se dedican al Derecho civil general o Derecho civil común; mientras que los del segundo volumen versan sobre el Derecho Aragonés.

Sin embargo, esta distinción no es nítida, como no podía serlo en un jurista de amplio espectro como es el Profesor SANCHO REBULLIDA. El Derecho Civil común y el foral se interpenetran, porque responden a problemas comunes y a tratamientos metodológicos comunes. Así su trabajo sobre los derechos reales en el *Fuero de Navarra* (Vol. 2.º, pág. 241 y siguientes), a pesar de su denominación constituye un importante tratamiento del sistema de la tipicidad de los derechos reales en el Derecho español, en el que, sólo tras las conclusiones sobre esta materia, el autor se enfrenta con el Libro III del *Fuero Nuevo de Navarra* y con las específicas figuras de la *Compilación de Navarra* denominadas *corralizas* y *vecindades foranas*. Y el trabajo sobre las arras contractuales (también Vol. II, pág. 169 y siguientes), aunque con amplias referencias al Derecho Aragonés es perfectamente utilizable en el Derecho común.

Este último es el tema, como hemos dicho, del volumen I, que agrupa un número mayor de trabajos (21 frente a 13).

En los trabajos del volumen I aparece una muy clara inclinación del Profesor SANCHEO hacia los temas del Derecho de Familia. Prácticamente la mitad de los estudios pertenecen a ese campo. Dentro de él se muevan en todas direcciones: el matrimonio y el sistema matrimonial, que fue objeto de una de las iniciales monografías del autor, que lo consagró en el campo jurídico; diferentes planteamientos en orden a la filiación, a la adopción y a la tutela.

Sin embargo, todo ello no debe hacer olvidar lo que con frase tópica se puede llamar el amplio espectro de la temática: los planteamientos de parte general (principios generales del Derecho; concepto de estado civil) o la finura de que el autor hace gala en el tratamiento de temas del Derecho de Obligaciones, como los estudios dedicados a la mancomunidad como regla en las obligaciones con pluralidad de sujetos. Sus notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación y el trabajo sobre la novación de las obligaciones, que fue inicialmente la lección magistral en sus oposiciones a cátedras y la semilla germinal de una monografía más amplia publicada después separadamente.

Debemos, pues, saludar estos escritos reunidos, aunque con la esperanza de que con ellos no se cubra etapa alguna, porque la producción literaria del autor debe continuar para el bien de todos.

FÉLIX LÓPEZ

SOLDEVILLA VILLAR, ANTONIO: *El asociacionismo agrario*. Valladolid, 1976, un tomo de 221 págs.

El decidido empeño de los agraristas por encontrar fórmulas válidas para paliar el bajo nivel de los hombres del campo apunta desde hace tiempo a la agrupación de explotaciones como medio más idóneo para conseguir las mejores metas.

Cosa muy de notar es que, en la esfera política, están también de acuerdo en esto tanto las ideologías liberales, que con el cooperativismo pretenden corregir las deficiencias productivas de la explotación familiar, como las socialistas, que en su colectivismo más o menos forzoso basan el poder estatal o del partido dominante, por hablar de posturas extremas; las intermedias, casi siempre también, acuden al asociacionismo, tanto para cubrir miras sociales como para fomentar la producción.

Es lógica, por tanto, la atención de los estudiosos sobre esta cuestión y de algún tiempo a esta parte no hay simposio, reunión o conferencia sobre temas agrarios que no se ocupe del asociacionismo como punto central a contemplar. En España, y como más recientes, citemos las Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario de Zaragoza-Jaca de julio 1976, las Jornadas de Derecho Agrario organizadas por el I. R. Y. D. A. y la Universidad de Santiago de Compostela en marzo de 1977 y las III Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario, celebradas en Barcelona-Lérida, en junio de 1978.

Otro tanto ocurre con la bibliografía que cada vez con mayor frecuencia estudia este fenómeno económico y sociológico de evidente importancia, ya considerando la agricultura asociativa en general, ya en su figura más significada que es la cooperativa o las demás formas específicas y más simples de explotación agrupada de las tierras.

De entre estos libros y trabajos dedicados al asociacionismo, unos adoptan una gran altura científica, contemplando los principios filosóficos e ideológicos, con sus entronques en la economía y la sociología. Otros eligen niveles menos ambiciosos pero, a nuestro entender, más útiles, porque pretenden servir más bien un fin práctico, señalando el entramado de la sociedad agraria para que los hombres del campo conozcan las posibilidades, el fondo y las consecuencias de su hacer conjunto.

El libro que comentamos recoge, en una envidiable síntesis, ambas facetas. Su autor reúne la doble cualidad de jurista-profesor y empresario agrícola que sufre en sus carnes, como tantos otros, la dureza del escaso nivel económico del campo. Al vivir estos problemas se hace uno agrarista y siente el deseo de contribuir a la mejora de las condiciones vitales de estos magníficos hombres tostados por el sol. La obra que comentamos reúne a la vez una gran altura científica y un enorme sentido pragmático; lo teórico y lo divulgativo consiguen un feliz resultado armónico, como obra de consulta para el profesional y guía práctica para el agricultor.

