

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIV ○ Septiembre-Octubre 1978 ○ Núm. 528

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	913
«La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	927
«La prescripción extintiva del crédito hipotecario», por SANTIAGO RUBIO LINIERS	947
«Las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la Sociedad de ga- nanciales», por SALVADOR TORRES ESCÁMEZ	963

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, EUGENIO FERNÁN- DEZ CABAILEIRO y TIRSO CARRETERO GARCÍA	987
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ QUESADA SEGURA	1001
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON- ZÁLEZ SALINAS	1039

LIBROS:

«El Registro de la Propiedad y la Legislación social agraria», de FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1053
«Fundamentos del Derecho de la información», de JOSÉ M. ^a DESANTES , GUANTER, por JOSÉ MENÉNDEZ	1056
«Acuerdos restrictivos de la competencia», de EDUARDO GALÁN CORONA, por FRANCISCO VICENT CHULIÁ	1058

«Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Publico de l'Economia», de FRANCESCO GALCANO, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1073
«La reforma agraria y el Derecho», de ANTONIO RODRÍGUEZ ARANDA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1078
«Más allá de la reforma agraria», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, por FRAN- CISCO CORRAL DUEÑAS	1082

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	1089
--------------------------------	------

ESTUDIOS

Las licencias de urbanismo y el Registro de la Propiedad*

SUMARIO: I. *Nociones generales*: 1. El Registro de la propiedad y los actos administrativos. 2. Las licencias como acto administrativo que puede afectar al dominio y derechos reales sobre inmuebles. 3. Las licencias de urbanismo: *a)* Como requisito de validez del acto jurídico objeto de inscripción. *b)* Como acto que condiciona el ejercicio del derecho.—II. *Actos inscribibles sujetos a licencia*: 1. Idea general. 2. Las parcelaciones: *a)* Exigencia de licencia. *b)* Efectos de la falta de licencia en la inscripción. *c)* Extensión de la función calificadora. *d)* Efectos de la extinción de la licencia en la inscripción. 3. Las obras de nueva planta y de modificación de estructuras.—III. *Autorizaciones que establecen limitaciones a los derechos susceptibles de inscripción*: 1. Idea general. 2. Requisitos. 3. Procedimiento: *a)* Solicitud de la inscripción. *b)* Subsanción de defectos. *c)* Inscripción. 4. Efectos: *a)* Vigencia del asiento. *b)* Efectos durante la vigencia del asiento. *c)* Efectos al revocarse la autorización y ordenarse el derribo del edificio.

I. NOCIONES GENERALES

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

«El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.» Así lo dispone el artículo 1.º, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con este principio general, el artículo 4.º del Reglamento establece: «Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan y, por tanto, los del Estado, la provincia, el municipio y entidades civiles o eclesiásticas». En con-

(*) El presente trabajo es un capítulo del libro que, con el título *Las licencias de urbanismo*, acaba de aparecer, editado por el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

secuencia, cualquier acto que afecte a los derechos reales sobre bienes inmuebles será susceptible de inscripción. La enumeración de títulos inscribibles que se contiene en el artículo 2.º de la Ley tiene carácter enunciativo, como revela el artículo 7.º del Reglamento.

Es, pues, indudable que, en principio, todo acto administrativo que, de uno u otro modo, afecte al dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles (determinando su nacimiento, modificación o extinción), será susceptible de inscripción (1).

2. LAS LICENCIAS COMO ACTO ADMINISTRATIVO QUE PUEDE AFECTAR AL DOMINIO Y DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES

La licencia es el acto administrativo que se limita a remover el obstáculo existente al ejercicio de una actividad y, por tanto, a legitimar la actividad. No crea, modifica o extingue derechos reales sobre bienes inmuebles—como otros actos administrativos—, sino que su función es la de autorizar actos que sí pueden producir tales efectos.

Lo que es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad no es, por tanto, la licencia, sino el acto autorizado por la licencia. La licencia para el Registro es un requisito del acto inscribible.

Y como la autorización para realizar la actividad puede comportar un condicionamiento de ésta (así, art. 58, 2, LS), estos condicionamientos, en cuanto afectan al derecho inscrito, pueden tener reflejo en los libros del Registro como garantía de los terceros.

3. LAS LICENCIAS DE URBANISMO

De lo expuesto se desprende que las licencias de urbanismo pueden tener relevancia registral desde dos perspectivas:

a) *Como requisito de validez del acto jurídico objeto de inscripción*

Cuando el acto jurídico inscribible está sujeto a licencia administrativa, ésta deviene requisito de aquél. Lo que plantea el problema de determinar hasta qué punto la licencia condiciona la validez del acto jurídico-privado y su inscripción, así como la extensión de la función calificadora del Registro de la Propiedad.

(1) GONZÁLEZ PÉREZ: *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Registral, publicado en el tomo II de las ponencias y comunicaciones del mismo y en RAP, número 74, págs. 99 y sigs.

A fin de evitar que el acto se vea reforzado por la eficacia derivada de la inscripción, el Ordenamiento jurídico-administrativo puede imponer la improcedencia de la inscripción cuando falta la licencia.

La simple exigencia de licencia no es suficiente para que la falta constituya un obstáculo a la inscripción. Para que la falta de licencia constituya un obstáculo a la inscripción es necesario que se establezca expresamente. Así se desprende del artículo 100, párrafo tercero, RH, al referirse al supuesto de que «las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título, la autorización, licencia, aprobación o cualquiera otra intervención de una autoridad u órgano administrativo». Luego lo en el mismo dispuesto se limita a los casos en que las leyes impongan la licencia como requisito para inscribir, y no cuando se establezca simplemente como requisito para realizar el acto (2).

b) *Como acto que condiciona el ejercicio del derecho*

Cuando la licencia impone unas limitaciones en los derechos privados, la licencia no es ya un simple requisito del acto objeto de inscripción, sino un acto con relevancia registral. Si no crea, modifica ni extingue los derechos sobre bienes inmuebles, al menos determina que el derecho cuyo ejercicio autoriza está sujeto a unas limitaciones. Y como garantía de los terceros y para constancia de las limitaciones, el Ordenamiento jurídico-administrativo puede exigir la inscripción. Como ocurre con la autorización para construcciones provisionales no ajustadas a plan, a precario, que pueden ser demolidas en cualquier momento por acuerdo del Ayuntamiento. El artículo 58, 2. LS, dice que la autorización «deberá inscribirse, bajo las indicadas condiciones, en el Registro de la Propiedad».

(2) SAPEÑA, *en Título e inscripción en las leyes de urbanismo*, RDU, núm. 24, página 70, dice: «Otra solución—la más perfecta posiblemente—sería la de impedir la entrada en el Registro de la Propiedad de toda modificación de fincas que suponga un acto sujeto a licencia si no se acompaña la misma, registrando, en su caso, las especiales condiciones en que ésta se ha conferido. Hoy por hoy, no sucede así. En armonía con la concepción estructural de nuestro sistema tabular inmobiliario, atendiendo a que el Registro no responde de las circunstancias físicas, cabe perfectamente el ingreso de toda clase de manifestaciones del titular respecto a la construcción (declaraciones de obra nueva, de derribo, de modificaciones) sin prueba alguna de su existencia ni tampoco de su viabilidad jurídica. Es decir, ni el Notario para autorizar la escritura precisa que se acompañe la licencia que corresponda, ni el Registrador puede exigirla para inscribir aquélla. Lo que afecta a todos los casos, incluso a los de autorizaciones para obras provisionales y licencias para construcciones con concentración de volúmenes, en los cuales, como hemos visto, el legislador provee su constancia registral».

II. ACTOS INSCRIBIBLES SUJETOS A LICENCIA

1. IDEA GENERAL

Cuando el artículo 178, LS, sujeta a licencia «los actos de edificación y uso del suelo», deja fuera de la intervención administrativa aquellos actos jurídicos que, por constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles, constituyen el catálogo de los actos objeto de inscripción típicos.

Los actos de enajenación de un bien inmueble, los de constitución sobre el mismo de un derecho real limitado (hipoteca, usufructo...) y los de extinción de estos derechos no están sujetos a licencia. Los titulares de los derechos privados podrán realizar los actos jurídicos sin tener que solicitar licencia.

Los actos de edificación y uso del suelo que el artículo 178, LS, sujeta a licencia, no son, normalmente, actos jurídicos que afectan al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Así, los movimientos de tierra que puedan realizarse en un inmueble inscrito, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, la primera utilización o modificación del uso de los edificios... no son actos que afecten al dominio o derechos reales sobre los inmuebles, ni, por tanto, susceptibles de inscripción.

Los actos—y las licencias de urbanismo que los legitimen—tienen una vida independiente del Registro de la Propiedad.

Pero existen actos de los que el artículo 178, LS, sujeta a licencia, que tienen trascendencia registral.

Por un lado, están las parcelaciones. En cuanto suponen la división de una finca y, por tanto, el nacimiento de otras nuevas independientes, constituyen actos objetos de inscripción (arts. 46 y 50, RH).

Por otro, aquellos actos que comportarán la creación de una realidad física (edificaciones), que tendrán asimismo acceso al Registro de la Propiedad (art. 208, LH; art. 308, RH). A diferencia del supuesto anterior, aquí se trata de llevar a los libros del Registro una situación de hecho, la constancia de una obra nueva, no unos actos jurídicos que afectan al inmueble.

2. LAS PARCELACIONES

a) *Exigencia de licencia*

La licencia no sólo es requisito para el ejercicio de la actividad, según el artículo 178 de la Ley del Suelo, sino también para inscribir la

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 Cabezero.
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 Carriñanos.

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

parcelación en el Registro de la Propiedad. El artículo 96, 3, de la Ley del Suelo dispone: «Los Notarios y Registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento». Sin la licencia los Registradores no podrán inscribir la parcelación. Estamos, por tanto, ante uno de los casos en que las leyes imponen, como requisito para inscribir determinado título, la licencia, a que se refiere el artículo 98, párrafo tercero del Reglamento Hipotecario (3).

Lo que plantea las cuestiones siguientes: efectos de la falta de licencia respecto de la inscripción, extensión de la función calificadora y efectos de la extinción de la licencia en la inscripción.

b) *Efectos de la falta de licencia en la inscripción*

Aun cuando falte la licencia de parcelación, como ello no comporta la nulidad de pleno Derecho del acto jurídico de parcelación (4), el Registrador de la Propiedad «podrá practicar la inscripción con la reserva explícita, en el acta de la inscripción y en la nota al pie del título, de no haberse justificado, y la advertencia de que, transcurridos dos años desde la fecha del asiento, será cancelada de oficio o a instancia de parte si no se hizo constar antes el repetido requisito» (art. 98, párrafo tercero, del

(3) DÍEZ MONTERO: *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*, Madrid, 1968, página 35; QUINTANA REDONDO: *Parcelaciones urbanísticas*, RDU, núm. 8, páginas 28 y sigs. MARCOS JIMÉNEZ: *Necesidad de la licencia municipal para la inscripción en los Registros de la Propiedad de las escrituras de división de terrenos urbanos*, RCDI, 1973, págs. 1471 y sigs., y *Parcelaciones y reparcelaciones en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1976, págs. 196 y sigs. El acto aprobatorio de una reparcelación no es una licencia. De aquí que su régimen jurídico sea distinto. Confróntese comentario al artículo 97 en mis *Comentarios a la LS*, 3.ª ed., Madrid, 1977.

(4) En contra, estimando que son nulos, en aplicación del artículo 6.º del Código Civil, QUINTANA: *Parcelaciones*, cit. pág. 28; MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la LS*, Madrid, 1964, págs. 101 y sigs.

El artículo 6.º, 3, del Código Civil dispone: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezcan un efecto distinto para el caso de contravención». Y la LS, al exigir la licencia, establece una serie de sanciones a la contravención, que sobrarían si el efecto fuese la nulidad de pleno derecho. Y al sancionarse expresamente con la nulidad de pleno derecho y la posible reacción frente a la infracción sin límite temporal alguno un supuesto específico—infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres—(art. 188, LS), es porque en los demás casos la sanción es distinta.

En el mismo sentido, MARCOS JIMÉNEZ: *Parcelaciones y reparcelaciones*, cit., páginas 192 y sigs.

Reglamento Hipotecario) (5). Se ha planteado el problema del asiento que debe practicarse. Frente a los que consideran que debe ser la anotación preventiva—porque no existen inscripciones provisionales en nuestra técnica hipotecaria—(6), se ha afirmado que el asiento debe ser de inscripción. Estaremos ante una inscripción condicional o provisional (7), en cuyo asiento se hará constar que no se ha acreditado el cumplimiento del requisito de la licencia, por lo que se inscribe con este carácter provisional, con la advertencia de que, transcurridos dos años desde la fecha del asiento sin el cumplimiento del requisito, será cancelada (8).

Si durante el plazo de dos años se presenta el documento acreditativo de la licencia, se hará constar por nota marginal. En consecuencia, desaparecerá el carácter provisional de la inscripción y se convertirá en definitiva con todos los efectos propios de ello (art. 97, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario).

Si transcurriese el plazo de dos años sin que se hubiese presentado el documento acreditativo de la licencia, se cancelará el asiento por nota marginal.

La «provisionalidad» de la inscripción de la parcelación sin licencia se transmitirá a todas y cada una de las inscripciones que tengan lugar sobre cada una de las fincas resultantes de la parcelación, debiendo hacerse constar asimismo en cada uno de los asientos por nota marginal, produciéndose la cancelación en la forma prevista en el artículo 98, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario.

c) *Extensión de la función calificadora*

En el supuesto de que se presente en el Registro de la Propiedad el documento auténtico en el que se consigne la parcelación, ¿hasta dónde se extiende la calificación del Registrador?

(5) Como uno de los grandes aciertos de la reforma de 17 de mayo de 1959, califica a esta norma CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed. Pamplona, 1975, V, pág. 185. Opinión que no es, ni mucho menos, unánime. En la línea crítica, LA RICA: *Comentarios a la reforma del RH*. Madrid 1959, págs. 109 y siguientes.

(6) Así, CHICO, en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, 1975, pág. 345, cfr. *Teoría práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1977-1978, págs. 189 y sigs.

(7) LA RICA: *Comentarios*, cit., pág. 111; CAMY: *Comentarios*, cit., V, páginas 186 y sigs.

(8) Este precepto, como todos los que establecen un plazo de vigencia de un asiento contado desde su fecha, plantea el tema de si, en aplicación del artículo 24, LH, ha de contarse desde la fecha del asiento de presentación. Pese a los términos categóricos del artículo 24, LH—«para todos los efectos»—, parece que se establece como consecuencia del principio de prioridad, en beneficio del título registral. Pero que no pueda prevalecer frente a los plazos en los que se disponga expresamente que tendrán vigencia desde la fecha del asiento.

Por lo pronto, se impone recordar un principio elemental: que los actos administrativos son ejecutivos y producen efectos, en principio, desde el momento que se dictan, aun cuando se hubiesen interpuesto los recursos admisibles (art. 37 de la LRJ; art. 101 de la LPA; art. 361 de la LRL), salvo que se acuerde la suspensión (art. 116 de la LPA; artículo 124, de la LJ). Por lo que no es correcto considerar que el documento administrativo únicamente es inscribible cuando el acto en él consignado es firme.

Es cierto que los actos administrativos están investidos de una presunción de legitimidad, que únicamente se destruye a través de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales previstos al efecto por el ordenamiento jurídico-administrativo (art. 45 de la LPA). Ahora bien, ¿alcanza esta presunción de legalidad hasta el Registrador de la Propiedad? Cuando el artículo 18 de la Ley Hipotecaria regula la función calificadora se refiere a «los documentos de toda clase»—sin distinguir ni excluir los administrativos—. Y tampoco establece distinción el artículo 99 de la misma Ley ni el artículo 98 del Reglamento Hipotecario al referirse asimismo a «los documentos de toda clase» (9). Pero es indudable que el Ordenamiento hipotecario no puede desconocer las especialidades del régimen administrativo, que fundamentalmente han de repercutir en aquél y, por supuesto, en el ámbito de la función calificadora (10). No puede esto conducir a que, en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos, le está vedado al Registrador de la Propiedad, en el ejercicio de la función calificadora, la verificación de la legalidad de los mismos en cualquier aspecto. Sino únicamente a que aquella función viene limitada (11). Si la inscripción confiere a los actos determinados efectos es porque, previamente, han sido objeto de calificación, aun cuando esta calificación venga limitada a la competencia del órgano administrativo, a la legalidad de las formas extrínsecas, legitimación de las partes en función de la titularidad registral y a los obstáculos que surjan del propio Registro (art. 99 del RH).

En el supuesto de la licencia de parcelación, el acto administrativo no es objeto de inscripción. Lo que se inscribe es el acto jurídico-privado de parcelación. La licencia es sólo un «requisito para... inscribir deter-

(9) Por lo que CHICO: *Teoría, práctica y fórmula de las calificaciones registrales*, cit., págs. 185 y sigs., considera que no existe límite en la función calificadora.

(10) Y así se reconoce por la doctrina hipotecaria al referirse a determinados actos administrativos—como los de expropiación forzosa—. Cfr. CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1978, II, págs. 753 y sigs.; FUENTES SANCHEZ: *El Registro de la Propiedad y la actuación urbanística*, RCDI, 1973, páginas 1364 y sigs.

(11) De aquí la opinión generalizada que asimila los documentos administrativos a los judiciales a efectos de calificación.

minado título» (según el art. 98, párrafo tercero, del RH). Por lo que, en definitiva, acreditada la existencia del acto por el documento en que se consigne que reúne las formalidades extrínsecas, bastará con verificar que la licencia se refiere al acto de parcelación que es objeto de inscripción para que ésta sea procedente, siempre que no existan obstáculos que deriven de los propios libros del Registro, ya que en este aspecto la calificación es plena y absoluta (12).

d) *Efectos de la extinción de la licencia en la inscripción*

La licencia que hizo posible la inscripción, como todo acto administrativo, puede ser privada de efectos a través de los procedimientos admisibles de revisión—recursos, revisión de oficio y procedimientos especiales (13)—o de proceso ante el órgano jurisdiccional competente. Como la inscripción dependía de la existencia de la licencia previa (artículo 96, 3 del LS), la privación de efectos de ésta tendrá la lógica y consiguiente repercusión en aquélla.

Lo que se anula no es el acto de parcelación. Lo que se anula y deja sin efecto es un acto administrativo que legitimaba el acto de parcelación. Ahora bien, si la falta de licencia determina la anulabilidad—aunque no nulidad—de la parcelación, como se ha señalado, ¿puede entenderse que, al privarse de efectos a la licencia, es como si no existiera, dando lugar a la anulación de la parcelación?

Si cuando se anula el acto administrativo objeto de la inscripción, la resolución dictada por el órgano competente tiene virtualidad suficiente para rectificar el Registro (art. 40 de la LH) (14), ¿puede llegarse a la misma conclusión cuando lo que se anula es el acto administrativo que es requisito de la inscripción? Parece evidente que sí.

El artículo 40, d), de la Ley Hipotecaria se refiere a que la inexactitud registral procediese de nulidad—expresión que ha de entenderse en sentido amplio de invalidez—o defecto del «título que hubiese motivado el asiento». Y aun cuando la licencia no es, propiamente, el título que ha motivado el asiento, es indudable que condicionaba la inscripción. De tal modo que cuando se inscribe la parcelación provisionalmente, al amparo del artículo 98, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario,

(12) CHICO: *Teoría, práctica y fórmula de la calificación*, cit., págs. 192 y sigs.

(13) No olvidemos que la firmeza no es—frente a lo que se cree por la doctrina hipotecaria—requisito para que surta efectos registrales—como cualquier otro—un acto administrativo.

(14) Sobre la anulación del acto administrativo objeto de impugnación y sus efectos registrales, me remito a mi trabajo *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, cit., págs. 9 y sigs.

esta inscripción está condicionada a que se obtenga la licencia, produciéndose la cancelación si ésta no llega a obtenerse en el plazo reglamentario. Por tanto, si, una vez inscrita definitivamente la parcelación, se produce la anulación a través del procedimiento correspondiente, la inscripción debe asimismo cancelarse.

3. LAS OBRAS DE NUEVA PLANTA Y DE MODIFICACIÓN DE ESTRUCTURAS

Las obras de nueva planta y las de modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, son actos de uso del suelo sujetos a licencia por el artículo 178 de la Ley del Suelo.

Y «la construcción de edificios» y las «mejoras de una finca urbana» son susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, bien por su descripción en los títulos referentes al inmueble o mediante escritura pública en la que el contratista de las obras manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal (art. 208 de la LH, art. 308 del RH).

Pues bien, la cuestión que se plantea es la de la exigencia de licencia a efectos de la inscripción de la obra nueva en el Registro.

Como las leyes no imponen como requisito para inscribir la licencia —a diferencia de la inscripción de la parcelación—, es evidente que la obra nueva tendrá acceso al Registro sin que haya de acreditarse la obtención de licencia. Cuando el artículo 208 de la Ley Hipotecaria y el artículo 308 del Reglamento Hipotecario regulan la forma de efectuarse la inscripción de la construcción de edificios y mejoras de las fincas urbanas no exigen que, entre los documentos que han de acompañar a los títulos, figure la licencia de obras. Y la Ley del Suelo tampoco lo exige. Por tanto, a efectos registrales, será irrelevante la licencia. Ni su otorgamiento condiciona la inscripción ni su anulación o revocación producirá efecto alguno en la inscripción que se hubiese hecho de la obra nueva.

III. AUTORIZACIONES QUE ESTABLECEN LIMITACIONES A LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN

1. IDEA GENERAL

El acto administrativo que autoriza el ejercicio de un derecho puede establecer condiciones que repercutan en el mismo. A diferencia de las licencias que suponen el reconocimiento de un derecho sin limitaciones

ni posibilidad de revocación, existen las licencias a precario, que pueden ser revocadas en cualquier momento por el órgano concedente y acordar la demolición de las obras construidas al amparo de la licencia.

En estos casos el Ordenamiento jurídico puede no limitarse a reconocer el carácter inscribible de la autorización, sino que puede imponerla, a fin de que la publicidad constituya garantía del cumplimiento de la condición y de los terceros.

En nuestro Ordenamiento urbanístico así se establece en el artículo 52, 2, de la Ley del Suelo, al regular la autorización de construcciones provisionales no adecuadas a la ordenación. La autorización aquí no es un requisito del acto inscribible—como en el supuesto de las parcelaciones—, sino el acto inscribible, el título inscribible siempre que esté consignado en el documento auténtico expedido por el órgano administrativo competente (art. 3 de la LH, art. 34 del RH).

En el mismo deberán consignarse con la debida precisión las características de la obra provisional autorizada.

El Registrador, previamente a la inscripción, calificará, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas del documento y la capacidad de los otorgantes, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Como la autorización no contiene acto dispositivo alguno—sino simplemente reconocimiento de la facultad de realizar una obra—, no será objeto de calificación esta circunstancia.

2. REQUISITOS

Para que pueda practicarse la inscripción es necesario:

a) En cuanto a los *sujetos*, que el solicitante de la autorización sea el titular registral de la finca o de un derecho real inscrito que le faculte para edificar.

b) En cuanto al *objeto*, que la autorización se refiera a la finca registral en la que ha de realizarse la obra, describiéndose ésta con la debida precisión, que permita en su día verificar si la obra nueva se ajusta o no a sus determinaciones.

c) En cuanto al *acto* no es necesario que sea firme. Como todo acto administrativo, producirá efectos inmediatos (art. 37 de la LRJ, artículo 101 de la LPA, art. 361 de la LRL), aun cuando se hubieran interpuesto frente al mismo algún recurso administrativo (art. 116 LPA) o jurisdiccional (art. 124 de la LJ), salvo que se hubiese acordado la suspensión. Por tanto, no será requisito de la inscripción que se haga constar en el documento auténtico en que se consigne, que es firme.

3. PROCEDIMIENTO

a) *Solicitud de la inscripción*

De las personas legitimadas para solicitar la inscripción según el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, la autorización otorgada según el artículo 58 de la Ley del Suelo, podrá ser inscrita a solicitud del titular registral.

Ahora bien, éste no tiene interés alguno en que tenga acceso al Registro aquella autorización. Porque, no siendo requisito para inscribir la obra nueva la licencia—según se ha dicho—, podría inscribirse sin limitación alguna. La autorización otorgada según el artículo 58 de la Ley del Suelo, habría tenido virtualidad frente a las autoridades administrativas para que no pusieran obstáculo a la construcción, y, una vez terminada ésta, tendría acceso al Registro por los cauces normales (artículos 208 de la LH y 308 del RH), sin que constare la limitación de la autorización.

Más que el titular de la inscripción, tendrán interés en que consten en el Registro los límites en que podrá hacerse la construcción, terceras personas (v. gr., los colindantes). Pero como la legislación hipotecaria únicamente legitima a las personas que enumera el artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, no será posible la inscripción a instancia de terceros.

De aquí que el Ayuntamiento que otorgó la autorización deba promover la inscripción, remitiendo al efecto oficio al Registrador competente, al que se acompañará certificación expedida por duplicado por el Secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del Presidente de la Corporación (art. 320 del ROF) (15).

b) *Subsanación de defectos*

Si al ejercer la función calificadora se observa la existencia de defectos subsanables, el Registrador competente procederá con arreglo al régimen general (arts. 19 de la LH y 110 y 111 del RH).

(15) LÓPEZ GONZÁLEZ: *La fe pública administrativa en la vida local*, Publicaciones Abella, 1966, pág. 74; MONTORO PUERTO: *Actos de certificación*, REVL, número 162, págs. 220 y sigs., y GONZÁLEZ PÉREZ: *Procedimiento administrativo municipal*, Madrid, 1978, págs. 461 y sigs.

c) *Inscripción*

La inscripción se verificará por nota marginal en la última inscripción de dominio de la finca a que se refiera, consignando (16):

- La obra provisional autorizada, con las debidas precisiones.
- Precepto legal base del acuerdo.
- Organo urbanístico que lo adoptó y fecha del mismo.

4. EFECTOS

a) *Vigencia del asiento*

La nota marginal no tiene plazo de caducidad, salvo que en el acuerdo se hubiese consignado—lo que la Ley no prohíbe (17)—. Por tanto, salvo este supuesto, tendrá vigencia indefinida hasta que se acuerde su cancelación por el órgano urbanístico competente. Como la autorización se concede a precario, podrá revocarse en cualquier momento. Y, una vez acordada—sin perjuicio de los recursos interpuestos contra el acto de revocación—, procederá la extinción.

Antes de esta cancelación—que sería el fin normal de la vida del acto—, también procederá cuando, interpuesto recurso contra la autorización, hubiese sido estimado, bien en vía administrativa o en vía contencioso-administrativa (18).

b) *Efectos durante la vigencia del asiento*

En tanto subsista el asiento registral, comporta la posibilidad del ejercicio de un derecho—la construcción provisional que, por no ajustarse al plan, no sería posible sin la autorización—y unas limitaciones—que la obra que se construya podrá ser demolida por acuerdo del Ayuntamiento—. Por tanto, durante la vigencia de la nota marginal:

(16) FUENTES SÁNCHEZ: *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad* (separata de la RCDL), Madrid, 1963, págs. 35 y sigs.

(17) Así, FUENTES SÁNCHEZ: *En torno al urbanismo*, cit., pág. 36.

(18) Aun cuando los asientos de los libros del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, es indudable que cuando el acto objeto de impugnación es un acto administrativo, la anulación de éste está sujeta al régimen propio del Derecho administrativo. Y si, en la vía procedente se declara la nulidad del acto o es anulado, esta anulación tendrá la correspondiente repercusión en el Registro. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, cit., págs. 24 y sigs.

a') Podrá inscribirse la obra nueva, en tanto se ajuste a las características de la autorización. De aquí que, como antes se señaló, el titular registral no tenga interés alguno en que se inscriba la autorización. Porque si no tiene acceso al Registro, podría inscribirse cualquier obra nueva sobre la finca, sin limitación.

b') La obra nueva podrá ser objeto de hipoteca.

c') En cuanto la autorización comporta una carga, debe incluirse en las certificaciones de titularidad y cargas.

c) *Efectos al revocarse la autorización y ordenarse el derribo del edificio*

Si la obra autorizada no ha de dificultar la ejecución del plan de ordenación, el fin natural de la misma—y, por tanto, del asiento registral en que consta—será la revocación cuando lo imponga la ejecución del plan y la consiguiente demolición. La exigencia de la inscripción se establece, precisamente, para que consten estas condiciones, para dar publicidad a que la obra que se construya tendrá una vida precaria y podrá ser demolida en cualquier momento. En consecuencia, la revocación de la autorización y la orden de demolición de la obra comportará la cancelación de la nota marginal, con los efectos siguientes:

a') La cancelación de la inscripción de la obra nueva, en cuanto se ha producido una extinción del inmueble (art. 79, 1.º, del RH). Pues, aun cuando la finca—el suelo—subsista, lo que no subsiste es la edificación que se reflejó en la inscripción de la obra nueva.

b') Al extinguirse la edificación, si se hubiere constituido hipoteca sobre el todo constituido por el suelo y la edificación provisional, se producirá una reducción que determinará la cancelación general de la hipoteca (art. 80 de la LH) (19).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(19) FUENTES SANCHIZ: *En torno al urbanismo*, cit., págs. 36 y sigs.

La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad*

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *La necesidad de ordenar el territorio*: 1. Motivos que imponen la ordenación: a) Las nuevas concepciones de la propiedad. b) El aumento de la población. c) La plusvalía de transformación. d) La llamada «civilización del ocio». e) La deficiencia de las estructuras rústicas. 2. La planificación territorial en España: a) Disposiciones legales. b) Actuaciones urbanísticas. c) Medidas de planificación agraria.—III. *Funciones del Registro de la Propiedad*: 1. Las finalidades iusprivatistas del Registro. 2. El aspecto social del Registro. 3. La concordancia de ambas funciones.—IV. *El Registro en la ordenación territorial*: 1. La publicidad registral en la ordenación del territorio. 2. Modos de hacer constar la ordenación. 3. Efectos de la publicidad registral: a) Valor de las inscripciones. b) La seguridad jurídica, básica en lo económico-social.—V. *Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

No se trata de una cuestión circunstancial ni puramente académica. La necesidad de plantearse el tema de la ordenación del territorio es cada día más evidente y perentoria. Crece la población mundial, necesitando más espacio y más alimentos, mientras que el suelo ya se va mostrando escaso y cada vez más desgastado; por ello se impone una revisión de sus estructuras, sean estrictamente territoriales, como de técnicas de urbanización o explotación y empresariales. La tierra es nuestro tesoro, que hemos de transmitir sin dilapidarlo; es preciso administrar lo que tenemos, entregándolo sin agotar a las generaciones venideras y por eso es preciso ordenar adecuadamente el suelo.

La preocupación a escala mundial tiene ya una declaración formal en la conferencia de la O. N. U. sobre el Medio Humano, celebrada en

(*) Ponencia expuesta en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Albacete el día 23 de febrero de 1978.

1972 en Estocolmo, en la que, tras señalar cómo el hombre ha adquirido el poder de transformar de innumerables maneras y en una escala sin precedentes cuanto le rodea, se sienta que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida; se concluye, en consecuencia, que la protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero. En su virtud, se recomienda la conclusión de acuerdos internacionales para planificar y ordenar la tierra como productora de recursos vitales y se encarga a la F. A. O. y otros organismos internacionales que incluyan en sus programas estas cuestiones referentes a la ordenación y aprovechamiento del territorio en relación con la política del medio humano.

La doctrina viene recogiendo estas inquietudes con estudios que servirán de base, en mayor o menor medida, a las normas en que se espera plasmen estas ordenaciones territoriales inaplazables. En general, se aboga por una política de ordenación del espacio, cuyos puntos principales se concretan en procurar el crecimiento mínimo de las grandes ciudades, delimitación clara de los campos respecto a fábricas y viviendas a base de montar las industrias de modo disperso y sobre ejes de comunicación, el desarrollo de las regiones y el desarrollo integral de las comarcas (1).

El Comité Europeo de Derecho Rural, que en su Coloquio de La Haya en 1973 ya declaró que el auténtico agricultor es no sólo productor de alimentos, sino guardián de la naturaleza en su medio y ambiente, celebró en Valencia en septiembre-octubre de 1977 su IX Congreso para tratar en amplitud y profundidad el tema de la propiedad rústica y la explotación agrícola en el cuadro de la ordenación del territorio.

Anteriormente, en las «Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario» de Zaragoza-Jaca, en julio de 1976, se había concluido que los recursos naturales renovables—suelos, aguas, flora y fauna—constituyen unidad y deben ser regulados en forma unitaria dentro del cuadro general del ordenamiento del territorio, en sus aspectos de protección o defensa, conservación, mejora, uso racional, aprovechamiento y disponibilidad (2).

¿Y cuál puede ser el papel del Registro de la Propiedad en esta materia? A primera vista, no aparece como muy importante si nos limitamos

(1) Puede verse en este sentido el trabajo de ALBERTO BALLARÍN: «La reforma de la Agricultura en España», publicado en el libro *La España de los 70*, y que se recoge en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 986.

(2) Ver las conclusiones en el libro del mismo título publicado por la Universidad de Los Andes, de Mérida, Venezuela, 1977, pág. 632, que hemos resumido en el número anterior de esta Revista.

a contemplar el aspecto iusprivatista de los libros registrales, concretamente como medio de escueta protección.

Pero la institución registral va acreditando día a día una indudable faceta social al prestar valiosos servicios a la comunidad y en este aspecto sí que tiene una actuación que debe ser contemplada. La inscripción registral, con la publicidad que lleva consigo, no sólo debe significar una garantía de los particulares o, lo que es más importante, una protección al tráfico jurídico inmobiliario, sino que además debe verse el Registro como una institución de carácter público que brinda ilimitadas posibilidades para orientar una buena política de ordenación territorial, constituyendo un medio indispensable para el mantenimiento y conservación de los planes a realizar y de las mejoras estructurales que se obtengan.

En la misma línea de efectividad, CHICO ORTIZ ha dicho acertadamente que «si el Registro tiene su razón de ser ésta es la publicidad, pero no de simple anuncio, sino productora de ciertos efectos en relación con lo que se publica. Un registro secreto no pasaría de ser un archivo. Un registro en el que la publicidad no produjese más efecto que el de la noticia, la publicación o el anuncio, no pasaría de ser un mero fichero administrativo. La razón de ser del Registro de la Propiedad es la publicidad *productora de efectos jurídicos* (3).

Por eso tratamos de presentar, junto al por qué y cómo de las medidas de ordenación territorial, cuáles son las funciones del Registro, tanto en general como en la parcela concreta a la que hemos de ceñirnos, todo ello en esquema, para estudiar después los efectos positivos que su publicidad puede reportarnos en el intento ordenador de nuestros suelos.

II. LA NECESIDAD DE ORDENAR EL TERRITORIO

1. *Motivos que imponen la ordenación*

a) *Las nuevas concepciones de la propiedad.*—Las tendencias sociales y planificadoras del Estado sobre el suelo, tratando de ordenar los derechos que sobre él recaen y en especial el dominio como el más típico que los representa, son prácticamente generales en todos los países de civilización occidental y responden tanto a satisfacer perentorias ne-

(3) JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ: *La publicidad registral en relación con el urbanismo y la prehorizontalidad*. Comunicación presentada al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Separata publicada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977, pág. 5.

cesidades económicas de la época como a repudiar las exageraciones individualistas o intervencionistas.

La postura liberal que proclama el dominio como derecho sagrado e inviolable es tan absurda como su polo opuesto que propugna la intervención absoluta del Estado en el ámbito privado, tratando de anular prácticamente, y hasta abolir, la propiedad. Si la primera supone un ataque a la Justicia Social, la segunda va contra la libertad y la dignidad de la persona; ambas son inviables en sus formulaciones puras y difícilmente podrían ser concebidas hoy sin fuertes restricciones.

Va ganando, pues, generalidad y firmeza la idea de una propiedad sometida a limitaciones conducentes a ordenar el territorio con vistas a su desarrollo comunitario. Se respeta en principio la esfera privada del propietario, el cual explotará mejor la tierra si se sabe destinatario de sus beneficios; para ello se le ayuda con estímulos; pero por otro lado se limitan sus actuaciones cuando éstas puedan resultar antisociales, de acuerdo con programas que han debido ser estudiados.

Una de las características de las constituciones y legislaciones posteriores a la segunda guerra mundial es la del triunfo de la tendencia de programar o planificar el territorio urbano o rústico en lo que se refiere a su ordenación, aprovechamiento y defensa.

La propiedad ya no se concibe como un derecho absoluto del individuo, ni tampoco puede abolirse de un plumazo. Pertenecce a quien la impulsa y cuida, cumpliendo unos cometidos que la coloquen en función de la sociedad a la que debe servir, siendo objeto de una cuidadosa regulación. Es necesario ordenar la tierra con criterios de Justicia, sin olvidar los principios económicos y sociales que imperan en nuestra época.

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

— En la esfera urbana, la Ley del Suelo ordenando que debe utilizarse en congruencia con la función social de la propiedad y la utilidad pública, limitando dicho dominio de modo que se asegure el uso del suelo racionalmente en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al bienestar de la población (arts. 3 y 76).

— En la esfera rural, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario determina que el suelo deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional y que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga a que sean explotadas según su destino agrario más idóneo y a realizar en ellas las mejoras necesarias para obtener recursos acordes con el nivel técnico existente (arts. 1 y 2).

b) *El aumento de población.*—Este factor constituye indudablemente una gran preocupación, pues la humanidad consume bienes de modo creciente, mientras que las fuentes de la naturaleza no son ilimitadas. Las estadísticas son tan elocuentes y conocidas que ni siquiera es preciso traerlas a colación.

Los entornos urbanos con sus industrias adyacentes crecen hasta desbordarse, en claro perjuicio del ámbito rural, no ya sólo porque merma su superficie, sino porque ve dañados sus productos por las contaminaciones y residuos industriales en el aire y en las aguas.

Y dentro del estricto ámbito urbanístico, es imprescindible una planificación que impida el crecimiento caótico que haría imposible la vida en las poblaciones; por ello se impone una ordenación en cuanto a vías, altura o volumen de las edificaciones, espacios libres comunales para dedicarlos a fines de enseñanza, recreo y tantos otros servicios indispensables a la población.

c) *La plusvalía de transformación.*—Si se piensa en la enorme expansión urbana e industrial acaecida últimamente en las grandes ciudades de nuestra Patria, con la consiguiente sobrevaloración de sus terrenos circundantes, que antes eran de pura labor y aun baldíos algunos, los cuales pasan a la condición de solares de «oro» por sus precios, es lógico imponer a sus propietarios que no han tenido arte ni parte en la riqueza que les cae llovida del cielo, además de las naturales y justificadas cargas fiscales, unas normas limitativas y aun sacrificios y prestaciones positivas a la hora de la nueva ordenación. Es lógico que se haya de «impedir la desigual atribución de los beneficios y cargas del planteamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos» [art. 3.º-2, b), de la Ley del Suelo], y esto ha de hacerse, naturalmente, en una normativa planificada del territorio. Ante el fenómeno universal de la expansión urbana (4), para evitar ganancias injustificadas, se precisa una ordenación del suelo.

d) *La llamada «civilización del ocio».*—La espectacular elevación del nivel de vida que ha tenido lugar en España en los años sesenta y la consiguiente llegada de los hábitos consumistas trajeron consecuencias. Algunas de ellas han cooperado de modo más o menos evidente a este pequeño desbarajuste territorial que hemos de afrontar: por un lado, el contagio de la civilización del ocio, con sus largos fines de semana, sus vacaciones y sus «puentes» que es preciso rellenar; por otro, el paso de los

(4) Así lo ve NARCISO DE FUENTES SANCHIZ en sus conferencias en el Instituto de Estudios Jurídicos, publicada bajo el título «En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 1963, págs. 449 y sigs.

españoles de a pie a españoles motorizados, con lo que hay más facilidad para viajar y moverse. Su resultado inmediato es el nacimiento de una nueva y supuesta necesidad a la que pocos se resisten: la segunda vivienda, la casita en el campo o el chalet incardinado en esas anárquicas urbanizaciones privadas, donde se avasalla y destroza el ámbito rústico sin orden ni concierto. Esta propiedad horizontal «tumbada», como gráficamente se ha dado en llamar, precisa también una reglamentación ponderada dentro del ámbito genérico del ordenamiento territorial.

e) *La deficiencia de las estructuras rústicas.*—Tanto en el aspecto empresarial como en el territorial, las explotaciones agrarias están necesitadas de una ordenación eficiente que eleve su producción y las haga más rentables.

En cuanto a lo primero, las economías individuales o a lo más familiares, que son el modo más frecuente de llevar el cultivo de la tierra, resultan por completo incapaces de conseguir mejoras y a veces ni siquiera pueden mantener la explotación a flote.

Y en relación al aspecto territorial, a pesar de los esfuerzos que se vienen haciendo por combatir el problema, aún tenemos en España, por una parte, el minifundio y la dispersión parcelaria y, por otra, la existencia de zonas con grandes fincas deficientemente aprovechadas.

En ambos casos se precisa una reordenación territorial para evitar irritantes desigualdades sociales y los desequilibrios económicos que repercuten en la prosperidad y hasta la paz de toda la nación.

2. *La planificación territorial en España*

a) *Disposiciones legales.*—No tenemos lo que se dice una regulación ordenadora general de la tierra en España. Y la verdad es que se hace cada vez más necesaria para delimitar claramente las esferas urbana y rural y planificar tanto las cuestiones del suelo edificable como los adecuados aprovechamientos agrícolas, ganaderos o forestales en cada una de las diversas comarcas del territorio nacional. Todo ello de acuerdo, naturalmente, con las necesidades sociales y las características de los suelos.

Sólo tenemos, de momento, disposiciones que contemplan aspectos más o menos extensos, pero siempre parciales, entre las que podemos señalar:

— La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, según texto refundido de 9 de abril de 1976, cuyo objeto es la ordenación urbanística en todo el territorio nacional.

— La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

— La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, regulando la acción del Estado en este campo por medio del I. R. Y. D. A. para el mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de aguas y tierras.

— La Ley de Montes de 8 de junio de 1957, complementada por la de 4 de enero de 1977 sobre fomento de la producción forestal.

— Nuestra veterana Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que sigue vigente, con algún retoque del Código Civil.

— Y, por último, aunque no incidan sus normas de modo directo en el aspecto hipotecario de la ordenación territorial, podríamos añadir el Decreto-ley de 28 de octubre de 1971 creando el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza (I. C. O. N. A.), la Ley de 22 de diciembre de 1972 sobre protección del medio ambiente, la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre centros y zonas de interés turístico y la de 19 de diciembre de 1951 sobre repoblación forestal y ordenación de cultivos en los terrenos integrados en las cuencas alimentadoras de los embalses de regulación.

En definitiva, repetimos que el territorio no está unitariamente ordenado, pues o se rige por alguna o varias a la vez de las disposiciones especiales citadas o por la legislación civil ordinaria que no regula los aspectos económicos y sociales que aquí interesan. Así, no pocas veces se producen desamparos o contradicciones normativas que es preciso corregir cuanto antes.

b) *Actuaciones urbanísticas.*—Dentro de este amplio campo, pueden y deben integrar el entramado de una orgánica ordenación territorial, en sus aspectos físico y jurídico, todas las relaciones sean propiamente dominicales o de tenencia y uso de que el suelo es susceptible para su más adecuado aprovechamiento. Contamos ya para ello, como hemos visto, con varios «mimbres» que pueden ser muy útiles:

— Si el objeto primordial de la Ley del Suelo se centra en la ordenación de todo el territorio nacional en cuanto a planteamiento, régimen y ejecución de las urbanizaciones respecto al uso del suelo y su edificación, se comprende que sus normas inciden de lleno en esta materia.

— Los planes de urbanismo comportan un cúmulo de limitaciones y aun prestaciones de carácter activo sobre la propiedad que la afectan de modo bien notable.

— El derecho de superficie recibe en esta Ley una conformación específica, pudiendo alterar las clásicas facultades de usar y disponer del suelo, típicas del dominio.

— Lo mismo cabe decir de la limitación que supone el llamado volumen de edificación, con consecuencias no sólo de pura técnica jurídica, sino de auténtico menoscabo del patrimonio para el adquirente inadvertido (5).

— La reparcelación, que tiene un tratamiento específico de indudable paralelismo con la concentración parcelaria rústica, en cuanto supone una nueva ordenación al adjudicarse los solares en proporción a las aportaciones, lo que se efectúa a base de una «subrogación, con plena eficacia real, de las antiguas por las nuevas parcelas», según sienta rotundamente el artículo 100 de la Ley del Suelo.

Fuera ya de esta Ley, señalemos toda la normativa de las viviendas de tipo social, que por su aspecto especial y gozar de trato favorable en lo fiscal, conllevan las lógicas limitaciones derivadas de su finalidad específica que debe protegerse.