ANTONIO D. SOLDEVILA, abogado de Valladolid y cultivador «fetén» en sus pardas tierras, demuestra conocer muy bien el tema y con anterioridad ha publicado diversos trabajos en revistas profesionales y ha sido autor de algunos libros como «El movimiento cooperativista mundial», «La autonomía didáctica del Derecho Agrario» y «Sobre la Agricultura, la Política Agraria y el Desarrollo Rural» que, con el que ahora estamos comentando, patentizan una vocación agrarista y un gran espíritu de trabajo.

El tema del libro es muy actual pues el asociacionismo, según nos dice el autor en su presentación, trae a la empresa agraria y dentro de la profunda reforma de su contenido, el nuevo valor de la colectividad de titulares que se agrupan para hacer frente a la problemática de la agricultura del mañana, muy cerca de la industrialización y la tecnificación.

Se trata en el primer capítulo del asociacionismo agrario en general, diciéndonos que este fenómeno, como vocación o tendencia a la unidad en la pluralidad humana en cualquier actividad, no es sólo una mera inclinación sociológica, sino una exigencia implacable de todos los tiempos, por lo que el sentimiento colectivista se encuentra enraizado en la más primitiva historia patria.

El concepto y la naturaleza de la asociación vienen delimitados por el albedrío y la voluntariedad de sus miembros que se unen contractualmente para desarrollar nuevos intereses y funciones. Aunque no faltan precedentes anteriores, estas formas cuajan realmente a partir del siglo XIX, en el cual se verifica la formulación jurídica antecedente verdadero del sentido asociacionista de la agricultura. En el Derecho comparado se repasan las asociaciones agrarias en el mundo occidental y en los países socialistas, con el distinto valor que conceden a la volunta-

riedad de asociarse y a la autonomía de los componentes; hay que resaltar que en todo caso estas opuestas construcciones asociativas se suelen utilizar como verdaderos instrumentos modificativos de la ordenación social de la tierra y hasta de la organización política respectiva en cada uno de los países.

El capítulo de generalidades se cierra con un esbozo de clasificación de las formas en que puede actuar el asociacionismo, en donde se manifiesta la amplia riqueza y la abundancia de modelos a los que se pueden acoger los agricultores según las necesidades que precisan cubrir. Entre las formas basadas en la cooperación, tenemos los diversos tipos según el momento de actuar en el ciclo económico: cooperativas de producción, de transformación y comercialización y cooperativas de consumo, todas ellas complementadas por las de servicios. Las fórmulas basadas en los desaparecidos Grupos Sindicales de Colonización, que ahora deben entenderse sustituidos por las Sociedades Agrarias de Transformación, pueden comprender las modalidades de conservación y mejora, de explotación comunitaria y de promoción de trabajo. Como fórmulas comprendidas en el Código Civil o en la Legislación de Arrendamientos, está la comunidad de bienes, ya en general, ya en sus especialidades de la comunidad hereditaria, los arrendamientos conjuntos y la sociedad civil y su derivado la aparcería. Y, por último, queda un amplio cajón de sastre compuesto por comunidades con regulación administrativa, muy abundantes en los aspectos de reforma de estructura, producción y comercialización de productos del campo, de regantes, de repoblación forestal, etcétera.

Al estudiar específicamente el cooperativismo, dice el autor que es la fórmula más amplia y con mayores posibilidades futuras para canalizar todo el movimiento asociativo en nuestra agricultura. Ello explica que le dedique todo el capítulo segundo del libro, empezando por unas atinadas y profundas consideraciones, tanto de tipo doctrinal como prácticas, sobre la cooperación en España, deteniéndose en sus trazos históricos y antecedentes legislativos, para abocar en el análisis concreto de la realidad del cooperativismo agrario hasta la actualidad.

Se ha dicho que el agricultor español no es amigo de asociarse y cada vez que por inducciones ajenas se ha decidido a formar agrupaciones cooperativas, sólo ha conseguido armar un mecanismo que luego no sabe hacer funcionar. El autor apunta un triple fallo que ha impedido al cooperativismo desenvolverse con toda su pujanza:

- Inexistencia de una educación o enseñanza de gestores y dirigentes.

- Falta de una legislación adecuada que resuelva los aspectos económicos de la empresa, y

- Falta de un estímulo y desarrollo del movimiento cooperativo por el Estado, así como de una adecuada protección.

¿Tiene la nueva Ley General de Cooperativas de 1974 posibilidades para superar estos fallos y lograr una normativa uniforme y adecuada? SODEVILA estudia sus diversos aspectos con crítica en general favorable. La Ley, dice, se enfrenta con temas como el peligro del desmembramiento social por bajas repentinas y automáticas, la rebaja del número de socios necesario para su constitución, mayor flexibilidad para aso-

ciarse y entramado de derechos y obligaciones de los socios, especialmente el régimen económico y el configurar a la cooperativa como una verdadera empresa que requiere capital en sus distintas manifestaciones financieras. Se formulan los principios cooperativos, robusteciendo la gestión de la sociedad y se institucionaliza un nuevo Derecho cooperativo para garantizar plenamente al tercero, con la necesidad de la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. Por ello concluye SOLDEVILA que cumple la Ley vigente un importante papel en una deseable uniformidad normativa mediante la cual se pueda crear el espíritu asociacionista del campesino patrio cuando no exista y reactivarlo cuando haya languidecido o perfeccionarlo cuando sus cauces no se amolden a la realidad de cada momento.