Y, por último, debe merecer especial atención el amplio campo de las edificaciones en régimen de propiedad horizontal. Tras las abundantes discusiones y diversas posturas doctrinales, ya se ha producido el suficiente poso como para proceder a reordenar y revisar sus normas. Uno de los problemas pendientes, muy acuciante por cierto, es el de la llamada «prehorizontalidad» y ya va siendo hora de aceptar que la única solución efectiva para evitar los riesgos que acechan al comprador por todas partes es acudir al reflejo registral (6).

c) *Medidas de planificación agraria.*—A tono con las deficiencias antes señaladas, deben ser objeto de la normativa del Estado tanto los aspectos personales y territoriales de la empresa agraria como la defensa de los recursos naturales:

(5) Sobre la limitación del volumen edificable ya es abundante la literatura jurídica. Ya la estudió NARCISO DE FUENTES en la conferencia citada. Puede verse también el trabajo «El derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad», comunicación de PEDRO AMENGUAL PONS al III Congreso Internacional de Derecho Registral, y la conferencia de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, en Barcelona: «Tráfico jurídico inmobiliario en la nueva Ley del Suelo», publicada en «Encuentro», *Revista Universitaria Centroamericana*, Nicaragua, Enero-junio 1977.

(6) Véase «Modalidades en la construcción de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», ponencia española en el X Congreso Internacional del Notariado Latino, presentada por DE LA CÁMARA ALVAREZ, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT, publicada por la *Revista de Derecho Notarial*, 1969. Pueden verse también las comunicaciones al III Congreso Internacional de Derecho Registral, ya citadas, de AMENGUAL PONS y CHICO ORTIZ, y las tituladas «Algunos problemas registrales de la propiedad horizontal», de POVEDA DÍAZ, y «La llamada prehorizontalidad y su proyección registral», de DÍEZ PICAZO, todas ellas publicadas en separatas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.

a') *Agricultura de grupo*.—La Ley General de Cooperativas de 17 de diciembre de 1974 formula de modo solemne el compromiso que el Estado asume de promocionar, estimular, desarrollar y proteger el movimiento cooperativo en todas sus formas.

Dada la escasa rentabilidad de la mayoría de las explotaciones agrarias, que resalta más si se compara con los sectores industriales o de servicios, no es preciso insistir en la necesidad de que estos propósitos legales se traduzcan en realidades tangibles que reviertan en beneficio de la agricultura de grupo. Con la asociación se modifican las empresas marginales al reducir costes de producción y paliar pérdidas.

La Ley de Cooperativas, la de Reforma y Desarrollo Agrario y las disposiciones fiscales contemplan diversos aspectos que suponen incentivos claros para la explotación comunitaria. Pero no bastan las normas dispersas, los beneficios esporádicos, sino que es preciso acometer una regulación orgánica de la empresa asociativa agraria, pues al contemplar el problema en su conjunto se podrían obtener las mejores soluciones.

b') *Correcciones territoriales*.—Pueden concretarse en las siguientes facetas reguladas por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:

— La «colonización» o transformación en regadío o desecado de grandes zonas, para crear después nuevas explotaciones agrarias o complementar las existentes hasta que alcancen adecuadas dimensiones económicas y sociales.

— La concentración parcelaria, por la que se adjudica a cada propietario, en coto redondo o en reducido número de fincas de reemplazo, una superficie equivalente a la de las parcelas minúsculas aportadas.

— La ordenación de explotaciones, facilitada por auxilios económicos y técnicos, para procurar la mejora de las mismas hasta conseguir su viabilidad.

— Y la actuación sobre comarcas y fincas mejorables, que se basa en el principio de que la propiedad comporta la obligación de cultivar y mejorar, estableciéndose unos mínimos productivos que deben alcanzarse, so pena de expropiación u otras medidas coercitivas posibles.

c') *Uso y conservación de recursos naturales renovables*.—Aquí encontramos tres grandes bloques:

— El espacio forestal, necesitado no sólo de conservación, sino de urgente fomento, tanto por razones económicas como de equilibrio ecológico y protección a la salud pública.

— El agua, elemento vital indispensable, en trance de escasez. Aquí, nuestra casi centenaria Ley precisa ser completada y revisada, ya que no contempla temas inaplazables como la ordenación de suelos afectados

por embalses y todo lo referente a plantas desalinizadoras, trasvases de cuencas y otras grandes obras hidráulicas que se realizan con técnicas impensadas hace un siglo.

— La conservación del entorno natural para protegerlo de las inmi-siones avasalladoras que pueden destruirlo. Aquí tenemos la tarea de completar la inorgánica regulación sobre los llamados parques naturales, tan necesitados de defensa y protección (7).

A riesgo de repetirnos, insistimos en que todas las anteriores actuaciones serían más armónicas y efectivas si se encuadrasen en un plan general de ordenación. Las cuestiones de competencia suponen a veces insalvables dificultades a la hora de regular eficazmente la defensa y aprovechamiento de estos recursos naturales. Concretamente, las aguas, los montes y los parques están parcelados entre la Presidencia del Gobierno, los Ministerios de Obras Públicas, Industria y Agricultura y otros Organismos Autónomos como I. R. Y. D. A. e I. C. O. N. A., cuyas diversas disposiciones rozan y a veces se contraponen entre sí abiertamente. Esto da idea de la necesidad de unificar criterios y directrices.

III. FUNCIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. *Las finalidades iusprivatistas del Registro*

Nacidos los sistemas registrales europeos en una época de plenitud individualista, es lógico que en ellos primase una visión de puro Derecho privado en la que únicamente se trataba de proteger en su adquisición o garantía crediticia al titular que inscribía su derecho.

No podía ser ajena a estas tendencias la Ley Hipotecaria española de 1961 que articuló un sistema exclusivamente defensivo en favor del titular registral, sobre todo cuando éste reuniera la condición de tercer adquirente de buena fe, en cuyo caso pasaba a la categoría mítica de «tercero hipotecario», protegido por antonomasia. Con esto se pretendía, y hay que reconocer que se ha conseguido plenamente, dar seguridad al tráfico jurídico y fomentar el crédito hipotecario con garantía fundiaria.

La generalidad de los hipotecaristas actuales admiten como formulación más generalizada que la seguridad jurídica y la buena fe se com-

(7) Puede servir de ejemplo el Coto de Doñana, reserva natural que trata de conservarse y que es objeto de encontradas actuaciones que pueden perjudicarla gravemente. Había propósitos de construir una autopista y parece que puede ser afectada por la actuación del I. R. Y. D. A. en la comarca de Almonte-Marismas, cuya desecación se pretende, con riesgo de romper el equilibrio ecológico existente. Como se ve, dos organismos, el Ministerio de Agricultura y, por otro lado, el Ministerio de Obras Públicas, actúan sin aceptar denominador común.

plementan en el sentido de ser aquélla el fin perseguido por la Ley (8); es imprescindible proteger a quien adquiere confiado en el Registro, pues así se asegura el tráfico y se da base seria al comercio jurídico. Desde el punto de vista privatista, el móvil o razón de ser del Registro consiste en proporcionar seguridad jurídica a las transmisiones.

2. *El aspecto social del Registro*

Junto a la protección al titular y la seguridad jurídica, se viene señalando últimamente como finalidad del Registro una faceta social de notoria importancia que eleva y justifica aún más, si cabe, el papel de esta institución.

LÓPEZ MEDEL ha resaltado el servicio público que presta el Registro cuando se trata de una puesta en forma del bien comunitario (9). RAMÓN DE LA RICA dijo que la función social que la propiedad inmueble debe cumplir halla en la institución del Registro de la Propiedad y en su sistema el instrumento más apto, el auxiliar más idóneo para el cumplimiento práctico de las funciones que esas modernas concepciones requieren (10). Y MESA MARTÍN ha expuesto una sugestiva teoría institucional que brinda nuevas posibilidades al Registro (11).

Por nuestra parte, repetimos lo dicho en otra ocasión (12), insistiendo en que la institución registral está perfectamente preparada, según la legislación hipotecaria actual, para servir de cauce a las nuevas directrices funcionales de la propiedad del suelo y seguirá respondiendo en cada caso a los planteamientos políticos y sociales con calificación sobresaliente, como ha venido haciéndolo hasta hoy.

El Registro puede ser utilizado en el momento de plantearse la ordenación del territorio para orientar las acciones concretas que se consideren necesarias. Y, una vez realizadas éstas, debe constituir el medio indispensable para conservar las mejoras estructurales obtenidas, con-

(8) Así lo recoge ROCA SASTRE, al estudiar la buena fe como requisito de la protección registral al tercero, en su obra *Derecho Hipotecario*, ed. 5.ª, en el tomo I, pág. 445, Barcelona, 1948.

(9) *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Tesis doctoral, editada por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959.

(10) *Realidades y problemas de nuestro Derecho Registral Inmobiliario*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 12 de marzo de 1962; editado por dicha Academia.

(11) *Aproximación al institucionalismo. El Registro de la Propiedad como institución jurídica*. Comunicación al II Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974. Publicada en el tomo I de las «Ponencias y comunicaciones» de dicho Congreso.

(12) En nuestra tesis doctoral: *El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria*, editada por el Colegio de Registradores, Madrid, 1977.

solidando los resultados de las reformas y contribuyendo, por tanto, a asegurar el desarrollo de la economía nacional.

Dentro de su sistemática actual y sin cambiar en absoluto su fisonomía jurídica, el Registro puede seguir prestando en España sus valiosos servicios a la comunidad, tanto en el ámbito urbanístico y de las construcciones como en el sector de la agricultura, donde lo viene haciendo en la concentración parcelaria, en la colonización, en la protección de los montes y las aguas y tantos otros aspectos. Sería descabellado prescindir o minusvalorar esta institución jurídica básica a la hora de ordenar el territorio.

3. *La concordancia de ambas funciones*

Hemos dicho que la razón de ser del Registro se centra en proporcionar seguridad jurídica a las transmisiones y que, a la vez, es pieza indispensable para obtener y conservar mejoras estructurales de carácter general.

En definitiva, no hay contradicción alguna, pues ambos aspectos se complementan y vienen a constituir simples facetas de una misma función integradora. Es preciso contar con el Registro para una ordenación de la propiedad orientada a su funcionalidad comunitaria y evitar dolorosas sorpresas a los adquirentes que puedan resultar afectados por normas o triquiñuelas administrativas que ignoraban en absoluto.

Bien venida sea esa reglamentación del suelo que hemos considerado necesaria y cada vez más inaplazable; pero que cada uno pueda saber lo que adquiere, su contenido y sus límites de un modo claro, público y seguro.

Y aquí están la exactitud, la publicidad y la seguridad que el Registro presta. Por un lado, el orden jurídico público ve amparadas sus directrices territoriales y, por otro, el titular registral adquiere seguro.

Los aspectos iusprivatista y comunitario no se contraponen sino que aparecen armonizados y caben perfectamente en nuestros libros.

IV. EL REGISTRO EN LA ORDENACION TERRITORIAL

1. *La publicidad registral en la ordenación del territorio*

No desconocemos una corriente doctrinal que mira con justificada prevención la entrada en los libros inmobiliarios a actos de origen administrativo que, desde un punto de vista del propietario, se traducen en

trabas a veces nacidas de motivos o pretextos de escaso valor jurídico o social. Efectivamente, el aluvión es abrumador en ocasiones y en algunos supuestos carente de toda base legal, por lo que la calificación del Registrador ha de esmerarse para evitar que los asientos se enturbien con cargas y triquiñuelas que sobrepasan lo tolerable.

Se alega al respecto el argumento que puede deducirse de la regla primera del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, la cual considera innecesaria la inscripción de las prohibiciones legales que tienen por sí plena eficacia aunque no haya declaración expresa administrativa, pues entonces estas prohibiciones surten sus efectos por sí, como limitaciones legales del dominio, sin requerir constancia registral alguna.

Pero la ordenación del territorio con sus restricciones, supone limitaciones al contenido normal del dominio y, por ello, hay razones de seguridad jurídica y publicidad que no se pueden ignorar. En efecto, esa ordenación ha de recaer sobre predios o edificios concretos que resultan sometidos a su acción y es preciso evitar todo daño dimanante de estas actuaciones al tercer adquirente que no tiene otros medios para conocer la situación que afecta a la finca. Como dice LUCINI CASALES (13), en aras del máximo respeto a la finalidad específica de la institución registral, visto el cúmulo de disposiciones legales que de una u otra forma supongan recortes limitativos del contenido del derecho de propiedad, resalta la necesidad cada día más imperiosa de que estas limitaciones dominicales de origen legal sean no sólo públicas, sino también publicadas, incumbiendo esa publicación al Registro de la Propiedad.

Además, hay que centrar el estudio del párrafo primero del artículo 26 de la Ley Hipotecaria en sus justos términos. Dicho precepto, como muy bien ha apuntado MANUEL ALVAREZ BEGIGA (14), distingue claramente dos clases de prohibiciones legales:

1.^a Las que no necesitan expresa declaración, sea judicial o administrativa, cuya fuerza deriva directamente de la Ley, por lo que surten sus efectos independientemente del Registro; la constatación en los libros no añade nada a su efectividad. Esta no depende de su conocimiento o desconocimiento por los interesados, pues la ignorancia de las leyes, todos lo sabemos, no excusa de su cumplimiento. Tales prohibiciones no necesitan la inscripción.

(13) En su trabajo «Aspectos registrales de la nueva ley española sobre comarcas y fincas mejorables», comprendido en el libro *Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario*, editado por las Universidades de Valladolid y Salamanca, 1976.

(14) *Efectos civiles y registrales de las prohibiciones de enajenar*. Comunicación presentada al I Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974. Recogido en el tomo II de las «Ponencias y comunicaciones» a dicho Congreso, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, pág. 384.

2.^a Las prohibiciones legales que requieren una previa declaración administrativa, que sí necesitan la inscripción para que puedan afectar a tercero.

Esta última clase justamente es la referida a nuestro estudio, pues en todo plan ordenador del suelo ha de haber necesariamente una determinación clara y precisa, por parte de la competente autoridad administrativa, de las fincas que resulten comprendidas en el perímetro a ordenar y a las que afectarán las prohibiciones o limitaciones que dicho plan comporte.

Es lógico y obligado, por tanto, que en estos supuestos el Registrador consigne en el folio de las fincas afectadas la situación especial resultante de la normativa ordenadora para que el Registro cumpla su función de efectiva publicidad. Así todo tercero podrá conocer las causas de posible nulidad o que originarían limitaciones jurídicas de claro contenido económico. Cuando las sepa, podrá decidir si desiste de su adquisición o la lleva adelante.

Por ello concluiremos que en la ordenación general del territorio se precisa, para una mayor seguridad jurídica, la colaboración valiosísima del Registro, como queda patente en las figuras de las reparcelaciones urbanas, el volumen edificable, las unidades mínimas urbanas o rústicas, la concentración parcelaria, la transformación de fincas y la legislación de comarcas mejorables. Todas ellas no son sino aspectos parciales del futuro desarrollo de esa planificación global.

Y si, desde la otra orilla, miramos el aspecto institucional o público de nuestros libros registrales, el papel de orientador, consolidador y conservador de las mejoras territoriales no repele a la finalidad social del Registro, sino que se acomoda a ella perfectamente.

2. *Modos de hacer constar la ordenación*

La Ley del Suelo no se acuerda demasiado del Registro (15), por lo que no nos puede servir mucho de pauta en nuestro estudio.

CHICO ORTIZ (16) critica el desprecio de esta Ley a nuestra institución, la tradicionalmente encargada de una publicidad inmobiliaria que ha permitido el principio de la seguridad del tráfico.

(15) FUENTES SANCHIZ, en su conferencia antes citada, recoge los supuestos en que la Ley del Suelo acude al Registro: Usos provisionales, servidumbres, construcciones sobre el suelo que no es solar, aprovechamiento de suelo de reserva urbana (hoy, suelo urbanizable), parcelas mínimas, división de terrenos, reparcelación y posibilidad de inscripción de actos referentes al urbanismo.

(16) En su comunicación al III Congreso de Derecho Registral y en la conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Barcelona, antes citadas.

En el texto refundido de 1976 se hace alguna referencia más a la necesidad de publicidades registrales y es de notar que en la Disposición transitoria 13 de la Ley de 2 de mayo de 1975 se ordena la acomodación de la Ley Hipotecaria y la Ley del Suelo, para que «las limitaciones y deberes establecidos en la misma y en los planes, programas, proyectos, normas y catálogos se reflejen con toda exactitud en el Registro de la Propiedad». Sin embargo, según CHICO, no ha sido recibida plenamente esta disposición y, enfocando el problema bajo el prisma administrativo, se ha tratado por todos los medios de considerar innecesaria la publicidad registral.

Por el contrario, y afortunadamente, en materia agraria hay una aceptable concordancia entre los principios hipotecarios y los de las leyes especiales que la regulan (17).

Los antecedentes y la experiencia que nos proporcionan los distintos supuestos en que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario acude al Registro para plasmar las diversas actuaciones del I. R. Y. D. A., así como en actuaciones de montes y aguas, son perfectamente aprovechables a la hora de pensar en la constancia registral de los planes generales de ordenación territorial.

A título de guión, siguiendo los distintos momentos de la planificación o mejora, la colaboración registral podría concretarse:

1.º En el momento inicial, además de las informaciones públicas, edictos, exhibición de los proyectos y demás medios informativos normales de carácter general que suele utilizar la Administración, se debe comunicar el perímetro afectado a los Notarios y Registradores de la zona para que los primeros hagan constar las oportunas advertencias en las escrituras o documentos que autoricen y éstos consignen igualmente la transformación proyectada o en marcha en las notas de despacho de los títulos de las fincas afectadas o en las certificaciones que expidan, con lo que se hace saber de modo particular y patente a cada interesado la posibilidad de que los predios incluidos en el perímetro puedan resultar afectados por los planes u obras de la ordenación proyectada. Aquí el Registro, como oficina pública, coopera *a priori* en la publicidad, aunque hasta ese momento la actuación de la Administración no haya tenido todavía entrada en los libros registrales ni se haya plasmado en asientos determinados.

2.º En la etapa siguiente, cuando la posición de los respectivos propietarios se concreta en la obligación de soportar las limitaciones dimanantes de la ordenación o incluso realizar las obras, inversiones o transformaciones que para cada finca de las incluidas se señalen en los

(17) Exponemos ampliamente este punto en nuestra citada tesis doctoral.

planes pertinentes, ya hay una afección clara que puede y debe manifestarse de modo expreso en los asientos del Registro, conformando la propia entidad del dominio afectado y señalando su alcance y limitaciones en estos supuestos especiales, hasta que se concluya la ordenación iniciada.

Entendemos que la toma de razón registral en este caso se debe traducir en los libros con notas al margen de las inscripciones de las fincas. Aunque la anotación preventiva también cabría utilizarse, la nota marginal supone una publicidad suficiente y en una pura técnica hipotecaria es el asiento más aceptable para estos menesteres transitorios.

3.º Concluida la ordenación, las fincas resultantes manifestarán su condición especial en el propio cuerpo de la inscripción dominical en sentido estricto y formando parte de su contenido. En estas inscripciones no será siempre preciso expresar con detalle toda la gama de derechos, situaciones o limitaciones que dimanen del nuevo estatuto de la finca; bastará resaltar que el predio está sometido al ordenamiento especial para que las normas legales de aplicación determinen las consecuencias; otra cosa sería recargar innecesariamente los sientos de todas las fincas de advertencias repetidas y farragosas. Con esta sencillez se viene haciendo constar eficazmente la cualidad de fincas indivisibles, concentradas, sujetas a mejora forzosa o a las leyes de colonización, quedando fijado implícitamente su régimen jurídico posterior y sin necesidad de prolijas aclaraciones.

4.º Por último, cumplida la función de los asientos registrales practicados, por término, exclusión o caducidad de la situación especial de la finca, con lo que ésta pasaría de nuevo al régimen común, se procederá a la cancelación correspondiente, sea de oficio, por certificación administrativa o a petición de parte interesada con la aportación de los documentos y en los casos que la legislación hipotecaria determina.

3. *Efectos de la publicidad registral*

a) *Valor de las inscripciones.*—Una ordenación del territorio realizada con carácter general, para ser viable, debería implicar en principio la entrada y mantenimiento dentro del Registro de todas las fincas o explotaciones que se comprendan en el perímetro, sin excepción alguna, para que por igual queden sometidas al mismo régimen de efectiva publicidad, sin lagunas ni contradicciones. Así se podrá controlar mejor no sólo la actuación emprendida, sino su conservación posterior.

Opinamos así no por mera lucubración, sino a la vista de las experiencias y resultados prácticos obtenidos hasta ahora en los distintos supuestos de nuestra legislación:

— En la esfera rústica, tan sólo se impone el valor constitutivo de la inscripción en los llamados Patrimonios Familiares, que no han nacido en la práctica, por lo que la norma carece de efectividad. En materia de montes, en la concentración parcelaria y en las fincas o lotes adjudicadas por el I. R. Y. D. A., aunque parece exigirse una mayor colaboración registral, la terminología legal (inscripción «inexcusable», «obligatoria») es confusa y no pocas veces inoperante. Así, hay que reconocer que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, quizá por herencia de las dispares normas que la integran, muestra a veces lamentables lunares como, por señalar los más patentes, dejar fuera de Registro las parcelas excluidas de concentración con la consiguiente confusión posterior, permitir que salgan fuera del Registro las fincas concentradas o transformadas al no asegurarse de modo eficaz la proclamada inexcusabilidad u obligatoriedad de las inscripciones posteriores y tolerar la inadmisibles ruptura de fincas indivisibles.

— En la esfera urbana el panorama es aún más desolador. Salvo la excepción del derecho de superficie, que necesita inscribirse para nacer, los demás supuestos giran aún alrededor del anacrónico sistema de la inscripción voluntaria, incomprensible en estas materias de indudable interés público y social que precisan una más cuidada atención y no deberían dejarse al arbitrio de los particulares. Ante el desamparo registral que se advierte en la legislación del suelo, urbanizaciones, propiedad horizontal y hasta en viviendas sociales y otras no menos importantes, se muestra más perentoria la necesidad de corregir esta laguna.

Consecuencia lógica es mantener la tesis de que para la defensa de las realizaciones sociales urbanas o agrarias sería de insustituible eficacia dotar de categoría constitutiva a estas inscripciones. Si en una ordenación planificada y racional la tierra ingresa, como debe ser, en el Registro, no es lógico permitir que salgan del mismo, para ser destruidos o defraudada su finalidad, una propiedad y unos derechos que sólo están perfectamente protegidos en su seno.

Una vez obtenida la inscripción inicial de las fincas, que debe ser consustancial a una buena ordenación territorial, igualmente deben ser inscritas las transmisiones o modificaciones posteriores y de modo constitutivo para que la calificación registral garantice su legalidad e impida la aniquilación de una obra comunitaria laboriosamente conseguida y que pueda tambalearse una seguridad jurídica necesaria a todas luces.

Aparte este retoque fundamental que consideramos necesario, todos los clásicos principios hipotecarios contenidos en nuestra legislación son perfectamente aplicables a una regulación orgánica territorial y los asientos producirán todos sus efectos bajo la salvaguardia de los Tribunales.

b) *La seguridad jurídica como básica en lo económico-social*

De lo que venimos exponiendo se pueden colegir las dos opuestas opiniones, que, en esquema, cabe formular ante la cuestión de si el Registro de la Propiedad debe recibir y proteger tales actuaciones a riesgo de perder su pureza hipotecaria para convertirse en almacén de trabas administrativas, como dicen los detractores.

Teóricamente puede haber posturas para todos los gustos, pero hay unas tendencias claras y unas realidades a las que no podemos cerrar los ojos. La propiedad ya no es, cada vez menos, absoluta e ilimitada. Las nuevas concepciones económicas y sociales imponen su engarce en un sistema general que señale facultades, limitaciones y aun deberes positivos y si el Registro permaneciese anclado en líneas pasadas no respondería a su verdadera finalidad y justificación. Debe mostrar—publicar— la propiedad y los derechos sobre el suelo tales como sean en cada momento, con lo que no hará más que adaptarse a las nuevas figuras sustantivas que vayan apareciendo, sin perder por ello su carácter de institución básicamente civil e hipotecaria.

Insistiendo en las ideas reseñadas al principio, es preciso reparar en que se trata de cuestiones realmente vitales y por ello debe primar el factor social sobre el económico. Como dice BALLARÍN, conservar la naturaleza, evitar la polución, preservar el mundo rural, encaja en la filosofía del personalismo en cuanto, superando el materialismo del beneficio se trata de potenciar la calidad de la vida, guardando, aumentando y depurando esos patrimonios colectivos que son las tierras, el aire y las aguas (18).

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea, al que parece queremos incorporarnos, rigen como ideas claves la planificación integradora que se propone corregir las desigualdades personales, sectoriales y regionales y, por otro lado, la de la función social de la propiedad, considerando a ésta como relación jurídica que junto a los derechos de uso, disposición, disfrute y organización productiva, engendra deberes de producción y limitaciones sociales en aras de la misma convivencia en la comunidad.

Se impone, pues, una política general de ordenación del territorio que delimite las esferas urbanas y rústicas, evitando el avasallador crecimiento de las grandes ciudades y sus enormes cinturones industriales que todo lo arrollan. Debe regularse el fenómeno urbano y sus áreas de expansión, ordenando espacios recreativos, turísticos y culturales para

(18) En su trabajo «La reforma de la agricultura en España», publicado en el libro *La España de los 70* y recogido en *Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria*, Madrid, 1975, pág. 1004.

que los ciudadanos (en sentido estricto, o sea los que pisan asfalto) puedan descansar y equilibrar sus nervios, pero sin invadir el quehacer rural; para ello ha de ponerse regla, por ejemplo, a la orgía de urbanizaciones privadas que proliferan en total desconcierto. En la esfera rústica hay que organizar la explotación agraria de modo que sea viable, que se corrija el minifundio, que se evite la acumulación excesiva de tierras en pocas manos, que se ordenen los cultivos racionalmente. Y regular y distribuir el agua y fomentar los bosques. Todo un programa que puede parecer ilusorio y hasta quimérico, pero que es necesario para conservar la tierra en que vivimos.

En nuestra época es tendencia universal que el Derecho común se vea influido y transformado por un fuerte contenido social. Ello es bueno, pues además de ser justo, le permite mantener su papel arbitral y ordenador de las relaciones humanas y constituye un instrumento de progreso para resolver las tensiones entre la seguridad político-social y la seguridad jurídica.

Y trasladando las miras a nuestra parcela, esta seguridad jurídica que es el resultado más patente y positivo de los asientos registrales aparecerá en todo su valor si la inscripción se muestra efectiva a la hora de recoger las actuaciones económico-sociales sobre el suelo urbano o rústico. Si se trata de organizar la propiedad, el papel del Registro no puede soslayarse; esta institución jurídica especializada, en contacto con la realidad, debe cooperar de modo decisivo en todo lo que suponga una ordenación racional y justa de los derechos sobre el suelo. Desaprovechar este valioso pilar sería tan absurdo como incomprensible.

V. CONCLUSION

La legislación urbanística no es actualmente muy acorde con el Registro de la Propiedad, pero puede y debe llegar a serlo.

En cambio, la confrontación de las leyes agrarias con los principios de nuestro sistema hipotecario es bastante favorable y ello nos hace esperar resultados positivos en una deseada ordenación del territorio, sobre todo si se concediera un más alto valor, un efecto constitutivo, a la inscripción de estos actos sociales para conseguir su conservación y una plena seguridad en su tráfico jurídico.

A veces, estas normas especiales serán difíciles de encajar en el contexto tradicional con que se concibió el dominio, pero no lo serán tanto si las contemplamos de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad.

El Registro puede y debe perfectamente adaptarse a las nuevas directrices ordenadoras del suelo y, partiendo de su primordial función de publicidad y seguridad jurídica, cooperará decisivamente a conseguir el contenido social que se atribuye a la propiedad en la época presente.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Registrador de la Propiedad

La prescripción extintiva del Crédito Hipotecario

SUMARIO: I. *El plazo veintenal*: 1) Precedentes: A) Derecho romano. B) Derecho español. 2) Normativa vigente: A) Crítica. B) Interpretación.—II. *Comienzo de la prescripción*.—III. *Interrupción de la prescripción*: 1) Acreedor-deudor hipotecario. 2) Acreedor-tercer poseedor. 3) Acreedor-hipotecante no deudor.—IV. *Prescripción y Registro*.

I. EL PLAZO VEINTENAL

1. PRECEDENTES

A) *Derecho romano*

En el Derecho romano la regulación del plazo prescriptivo del crédito hipotecario se halla presidida por la distinción entre deudor hipotecario y tercer poseedor (1). Distinción que, sin perjuicio de las alteraciones producidas en relación con dicho plazo, se mantiene en toda su evolución posterior.

(1) Aunque los textos relativos a la prescripción del crédito hipotecario sólo contraponen al deudor hipotecario y sus herederos con el tercer poseedor, admitida la figura del hipotecante no deudor: *dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena* (D 20,1,5,2), lo dicho para el deudor hipotecario y sus herederos debe entenderse referido al hipotecante no deudor y los suyos, ya que la razón que lleva al Derecho romano a establecer un plazo distinto para la prescripción de la *actio hypothecaria*, cuando se ejercita contra el deudor hipotecario, parece estar en su falta de buena fe y justo título al haber intervenido en la constitución de la hipoteca.

Desde que se recibe en Roma la *longi temporis praescriptio* (2), el tercer poseedor puede, alegando ésta, repeler el ejercicio de la *actio hypothecaria* siempre que, junto a la inactividad del acreedor, haya poseído la cosa hipotecada durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título (3). Dirigida contra el deudor hipotecario o sus herederos, la *actio hypothecaria* es imprescriptible, y lo mismo ocurre con la acción personal (4).

La Constitución de Teodosio II del año 424, al establecer con carácter general como plazo máximo de prescripción de las acciones los treinta años, permite al tercer poseedor, que continuamente lo haya sido durante ese tiempo, sin necesidad de justo título (5), oponer al acreedor hipotecario la *longissimi temporis praescriptio* (6). La Constitución de Teodosio II nada prevé, sin embargo, para el supuesto de que el acreedor ejercite la *actio hypothecaria* contra el deudor hipotecario o sus herederos, por lo que cabe pensar que en este caso continúa siendo imprescriptible (7).

(2) De origen provincial, la *longi temporis praescriptio*, a diferencia de la *usucapio*, sólo es un medio de defensa que permite rechazar el ejercicio tardío de las acciones. Este limitado efecto no impide, al menos hasta Justiniano, que se utilice con preferencia a la *usucapio*, ya que ésta, si bien permite adquirir la propiedad, no la libera de las cargas que, como la hipoteca, puedan gravarla. Sobre ésta y otras ventajas, GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 16 ed., 1918, página 308.

(3) Un detenido examen de los requisitos de la *longi temporis praescriptio* en AMELOTTI: *La prescrizione delle azioni in Diritto romano*, 1958, págs. 185 y sigs.

(4) C.7,36,1, *Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit, praeterquam si debitores vel qui in eorum iura successerunt, obligatae rei possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio obiicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit.*

Si bien este texto sólo se refiere a la prenda, es aplicable por igual a la hipoteca: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (D,20,1,5.1.).

(5) Aunque la doctrina romanista es pacífica en no estimar necesario el justo título en la *longissimi temporis praescriptio* o *exceptio triginta vel quadraginta annorum*, no ocurre lo mismo con la buena fe. Una fundada defensa en favor de la no exigibilidad en LEVY: *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, 1951, páginas 192 y sigs.

(6) C.7,39,3, *Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda eodem in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente iūtor vindicare.*

(7) Ver, no obstante, GIRARD, *Manuel élémentaire*..., cit., pág. 798. Aunque puede resultar aventurado para quien no es especialista en Derecho romano mantener un criterio distinto, la opinión de GIRARD de que, extinguida la acción personal—a partir de la Constitución de Teodosio a los treinta años—, debe entenderse extinguida la hipotecaria, aun cuando se ejercite contra el deudor hipotecario o sus herederos, está inspirada por una interpretación excesivamente rigurosa del carácter accesorio del derecho de hipoteca.

En el Derecho romano se admite que, extinguida la acción personal, pueda sub-

Es con posterioridad, a partir de una ley de Justino, cuando se señala un doble plazo de prescripción para la *actio hypothecaria* según que se ejercite contra el deudor hipotecario o sus herederos o contra el tercer poseedor. Treinta años en este caso y cuarenta en aquél (8). Distinto plazo prescriptivo que, al ser recogido por el Codex, parece encontrarse en contradicción con otras disposiciones insertas en el mismo (9).

De otra parte, transformada por Justiniano la vieja *usucapio* en *usucapio libertatis*, seguramente se utiliza con preferencia a los otros medios prescriptivos (10).

B) Derecho español

En nuestro Derecho histórico, las Leyes de Partidas, sin distinguir con claridad la prescripción extintiva de la usucapción liberatoria, siguen el criterio romano plasmado en el Codex y fijan el plazo prescriptivo de la acción hipotecaria en cuarenta años cuando el acreedor la ejercita contra el deudor hipotecario o sus herederos (11).

sistir la hipotecaria: *intelligere debes, vincula pignoris durare, personalis actione submota* (C.8,31,2). La misma Constitución de Teodosio II excepciona del plazo prescriptivo de treinta años a la acción hipotecaria cuando se dirige contra el deudor hipotecario: *qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare*. Y la Ley de Justino, al fijar para este caso el plazo prescriptivo en cuarenta años, parece que lo que quiso fue señalar un plazo, no alargar el ya existente.

(8) C.7,39,7,1: *Quamobrem iubemus, hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia vel apud debitores consistentium vel apud debitorum heredes. non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio aut aetas, sicut dictum est, intercesserit, ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut heredes eius, quaeque movetur in extraneos in solo sit annorum numero, verum in aliis omnibus ambae similes sint; in actione scilicet personali his custodiendis quae prisca constitutionum sanxit iustitia*.

(9) C.7,40,1: *... sola hypothecaria actione quadraginta annorum utente curriculum*... Recogida en el Codex como regla general, puede hacer dudar de si se quiso simplificar la regulación de la prescripción hipotecaria, reduciendo los distintos plazos al único de cuarenta años, eliminando cualquier motivo de duda, o si se trata solamente de una falta de armonización que debe salvarse entendiendo que el texto sólo se refiere al plazo de prescripción de la *actio hypothecaria* cuando se ejercita contra el deudor hipotecario. Aunque una respuesta segura no es posible, parece probable la segunda hipótesis. Ver, no obstante, AMELOTTI: *La prescrizione...*, cit., pág. 240, nota 72.

(10) C.7,39,8: *Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominus eius vel creditore hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant*.

(11) 3,29,27: «A peños teniendo algun ome alguna cosa de otro cualquier que fuese, mueble o rayz, si despues que fuesse empeñada a uno passase a otro por compra o alguna otra derecha razón, e este despues que la oviesse assi, fuesse tenedor della diez años a buena fé, seyendo en la tierra aquel que la tenia a peños o

La Ley 63 de Toro supone una doble innovación: la desaparición del distinto plazo de prescripción para el deudor hipotecario y el tercer poseedor y la prescripción de la «deuda» a los treinta años, «donde en la obligación es hipoteca» (12).

La comprensión de esta Ley da lugar a una animada polémica que no deja de recordar a la hoy suscitada por la redacción del artículo 1.964 del Código Civil (13).

Con intención de superar la legislación posterior sigue otro camino. Así como en la Ley 63 de Toro la hipoteca constituida en garantía de un crédito provoca un plazo prescriptivo especial para la «deuda», el Proyecto de 1851 inicia la tendencia, al partir del carácter accesorio de la hipoteca, de someter al plazo prescriptivo del crédito el de la hipoteca que lo garantiza (14). Tendencia que recibe su consagración legislativa en la Ley Hipotecaria de 1861 al disponer su artículo 134: «La acción

veynte seyendo en otra parte: Si en todo este tiempo no le fuesse demandada en juyzio ganarla y a, e perderia el otro el derecho que auia sobre ella. E si por auentura este a quien passases la cosa assi como sobredicho es, ouiesse mala fé en rescibindola, sabiendo que era empeñada, e aquel que la enajenaua non auia derecho de lo fazer; entonces no la podria ganar por mero tiempo de treynta años: mas si treynta años fuesse tenedor de ella, que gela non demandasse aquel que la tenia a peño, el derecho que auia sobre ella. Mas si acaeciesse, que la cosa empeñada touiesse el señor della o su heredero o algun otro a quien la ouiesse el mismo obligado otra vez despues desto, ninguno de ellos non la pedria ganar por menor tiempo de quarenta años».

5.13.39: «Obligan las vegadas los omes vnos a otros algunas cosas en peños e non los entregan dellas; e despues acaesce, que las enegenan a otri. En tal razón como esta dezimos, que si aquel a quien fue tal cosa como esta empeñada, non la demandasse a los tenedores della fasta diez años seyendo en la tierra, o non seyendo en ella fasta veynte años, que dende adelante non la podría demandar. Fuera ende, si aquel a quien fuesse dada, o vendida la cosa, la rescibiesse sabiendo que era empeñada a otro, ca entonce, bien la podría demandar aquel a quien fue obligada primeramente, fasta treynta años. Otrosi dezimos, que si aquel a quien fue empeñada la cosa, non le seyendo entregada, assi como sohedicho es, non la demandasse el o sus herederos, a aquel a quien gela empeño, o a sus herederos, fasta quarenta años; que dende adelante non la podría demandar, que gela entregassen por razón de peño; maguer que el que la empeño sea tenedor della».

(12) Ley 63: «El derecho de executar por obligación personal, se prescriba por diez años, y la acción personal, y la executoria dada sobre ello se prescriba por veinte, y no menos: pero donde en la obligación es hipoteca, o donde la obligación es mixta personal y real la deuda se prescriba por treinta años, y no menos».

(13) Un detenido examen de los distintos criterios interpretativos en GUTIÉRREZ: *Códigos*, 4.^a ed., 1875, tomo III, págs. 100 y sigs.

(14) Artículo 1.976: «Toda obligación personal por deuda exigible se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aunque subsidiariamente haya hipoteca».

GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, 1852, pág. 1012, al justificar este artículo escribe: «El señor Conde de la Cañada, parte 2, capítulo 3, números 24 y sigs., citando a GÓMEZ, defiende la Ley 63 de Toro en cuanto hace durar esta acción por treinta años. Pero la hipoteca en las obligaciones o deudas exigibles no es más que un accesorio, un subsidiario. ¿Cómo, pues, ha de atraer y desnaturalizar lo principal?»

hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito»; sin que su Exposición de Motivos deje lugar a dudas sobre la intención del legislador (15). Criterio de unidad del plazo prescriptivo del crédito hipotecario que parece abandonarse y, como habrá ocasión de razonar, se abandona con la publicación del Código Civil.

2. NORMATIVA VIGENTE

A) *Crítica*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 128 de la Ley Hipotecaria y 1.964 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe a los veinte años (16). El que nuestro Código haya establecido para la acción hipotecaria este plazo de prescripción, superior en cinco años al correspondiente a las acciones personales que no tengan otro especial, ha sido criticado desfavorablemente por nuestra doctrina, que, partiendo del carácter accesorio del derecho de hipoteca, estima imposible pueda subsistir la acción hipotecaria una vez prescrita la acción personal, al pensar que extinguida ésta se extingue el crédito y con él la hipoteca.

Incluso cuando se reconoce que la redacción del artículo 1.964 del Código Civil impone tener que admitir un plazo superior de prescripción para la acción hipotecaria, se afirma: «con esta solución se destruye la coincidencia lograda por la Ley Hipotecaria de 1861 y sólo un error histórico y una falta de coordinación al redactarse el Código Civil han podido dar lugar al actual 1.964» (17).

Esta autorizada y casi unánime (18) crítica no puede, sin embargo,

(15) «Necesario era poner límite a estas diferentes interpretaciones y fijar el tiempo que debe durar la acción hipotecaria: la Comisión propone el de veinte años, porque siendo éste el señalado por la prescripción de las acciones personales a que está adherida la hipoteca, perdiendo éstas su fuerza no debe conservarla la hipotecaria, puesto que extinguido el crédito, no puede menos de considerarse extinguida su garantía.»

(16) Artículo 128: «La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años contados desde que pueda ser ejercitada».

Artículo 1.964: «La acción hipotecaria prescribe a los veinte años y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince». Con esta misma redacción en el Anteproyecto de 1882-1888, libro IV, título... *De la prescripción*, capítulo III, artículo 35 (cfr. la edición del Proyecto de 1882-1888 cuidada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección IV, vol. I, pág. 752).

(17) Díez PICAZO: *La prescripción en el Código Civil*, 1964, págs. 173 y 174.

(18) Ante la justificación del artículo 134 por la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, no faltaron (GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la le-*

evitar que, al repasar los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1.861 del Código Civil y recordar la existencia de obligaciones no sujetas al plazo prescriptivo del artículo 1.964, surja la duda de si es tan deseable la vuelta a la «armoniosa» solución de la Ley Hipotecaria de 1861 como poco afortunada la actual redacción del artículo 1.964 del Código Civil. Al disponer los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1.861 del Código Civil que cabe asegurar con hipoteca cualquier clase de obligaciones, no cabe negar la posibilidad de su constitución en garantía de obligaciones (por ejemplo, las de los artículos 1.966 y 1.967 del Código Civil o 957 y siguientes del Código de Comercio), en las que el plazo de prescripción de sus respectivas acciones personales es mucho más corto que el quincenal del artículo 1.964 (19).

Admitida esta posibilidad, en la hipótesis de que nuestro Código Civil, siguiendo el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861, hubiera fijado el plazo de prescripción de la acción hipotecaria en quince años, ¿cuál sería el plazo de prescripción de esta acción en los créditos hipotecarios en los que el de su acción personal no fuese el quincenal?

Cabría pensar en dos posibles soluciones: entender que el Código había querido fijar como plazo general de prescripción los quince años y aplicar éste a todos los créditos hipotecarios (cualquiera que fuese el plazo de prescripción de sus respectivas acciones personales), o estimar que, si para los créditos hipotecarios comprendidos en el artículo 1.964 coincidía el plazo de prescripción de las acciones hipotecaria y personal, esta misma coincidencia debería producirse en todos los demás, prescribiendo la acción hipotecaria al mismo tiempo que sus respectivas acciones personales. Con la primera solución sólo se habría conseguido armonizar el plazo prescriptivo de las acciones hipotecarias y personal en aquellos créditos en los que el tiempo de prescripción de esta última

legislación hipotecaria de España y Ultramar, IV, 1884, pág. 231) quienes afirmaran: «No nos acaba de convencer la razón, al menos en la forma que se enuncia, porque cuando existía hipoteca, el crédito no se extinguía, puesto que quedaba acción para reclamarlo. De haberse extinguido, ¿qué es lo que se pedía al Tribunal al entablar la acción hipotecaria y la venta de la finca responsable del crédito? Si, pues, lo que se pedía era que con el producto se cubriese la cantidad prestada, es evidente que el crédito subsistía».

(19) GIMÉNEZ ARNÁU: *Tratado de legislación hipotecaria*, 1941, tomo II, página 166, estima aplicable el plazo veintenal de la acción hipotecaria a toda clase de obligaciones: «Este plazo debe considerarse preceptivo para toda clase de obligaciones, incluso para aquellas que por su carácter o forma especial tengan un plazo típico de prescripción. Aunque las obligaciones sean mercantiles, aunque resulten (como puede ocurrir en las cuentas corrientes en garantía de crédito) del cruce de letras de cambio, el plazo de prescripción, si la obligación única o el saldo resultante están asegurados con hipoteca, será el fijado por la Ley Hipotecaria, y no los tres años que el Código de Comercio establece para las acciones derivadas de la letra de cambio».

fuera de quince años, con la segunda podría pensarse que se había logrado la correlación deseada y sería la más defendible (20).

Pero ¿con establecer un mismo plazo de prescripción para las acciones—personal y real—derivadas del crédito hipotecario se impide que, en ciertos casos, la acción hipotecaria pueda subsistir aun después de haber prescrito la personal?

Responder afirmativamente a esta interrogante creo que supone mantener: o que todo acto interruptivo de una cualquiera de las acciones—personal o real—provoca necesariamente la interrupción de la otra, o que cualquier intento de interrumpir exclusivamente la acción hipotecaria resulta inútil, sobre todo si se sostiene que prescrita la acción personal se extingue el crédito y con él la acción hipotecaria, y esto aunque la acción personal haya de ejercitarse contra el deudor y la hipotecaria contra el tercer poseedor. Estas afirmaciones difícilmente pueden compartirse.

Para concluir el examen crítico del artículo 1.964 parece conveniente poner de relieve que no ha sido solamente el Código Civil el que no ha logrado armonizar el plazo de prescripción de las acciones hipotecaria y personal. La Ley de Hipoteca Naval de 1893, en su artículo 49, al fijar el plazo de prescripción de su acción hipotecaria en diez años (21), poco o nada parece haber tenido en cuenta el de las acciones personales de las obligaciones que pueden garantizarse con ella.