Sería demasiado sencillo, y a la vez totalmente inexacto, decir que habiéndose certificado la defunción de los llamados Grupos Sindicales de Colonización, parece inútil cuanto se contiene en el capítulo III del libro, ya que se ha pasado en España de una organización corporativa unitaria a un sistema amplio de multiplicidad y libertad de asociación sindical donde tales Grupos no podrán crearse en lo sucesivo. Sin embargo, las casi 17.000 asociaciones de este tipo ya constituidas siguen viviendo y gozan de personalidad y su especial estatuto fiscal, de acuerdo con el principio general de irretroactividad de las leyes plasmado en el artículo 2 del Código Civil. El Decreto de 2 de junio de 1977 así lo presupone, aunque para lo sucesivo las etiquete como Sociedades Agrarias de Transformación y pasen al engranaje del Instituto de Relaciones Agrarias. La figura ha calado hondamente en la realidad cotidiana de los hombres del campo, los cuales ha acudido a ella repetidamente para remediar sus necesidades asociativas. El libro es anterior al cambio de normativa, pero su contenido es aprovechable en cuanto pone de manifiesto la panorámica general sobre la actuación de los Grupos, de indudable éxito y muy importante en el desenvolvimiento práctico de la línea asociativa, y además, se plantea las posibilidades de estas fórmulas societarias sencillas para el futuro de la moderna agricultura empresarial. Recoge a este respecto la opinión de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, según el cual «son una manifestación de la agricultura asociativa o de grupo y persiguen la potenciación y autonomía de los agricultores, multiplicando las fuentes de riqueza y eliminando intermediarios innecesarios; dan origen a empresas colectivas, donde es posible lograr un alto índice de mecanización y puesta a punto de una serie de servicios que faciliten todo el proceso económico agrario, desde la protección hasta la comercialización y cuentan con tal grado de flexibilidad, que constituyen una óptima fórmula para la mejora, reforma y desarrollo de la agricultura». Termina deseando el autor, con el que coincidimos plenamente, una regulación legal y clara de su constitución, capacidad y trato fiscal para que estas asociaciones dejen de estar perdidas en una maraña de disposiciones de toda índole. Gráficamente, dice que necesitan «volver a nacer, pues ya ni son Grupos —se pierde el concepto de la solidaridad—, ni son sindicales—la mayoría (ahora, todos) están fuera de la órbita sindical—, ni son de Colonización, pues desapareció ese Organismo e incluso su finalidad coyuntural».

En el capítulo IV se hace un repaso amplio y variado de otras formas jurídicas del asociacionismo agrario. Dentro del ámbito del Código Civil, bajo el amplio concepto de su artículo 392 que lo centra en la perte-

nencia de una cosa o derecho a varias personas pro indiviso, se estudian los distintos tipos de comunidad en la propiedad de los bienes, sean estas comunidades de tipo familiar, como consecuencia de herencias no divididas, por explotación de bienes de los cónyuges, la ordinaria o clásico condominio entre varias personas y la comunidad de pastos, una de las más antiguas de nuestros pueblos. Cabe igualmente la comunidad en el disfrute de los bienes, ya que el Código permite la constitución de usufructo en favor de varias personas simultáneamente. Las comunidades basadas en el arrendamiento de los bienes, o sea cuando hay pluralidad de colonos, pueden concertarse ya inicialmente o bien cuando al fallecer el arrendatario le suceden varios en la llevanza de la finca. La sociedad regulada por el Código Civil es perfectamente concebible en el ámbito agrario, aunque es difícil distinguirla de la mercantil y evitar que caiga en las absorbentes redes de su ámbito. Una de las figuras jurídicas donde más se manifiesta la estructura asociativa en el campo es la aparcería, aunque no faltan opiniones que la consideren una modalidad del arrendamiento, rústico en este caso; es precisamente el artículo 43 de su Ley vigente la que lo define al decir que «por el contrato de aparcería el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o el de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alicuotas, equitativamente en relación a sus respectivas aportaciones». Hay aparcerías a partir, a mejorar o transformar, con acceso a la propiedad y otras que constituyen una fórmula más compleja de asociación o persiguen finalidades especiales. José Luis de los Mozos ha distinguido, además, entre aparcería simple, en la que hay una sencilla cesión del suelo, y la múltiple, en la que se da un concierto regulador de su uso y disfrute y que permite agrupar para la explotación agrícola toda clase de medios personales o materiales.

Al lado de los tipos asociativos expuestos, que nacen del Código o de la Ley de Arrendamientos, existen una serie de figuras con base en otras normas administrativas, cuya única nota común, aparte el asociacionismo, es la tendencia a proteger el sector agrario. A pesar del tan manoseado «individualismo ibérico», la autonomía de la voluntad característica de nuestro sistema jurídico ha dado posibilidades legislativas para numerosas y ricas variedades de solidaridad en la agricultura.

Dentro de este amplísimo capítulo, en primer lugar se estudian entre las llamadas asociaciones sindicales, las Hermandades de Labradores y Ganaderos, suprimidas por el Decreto de 2 de junio de 1977, y que deben entenderse sustituidas por las Cámaras Agrarias, dentro de las cuales podrán funcionar tanto las asociaciones de explotación en común creadas por la Orden del Ministerio de Agricultura de 25 de julio de 1963 para las explotaciones trigueras, como las Secciones de Crédito Agrícola que fueron el antecedente de las hoy pujantes Cajas Rurales.