No, ni una solución análoga a la de la Ley Hipotecaria de 1861 habría logrado la deseada armonización prescriptiva del crédito hipotecario, ni la redacción del artículo 1.964 es tan desafortunada como impen-sada. El convencimiento de la dificultad, por no decir imposibilidad, de armonizar prescriptivamente la acción personal y la hipotecaria y el deseo de contrarrestar situaciones usurarias, favoreciendo al crédito hipotecario con un mayor plazo prescriptivo para la acción hipotecaria, pueden haber sido razones más que suficientes para llegar a la actual redacción del artículo 1.964 del Código Civil (21 bis).

(20) De haberse seguido esta solución por el artículo 1.964, su redacción podría haber sido más o menos la siguiente: «La acción hipotecaria prescribe en el mismo lapso de tiempo que las acciones personales, y de éstas las que no tengan señalado término especial, a los quince años».

(21) Artículo 49: «La acción hipotecaria naval prescribe a los diez años, contados desde que pueda ejercitarse, conforme a las disposiciones de esta Ley».

(21 bis) La Compilación de Derecho Civil de Navarra no ha sentido ninguna preocupación por armonizar los plazos prescriptivos de las acciones personales con el de la acción hipotecaria (comp. Las Leyes 29, 30 y 39).

B) *Interpretación*

Aunque los criterios interpretativos del artículo 1.964 han sido numerosos (22), pueden reducirse a dos los que principalmente dividen a nuestra doctrina. Partiendo del carácter accesorio de la hipoteca, un autorizado sector estima imposible que la acción hipotecaria subsista una vez extinguida la acción personal, prescrita ésta se extingue el crédito y con él la hipoteca. Por ello se sostiene que lo que el artículo 1.964 del Código Civil ha querido expresar es que el «crédito hipotecario» prescribe a los veinte años. El «crédito garantizado con hipoteca» resultaría ser un crédito privilegiado en su prescripción (23).

Frente a esta tesis, que cuenta con el apoyo de sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1960, se ha opuesto el argumento de que no se acierta a ver cuál puede ser la razón para favorecer de este modo al acreedor que ejercita la acción personal contra el deudor, cuando el crédito es hipotecario y no hacerlo cuando es simple. Objeción a la que cabe añadir, además de lo ya expresado en el examen crítico del artículo 1.964, que este trato privilegiado resulta mucho más difícil de justifi-

(22) Además de los indicados en el texto, cabe recoger los siguientes:

Para un importante sector de la doctrina romanista, extinguida—al menos en el período justiniano—la acción personal, subsiste la hipotecaria, apoyada en una obligación natural. No parece que esta interpretación pueda sostenerse para nuestro Derecho.

También se ha querido distinguir entre la relación que vincula al acreedor hipotecario con el tercer poseedor y la existente entre acreedor y deudor hipotecario; mientras aquélla quedaría sujeta al plazo prescriptivo veintenal, ésta lo estaría al quinquenal. La razón de la distinción estaría en que a los veinte años se habría adquirido por usucapión la libertad de la cosa hipotecada.

Esta opinión, inspirada en los artículos 2.230 del Código Civil italiano y 2.180 del francés, parece olvidar que el plazo de veinte años no es el único que nuestro Código fija para la usucapión (arts. 1.957 y 1.959 del Código Civil).

Se ha sostenido el plazo prescriptivo veintenal para la acción hipotecaria y el quinquenal para la personal. Si bien ésta sólo podría ejercitarse y comenzaría a prescribir en el caso de que el crédito resultase en parte insatisfecho después de ejecutada la hipoteca. Una vez agotada la acción hipotecaria, la parte del crédito insatisfecho tendría la condición de crédito común y quedaría sujeto al plazo prescriptivo quinquenal (LALAGUNA: *Los créditos hipotecarios*, R. D. N. 85-86, 1974, página 205, y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, 1976, II, pág. 146).

Esta opinión, además de estar basada en el dudoso criterio de que es forzoso ejercitar la acción hipotecaria previamente a la personal (ver nota 28), tiene el inconveniente de que alarga el plazo de prescripción del crédito hipotecario cuando, previa ejecución, resulte insatisfecho, hasta treinta y cinco años.

(23) DE BUEN: *Notas al curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, 1952, V, pág. 602; LÓPEZ DE HARO: *Acciones del acreedor hipotecario y naturaleza y prescripción de ellas*, R. G. L. J., 1932, T. 160, pág. 168; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, 1971, vol. III, págs. 305-306; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., 1968, IV, págs. 1.134 y sigs.

car en aquellos créditos hipotecarios en los que la acción personal a ejercitar tiene un plazo prescriptivo más corto que el quincenal (24).

Para otro importante sector doctrinal, lo único que ha hecho el Código Civil en el artículo 1.964, al disponer que la acción hipotecaria prescribe a los veinte años, es distinguir a esta acción de las demás reales (24 bis), sin que su redacción ofrezca duda alguna sobre dicho plazo (25). Este criterio interpretativo, que tiene a su favor el tenor literal de los artículos 1.964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria, y en su contra la consideración—al parecer insalvable—de que es imposible que subsista la acción hipotecaria una vez prescrita la personal, se ha visto reforzado por la afirmación de que, en nuestro Derecho, la prescripción extingue las acciones y no los derechos (26). Ello ha permitido decir: «la prescripción de quince años no extingue el crédito hipotecario, sino que lo modifica sustancialmente en el sentido de que lo limita de manera tal que a partir de ese momento la deuda sólo puede hacerse efectiva exclusivamente sobre los bienes hipotecados. La prescripción ordinaria lo que opera es una conversión de la hipoteca en hipoteca de responsabilidad limitada» (27).

Examinados los principales criterios de interpretación del artículo 1.964, se hace necesario exponer el que se mantiene.

Se ha dicho con tanta reiteración que el crédito hipotecario constituye una unidad compleja de la que emanan dos clases de acciones—personal y real—que es innecesario insistir en ello. Lo que sí puede resultar útil es recordar que estas acciones tienen una distinta naturaleza y finalidad. La acción personal se dirige contra el deudor, la hipotecaria contra el deudor hipotecario, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor. La acción personal persigue la realización efectiva de la prestación debida, la hipotecaria, si bien trata de conseguir ese mismo fin, lo hace indirectamente; su finalidad primordial es satisfacer al acreedor, en caso de

(24) Sería más lógico sostener que, así como la presencia de la hipoteca prolonga el plazo prescriptivo de la acción personal, en las obligaciones que no tienen otro especial, de quince a veinte años; las obligaciones garantizadas con hipoteca, a las que la Ley señala un plazo más corto que el quincenal para el ejercicio de su acción personal, deberían ver aumentado este plazo en cinco años, nunca a veinte.

(24 bis) El plazo prescriptivo veintenual de la acción hipotecaria no es la única excepción al artículo 1.963 del Código Civil. Este mismo plazo rige en materia de servidumbres (art. 546, 2.º).

(25) DE CASSO ROMERO: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed., 1951, págs. 719 y sigs; Díez PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Versión y notas a la obra de HEDEMAN, «Derechos reales»*, 1955, II, págs. 422-423; Díez PICAZO: *La prescripción...*, cit., págs. 174-175; GIMÉNEZ ARNÁU: *Tratado...*, cit., páginas 165-166.

(26) Díez PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Versión y notas...*, cit., págs. 422 y 423; Díez PICAZO: *La prescripción...*, cit., págs. 33 y sigs.

(27) Díez PICAZO: *La prescripción...*, cit., pág. 174.

incumplirse con la prestación debida, con el importe de la venta de los bienes hipotecados. Es cierto que de no llevarse a cabo por el deudor el cumplimiento efectivo de la obligación, el acreedor se satisface con los bienes del patrimonio de aquél, pero la ley, siempre que lo considera posible, procura que se cumpla efectivamente la obligación (arts. 1.096 y 1.098 del C. C.), siendo en las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones consistentes en dar o hacer donde más claramente se perciben las diferencias entre la acción hipotecaria y la personal (28).

Recordadas estas diferencias, no parece haber inconveniente en admitir que, aunque haya prescrito la acción personal, puede seguir subsistiendo la hipotecaria. Ello ocurre no porque en nuestro Derecho la prescripción extinga exclusivamente las acciones, cuestión discutible (29), sino porque el crédito hipotecario tiene a su favor esta peculiaridad. Prescrita la acción personal, el acreedor habrá perdido la posibilidad de exigir del deudor el cumplimiento de la prestación debida, pero conservará, mientras no prescriba la hipotecaria, porque el crédito no se ha extinguido, la de dirigirse contra los bienes hipotecados para satisfacerse con el importe de su venta, del incumplimiento de la obligación y sin que sea necesario que el plazo de prescripción de ésta tenga que coincidir con el de aquélla. Solamente cuando la acción personal y la hipotecaria hayan prescrito podrá afirmarse que el crédito se ha extinguido.

(28) Del crédito hipotecario nacen dos acciones—personal y real—distintas e independientes, pudiendo el acreedor elegir la que más le convenga. La tesis iniciada por SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, s. f., pág. 388), que cuenta hoy con numerosos seguidores (CHICO Y ORTIZ Y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, 1968, II, págs. 442-443; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.ª ed., VI, 1975, págs. 681-684; LALAGUNA: *Los créditos*, ., cit., págs. 113 y sigs.) y que sostiene que el acreedor hipotecario puede elegir el procedimiento que desee, pero necesariamente ha de ejercitar, en primer lugar, la acción hipotecaria y sólo la personal cuando resulte insatisfecho el crédito después de ejecutada la hipoteca, resulta, cuando menos, poco favorecedora del crédito hipotecario.

Si nuestro Derecho permite al acreedor no hipotecario pedir en las obligaciones de dar que se le entregue la cosa objeto de la prestación cuando se encuentre en el patrimonio del deudor (art. 926, LEC), no se acierta a averiguar cuál puede ser la razón por la que, en el caso de que el crédito sea hipotecario, el acreedor tiene que verse privado de esta facultad y ha de conformarse con la «cantidad máxima» en que se ha fijado la responsabilidad hipotecaria. Con esta solución se va en contra de la finalidad de la obligación garantizada.

A favor de la libre elección de acciones se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 13-I-1906 y 17-III-1910: «No existe precepto alguno que obligue al acreedor a proceder en primer término contra los poseedores de los bienes hipotecados, toda vez que, sobre ser la hipoteca una garantía de la obligación que no obsta al ejercicio de la acción personal, el artículo 126 de la Ley Hipotecaria no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede ejercitar o no a su libre arbitrio.

(29) Ultimamente, en favor de la tesis de que en nuestro Derecho la prescripción: por esto la Comisión propone que el tiempo se cuente en la acción hipotecaria desde que pueda ejercitarse».

II. COMIENZO DE LA PRESCRIPCION

Las distintas teorías que han procurado encontrar un criterio general con el que fijar el momento inicial de la prescripción (30) han tropezado con bastantes dificultades a la hora de su aplicación al crédito hipotecario. Se ha sostenido que los derechos de garantía, a diferencia de los demás reales, no requieren como éstos una lesión o agresión para que comience a correr el plazo de prescripción, ya que no son dichos derechos, sino el crédito el que se ve lesionado por la falta de pago. Otras veces se ha tratado de distinguir entre acción y derecho, afirmándose que éste puede extinguirse por su negación o desconocimiento y que la acción no cabe considerarla lesionada ni obstaculizada por el impago del crédito (31).

En nuestro Derecho, el artículo 128 de la Ley Hipotecaria, coincidente con la regla general del artículo 1.969 del Código Civil (32), señala como fecha de comienzo de la prescripción de la acción hipotecaria «el día en que pueda ejercitarse». Posibilidad de ejercicio que, en principio, debe entenderse en sentido objetivo (33) y referida al instante del vencimiento del crédito según el título inscrito (34), momento en que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación y, en caso de impago, proceder contra los bienes hipotecados (35). El que la fecha de la

(30) Se ha dicho que basta con la posibilidad de ejercitar el derecho, que es necesario que se produzca una lesión o agresión, que es preciso atender a la naturaleza de los derechos (reales: agresión; de crédito: posibilidad de ejercicio).

(31) MOXO RUANO: «Concepto unitario de la hipoteca», *R. D. P.*, 1940, pág. 71; DE CASSO ROMERO: *Derecho hipotecario...*, cit., págs. 719 y sigs.

(32) Artículo 1.969: «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

(33) Un detenido examen sobre el criterio objetivo de nuestra jurisprudencia en materia de prescripción en DE CASTRO: *Temas...*, cit., págs. 152 y sigs.

(34) Si bien nuestra vigente Ley Hipotecaria en el artículo 128 no se refiere al título inscrito como medio de señalar el comienzo de la prescripción, la Ley de 1861 en su artículo 134 disponía: «La acción hipotecaria prescribirá a los veinte años según el título inscrito». La supresión de la referencia al título inscrito en el actual artículo 128 quizá se deba a que en ciertos casos (hipoteca en garantía de bienes dotales) del examen del título inscrito sólo puede obtenerse el hecho que impide de momento el ejercicio de la acción hipotecaria, no el instante en que la hipoteca puede ejecutarse, dato éste que será necesario encontrar fuera del título inscrito.

(35) La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: «Pero no bastaba señalar el término, era necesario fijar el día desde que había de correr. No debía esto dar lugar a muchas dudas; regla general es que el tiempo de la prescripción de las acciones corre desde su nacimiento, esto es, desde que por haber lesión del derecho por que se conceden pueden ejercitarse: de lo contrario se seguiría que pudiera extinguirse por prescripción un derecho que aún no tuviera verdadera existencia. Por esto, el término para la prescripción de las acciones personales empieza a correr desde que puede exigirse el cumplimiento de la obliga-

inscripción de la hipoteca en el Registro no señale el comienzo de la prescripción puede ser un posible dato que permita afirmar que la inscripción en el Registro no es constitutiva de la «existencia» del derecho de hipoteca (36).

En el caso de que el crédito hipotecario devengue intereses habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1.970 del Código Civil (37). Aunque se ha discutido si este artículo regula la prescripción de la acción encausada a reclamar los intereses (38) o la del capital que devengue intereses (39), existe acuerdo en afirmar que resulta incorrecto, «ya que no puede decirse que se deja de pagar los intereses cuando se acabó de pagar un plazo, sino cuando al llegar el vencimiento del siguiente o del nuevo no sea pagado» (40).

Quizá este precepto se comprenda mejor si se piensa que no hace sino seguir lo dispuesto en los artículos 355, 451, 3.º, y 474 del Código Civil (41). Los intereses, como frutos civiles del capital del crédito, se consideran percibibles y, por tanto, exigibles día por día. Desde el día siguiente al del último del vencimiento comienzan a devengarse y se adeudan. El nuevo plazo, o el siguiente, salvo pacto en contrario, tiene más carácter liquidatorio que determinativo de la exigibilidad del pago de los

ción: por esto la Comisión propone que el tiempo se cuente en la acción hipotecaria desde que pueda ejercitarse».

(36) Parece lógico atender al título inscrito y no a la fecha de la inscripción. El fijar como fecha del comienzo de la prescripción de la acción hipotecaria el de la inscripción de la hipoteca supondría dejar al arbitrio del acreedor el comienzo del término prescriptivo.

Si en nuestro Derecho la acción hipotecaria puede comenzar a prescribir con independencia de la inscripción del derecho de hipoteca, es porque éste existe aunque no se haya inscrito. Ningún derecho puede prescribir si previamente no existe. Y si esto es así, como parece, significa que la inscripción en relación con el derecho real de hipoteca es constitutiva de su eficacia, no de su existencia.

(37) Artículo 1.970: «El tiempo para la prescripción de las acciones que tienen por objeto reclamar el cumplimiento de obligaciones de capital con interés o renta corre desde el último pago de la renta o del interés.

Lo mismo se entiende respecto del capital del censo consignativo.

En los censos enfiteutico y reservativo se cuenta asimismo el tiempo de la prescripción desde el último pago de la pensión o renta».

(38) ALAS, DE BUEN, RAMOS: *De la prescripción extintiva*, 1918, págs. 177 y siguientes.

(39) DÍEZ PICAZO: *La prescripción...*, cit., pág. 193.

(40) ALAS, DE BUEN, RAMOS: *De la prescripción...*, cit., pág. 179; DÍEZ PICAZO, *La prescripción...*, cit., pág. 194.

(41) Artículo 355, párrafo 3.º: «Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio de arrendamiento de tierras y el importe de las rentas vitalicias u otras análogas».

Artículo 451, párrafo 3.º: «Los frutos civiles se consideran producidos por días y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción».

Artículo 474: «Los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo».

intereses. El que a las partes pueda interesar aplazar su liquidación a una fecha posterior, no significa que no sean exigibles desde el momento en que se concluyó de abonar el plazo anterior.

III. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Ha sido escasa la atención dedicada por nuestra doctrina al problema de la interrupción de la prescripción cuando en defensa de un mismo derecho existe una pluralidad de acciones, pero en las pocas ocasiones en que lo ha abordado se inclina por estimar que el ejercicio de una sola de ellas no provoca necesariamente la prescripción de la otra (42). Siendo este mismo el criterio que parece seguir nuestra Jurisprudencia (43).

En el crédito hipotecario este problema se presenta con especial complejidad no sólo por la distinta naturaleza de las acciones—personal y real—que de él se derivan, sino porque además pueden dirigirse, simultánea o alternativamente, contra sujetos distintos vinculados, a veces, por relaciones jurídicas diferentes.

1) *Acreeedor-deudor hipotecario*

La distinta naturaleza y finalidad de las acciones personal e hipotecaria permite afirmar que, interrumpida la prescripción de la acción personal por cualquiera de las causas expresadas en el artículo 1.973 del Código Civil, no puede, por este solo hecho, estimarse simultáneamente interrumpida la acción hipotecaria. El que por el acreedor se reclame, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación, o el que por el deudor se reconozca su existencia, no puede provocar la interrupción de la acción hipotecaria encaminada a satisfacer al acreedor de su incumplimiento con el importe de la venta de los bienes hipotecados (44).

Si la acción interrumpida por el acreedor es la hipotecaria, la respuesta, en principio, no debería ser distinta; sin embargo, el carácter accesorio de la hipoteca, de una parte, la distinta naturaleza de las acciones personal e hipotecaria, de otra, unido todo ello a la falta de claridad en la regulación de los distintos procedimientos previstos en nues-

(42) ALAS, DE BUEN, RAMOS: *De la prescripción...*, cit., págs. 231-232, siguiendo a PLUGIESE: *La prescrizione nel Diritto civile*, II: *La prescrizione estintiva*, 4.^a ed., 1924, págs. 233-234.

(43) S. T. S. de 5-7-1904: «Para que la prescripción se interrumpa es necesario ejercitar precisamente la acción de que se trate».

(44) El que la prescripción de la acción personal se interrumpa y subsista, no obstante la extinción de la hipotecaria, no puede preocupar a nadie, ya que, cualquiera que sea la interpretación del artículo 1.964, mientras no se extinga la acción personal no pueden surgir dudas sobre la existencia del crédito.

tra legislación para el ejercicio de la acción hipotecaria, ha dado lugar a encontrados criterios sobre quién es el sujeto pasivamente legitimado en dichos procedimientos.

Se ha sostenido que el único sujeto pasivamente legitimado es deudor independientemente de si resulta ser al tiempo propietario de los bienes hipotecados (45). Opinión basada en una interpretación rigorista del carácter accesorio de la hipoteca y, generalmente, mantenida por nuestra Jurisprudencia (46).

Frente a este criterio se ha dicho que la acción hipotecaria debe dirigirse contra el poseedor de los bienes hipotecados sea o no al mismo tiempo deudor personal, sin perjuicio de requerir a éste de pago, ya que la hipoteca sólo podrá ejecutarse, por su carácter accesorio, una vez cumplido este requisito (47). Solución que ha recibido su consagración legislativa en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria (48).

De seguirse la primera de las opiniones habrá que afirmar que interrumpida la prescripción de la acción hipotecaria se interrumpe la de la acción personal, ya que el ejercicio de aquélla supone una implícita reclamación de pago al deudor como sujeto pasivamente legitimado. Por el contrario, si se piensa que el requerimiento al deudor personal, aunque necesario, es independiente del ejercicio de la acción hipotecaria, cabe sostener que la acción hipotecaria puede interrumpirse y subsistir aun habiendo prescrito la acción personal.

En nuestro Derecho, en el procedimiento declarativo y en el ejecutivo ordinario promovido contra el deudor hipotecario, el requerimiento de pago es implícito al ejercicio de la acción hipotecaria. En el ejecutivo ordinario, cuando los bienes han pasado a un tercer poseedor, aunque no es implícito, es presupuesto de la demanda, por lo que con su presentación se interrumpe simultáneamente la prescripción de la acción personal. Solamente en el procedimiento judicial sumario (art. 131, regla 4.^a) el requerimiento de pago puede ser posterior a la presentación de la demanda.

En el procedimiento judicial sumario, para quienes sostienen que prescrita la acción personal se extingue el crédito y con él, por su carác-

(45) Entre otros, SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, II: *Derecho de cosas*, 1973, página 654; LALAGUNA: «Los créditos hipotecarios», en *Estudios* ..., cit., págs. 122 y sigs.

(46) Sentencias de 7-11-1914, 12-2-1915, 21-6-1919, 2-12-1925 y 2-1-1930.

(47) Por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario* ..., cit., págs. 96 y sigs.

(48) Artículo 131, regla cuarta: «El Juez examinará la demanda y los documentos acompañados, y si se hubiesen cumplido los requisitos antes expresados la admitirá y mandará sustanciar el procedimiento, ordenando que se practiquen los requerimientos cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite...»

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 4-6-1952 ha declarado: «el documento de requerimiento de pago no debe acompañarse necesariamente a la demanda, ya que de no presentarse el Juez ordenará que se practique».

ter accesorio, la hipoteca, y propugnan por ello la unidad del plazo prescriptivo de ambas acciones—personal y real—, puede darse la siguiente sorpresa:

Iniciado (el último día del plazo prescriptivo) el ejercicio de la acción hipotecaria, e interrumpida su prescripción con la presentación de la demanda, sin que con ella se haya requerido con anterioridad de pago al deudor, aun cuando posteriormente se haga, el deudor hipotecario o el tercer poseedor, si consignan la cantidad reclamada, podrán, en un posterior procedimiento declarativo ordinario (49), alegando la prescripción de la acción personal, recobrar la cantidad consignada e impedir la ejecución del crédito sobre los bienes hipotecados.