Como asociaciones basadas en supuestos de propiedades especiales, se hace una clara y detallada exposición de las comunidades de regantes, los consorcios forestales, la acción concertada en la agricultura y la ganadería, las agrupaciones cerealistas y las de productores agrarios en general y las especiales que se constituyen conforme a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, con lo cual se completa el abanico de las posibilidades asociativas según las concretas y coyunturales necesidades que en cada caso puedan sentir los agricultores.

Contiene el libro también un meditado estudio sobre la posibilidad de una normativa jurídica orgánica del asociacionismo agrario que ponga orden a la fragmentación y disparidad de la actualmente vigente. La cuestión es importante teniendo en cuenta que las fórmulas asociacionistas de la agricultura pueden suponer un auténtico soporte de la funcionalidad social del dominio de la tierra y han demostrado ser un estímulo importante en la tarea de reformar las estructuras agrarias, por lo que se puede concluir que para la formación de una nueva agricultura debe contarse con el asociacionismo agrario como elemento básico.

Tras rechazar los supuestos inconvenientes sociológicos, jurídicos, económicos o puramente agrícolas que otros autores suelen argumentar como causas de una deficiente asimilación del espíritu asociativo por el agricultor español, SOLDEVILLA presenta una visión prospectiva del asociacionismo agrario en nuestra Patria, para llegar a la conclusión de que el agricultor ha tenido desde siempre una tendencia a unirse con sus semejantes para la autodefensa y la ayuda mutua.

Como orientaciones concretas en torno a esa deseable regulación jurídica orgánica de nuestro asociacionismo agrario, el autor señala un esquema en el que se postula el estudio previo y autónomo del Derecho agrario como soporte jurídico de la ciencia agraria, la promulgación de una Ley General de la Agricultura que comprenda todos los elementos de la relación jurídica agraria y en especial el aspecto empresarial y, dentro de esta sistemática, la regulación legal del asociacionismo por entero, partiendo del dogma de la autonomía de la voluntad y comprendiendo todas las fórmulas permitidas por la legislación española.

Concluye con este triple desiderátum que todos los agraristas suscribiríamos:

1. La reforma del sector agraria español en pos de una nueva y más eficiente agricultura patria y de una más estable, productiva y rentable ganadería.

2. La elevación del nivel de vida de agricultores y ganaderos, determinada por una mayor rentabilidad de las empresas, con una equiparación total a los demás sectores económicos, dentro de una nueva sociedad rural más justa socialmente, más promocionada por el Estado y con más perspectivas económicas y culturales de vida.

3. La autonomía científica, didáctica y legislativa del Derecho Agrario, como base esencial del desarrollo agrario en España y de las fórmulas de asociacionismo de los agricultores considerados como los medios más idóneos para una eficaz política agraria.

En resumen, y aunque sea repetir, es un libro de gran altura teórica y de indudable utilidad práctica. Lo ha escrito muy bien un jurista que es a la vez agricultor y conoce, por tanto, el campo. Aquí enseña los problemas del asociacionismo y apunta muy válidas soluciones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

VALLADARES LANZA, L.: *Las ideas jurídicas de Castán*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

Hace tiempo que tenía auténtica necesidad de hacer la recensión de esta publicación que lleva por título algo tan sugestivo como las ideas jurídicas del gran jurista y maestro que fue don JOSÉ CASTÁN. Leer y releer este licho—tesis doctoral del autor—no es más que irse reconociendo por dentro uno mismo en su proyección jurídica. Digo esto, porque no hay que olvidar que lo que podríamos llamar hoy «techo» de la cultura jurídica del país aprendió Derecho a través de la obra de CASTÁN. Particularmente aquellos que tuvimos que prolongar los estudios universitarios a través de la preparación de unas oposiciones, no sólo llegamos al dominio del Derecho a través de la obra de CASTÁN, sino que nos identificamos de tal forma con sus ideas y con sus frases que, a veces, en una cita creemos que es nuestra la idea y ella proviene del maestro. Cuando hace tiempo me propusieron publicar mis viejos apuntes de preparación sobre la materia de Derecho Civil me negué en rotundo, porque hubiese sido muy difícil descubrir lo poco que había en ellos de originalidad mía, siendo la mayor parte del maestro de todos, de CASTÁN.

Se comprende con esto que el libro cuya recensión vamos a ofrecer sea un recreo del espíritu jurídico, pues de bien nacidos es reconocer la raíz del origen del conocimiento y si el sauce rinde culto de la rama a la raíz, también aquí quiero brindar mi cordial reconocimiento a la raíz «castaniana» que me dio el espaldarazo para ser jurista. Algo así parece desprenderse del prólogo de la obra que firma HERNÁNDEZ GIL, al decir que él mismo «vuelve a ponerme en contacto con la figura de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS... y eso constituye una verdadera satisfacción». Dice el mismo prologuista cómo CASTÁN tuvo una visión del Derecho a través de tres perspectivas: la preparación de las normas, la aplicación judicial y la investigación científica, siendo en este último campo donde desarrolló su máximo esfuerzo, cultivando una ciencia particular como la del Derecho Civil, usando el análisis histórico-sociológico de las instituciones y abordando—en su plenitud—los grandes temas de la filosofía y la metodología jurídicas. Precisamente es la última citada la que el autor emplea para el desarrollo de su tesis: filosofar sobre lo jurídico para descubrir sus más íntimos principios.

VALLADARES LANZA es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad autónoma de Honduras y a lo largo de dos años, y bajo la dirección del Profesor RUIZ GIMÉNEZ y en el marco del Seminario de Filosofía del Derecho, elaboró su tesis que fue calificada con sobresaliente y que viene a constituir la publicación monográfica que recensionamos. De las páginas que constituyen la publicación se desprenden dos cosas: un conocimiento intenso, profundo y extenso de la obra de CASTÁN y un cariño inmenso hacia la figura del Profesor desaparecido. Aunque son ocho los capítulos que dedica el autor para exponer su tesis, creo que en aras de la brevedad de esta recensión vamos a distinguir tres partes: la primera a la introducción y biografía de CASTÁN, la segunda a los rasgos comunes de la obra y la tercera a las ideas que presiden una serie de nociones que específicamente se estudian (Derecho, fuentes, metodología, disciplinas que estudian el Derecho, la justicia, la equidad y los

derechos del hombre). El trabajo contiene, además, unas conclusiones y una lista bibliográfica de las obras de CASTÁN.

A) *Introducción y biografía*.—Realmente el autor en la introducción no hace más que prepararnos la materia que va a desarrollar, sin perjuicio de reconocer que CASTÁN tuvo otras dos vertientes que antes señalaba en mi recensión por boca de HERNÁNDEZ GIL, quien añade que en toda la obra no se descubren hendiduras ni desviaciones y que son tres notas las que adornan toda la trayectoria de CASTÁN: la ponderación, la prudencia y el equilibrio.

En la biografía del maestro se recogen los principales trabajos que diversos autores dedicaron a CASTÁN en diferentes momentos de vida y muerte. Da satisfacción ver completa su biografía con toda esa serie de matices que el autor recoge y causa asombro ver la gran capacidad de trabajo que tenía y los diferentes campos que abarcó con su espíritu de infatigable trabajador. Había leído algo a este respecto y me satisface verlo ahora confirmado: CASTÁN montó una academia de preparación de oposiciones a Notarías y a Registros y eso me da a mí la clave para pensar que, en esa tremenda labor que la preparación exige, descubre el autor la necesidad que el opositor tenía de una obra sistematizada y ordenada para ser expuesta con la concisión que el juego de temas exige. Ahí debió nacer la semilla de su *Derecho civil español, común y foral* que en sus primeras ediciones estaba ajustado al programa de oposiciones a Notarías y a Registros. Esa herramienta de trabajo que el maestro proporcionó a la juventud se ve hoy día enaltecida por los frutos que los altos niveles de juristas han adquirido y por el agradecimiento que todos guardan para este *acto de servicio* jurídico. Una lástima que todo este logro pueda desmoronarse si, por razones de envidia democrática, al sistema selectivo no se le estimula, ni se le protege. Hacer un país de juristas medianos es tanto como repartir pobreza en aras de un principio de horizontalidad igualitaria.

Recorrer la vida y obra de CASTÁN es estimulante: oposiciones a Cátedra, investigaciones, docencia, Tribunal Supremo, academias, estudios, escritos, publicaciones, etc. ¿De ahora en adelante la historia de los juristas va a ofrecer un personaje semejante? Aunque el genio no creo que se haga, sino que nace así, todo va a depender de la capacidad de trabajo y sacrificio que las generaciones venideras ofrezcan al campo del Derecho, pero me entran muchas dudas, pues difícilmente se intuye la presencia de jóvenes que puedan decir lo que BETTI brindaba a su padre y que yo ahora me atrevo a ofrecer al maestro CASTÁN: «Gracias por haberme proporcionado con la palabra y con el ejemplo ese sentido de humanidad y de justicia que bajo cualquier clima histórico produce siempre el estudio del Derecho.»

B) *Rasgos comunes de la obra*.—El análisis que el autor hace de los rasgos comunes está basado en las diversas proyecciones que CASTÁN ofrece como maestro, bibliotecario, jurista práctico, civilista, filósofo y metodológico. Ello ha de tener lugo un gran reflejo en la filosofía de lo jurídico.

Como maestro se destaca su vocación por la enseñanza y por esa vocación CASTÁN buscaba, ante todo, la claridad en el concepto y la sencillez en la expresión, tratando con ello de facilitar el estudio del Derecho

Civil. Su amor a los libros, como bibliotecario, le hace proyectarlo en todo cuanto ha escrito, porque lleva la herencia y la técnica del buen bibliotecario. Su práctica jurídica, su sentido práctico del Derecho, aflora desde su puesto de magistrado. Su calidad de civilista le hace ser el introductor en la doctrina española, de la erudicción y de la sistemática. La filosofía y el estudio de la misma en el campo del Derecho preside toda la obra de CASTÁN: trata de encontrar las raíces más profundas de lo que se afirma. Sobre el método de trabajo de CASTÁN el autor hace una síntesis perfecta: su labor no se agota en la recopilación y sistematización de doctrina, sino que busca la forma de superar los puntos en disputa, señalando una solución si la encuentra.

C) *Ideas sobre puntos concretos*.—Adentrándonos en lo que hemos llamado tercera parte vamos a ir, con el autor, precisando los distintos puntos de vista de CASTÁN sobre esa serie de conceptos genéricos que se erigen como hitos que han de marcar la postura del autor.