2) *Acreeedor-tercer poseedor*

La interrupción de la prescripción de la acción personal no provoca la interrupción de la hipotecaria. El tercer poseedor se encuentra vinculado con el acreedor por una relación ajena a la que une a éste con el deudor y las circunstancias que afectan a dicha relación no tienen porqué influir en la que une al acreedor con el tercer poseedor.

Lo mismo cabría afirmar para el caso de que la prescripción interrumpida fuese la de la acción hipotecaria, pero vuelve a producirse lo ya examinado en la relación acreedor-deudor hipotecario, si bien la influencia de la interrupción de la prescripción de la acción hipotecaria sobre la personal resulta aquí atenuada.

Mientras el reconocimiento por el deudor hipotecario de la existencia de la hipoteca, dado su carácter accesorio, implica el del crédito e interrumpe tanto la prescripción de la acción hipotecaria como la de la personal; los acuerdos entre acreedor y tercer poseedor (cancelación parcial, ampliación o reducción) relativos a la hipoteca no afectan a la relación acreedor-deudor y no ocasionan la interrupción de la acción personal que contra éste puede ejercitar el acreedor.

3) *Acreeedor-hipotecante no deudor*

Se ha insistido tantas veces en la similitud entre el fiador e hipotecante no deudor, calificándole de fiador real, que podría pensarse en aplicar a esta relación la solución del artículo 1.975 del Código Civil.

(49) Las tasadas causas de oposición del artículo 131 de la Ley Hipotecaria impedirán que la prescripción de la acción personal pueda ser alegada en el procedimiento judicial sumario, pero podrá serlo en un posterior juicio declarativo ordinario.

Pero lo cierto es que cuantas veces se ha realizado esta comparación sólo ha servido para marcar las diferencias existentes entre ellos. La posición del hipotecante no deudor en esta como en otras ocasiones se asemeja a la del tercer poseedor y lo dicho para éste es aplicable al hipotecante no deudor.

IV. PRESCRIPCION Y REGISTRO

Nuestra Jurisprudencia, aunque con la oposición de algún autor (50), viene sosteniendo reiteradamente que la prescripción es cuestión sometida a la exclusiva competencia de los Tribunales y que no incumbe al Registrador tenerla en cuenta al efecto de cancelar los derechos inscritos (51).

Este criterio, si bien referido a los supuestos de cancelación, cabe generalizarlo a cualquier otro caso de calificación registral. Presentada en el Registro una escritura en la que se formalice un crédito hipotecario no podrá el Registrador denegar su inscripción, alegando la prescripción (52). Salvo el caso de resolución judicial firme, en la que se declare la prescripción, ésta no habrá de ser tenida en cuenta por el Registrador (53).

SANTIAGO RUBIO LINIERS

Registrador de la Propiedad
Notario

(50) BELLVER CANO: «La prescripción de las acciones hipotecarias», *R. C. D. I.*, 1934, pág. 673; LÓPEZ DE HARO: *Acciones del acreedor* ..., cit., pág. 193.

(51) Así, las Resoluciones de 21-8-1895, 3-6-1913, 11-12-1917, 3-8-1939 y 8-11-1951.

(52) No existe inconveniente alguno en practicar la inscripción de un crédito hipotecario que, aunque vencido, sea exigible, e incluso, según lo arriba expuesto, mientras no se declare prescrita la acción hipotecaria, la de un crédito hipotecario del que se ha reconocido judicialmente prescrita la acción personal.

(53) Para la acción hipotecaria naval éste es el criterio del artículo 172 del Reglamento del Registro Mercantil: «Si la extinción de la acción hipotecaria tuviere lugar por la prescripción establecida en el artículo 49 de la Ley de Hipoteca Naval, la cancelación del asiento correspondiente se practicará en virtud del testimonio de la sentencia firme en que se hubiere declarado la prescripción. Del mismo modo se practicará la cancelación por prescripción de los demás derechos inscritos en el Registro que afecten a los buques».

Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales

*A don Alfonso De Cossío (q. e. p. d.)
con la mayor modestia y admiración.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Sentido de la reforma:* 1. Adaptación del régimen económico matrimonial a la separación de hecho. 2. Licitud. 3. Pactos extraeconómicos. 4. Crítica de la reforma.—III. *Problemas de la liquidación de la sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales:* 1. Posibilidad. 2. La separación de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales. 3. Naturaleza del acto liquidatorio. 4. Los cónyuges ante la liquidación. 5. Algunos problemas en relación con el contenido de la liquidación. 6. Los terceros ante la liquidación de la sociedad de gananciales.

I. INTRODUCCION

«Los que se unan en matrimonio—dice el nuevo artículo 1.315 del Código Civil—podrán otorgar sus capitulaciones antes *o después* de celebrarlo...». Con el sólo añadido de estas dos palabras subrayadas y con la necesaria adaptación al principio que introducen de una serie de preceptos en materia de capitulaciones (singularmente los arts. 1.320 y 1.322), se ha producido uno de los más importantes giros en nuestro Derecho Civil desde la publicación del Código.

El granítico principio de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial ha saltado por los aires, y ello hace recordar aquella célebre frase según la cual «sólo dos líneas del legislador pueden dejar sin efecto bibliotecas enteras».

Sin embargo, el carácter parcial de la reforma y la falta de coordinación de los preceptos modificados con otros que continúan subsistentes hacen que sean muchas las lagunas que pueden apreciarse en materia capitular. Sólo la elaboración doctrinal y, sobre todo, las decisiones jurisprudenciales que se vayan produciendo en este campo irán paliando tales deficiencias.

El objeto de este trabajo se hace en especial complicado porque en él se relacionan dos aspectos del derecho de familia de singular importancia y, al mismo tiempo, complejidad. Por un lado, la liquidación de la sociedad de gananciales, tema en el que la regulación del Código se encuentra absolutamente desbordada por la variedad de casos y situaciones imprevistos por el legislador. Por otro lado, las capitulaciones matrimoniales, cuyo desuso total hasta ahora ha hecho que sea escasísima la literatura que se ocupa de esta institución.

II. SENTIDO DE LA REFORMA

1. *Adaptación del régimen económico matrimonial a la separación de hecho*

No nos interesa en este momento cuál sea la razón que llevó al Código Civil a prohibir la modificación del régimen matrimonial—y paralelamente las capitulaciones—una vez celebrado el matrimonio.

Lo que resulta evidente es que la proliferación de los matrimonios separados de hecho y el rígido corsé que les imponía la anterior prohibición habían provocado una situación absolutamente insostenible, que hacía levantar el clamor de la doctrina (1), mientras se iba acudiendo a subterfugios tales como poderes irrevocables, licencias generales, etcétera, que no eran ciertamente sino parches a esa vía de agua producida por las crisis matrimoniales.

La reforma, en mi opinión y por lo que respecta al territorio del Derecho común, va a servir fundamentalmente, por el momento, para poner remedio a tales situaciones en que se produce una alteración de las relaciones personales entre los cónyuges y es necesario acomodar a ellas la estructura económica del matrimonio. Se abre también, aunque de modo indirecto, camino al divorcio, cuya necesidad se deja sentir ya en amplios sectores de la sociedad española, según demuestra el hecho sociológico incontrovertible de los sondeos de opinión cualquiera que sea el parecer que se tenga sobre él.

(1) Cfr., por todos, DE LA CÁMARA, M.: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *A. D. C.*, 1969, págs. 3 y sigs.

Es indudable que las capitulaciones matrimoniales pueden tener otro contenido (2) y que se habla de ellas como una posible carta-constitucional de las relaciones familiares, al menos en su aspecto económico. Pero no olvidemos que las capitulaciones tienen una tradición prácticamente nula en el derecho común (3). Cualquier persona con experiencia profesional en territorios de derecho común coincidirá probablemente en que, antes de la reforma de 1975, las escasas capitulaciones que se hacían—todas, naturalmente, antes del matrimonio—eran casi siempre para pactar la separación de bienes entre futuros cónyuges de muy diferente posición económica (matrimonios «casi-morganáticos») y que, hoy en día, se siguen haciendo prácticamente con esta sola finalidad y—ya contraído el matrimonio—con la de atender a la separación de hecho.

Sin embargo, la sustitución del régimen de gananciales por uno de separación, que será lo más normal, puede tener no sólo la finalidad apuntada, sino que se dan teóricamente diversos motivos, que con el tiempo posiblemente se acaben imponiendo en nuestra práctica.

Como pone de manifiesto ELISABETH POISSON (4), los fines que pueden llevar a los cónyuges al cambio de régimen en el sentido apuntado en el párrafo anterior son muy variados e incluso pueden clasificarse del modo siguiente:

1) Evitar los riesgos ocasionados por la actividad profesional de uno de los esposos.

2) Deseo de independencia financiera de los esposos:

- a) Por ejercer actividades profesionales distintas.
- b) Por conservar el ámbito de actuación exclusivo sobre una donación o sucesión de uno de los esposos.
- c) Atender a las necesidades de la separación de hecho.
- d) Intereses patrimoniales distintos, si hay hijos de diferentes matrimonios o naturales.

(2) Apuntan el matiz sucesorio de los capítulos LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHE: «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el derecho común», *R. D. P.*, 1977, pág. 166.

(3) En 1974, último año anterior a la reforma, se otorgaron en todas las Notarías radicadas en territorios de Derecho común 570 escrituras de contratos por razón de matrimonio, de las cuales 209 lo fueron sólo en Madrid. Fuente: *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1974. Se exceptúa del cómputo la provincia de Vizcaya, en la que la mezcla de territorios de Derecho común y foral hace difícil la investigación.

(4) «Le changement de régime matrimonial», *Rev. Trim. de Droit civil*, 1969, página 471.

3) Deseo de paliar un accidente en la vida familiar:

- a) Por el estado de salud precario del marido.
- b) Por el desorden en los negocios del marido.

Pero, mientras esta institución de la modificabilidad del régimen económico-matrimonial va calando en el pueblo, el mismo caso más corriente de las capitulaciones de separación de bienes con su correspondiente liquidación de gananciales, para atender a la separación de hecho, no deja de suscitar algunos problemas generales, como son su licitud y la posibilidad en su contenido de pactos extraeconómicos, que pasamos a estudiar a continuación.

2. *Licitud*

Plantea GULLÓN (5) que, si en relación con los antiguos convenios de separación se aducían los argumentos de la causa ilícita y de la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales (art. 1.814 C. C.), la misma amenaza puede «planear» sobre las nuevas escrituras de capitulaciones matrimoniales que recogen aquella situación.

En contra de tales argumentos, remite GULLÓN a las posiciones defendidas por M. DE LA CÁMARA. Este (6), en efecto, pone de relieve cómo no tiene sentido que los pactos se consideren ilícitos para el Derecho común y no para el Derecho foral, aparte de que normalmente concurren a las situaciones que provocan estos convenios alguna de las causas que dan lugar a la separación legal; por lo que respecta a la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales, observa que tales pactos no constituyen una verdadera transacción, por lo que no caerían dentro de la prohibición del artículo 1.814.

Creo que hoy cabría añadir a todo ello el nuevo artículo 3, 1, del Código Civil. Si las normas deben de interpretarse según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», parece claro que la actual sociedad española no siente ningún escándalo ante una separación de hecho y que no hay, por tanto, ilicitud en la causa de los pactos que la regulan.

(5) GULLÓN, A.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1068.

(6) *Loc. cit.*, pág. 15.

3. Pactos extra-económicos

Para LACRUZ (7), las capitulaciones *post nuptias* que vienen a normativizar la separación de hecho deberían incluir sólo aspectos del régimen de bienes, excluyendo los pactos relativos a la interrupción de la convivencia de los cónyuges, modalidades de la vida separada de ambos y relaciones de uno y otro con los hijos, tal y como se venía haciendo en los convenios privados de separación con validez dudosa o nula.

No parece ser de la misma opinión, al menos a primera vista, FOSAR BENLLOCH (8), el cual—al comentar el artículo 1.316 reformado—observa que tales pactos que puedan afectar al contenido de los artículos 56 y 57 del Código Civil no se deben considerar nulos más que cuando contravengan el *mínimum* ético impuesto por estos artículos (con lo cual implícitamente parece admitir el acceso de los repetidos pactos extraeconómicos a la escritura de capitulaciones).

También Díez PICAZO (9) acepta la posibilidad de que se introduzcan en las capitulaciones estipulaciones no económicas, sino personales, siempre que sean conformes con la ética imperante y con los fines del matrimonio.

Esta posición me parece ciertamente muy admisible, con el deseo, desde luego, de que las referencias a los «mínimos éticos» y al presunto «orden público» se interpreten con toda la liberalidad y amplitud que la sociedad de nuestros días requiere.

4. Crítica de la reforma

Ha sido en general favorable la valoración por parte de la doctrina de la reforma del 75 en materia de posibilidad de capitulaciones matrimoniales *post nuptias* y de modificación del régimen económico después de contraído el matrimonio.

Se ha acabado con una situación anterior prácticamente insostenible, lo cual no es poco, aunque el contenido de la reforma adolezca de algunos defectos. Se le reprochan a ésta algunas deficiencias técnicas (10), la carencia de una mayor precisión en la publicidad de la modificación

(7) LACRUZ, J. L.: «El nuevo derecho civil de la mujer casada», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1975, pág. 95.

(8) FOSAR, E.: «Apéndice al estudio La capacidad jurídica de la mujer casada», *R. C. D. J.*, 1975, pág. 1392.

(9) Díez PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1071.

(10) Como, por ejemplo, el haber dejado intocado el artículo 1.417 del Código Civil en cuanto a las causas de disolución de la sociedad de gananciales. *Vid.*, por todos, FOSAR BENLLOCH, *loc. cit.*, pág. 1390.

del régimen económico matrimonial (11) y la falta de homologación judicial a los convenios capitulares modificativos.

Esta última—la no necesidad de homologación judicial—es uno de los principales defectos que LETE y ALVAREZ aprecian reiteradamente en el nuevo sistema. En su opinión, la intervención judicial evita el fraude (12) y protege la posición del cónyuge más débil—en general, la mujer—, obligado muchas veces a transigir ante una liquidación desfavorable de la sociedad de gananciales (13).

A mi juicio, la falta de rodaje de nuestro sistema impide una valoración comparativa frente a otros, como el francés o el italiano, en los que tiene lugar la intervención judicial. *A priori*, sin embargo, creo que se debe tener en cuenta lo siguiente: si la homologación judicial es meramente formularia y el Juez se limita a citar a las partes y preguntarles si están de acuerdo con lo realizado en capitulaciones, tal intervención carece de sentido, porque las partes ya han prestado su consentimiento fehacientemente en la escritura; si es más profunda y el Juez examina minuciosamente el contenido de los capítulos modificativos, ello añadiría un trámite más (que es de suponer largo y costoso), lo cual sería mirado con gran prevención por los interesados, llevándolos de nuevo a los convenidos privados y secretos de separación, que es precisamente lo que la reforma trata de evitar.

Por otra parte, el fraude a los terceros queda paliado por el artículo 1.322, cuyo párrafo último claramente establece que no les perjudicará en ningún caso la modificación del régimen económico matrimonial. En cuanto a la posibilidad de que el cónyuge fuerte abuse del débil, me parece, en primer lugar, que la posición de los cónyuges es cada vez más igualitaria y, en segundo lugar, siempre le queda la posibilidad al cónyuge perjudicado de impugnar las capitulaciones celebradas con un consentimiento viciado, incluso por el dolo provocado por el otro, entendido el dolo no sólo como maniobra engañosa, sino en el sentido que nos enseña COSSÍO de conducta contraria a la buena fe.

En definitiva, la intervención judicial debe—en mi opinión—preservarse para lo que creo es su más importante función: la tutela de los derechos violados y de los intereses injustamente perjudicados, debiendo evitarse una actuación innecesaria en materias que no vendrían sino a abarrotar la ya de por sí sobrecargada actividad jurisdiccional.

(11) Aboga por un Registro central de regímenes económico matrimoniales TORRALBA, V.: *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Obra colectiva. Editorial Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1112.

(12) *Loc. cit.*, pág. 166.

(13) *Loc. cit.*, pág. 175.

En cualquier caso, como quedó dicho anteriormente, el tiempo dirá si las ventajas de la homologación judicial suplen los inconvenientes que todo nuevo trámite supone.

III. PROBLEMAS DE LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. *Su posibilidad*

El mantenimiento inalterado del artículo 1.417 del Código Civil puede hacer pensar que siguen siendo las mismas las causas de disolución de la sociedad de gananciales, no figurando entre ellas el acuerdo de los cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

Incluso el artículo 1.392—también inalterado—, cuando dice que «mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, *al disolverse* el matrimonio...», parece dar a entender que la vida de la necesidad de gananciales va unida a la del matrimonio.

Todo ello da idea de la falta de coordinación de los artículos reformados con otros que continúan sin modificar.

Sin embargo, la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado del tema pone de manifiesto que no estamos más que ante una omisión del legislador que debe superarse acudiendo a la finalidad inspiradora de la reforma. De nada habría ésta valido si no se pudiese disolver la sociedad ganancial por la voluntad de los esposos.

Entre los muchos argumentos esgrimidos para defender esta postura, me parece interesante recoger los de GULLÓN (14), cuando observa que, si el legislador hubiera pensado en prohibir la disolución de la sociedad de gananciales, sobraría la protección a los terceros del artículo 1.322, y GARRIDO PALMA (15), en el sentido de que, si el artículo 1.315 permite a los cónyuges estipular las condiciones relativas a los *bienes presentes*, es indudable que entre tales bienes se encuentran los gananciales y que la libertad que este concepto consagra debe entenderse que incluye la posibilidad de su liquidación.

El hecho de ser así admitido casi unánimemente evita incluso plantear cualquier tipo de discusión sobre este presunto problema.

Añadiré únicamente que me parece bastante interesante la propues-

(14) GULLÓN, A.: «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», *R. G. L. J.*, febrero 1977, página 92.

(15) GARRIDO, V.: «Comunicación a las XIV Jornadas Notariales». Albacete, junio 1976. Recogidas en el *Bol. de Información del Colegio Notarial de Granada*, julio-agosto 1976, y en la *R. D. N.*, 1977.

ta hecha por algún enmendante al elaborarse la ley de reforma—no recogida en la redacción definitiva—de que se debería arbitrar algún procedimiento judicial u otra fórmula para, a propuesta de uno de los cónyuges, modificar el régimen que le es perjudicial, cuando el otro injustificadamente se negase a ello (16). En este caso, no sólo sería factible la liquidación de la sociedad de gananciales, sino que uno de los esposos podría, basándose en bien fundados motivos, obligar al otro a hacerlo.

2. *La separación de bienes y la liquidación de la sociedad de gananciales*

Una de las cuestiones más interesantes que se pueden suscitar en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales es la relación que con ella tenga el convenio de separación de bienes.

Parece bastante claro que los esposos pueden acordar en capitulaciones la separación de bienes y dejar expresamente para un momento posterior la liquidación de la sociedad ganancial. Pero, en el caso de que los cónyuges se limiten a pactar la separación de bienes sin aludir a los gananciales existentes, ¿puede uno de ellos obligar al otro a liquidar los gananciales? En otras palabras, el mero convenio de separación de bienes ¿faculta a cualquiera de los cónyuges—salvo pacto expreso en contrario, naturalmente—a exigir la liquidación?

Para SANZ FERNÁNDEZ (17), el mero pacto de separación de bienes no faculta a ninguno de los cónyuges para exigir del otro la liquidación de la sociedad de gananciales existente.

Para Díez GÓMEZ (18), cualquiera de los cónyuges que haya pactado la separación podrá pedir la liquidación; se basa en el tenor literal del artículo 1.418, según el cual «disuelta la sociedad de gananciales, se procederá *desde luego* a la formación de inventario».

En la misma dirección favorable a la exigibilidad de la liquidación—salvo pacto en contrario—se encuentra también GULLÓN (19), para quien la serie de problemas que se producirían por la simultaneidad de dos regímenes tan distintos habría motivado la lógica previsión del legislador. Además, a su entender, el artículo 1.434 (referido a la separación judicial), cuando dice que «acordada la separación de bienes... quedará disuelta la sociedad de gananciales y se hará su liquidación

(16) Citado por TORRALBA, *loc. cit.*, págs. 1086 y 1096.

(17) SANZ, A.: «La situación de la mujer casada en Derecho civil», *R. D. N.*, 1977, abril-junio, pág. 332.

(18) Díez, A.: «Comentarios a la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», *R. D. N.*, 1975, abril-junio, pág. 388.

(19) GULLÓN, A.: *Loc. cit.* («Observaciones...»), pág. 92.

conforme a lo establecido por este Código», hace suponer que la misma razón existe en el caso de la separación convencional.

Bien entendido que esta solución parece la más justa, creo que tal vez conviniese tener en cuenta algunas consideraciones. En primer lugar, cabría preguntarse si el pacto de separación *disuelve* la sociedad de gananciales; indudablemente tal pacto separatorio finaliza la vida de la sociedad de gananciales, pero para disolverla, ¿no se necesitará un acuerdo expreso de disolución? Este acuerdo de disolución es el que creo que facultaría para pedir la liquidación.

En segundo lugar, podría plantearse si los supuestos del 1.434 y el de la separación convencional son totalmente asimilables. En los casos de separación judicial se da un hecho «patológico», como es la sentencia de separación personal, la ausencia o la interdicción de uno de los cónyuges que no tiene por qué producirse en la separación convencional.

Es evidente que puede resultar conflictiva la existencia de bienes matrimoniales sometidos a regímenes distintos e incluso antagónicos, como son el ganancial y el de separación. Pero resulta igualmente claro que el legislador no ha concedido acción a los cónyuges para obligarse a disolver la sociedad ganancial por el solo hecho de pactar el régimen de separación.

A la vista de todo ello, creo muy oportuno tener esas circunstancias previstas a la hora de elaborar las capitulaciones matrimoniales, tanto por parte de los notarios al proceder a su confección como por parte de los abogados al asesorar a sus clientes. La laguna legal se podrá superar previendo en las capitulaciones expresamente la subsistencia de los gananciales anteriores con la reserva por parte de ambos cónyuges de la facultad de instar la liquidación de dichos gananciales en cualquier momento o bien en un plazo determinado (mayoría de edad o independencia económica de los hijos, por ejemplo).

3. *Naturaleza del acto liquidatorio de la sociedad ganancial*

La imposibilidad existente antes de la reforma de disolver y liquidar la sociedad de gananciales por la simple voluntad de los cónyuges hizo que no haya sido objeto de atención por parte de la doctrina la determinación de cuál sea la naturaleza de ese acto.

Tal determinación no pasaría de tener un valor exclusivamente académico si no fuera porque existe una importante finalidad práctica: su delimitación permitirá aplicar los criterios y normas de una institución más conocida a otra, como ésta, en que su novedad determina una evidente ausencia de normativa aplicable.

Llegado este momento, creo que resulta necesario hacer una importante distinción. Una cosa es la modificación del régimen matrimonial, que es de naturaleza esencialmente capitular, y otra distinta la liquidación de la sociedad de gananciales, que puede realizarse en la misma escritura de capítulos o en otra posterior, pero que en ninguno de los dos casos tiene naturaleza propiamente capitular. Este último aspecto, el liquidatorio, es el que interesa ahora destacar.

El acto por el que se lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales—en la misma escritura de capitulaciones o en otra posterior—creo, en primer lugar, que es un contrato, por lo cual le serán aplicables las normas de la contratación relativas a la capacidad, el consentimiento y sus vicios, tipos de ineficacia, etc.

En segundo lugar, creo que es un contrato particional, en el que, mediante la distribución de los bienes entre sus cotitulares, se produce el final de una situación de comunidad, cualquiera que sea el tipo de ésta y sin entrar, por tanto, en el controvertido y más bien dogmático problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales.

Al ser un contrato particional de una pluralidad de bienes entre una pluralidad de sujetos (que en este caso son siempre dos), los principios aplicables al mismo de una naturaleza más análoga son los de la partición de la herencia, institución ésta muy elaborada por la doctrina y por la jurisprudencia, cuyos criterios (deducidos aquellos que, por su especialidad, no lo permiten) me parecen bastante idóneos para suplir las innumerables lagunas que se producen en este campo.

Bien se verá que este contrato particional liquidatorio de la sociedad de gananciales nada tiene que ver con las capitulaciones matrimoniales, salvo el hecho de que ambos se puedan—y probablemente se deban—contener en la misma escritura y de que la liquidación no sea posible llevarla a efecto si no se ha producido una previa modificación del régimen matrimonial.

Este doble aspecto, el capitular y el liquidatorio, tiene importantes consecuencias prácticas. Si, por ejemplo, dos cónyuges acuerdan la separación de bienes en capitulaciones y deciden dejar la liquidación de los gananciales existentes para una escritura posterior, parece claro que esta segunda escritura no será de capitulaciones matrimoniales, sino una escritura particional que, eso sí, trae su causa de la anterior. Esto es importante porque las normas a aplicar a una y otra son distintas, como puede suceder en materia de capacidad o de representación. De ello nos ocupamos a continuación.

4. Los cónyuges ante la liquidación

Las posturas personales de los cónyuges en relación con las capitulaciones liquidatorias suscita no pocas cuestiones, de las que plantearémos aquí solamente dos, relacionadas con la capacidad para dicho acto y con la posibilidad de representación legal o voluntaria.

En relación a lo primero, surge inmediatamente el problema de si pueden liquidar la sociedad de gananciales los menores emancipados, con la peculiaridad de que los que pretenden efectuar tal liquidación son emancipados por el hecho mismo del matrimonio (art. 314, 1.º, del Código Civil).

La solución afirmativa es defendida por LETE y ALVAREZ (20), para quienes «el menor de edad (mayor de dieciocho años) puede otorgar válidamente capitulaciones un minuto después del matrimonio».

Con igual rotundidad por la tesis negativa se pronuncia GULLÓN (21), según el cual, si alguno de los cónyuges es menor, necesitará la asistencia y concurso de las personas que han de dar licencia para contraer matrimonio (22).

En mi opinión, chocan aquí dos preceptos, uno de carácter general y otro particular. El emancipado está habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, según el artículo 317, con las limitaciones que este mismo artículo impone, entre las cuales no está ciertamente la de otorgar capítulos matrimoniales.

Por el contrario, el artículo 1.320 señala para este supuesto concreto: «Los cónyuges MAYORES DE EDAD podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio. Si alguno de ellos fuere MENOR DE EDAD se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318.»

Un viejo principio jurídico nos enseña que la regla especial debe prevalecer sobre la general, por lo que a mi parecer, el menor emancipado no puede por sí mismo celebrar capitulaciones. Piénsese, además, que el artículo 1.318—no modificado por la reforma del 75—no contempla el supuesto del emancipado por matrimonio a la hora de exigir la asistencia y concurso (por la sencilla razón de que no se podían otorgar capítulos una vez celebrado el matrimonio, pero el artículo 1.320—modificado en el 75—sí contempla expresamente el caso de que LOS CON-

(20) LETE y ALVAREZ: *Loc. cit.*, pág. 183.

(21) GULLÓN, A.: *Loc. cit.* («Observaciones...»), pág. 86.

(22) En relación con el carácter de esta «asistencia y concurso», véase el ya clásico artículo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «El concurso de las personas designadas en el artículo 1.318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales», *A. D. C.*, 1956, págs. 299 y sigs.

YUGES—por tanto, emancipados—otorgen capitulaciones y les exige que sean MAYORES DE EDAD. Si el legislador no estimase esencial la mayoría de edad, y considerase suficiente la emancipación, sobraría toda referencia explícita a tal mayoría y bastaría con mencionar simplemente a «los cónyuges».

Para otorgar capitulaciones y modificar el régimen económico matrimonial se requiere, pues, SER mayor de edad. Pero para liquidar la sociedad de gananciales habrá que estar a las normas generales de la contratación y, por tanto, la podrán realizar los menores emancipados. No tiene sentido permitir a una persona emancipada partir la herencia y prohibirle la liquidación de los gananciales. Así pues, si la sociedad de gananciales se liquida en escritura posterior a las capitulaciones, lo podrá realizar el emancipado por sí solo.

Por lo que respecta al problema de la representación voluntaria, uno de los autores que más recientemente se ha ocupado de este tema ha sido TORRALBA SORIANO (23), el cual, siguiendo a LACRUZ, opina que no se debe admitir respecto al otorgamiento de las capitulaciones más que la figura del *nuntius*.

Me parece lógica esta postura, pero creo oportuno añadir alguna matización. Es bien conocida—aunque no siempre exacta—la regla que mira con cierta prevención el juego del apoderamiento en las relaciones familiares. Pero hay que tener en cuenta que la liquidación de la sociedad ganancial tiene un carácter eminentemente patrimonial. Por tanto, debemos distinguir una vez más el supuesto de que los gananciales se liquiden en la misma escritura de capitulaciones o en otra posterior.

a) En el primer caso, si se va a modificar el régimen económico matrimonial, liquidando al mismo tiempo los gananciales existentes, no sería admisible más que la presencia del cónyuge o de un representante especialísimo (llamémosle *nuntius*), cuyo poder prevea con exactitud las circunstancias de la modificación.

b) Para liquidar la sociedad de gananciales simplemente creo que es válida la normal representación voluntaria, porque ya se ha dicho anteriormente que no estamos ante una propia escritura de capitulaciones.

También me parece aceptable la figura de la ratificación de las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea el contenido de éstas, cuando en ellas ha comparecido un representante verbal del cónyuge, porque el conocimiento perfecto que tendrá el ratificante de lo hecho por su representante hará que su consentimiento ratificador produzca los mismos efectos que si hubiese intervenido personalmente.

(23) TORRALBA, V.: *Loc. cit.*, pág. 1092.

En cuanto a la representación legal, dispone el artículo 1.323 que «para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquél contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Comentando análogo precepto (art. 1.339) del Anteproyecto del Código Civil español, PEÑA (24) señala que por «interdicción civil o inhabilitación» debe entenderse cualquier forma de incapacidad total o parcial, incluso la incapacidad por locura.

Relacionándolo con el tema que tratamos, el problema es interesante, por ejemplo, a la hora de contemplar la liquidación de los gananciales del incapacitado por locura. ¿Cuál será el camino a seguir? ¿Qué quiere decir el artículo 1.323 cuando alude al «tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda»?

A primera vista podría pensarse que tal precepto se está refiriendo a un supuesto de curador especial y así parece deducirse de su precedente inmediato que es el artículo 1.387 del Código italiano (25), que prevé para las capitulaciones del incapacitado parcialmente un curador especialmente designado para tal fin.

No habiendo sido recogido por nuestro Código el sistema de curaduría, aunque sí regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, crea que la persona idónea para representar al incapacitado por locura en las capitulaciones será el tutor, bien entendido que, si éste es el cónyuge—como sucederá normalmente art. 220, 1.º)—y existiendo oposición de intereses, tal representación recaerá sobre el protutor (art. 236, 2.º).

Para liquidar la sociedad de gananciales—problema que nos ocupa fundamentalmente—el tutor necesitará autorización del Consejo de Familia, como siempre que se trate de dividir lo que el «incapacitado poseyere en común» (art. 269, 7.º).

5. Algunos problemas en relación con el contenido de la liquidación

La liquidación de la sociedad de gananciales tiene por finalidad distribuir entre los cónyuges por mitad el conjunto de los gananciales existentes, «previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los

(24) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código Civil español, 1882-1888*. Publicaciones con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965, pág. 427, nota 55 a pie de página.

(25) PEÑA: *Loc. cit., ibidem*.

que son bienes de su pertencia particular, así como de las responsabilidades que fueren imputables al acervo común» (26).

La rica variedad de supuestos que se pueden plantear en cuanto al contenido objetivo de la liquidación impide un análisis exhaustivo del mismo y excede a los límites de este trabajo. Basta con remitir a los tratados generales que extensamente se ocupan de ello (27). Aquí nos concretaremos simplemente a algunos de los puntos que pueden presentar cierta especialidad por el hecho de llevarse a cabo la liquidación en la escritura de capitulaciones, o en otra posterior, pero siempre debido a la voluntad de los cónyuges.

Podemos preguntarnos, en primer lugar, qué sucede con los derechos o relaciones patrimoniales que pueden considerarse personales de uno de los esposos, aunque se hayan adquirido durante el matrimonio y tengan, por tanto, un cierto contenido ganancial. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de arrendamiento y, más concretamente, en el derecho arrendaticio urbano, situación que por su frecuencia puede tener importantes consecuencias prácticas.

Vamos a pasar, como por un campo minado, por la debatidísima cuestión de la naturaleza real o personal de la relación arrendaticia urbana y, superado ese escollo, tal vez se logrará coincidir en que, si bien la cualidad personal del arrendatario corresponde al cónyuge contratante, el contenido económico de la relación arrendaticia pertenece a la sociedad de gananciales.

Celebrado durante el matrimonio el contrato de arrendamiento por uno de los cónyuges, ¿puede, al liquidarse la sociedad ganancial, adjudicarse tal derecho al otro cónyuge? Distingamos entre las viviendas y los locales de negocio.

Para las viviendas la solución parece clara en el artículo 24, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando dice que «el inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento podrá subrogar en los derechos y obligaciones propios del mismo a su cónyuge...». Parece que esta subrogación podrá llevarse a cabo en la liquidación de la sociedad de gananciales y que se deberán cumplir los demás requisitos previstos en la Ley, como el de la notificación al arrendador.

Mayor complejidad tiene el caso del local de negocio, por la incidencia que en este supuesto tiene la figura del traspaso y el posible retracto del arrendador. A mi juicio, la cuestión podría plantearse en estos términos: la cesión del derecho de arrendamiento de local de negocio

(26) SÁNCHEZ ROMÁN, citado por Cossío en «La sociedad de gananciales». *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963, pág. 254.

(27) Cfr., por todos, la obra de Cossío citada en la nota anterior y, con carácter general, el *Derecho de Familia*, de LACRUZ-SANCHO.

al otro cónyuge, ¿constituye un supuesto de traspaso o más bien un caso análogo al previsto para la subrogación *mortis causa* del arrendatario?

Cualquiera de ambas soluciones tropieza con el tenor literal de la Ley. La primera, con el artículo 29 de la LAU, para el que «el traspaso de locales de negocios consistirá en la cesión *mediante precio* de tales locales, hecha por el arrendatario *a un tercero*». La segunda, con el artículo 60 de la misma Ley, que terminantemente se refiere al «hecho de *la muerte* del arrendatario del local de negocio».

Aunque puede resultar muy discutible la naturaleza gratuita u onerosa del acto de liquidación de los gananciales, parece que la adjudicación por tal motivo constituye un caso de adquisición especial, que no es gratuita, pero que difícilmente puede ser tratada de onerosa. Lo que sí resulta evidente es que en la cesión que nos ocupa no hay propiamente un precio, ni el cónyuge—cuando el derecho se ha adquirido durante el matrimonio—es cabalmente un tercero, porque el contenido económico de ese derecho pertenecía a la sociedad de gananciales. Así pues, creo que no estamos ante un verdadero supuesto de traspaso, aunque probablemente sea ésta la figura a que nos encontremos más próximos.

Por otro lado, considerar aplicables las normas de la subrogación *mortis causa* me parece dudoso. Ciertamente, el fenómeno que nos ocupa podría resolverse por analogía aplicando estas normas, lo cual daría lugar al aumento de renta y a la extinción de una de las dos subrogaciones previstas en el artículo 60, y ésta sería quizá la solución más justa. Pero se tropezaría con bastantes inconvenientes de tipo técnico, de los cuales no sería el menor la imposibilidad de extender a un caso no previsto el precepto excepcional del repetido artículo 60.

Es de desear que la jurisprudencia solucione este conflicto que, por su importancia práctica, probablemente no tardará en plantearse.

Otro de los puntos que pueden ser aludidos brevemente es el de la adjudicación al cónyuge no-socio de las acciones gananciales, cuya titularidad como socio corresponde al otro cónyuge, cuando exista un pacto limitativo de tales transmisiones, plasmado normalmente en un derecho de adquisición preferente en favor de los demás socios.

El caso fue contemplado—en un supuesto precisamente de liquidación de sociedad ganancial entre los cónyuges, aunque por vía contenciosa—por la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, según la cual, además de no tratarse de un verdadero caso de enajenación, el cónyuge a quien se adjudicaban las acciones—en este caso la esposa—«recibe lo que era suyo y no sólo del marido».

La doctrina sentada por esta sentencia ha sido, como se sabe, muy criticada por los comentaristas de la misma (28). En efecto, creo que

(28) Vid., por ejemplo, Díez PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pág. 385.

sería imprudente generalizar la mencionada doctrina de la sentencia aludida, a lo cual, por cierto, se es cada vez más propenso cuando se trata de una decisión jurisprudencial del Alto Tribunal. Como apunta DE LA CÁMARA (29), en casos como el aquí estudiado pugnan los intereses del cónyuge—a cuya sociedad de gananciales pertenecen las acciones—con los de la sociedad cuya estructura personalista—pese a su forma capitalista—se trata de proteger mediante los pactos limitativos. Me parece difícil determinar *a priori* cuál de ambos intereses, los dos muy lícitos, debe prevalecer, por lo que la decisión debería quedar sometida a un examen pormenorizado de cada caso.

Como norma, al menos teóricamente más acertada, mientras no se corrobore la línea jurisprudencial abierta por la repetida sentencia, creo que cabe adjudicar las acciones al cónyuge no-socio, pero ello debe dar lugar al posible retracto estatutario.

Otro de los innumerables problemas que se pueden plantear en cuanto al ámbito objetivo de las capitulaciones liquidatorias es el de si cabe adjudicar bienes privativos de uno de los cónyuges al otro, en pago de los derechos que a éste correspondan en la sociedad conyugal. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: un matrimonio posee como ganancial metálico por valor de cinco y una finca por valor de 25 y, además, una finca privativa de la esposa que vale 10. ¿Podría el marido—que tiene derecho a 15 por sus gananciales—adjudicarse el metálico y la finca privativa de su esposa, correspondiendo a ésta la totalidad de la finca ganancial?

En mi opinión, la solución debe ser afirmativa y ello en base a las siguientes razones:

a) Por el principio general favorable a la contratación entre cónyuges, salvo las excepciones prohibidas expresamente por la ley.

b) Porque, caso contrario, si el único bien ganancial no es divisible, habría o bien que enajenarlo y repartir su importe, lo cual podría causar un perjuicio por la posible pérdida de valor, o bien que adjudicarlo a uno de los esposos y establecer un crédito a favor del otro por el exceso de adjudicación, lo cual colocaría a éste en una posición más débil.

c) Porque, si el artículo 1.458 del Código Civil autoriza la venta de bienes entre cónyuges en caso de separación de bienes, tanto más debe permitirse la adjudicación de un cónyuge al otro de un bien privativo en pago de los derechos que a éste corresponden en la extinguida sociedad ganancial.

(29) DE LA CÁMARA, M.: *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., vol. I, Ed. de Derecho Reunido, Madrid, 1977, pág. 621.

Si admitimos esta posibilidad, deberíamos preguntarnos: ¿puede considerarse el cónyuge adjudicatario de un bien inmueble del otro como tercero adquirente a título oneroso y resultar—siempre que haya buena fe—protegido por el artículo 34 L. H.? En el mismo ejemplo presentado anteriormente, imaginemos que la esposa ha vendido previamente su finca privativa en documento privado y que el marido, ignorándolo, ha inscrito su adjudicación en el Registro de la Propiedad.

Creo que sí tendría el adjudicatario el carácter de tercero protegido. Porque, aunque pueda discutirse como principio general si las adjudicaciones resultantes de la liquidación de los gananciales son adquisiciones a título oneroso, parece claro que sí serán onerosas cuando lo son—como en este caso—de un bien propio del otro cónyuge a cambio del cual se han cedido unos derechos en los bienes gananciales. Tampoco creo que haya ningún obstáculo insalvable para considerar a un cónyuge como «tercero» respecto de los bienes privativos del otro.

6. *Los terceros ante la liquidación de la sociedad de gananciales*

Con toda claridad señala el párrafo final del nuevo artículo 1.322 del Código Civil que «las modificaciones del régimen económico matrimonial no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Distingamos brevemente y por separado la posible situación de los acreedores y los legitimarios.

A) Los acreedores:

La protección de los créditos contra la sociedad ganancial existentes antes de su liquidación no puede llevarse a cabo de una forma más evidente y rotunda que disponiendo el que no se vean afectados por dicha liquidación, es decir, que los mismos bienes que hubieran respondido de la efectividad del crédito en el momento de su nacimiento seguirán afectos a tal responsabilidad, aun después de perder el carácter de gananciales.

Podemos preguntarnos, por lo demás, cómo sería factible el aseguramiento de los créditos por parte de sus titulares, además del principio general antes expresado. Y, más concretamente, si pueden los acreedores usar por analogía de la facultad del artículo 1.082 del Código Civil y oponerse a que se lleve a efecto la liquidación de los gananciales «hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos» (30).

(30) Entendiendo esto en un sentido más amplio que el que pudiera deducirse del simple «oponerse» del artículo 1.082, que, completado por la LEC, conduciría

Tal posibilidad por parte de los acreedores no se deduce del artículo 1.322, el cual se limita a proclamar el respeto a los derechos adquiridos por los terceros. Tampoco se desprende claramente de las normas que el propio Código dedica a la liquidación de los gananciales (artículos 1.418-1.431), e incluso el artículo 1.428 se remite a las normas del beneficio de inventario y la restitución de la dote, pero no alude a las reglas de la partición hereditaria, entre las cuales está el artículo 1.082 que nos ocupa.

Sin embargo, la falta de remisión expresa a esta facultad de los acreedores no debe preocuparnos demasiado. El artículo 1.395, al establecer las reglas generales de la sociedad de gananciales, reenvía a las normas del contrato de sociedad como supletorias; y, entre éstas, el artículo 1.708 señala que «la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan». Aunque el artículo 1.082 no se refiere estrictamente a la forma de la partición ni a las obligaciones resultantes de ella, creo que debe entenderse comprendido en la remisión y, en virtud de este triple reenvío, cabe pensar que la repetida facultad de los acreedores podrá usarse en el supuesto de liquidación de la sociedad ganancial, lo cual no deja de ser de justicia, pues se protegería con esta medida a los acreedores mucho más enérgicamente que con la vaga remisión al respecto de los derechos adquiridos.

En relación con este orden de cosas, puede discutirse si cabe la figura de la adjudicación para pago de deudas al hacer la liquidación de los gananciales. No ofrece una gran dificultad, al menos en principio, el que los cónyuges puedan pactar que uno de ellos quede obligado al pago de una determinada deuda, para lo cual se le adjudica cierto bien. Por supuesto, esto no vinculará al acreedor, el cual—caso de impago—podrá dirigirse contra cualquiera de los bienes que hubiesen respondido de su crédito de no haber mediado la modificación. Pero la utilización de esta figura en la liquidación sí que produce una obligación entre los cónyuges, por lo cual puede ser interesante su uso en algunas circunstancias.

Si consideramos que es posible la adjudicación para pago de deudas, ¿podrá el acreedor solicitar la anotación preventiva del artículo 45 L. H.? En primer lugar, conviene tener en cuenta que el acreedor está ya protegido por el principio general de que no le perjudicará la liquidación de los gananciales, lo cual se desprende del reiterado artículo 1.322 del

a «una serie de medidas de intervención en el aseguramiento, gestión y liquidación de los bienes». Vid. PEÑA, M.: «La herencia y las deudas del causante». *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

Código Civil. Pero, si lo considera oportuno para una mayor efectividad, no habrá inconveniente en reconocerle la posibilidad de tal anotación.

Obsérvese que, aunque el artículo 45 L. H. se refiere literalmente a los casos de «herencia, concurso o quiebra», parece que la esencia de esta disposición se pone en el fenómeno de la «universalidad de bienes» y no creo que cueste gran esfuerzo considerar como tal a la sociedad de gananciales.

Dentro de este marco de la protección de los acreedores pueden también encuadrarse las normas que el Código dedica a la publicidad de las capitulaciones y de las modificaciones del régimen económico matrimonial, recogidas igualmente en el artículo 1.322.

La insuficiencia de tales normas y la falta de desarrollo de las mismas han sido ya suficientemente puestas de manifiesto por la doctrina, por lo que no merece la pena reiterarlas aquí. Como dice LACRUZ, el Registro de la Propiedad es inepto para publicar los regímenes matrimoniales, pues se halla referido a los derechos concretos sobre inmuebles, y no a las normas hipotéticas que rigen la asociación de unos cónyuges (31). Parece, pues, bastante incorrecta la remisión por el artículo citado a «la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria». Al Registro de la Propiedad puede acceder la escritura de capitulaciones cuando contenga, por ejemplo, la liquidación de los gananciales y en cuanto produzca un cambio de titularidad de los bienes, pero difícilmente para publicar por sí mismo una modificación del régimen económico del matrimonio.