Sobre la noción del Derecho, CASTÁN arranca de la idea de orden, fundiéndose el moral y el jurídico como partes integrantes del universal, precisando que para una buena definición han de hacerse referencia a todos los elementos esenciales y su fin y ha de ser aplicable a todos sus aspectos. También se destacan la postura frente a los diversos caracteres y particularmente se recogen las ideas sobre el Derecho natural (que opera en un triple aspecto: en defecto de norma positiva, en que haya penetrado sus principios, en defecto de reglas particulares y en el de reglas sancionadas, contradictorias con dichos principios), sobre el Derecho objetivo y subjetivo (objetivo es el Derecho como ordenación o norma, el subjetivo es el Derecho como prerrogativa o facultad) y la posición ecléctica que avala la distinción entre Derecho público y privado: distinción que debe ser mantenida, sin que su contenido sea inmutable, pues varía según las épocas a virtud de nuevas concepciones sociales.

En materia de fuentes la postura de CASTÁN es la de que a pesar de las diferentes divergencias existentes entre las escuelas que tratan de explicar su esencia, hay una coincidencia esencial en las escuelas actuales, no sólo en materia de fuentes, sino de sus lagunas. El problema reside en que unas se fijan en la base dogmática del Estado moderno, que concede a la Ley la primacía, mientras que las del otro lado se fijan más en la realidad social en la que el Estado se asienta y a la génesis histórica y psicológica de estas mismas normas. En forma particular se examinan las distintas concepciones de la Ley, costumbre, tradición y doctrina científica, la jurisprudencia, el precedente, el uso judicial y los principios generales del Derecho. En cuanto al problema metodológico en materia de aplicación e interpretación de la Ley, CASTÁN opina que la cuestión de los métodos jurídicos ha de estar forzosamente ligada a los básicos problemas filosóficos acerca de la naturaleza del Derecho y el fin del mismo y ello es la causa de la dificultad de su estudio, ya que la cuestión metodológica, ligada a temas tan primarios, tiende con frecuencia a perder su propio concepto y sus finalidades prácticas, quedando absorbida por la filosofía del Derecho.

La Ciencia y la Filosofía del Derecho, como disciplinas que estudian el Derecho, son destacadas por el pensamiento de CASTÁN considerando a la primera como ciencia que trata del Derecho como ordenación positiva, mientras que a la segunda como aquella disciplina que estudia el

Derecho en sus principios. Dos temas básicos constituyen los puntos de partida que aclaran la posición de CASTÁN: la idea de la realización del Derecho (que atribuye al Juez o al intérprete no sólo una función de subsunción de la norma, sino la de individualizarlo, integrarlo en soluciones nuevas, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo) y la elaboración del mismo (en la cual sienta el principio de que la interpretación y la investigación integradora se han de valer y auxiliar de la construcción dogmática y del sistema). Por último, se separa el concepto de «ciencia» del Derecho y la «técnica» del mismo, sin que esta última pueda ser confundida con el procedimiento empírico, ya que ha de ser científica también.

La justicia es otro de los grandes temas en que CASTÁN revela su gran clarividencia y su postura ecléctica: no puede encerrarse en los términos angostos de la aplicación judicial, ni ver en la justicia el mero cumplimiento de la Ley y tampoco cabe desconocer el papel preponderante que, moral y socialmente, corresponde a la justicia. En forma complementaria se examinan los elementos lógicos de la idea de justicia, el objeto o contenido de la misma, sus clasificaciones y la decisión judicial como tarea individualizadora que la dota de contenidos concretos.

La equidad, eterna lucha entre los poderes del legislador y los del Juez, entre el elemento autoritario y el elemento de elaboración del Derecho, está plenamente definida por CASTÁN a través de una acumulación de diversas bases: es el criterio de determinación y valoración del Derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la Ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias. Como problemas conexos se estudian el de la naturaleza de la equidad, la diferenciación con otros conceptos afines (Derecho, Derecho natural, justicia, principios generales e interpretación) y la problemática de la utilización de la equidad cuando la Ley no lo autoriza.

El último tema son los derechos del hombre, tema de tan palpitante actualidad no sólo en el campo internacional, sino en el nacional a punto de estrenar Constitución. Reflejo de su sentir es una de las últimas frases que el autor espigaba entre su obra: para crear una nueva sociedad, en la que no impere la violencia y resplandezca la paz y la justicia, hay que empezar por estimular las fuerzas espirituales del hombre, su buen sentido y juicio, su conciencia moral y de responsabilidad, sus sentimientos de amor al prójimo y solidaridad social... lo más esencial es la regeneración de los hombres.

Pero si la formación humana es la clave, creo que por ahora andamos lejos de la meta, pues actualmente lo que priva es la educación en el odio y en la destrucción.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código civil*. Editorial Civitas, 1976.

Resulta curioso cómo este libro que hace tiempo tengo leído, su recensión se me haya quedado «dormida en el tiempo», pero así ha sido. Las razones no me las llevo a explicar, pues la materia que el estudio ofrece no puede ser más interesante y, en su momento, de gran trascendencia para allanar con las aclaraciones que contiene esa penosa labor de calificación que día a día vamos desarrollando. ¿También la reforma del título preliminar del Código Civil afecta a los problemas de la calificación registral? También, naturalmente. Lo que sucede es que se trata de problemas de «alta escuela jurídica» o que sirven como criterios de partida para soluciones de otros más «prosaicos».

La obra, además, tenía el gran mérito de haber sido la primera en su género que se publicaba. Esto es, el autor tuvo la valentía de romper la marcha de esa serie de comentarios que exigía—y que tan poco han menudeado—la alteración del título preliminar del Código Civil. A ese mérito que tuvo la obra y que suponía un éxito de oportunidad debe añadirse en este momento otro de la misma condición, pues no hay que olvidar que estamos en vía—y quizá cuando esto se publique, en meta—de conseguir una nueva Constitución española y su aparición va a enlazarse con el tremendo problema de las fuentes del Derecho. ¿La Constitución es fuente, es límite, enunciación, programa? ¿Qué es la Constitución? Y yo creo que la clave del problema reside en ese apartado 3.º del artículo 53 donde se dice que «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.»

De ahí que sea sumamente importante para el jurista saber en este momento qué es fuente, cómo se aplican las normas y cuál es su posible eficacia. Estos tres temas son los que afronta, como consecuencia de una reforma legislativa, el autor de esta publicación. A ellos nos ajustaremos en esta recensión. Antes de pasar a ello conviene destacar el juicio siempre profundo y lleno de sugerencias del prologuista de la obra que es nada menos que GARCÍA DE ENTERRÍA. Para este autor la modificación llevada a cabo en el título preliminar del Código Civil (31 de mayo de 1974) es una codificación más cercana a las ideas de SAVIGNY que a las ilustradas y revolucionarias, que destacan la potencia de la Ley y sus posibilidades de ruptura más que en su articulación con un funcionalismo social preexistente. Se trata de una positivación resuelta y solemne de principios generales básicos para el funcionamiento entero del ordenamiento, capaces de poner aceite en su incesante proceso aplicativo y de situarle en disposición más eficaz de servir a los valores sustanciales de la justicia. En efecto, y sin hipérbole alguna, puede decirse que se han abierto efectivas ventanas en nuestro ordenamiento que hacen no sólo posible, sino ya obligado, el acceso, por entre las mallas de los textos escritos, a principios materiales de justicia y que hacen no sólo más difícil, sino formalmente ilegal, el rescamamiento y la rigidez en la inter-

pretación y aplicación del conjunto de normas, el formalismo, el legalismo, que son riesgos permanentes de la vida jurídica.

El autor, en la justificación que da a la obra, enjuicia también la reforma entendiendo que constituye un homenaje a la doctrina y la jurisprudencia, pudiendo proporcionar a la Magistratura un precioso instrumento de realización del Derecho, poniendo en sus manos nuevas reglas, nuevas normas, elásticas y progresivas, que sin duda convertirán al Derecho judicial de nuestro país en adelantado de los Derechos continentales. Por otra parte, en la introducción del libro, explica el proceso legislativo incluyendo el anteproyecto, el dictamen de la Comisión, el Proyecto del texto, el Dictamen del Consejo de Estado, el Código Civil antiguo, la Ley de Bases del año 1973 y el texto vigente de 1974. Igualmente en forma muy genérica explica las reformas llevadas a cabo en la materia, destacándose la problemática que plantea esa especie de formulación genérica sobre la nulidad de las Leyes y disposiciones que contradigan otra de rango superior, que a juicio del autor supone una redundancia, ya que se recoge en otras disposiciones, y que quizá hubiera encajado más en los preceptos destinados a la eficacia de las normas. Por lo que se ha visto en este período de tiempo en que mi recensión del libro se ha dormido, la colocación del precepto y su redundancia le ha tenido muy sin cuidado al legislador, pues a golpes de Decretos se han dado certeros zarpazos a las Leyes y es que la jerarquía es válida cuando hay disciplina, pero cuando ésta falta se rompe también aquélla. Un índice sumarial y bastantes citas a pie de página acompañan a la publicación en la que se distinguen estas partes.

A) *Fuentes del Derecho*.—El autor advierte que excusa al lector de exponer la doctrina de las fuentes o teoría sobre la formación del Derecho, por lo que pasa a estudiar la teoría de las normas en el nuevo título preliminar de nuestro viejo Código Civil. Para ello, el autor señala tres clases de fuentes: las directas, las paccionadas y las complementarias.

En las primeras, las directas, estudia la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Frente a la numerosa serie de temas y problemas que aborda se me antoja destacar el que inevitablemente ha puesto de moda el cambio de estructura política: es decir la derogación de Leyes por normas de rango inferior. El autor dice que el poder y deber del Juez, que esa norma le señala y ordena, equivale en cierto modo a un control constitucional. Pero se diferencia del recurso de inconstitucionalidad (no previsto en nuestro Derecho) y del contencioso-administrativo, en que no alcanza a declarar la nulidad o invalidez de la norma contradictoria, definitivamente y *erga omnes*, sino sólo a no aplicarla. El Juez declarará (con el efecto estimatorio o desestimatorio de la demanda, según el supuesto concreto) no aplicable la norma en entredicho. O mejor, y con efecto indirecto: el Juez estimará o desestimará la demanda por ser inaplicable una norma que contradice otra de rango superior... Con el artículo 9 de la Constitución en la mano el problema puede tener el cauce del recurso anticonstitucional. Respecto de la costumbre toca una serie de temas con ella relacionados destacando la problemática de la prueba de la costumbre y la posibilidad o no de aplicarla de oficio, 'siendo de la opinión positiva. Respecto de los principios generales del Derecho sitúa la reforma destacando las dos vertientes en que pueden estudiarse: como fuente directa de tercer grado o subsidiaria en defecto de Ley o costumbre

y en su carácter informador del ordenamiento jurídico. La distinción del Código Civil es clara: existen, además de los principios informadores del ordenamiento positivo, principios generales con el carácter de fuente autónoma del Derecho o, los que como dice el autor, se basen en postulados de justicia, en la razón natural o en la naturaleza de las cosas.

Se refiere luego a los tratados internacionales extendiendo que entre las fórmulas que pueden adoptarse para la recepción de los mismos como fuentes del Derecho se sigue la de la aplicación automática. Sobre la jurisprudencia vuelca el autor todo su sentido jurídico estudiando el tema en la profundidad que su profesión de «derecho vivo» le facilita. Su tesis es que desde el punto de vista político-constitucional, la jurisprudencia no crea, elabora o produce normas de alcance o carácter general, pero —se pregunta el autor—¿puede hacerlo, lo hace, en especie? Y en este caso ¿el conjunto de normas particulares, vinculantes en principio sólo para el caso y sus intervinientes, pueden constituir normas generales? Termina el estudio con los temas de la publicidad, entrada en vigor, rogación e irretroactividad.

B) *Aplicación de las normas jurídicas.*—Los dos grandes temas que el autor estudia en este capítulo son los de la realización del Derecho a través de la interpretación de las normas vigentes y la integración normativa a través, también, de la equidad y la analogía. Es decir, una de las partes sustanciales del estudio del Derecho y de la cual depende la precisión del alcance que a la norma debe dársele y la forma de suplir, si es que existen, las posibles lagunas.

El autor entiende que el tema tiene a su vez dos subtemas: uno el de la formación de las normas y otro el de su aplicación, que a su vez entraña dos tareas: la investigación, aportación y fijación de los hechos y la investigación, interpretación e integración de la norma, labor hecha, naturalmente, por el hombre en su condición de Juez, funcionario de la Administración o particular, con o sin intervención técnica (Abogados, Notarios, etc.). En esta tarea la norma cobra vida en la realidad mediante el cumplimiento voluntario o forzoso de su sentido y finalidad (que se quiere y se desea justa). Su dístico es: «El hombre, más la norma, más el hecho: es eso lo que entiendo por Derecho.» Al comentar la reforma llevada a cabo por el Código en la materia lo hace favorablemente al entender que la actual redacción abre al intérprete todo el abanico de criterios utilizables, sin más jerarquía en su uso que la que le marque al intérprete la propia exigencia de la aplicación. Los temas que va estudiando son los de la literalidad, el sentido contextual, el histórico, el sociológico y el intencional y finalista, pasando luego a ofrecer cuatro puntos fundamentales cuales son la interpretación y la costumbre, el Derecho penal, los Derechos forales y la casación, señalando que el recurso de casación cabe, a su juicio, no solamente en caso de error en la aplicación de los cauces interpretativos que ofrece el Código Civil, sino que también cabe cuando se pruebe o acredite que con las reglas inaplicadas, el resultado hubiera sido el correcto y justo.

Al referirse el autor a los dos temas de la integración normativa constituidos por la equidad y la analogía, enfoca la primera entendiendo que no es fuente del Derecho salvo que la propia Ley lo autorice de modo expreso, operando como criterio de interpretación en concurrencia con los otros, siendo meramente declarativa, mitigadora y suavizadora del

ius strictum. En materia de analogía el autor entiende cómo el Código Civil ha seguido la tradición filosófica al definir la analogía como integración de un supuesto, no normado específicamente, en una norma cuyo supuesto (de hecho, se entiende) guarde con aquél una relación de «semejanza», pero con «identidad de razón». Tres últimas cuestiones toca el autor: el de las prohibiciones para aplicar la analogía a determinados casos (penales y excepcionales), la función supletoria de la aplicación del Código Civil y la problemática del cómputo de plazos y términos.

C) *Eficacia general de las normas jurídicas*.—La temática de este capítulo es una consecuencia de los dos anteriores y sobre todo de la validez y vigencia de la norma. El autor, siguiendo la nueva normativa del Código Civil, plantea en dos los temas a desarrollar: el de la obligatoriedad de la norma y el del comportamiento en el ejercicio de los derechos.

Partiendo del principio de obligatoriedad de la norma y apoyándolo en la tesis de BIERLING (de la aceptación o reconocimiento), pasa al estudio de aquella serie de situaciones que pudieran provocar un incumplimiento de las mismas. Y así va recorriendo el problema de la ignorancia de las Leyes y el error de Derecho, que no pueden amparar un privilegio, pero permiten una aplicación justa, una interpretación razonable y una posible excusabilidad basada en el *error iuris*. Luego se refiere a la exclusión de la Ley en base de la autonomía de la voluntad y la renuncia de derechos, así como a los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley y el fraude de la misma, distinguiendo en este último caso los supuestos de dolo, actos contrarios, simulación, negocio indirecto y fiduciario y abuso del derecho.

Respecto del ejercicio de los derechos el autor ofrece las dos vertientes en que el mismo debe desenvolverse conforme a la nueva normativa: el ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe o, como dice el autor, siguiendo a DE LOS MOZOS, regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres, y el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. dicción discutidísima y sujeta a diversas interpretaciones, pues parece que no es ilegítimo el ejercicio antisocial del derecho, pero sí corregible.

Me hubiera gustado hacer más amplio este comentario, pero remito al lector al texto, modelo de ponderación, de síntesis, de claridad y que respira de una parte el conocimiento de la materia y de otra la ya acertada experiencia del autor en esta noble labor de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