Pone de manifiesto AMORÓS GUARDIOLA (32) cómo incluso la alusión al Registro Civil denota cierta insuficiencia en la publicidad de las capitulaciones: en primer lugar, porque el Código parece mantener el criterio de la voluntariedad de la mención registral de los capítulos (35) y, en segundo lugar, porque la indicación registral se referirá al otorgamiento de las capitulaciones (acto de celebración o modificación, celebrado en tal fecha ante tal notario) pero no a su contenido (estipulaciones capitulares que establecen el régimen económico) (34).

B) Los legitimarios:

Resulta indudable que la liquidación debe tener por finalidad distribuir «por mitad» el haber líquido de la sociedad ganancial y que

(31) Citado por AMORÓS en *Comentarios a las reformas del Código civil*. Obra colectiva. Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 1109.

(32) *Loc. cit.* en nota anterior, pág. 1108.

(33) En opinión de GULLÓN (*loc. cit.*, «Observaciones...», pág. 99), el Notario autorizante de la escritura de modificación está obligado a comunicarlo al Registro Civil.

(34) En este último punto recoge el parecer de LACRUZ.

todo lo que exceda de dicha actitud supondrá una «desviación» de aquella finalidad. Es obvio, igualmente, que la liquidación capitular puede llevar encubierta una donación.

Las donaciones realizadas por esta vía indirecta pueden estar basadas en motivos fiscales (35) o en el deseo de violar la prohibición de las donaciones entre cónyuges del artículo 1.334 del Código Civil (que cada vez encuentra menos justificación). Aparte de los problemas que ello pueda plantear en cuanto a la forma de la donación (36), es evidente que las legítimas expectativas de los herederos forzosos tampoco pueden ser vulneradas por este medio.

Bien es cierto que el artículo 1.322 dice que estas capitulaciones, en cuanto modificación del régimen económico matrimonial, «no perjudicarán en ningún caso los DERECHOS YA ADQUIRIDOS por terceros» y que quizá los legitimarios no tengan técnicamente un verdadero «derecho adquirido».

Pero, cualquiera que sea la idea que se posea sobre la posición jurídica de los herederos forzosos, no creo que se tenga ningún obstáculo en coincidir con VALLET en que uno de los aspectos más importantes de la legítima—quizá el sustancial—es el del conjunto de normas protectoras que limitan la facultad dispositiva de la persona con herederos forzosos.

En la medida que las capitulaciones y, más concretamente, el acto de liquidación de la sociedad de gananciales contenga alguna atribución que suponga una verdadera donación y sobrepase, por tanto, los límites aludidos, los legitimarios podrán utilizar la serie de resortes (37) que la ley pone a su alcance para la protección de sus intereses. Estos medios incluyen la posibilidad de la correspondiente acción de simulación o, en el caso de que se estime la validez de la donación simulada relativamente, su reducción por inoficiosidad.

Al llegar a este punto, me parece oportuno recoger la interesante opinión de GULLÓN (38) en el sentido de que, tras la reforma, es perfectamente lícito el pacto capitular de adopción del sistema de gananciales como régimen matrimonial, sometido a la condición resolutoria de que no haya hijos en un determinado plazo (en cuyo caso parece que se podría entender que ha existido el régimen de separación de bienes desde

(35) No se olvide que la exención del Impuesto para las adjudicaciones en pago de gananciales puede hacer que estas capitulaciones se utilicen como «vía de escape».

(36) Probablemente será trasladada a este campo la doctrina de las donaciones simuladas en la escritura de compraventa.

(37) Los enumera PUIG BRUTAU en *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen III, Barcelona, 1977, pág. 32.

(38) *Loc. cit.* («Comentarios...»). Obra colectiva, pág. 1069.

la celebración del matrimonio) (39). Para este autor se pondría remedio con ello a una de las quiebras del régimen de gananciales, pues—siempre que no haya hijos—se evitaría que uno de los cónyuges «ganase» los bienes cuya mitad iría a parar a su familia política.

Dejando para un poco más adelante el problema de la licitud de tal pacto, creo que tal vez sea justo calibrar este parecer valorando suficientemente el trabajo que desarrolla el cónyuge—normalmente la mujer—que no «gana» los bienes. En mi opinión, es tan dueño de los bienes el cónyuge que los «gana» como el que soporta—dicho sea en el mejor sentido del término—al que los «gana». Por eso creo que la crítica al fenómeno que se produce en el caso del matrimonio sin hijos no debería hacerse al sistema de gananciales, que en general goza de buena prensa en la literatura jurídica, puesto que los derechos del cónyuge que no «gana» los bienes gananciales sobre estos bienes son incuestionables. La crítica al hecho de que un gran cúmulo de derechos pasen a la familia política debería tal vez hacerse al orden sucesorio que deja en una posición bastante débil al cónyuge supérstite.

Pero, volviendo a la posibilidad del pacto apuntado por el profesor GULLÓN y relacionándolo con los posibles derechos legítimos, cabe preguntarse si la retroactividad del régimen de separación de bienes no lesiona las expectativas de los herederos forzosos del cónyuge que no ha «ganado» los bienes.

La cuestión me parece verdaderamente difícil, pues chocan en este punto el principio de la libertad de pacto en materia de capitulaciones con el de respeto a las expectativas de los legítimos (caso de que no haya herederos forzosos, la licitud del pacto no deja lugar a dudas).

Creo que el pacto a que nos estamos refiriendo es válido, siempre que el hecho que determine la resolución dependa de un evento objetivo y no de la voluntad de los cónyuges, porque las circunstancias del régimen económico se fijan antes que se lleguen a adquirir los bienes y, por tanto, antes que nazcan los posibles derechos de los terceros (legítimos en este caso) sobre tales bienes; en mi opinión, el pacto no podría afectar a bienes anteriores al momento de la estipulación.

SALVADOR TORRES ESCÁMEZ

Notario

(39) La suposición que se contiene entre paréntesis es mía.

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO
TIRSO CARRETERO GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

4. EL COMPRADOR DE UNA FINCA, RESULTANTE DE LA DIVISIÓN DE OTRA EFECTUADA ANTERIORMENTE, PUEDE SOLICITAR QUE LA ESCRITURA DE DIVISIÓN, QUE INCLUÍA TAMBIÉN LA VENTA DE LA OTRA FINCA RESULTANTE, SE INSCRIBA COMO DOCUMENTO PREVIO SÓLO EN CUANTO SEA NECESARIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE SU COMPRA.

Resolución de 27 de febrero de 1978 («B. O. del E.» de 30 de marzo).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Salamanca el 1 de diciembre de 1973, ante el Notario don Ignacio Sáenz de Santamaría y Tinturé, con el número 519 de protocolo, don Francisco Marcos Santos, dueño, según el Registro, de una finca en el término municipal de Santa María de Tormes, la dividió en dos porciones para formar dos nuevas e independientes, de una extensión de 6.500 y 9.578 metros cuadrados, respectivamente, vendiendo la primera de ellas en el mismo documento, y quedando pendientes de inscripción tanto la división como la compraventa otorgadas en virtud de la referida escritura; por escritura otorgada en la misma ciudad y ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, con el número 4.785 de protocolo, don Francisco Martos Santos vendió al recurrente, señor Mar-

cos Jiménez, y a don Angel Rodríguez Sainz, que adquirieron por mitad y pro-indiviso, la porción o nueva finca de 9.576 metros cuadrados, resultante de la división realizada en la escritura anterior, que el propietario se había reservado.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Salamanca primera copia de la referida escritura de división, en unión de instancia del recurrente y de la posterior escritura de compraventa otorgada por el mismo fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento en unión de una instancia suscrita por el presentante don Martín Marcos Jiménez en esta ciudad el 8 de septiembre último, con su firma legitimada notarialmente, y en la que solicita que solamente se inscriba una de las parcelas divididas, como trámite previo a la de la compra que de ella efectúan el presentante y otro interesado en una escritura posterior otorgada ante el mismo Notario el 28 de septiembre de 1974, que a tales efectos también se acompaña, se devuelve sin practicarse la operación registral que se pide por las razones siguientes: En la presente escritura, don Francisco Marcos Santos, actual titular registral, manifiesta en forma expresa y solemne su voluntad de 'dividir' la finca matriz que se describe en 'dos porciones' que pasan a formar fincas nuevas e independientes y no la de segregar de referida matriz porción alguna, única forma viable, de contenido, requisitos y formalidades distintas de aquélla, según los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, para poder acceder a lo que el presentante solicita. Teniendo además en cuenta que el artículo 50 del mismo Reglamento exige en todo caso que la solicitud de una u otra clase de operación conste en escritura pública, la instancia acompañada no es documento adecuado para alterar el contenido de la presente escritura. De otra parte, la aplicación del principio de tracto sucesivo imposibilitaría, en todo caso, el que el presentante, don Martín Marcos Jiménez, rectificara, ni aun por escritura pública, la voluntad aquí manifestada por el aún titular registral, señor Marcos Santos, de que la operación que se practique sea de división y no de segregación. El defecto se considera subsanable. No se ha solicitado que se tome anotación preventiva Esta nota se extiende a petición del presentante y previo conocimiento y conformidad del otro cotitular de este Registro. Salamanca, 13 de octubre de 1976».

El 26 de octubre siguiente fueron presentadas de nuevo en el Registro las anteriores escrituras, acompañadas de nueva instancia del recurrente, desistiendo del contenido de su instancia anterior, siendo inscritas ambas escrituras el día 27 del mismo mes y año.

Don Martín Marcos Jiménez interpuso recurso gubernativo a efectos puramente doctrinales contra la anterior calificación y alegó: Que la inscripción parcial o sucesiva de las fincas resultantes de una división material puede tener efectividad de varias formas, una de las cuales es convertir de oficio la división en segregación, ya que históricamente (artículos 24 del Reglamento Hipotecario de 1861 y 59 del Reglamento Hipotecario de 1915) no existe diferencia sustancial entre ambas figuras, y gran parte de la doctrina defiende esta fórmula; que la Dirección General de los Registros y del Notariado no se ha opuesto claramente a esta solución, como puede apreciarse en la Resolución de 26 de octubre de 1935, entre otras; que otra fórmula sería permitir la inscripción parcial y sucesiva de la división operada, de forma que las fincas o parcelas procedentes de la división se inscribirían sucesivamente a medida que se fuera solicitando,

haciendo constar cada vez al margen de la finca matriz, además de la referida a la finca o fincas nuevas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada; que no hay precepto alguno que impida esta fórmula, que es admitida por gran parte de la doctrina, y en la que se respeta el principio registral del tracto sucesivo y que supondría menor onerosidad.

El Registro informó: Que no es aceptable la tesis del recurrente, que mantiene que el funcionario calificador puede convertir de oficio una división en segregación, basándose en que tanto en el Reglamento Hipotecario de 1861 (artículo 24) como en el de 1915 (artículo 59) no se establece ninguna diferencia sustancial entre segregación y división, empleando los dos términos indistintamente, ya que esta consideración histórica queda desvirtuada si tenemos en cuenta que el Reglamento Hipotecario vigente de 14 de febrero de 1947 ha modificado y sistematizado esta importante materia, haciendo desaparecer el confusionismo anterior, al distinguir y diferenciar en el epígrafe bajo el cual regula estas materias entre «agrupación, división y segregación de fincas», dedicando el artículo 46 específicamente a las divisiones y el 47 a la regulación, en exclusiva, de las segregaciones; que paralelamente, la forma de constatarse registralmente una u otra clase de operación es diferente, puesto que la segregación da lugar a la apertura de un nuevo folio, con asignación de número de finca independiente, tan sólo para la porción segregada, conservando su primitivo folio y número de finca la matriz que permanece, mientras que la división provoca esa apertura de nuevo folio y asignación de número independiente para todas y cada una de las porciones en que la matriz quedó fragmentada, cerrándose para lo sucesivo el antiguo folio y número correspondiente a ésta; que la Resolución de 26 de octubre de 1935, que cita el recurrente en apoyo de sus tesis, no tiene ninguna relación con el caso concreto que aquí se debate, ya que se refiere al supuesto de una finca matriz discontinua, formada no como una unidad con cabida total y descripción general, sino como un conjunto de unidades debidamente delimitadas en sus respectivas extensiones naturales y linderos, coincidentes con las respectivas parcelas que se deseaban separar de aquélla; que siguiendo a la mayor parte de los tratadistas cabe decir que tanto las segregaciones como las divisiones son modificaciones formales que se operan a instancia de parte y trascienden al derecho sustantivo; que en este sentido el artículo 50 del Reglamento Hipotecario dispone en forma tajante que estas operaciones no podrán practicarse en el Registro sino en virtud de escritura pública en que así se solicite; que las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 4 de julio de 1933 afirmaban que «la apertura de folio aparte a una finca depende no sólo de sus características de orden físico, sino también de la voluntad de su dueño», «sin que sea lícito deducir tal voluntad de cualquier circunstancia, siendo necesario que la misma se consigne en documento público de forma clara y expresa»; que en cuanto al caso concreto que estudiamos, la voluntad del dueño de la finca matriz, don Francisco Marcos Santos, aparece claramente manifestada al decir textualmente en la escritura de 1 de diciembre de 1973 «que para efectos de este contrato divide la finca descrita en dos porciones, que pasan a formar fincas nuevas e independientes», siéndole imposible, por tanto, al funcionario calificador acceder a las pretensiones del recurrente de convertir de oficio la división en segregación; que la

segunda proposición del recurrente consiste «en mantener la virtualidad de la forma registral de división, pero realizándose en forma parcial y sucesiva, a medida que los interesados soliciten la inscripción de las nuevas fincas resultantes», sería tanto como convertir la división en una serie de segregaciones consecutivas, con lo que quedaría desvirtuada tal operación registral, y desfigurada la fórmula, el contenido y los efectos de la escritura pública en que la división se hizo, motivándose con ello una inadmisibile discordancia entre los asientos practicados y el contenido del documento que le sirvió de base, ya que si el propietario de una finca la divide en cinco porciones y solamente le interesa inscribir dos, no podrá el Registrador concordar el título instrumental—escritura—con su versión tabular—inscripciones—; que el aplazamiento del cierre registral de la finca matriz hasta tanto no se solicite la inscripción de la última de las fincas resultantes, no es otra cosa que eludir el fondo del problema, ya que en tanto esa última finca resultante no acceda al Registro quedará incumplida la norma reglamentaria y los asientos publicarán una situación confusa e indeterminada; que, por otra parte, el aplazamiento puede muy bien convertirse en suspensión *sine die*, con lo que el cierre de la finca matriz nunca se llevará a cabo; que con la anotación marginal de la finca matriz que propone el recurrente quedarían incumplidos los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario; que es, por tanto, completamente improcedente que se pida por una simple instancia la modificación de lo que don Francisco Marcos Santos había solicitado en documento público, en el que el recurrente no intervino y que era de obligado despacho previo a su escritura de compra; que como además el recurrente no es ni siquiera dueño único de la porción que se vendió por el señor Marcos Santos, sino condueño con don Angel Rodríguez Sainz, que no ha suscrito instancia ni petición alguna de que la división se cambie por segregación, resulta que, aun prescindiendo de las razones anteriores, no sería posible acceder a la petición del recurrente, por faltar la manifestación de voluntad del otro condueño comprador, y que, por último, para poder alterar el contenido de la escritura pública de 1 de diciembre de 1973 sería necesaria otra escritura pública, pero nunca podría hacerse por una instancia.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y declarando además que las figuras de «segregación» y «división» están perfectamente delimitadas en la vigente normativa, que la sujeta a preceptos diversos y reglas diferentes, lo que obliga a rechazar el primer pedimento de la súplica del recurrente de convertir de oficio la división en segregación, ya que pugnaría con la heterogeneidad de ambas figuras y con el principio de rogación, no pudiendo tampoco prosperar el segundo pedimento del recurso de «inscripción» parcial y sucesiva, pues se incumpliría el principio de determinación.

Interpuesta apelación por el recurrente señor Marcos Jiménez, la Dirección General (1) la acoge, acordando revocar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—La cuestión planteada en este recurso es más bien de carácter formal y hace referencia a si dividido en dos un inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad puede el comprador

(1) Vistos los artículos 46, 47 y 50 del Reglamento Hipotecario.

que ha adquirido sólo una de las nuevas fincas creadas solicitar o inscribir a su nombre la parcela comprada, o si, por el contrario, requiere para que esta inscripción pueda tener lugar que previamente se haya inscrito la otra parcela que se adquirió y que es totalmente ajena a sus intereses;

El artículo 46 del Reglamento Hipotecario, que regula la división de una finca inscrita en dos o más porciones, establece que a cada una de las nuevas creadas se le abra una hoja independiente bajo número diferente, pero nada dice de que estas operaciones registrales hayan de ser simultáneas y previas a las posibles vicisitudes que cada nueva parcela experimente, lo que es perfectamente lógico que no se exija por este precepto reglamentario, dado el principio de voluntariedad de la inscripción, básico en nuestro sistema hipotecario, aparte de que de seguirse el criterio sustentado en la nota, bastaría que uno de los interesados no quisiera inscribir su porción para que se vieran perturbados en su derecho a hacerlo los demás interesados, con el consiguiente perjuicio de no poder disfrutar de las ventajas que la legislación hipotecaria ofrece.

Con lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la aproximación que existe entre las dos operaciones de división y segregación, reducida su diferencia a una pura mecánica registral, pues mientras en la primera desaparece la finca matriz una vez se han inscrito todas las parcelas en que ésta se dividió, en la segregación solamente la parte segregada se inscribe con número diferente, subsistiendo la primitiva finca en cuanto al resto no segregado.

Al poder solicitar cada interesado con independencia de los demás la práctica de las operaciones registrales que al mismo interesan, no se dan las circunstancias señaladas en la nota de calificación, y en consecuencia aparece cumplido el requisito exigido en el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, dado que la división se ha hecho en la escritura pública correspondiente.

Comentario.—Creo que esta Resolución no sienta la doctrina de que una división pueda siempre y en todo caso ser inscrita únicamente en cuanto una o algunas de las fincas resultantes y no respecto a la otra u otras. Todo el comentario se hace, pues, partiendo de esta idea.

1. El escrito del recurrente defiende la posibilidad de la inscripción parcial y sucesiva de una escritura de división material, inscribiendo cada una de las fincas resultantes a medida que se vaya solicitando y argumentando que tal cosa puede hacerse efectiva, bien convirtiendo de oficio la división en segregación, o bien sin tal conversión, pero haciendo constar al margen de la finca matriz en cada operación de división, además de la referencia a la finca o fincas resultantes, otra referencia a las demás fincas cuya inscripción aún no ha sido solicitada. El informe del Registrador con múltiples argumentos y con mejor sentido de las analogías y diferencias entre división y segregación, del requisito de descripción del resto en ésta y de la inexistencia de resto en aquella, etc.; se opone a la posibilidad de división parcial y sucesiva tanto por el sistema de conversión de la división en segregación como por el otro. Y el Presidente de la Audiencia se pronuncia en el mismo sentido, siempre manteniéndose, según los resultandos, en un planteamiento general del problema.

2. En cambio, los considerandos apartándose un tanto de la discusión planteada por recurrente y Registrador en términos generales y en el campo propio de la operación de división, centra la cuestión en el caso

singular, en el que adjunta a la división hay la venta de una de las porciones y luego en otra escritura la venta de la otra. Aquel problema planteado en términos generales (inscripción parcial y *ex intervalo* de la división) se mezcla intencionadamente con la actuación del principio de voluntariedad de la inscripción de las ventas de las fincas resultantes, derivando en una argumentación poco diáfana.

El primer considerando comienza por menospreciar la cuestión por considerarla de carácter meramente formal. Nunca es fácil ni conveniente separar lo formal de lo sustantivo, pero aún menos en materia de modificación de entidades hipotecarias donde todo es a la par formal y material (2).

Acaso la cuestión planteada pueda ser menospreciada en otro sentido: No es excesiva suspicacia pensar que la intención de la solicitud del señor Marcos Jiménez era el razonable deseo de no pechar con los honorarios de la división y menos con los de la compraventa de la escritura de 1933, cuya inscripción acaso se retrasó por sus otorgantes con la misma intención. Entraríamos en el terreno de las conjeturas imaginando que la cuestión se hubiera evitado si el Registrador hubiese centrado la solicitud en esta dirección, enfocándola desde el punto de vista de los artículos 6 de la Ley y 39, 614 y 615 del Reglamento y no exclusivamente con la óptica de los artículos 46 y 47 de éste. Como no conocemos el texto literal de la solicitud ignoramos si el Registrador tuvo o no esta posibilidad, y oportunidad de evitar el recurso a efectos doctrinales que ha terminado en una Resolución en la que, una vez más, se airea el principio de inscripción voluntaria y se desorbita al extenderlo a la operación registral de división de fincas.

Desde el primer considerando se prescinde de que en la primera escritura existían dos partes diferenciables: la división de la finca en dos, negocio jurídico unilateral de naturaleza muy peculiar y poco estudiada y el negocio jurídico bilateral de compraventa de una de las dos fincas resultantes de la división. La mayor o menor separabilidad de ambas partes no es posible determinarla sin una averiguación de la voluntad del vendedor; pero el considerando no debía prescindir de la independencia que, en principio, tenían las dos partes de la escritura. El principio de tracto sucesivo que también actúa en las modificaciones de fincas (3) impedía inscribir ninguna de las dos ventas efectuadas por el

(2) En el Derecho inmobiliario alemán, padre de la distinción entre principios y normas materiales y formales, los autores estudian las uniones y divisiones de fincas dentro del Derecho inmobiliario material, pero no con gran seguridad en algunos puntos, porque lo cierto es que algunos de sus preceptos reguladores se encuentran en la Ordenanza y no en el B G B.

(3) Me ocupé con cierta extensión del tema del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas en mi comentario a las Resoluciones de 28 de febrero de 1968 y 28 de mayo de 1971 en el número 486 de esta Revista, septiembre-octubre de 1971, págs. 1229 y sigs., especialmente 1241 y sigs.

Traté también allí de las diferencias entre segregación y división, especialmente con vistas al problema de la inscripción de segregaciones sucesivas presentadas al Registro por orden distinto al de fechas de las escrituras, tratando también la cuestión conexa de la inscripción no simultánea de las divisiones (págs. 1246 y 1247). Reseñé allí la opinión favorable a la registración parcial de las divisiones de BUENAVENTURA CAMY, quien parece conformarse con que en la nota marginal de división incompleta se haga constar la cabida de la finca resultante cuya copia parcial se despacha, conformándose así con ir teniendo constancia de las que se van inscribiendo hasta agotar la total cabida de la matriz dividida. Este criterio me parece muy peligroso al prescindir de la calificación de la operación de división como un todo que no debe agotarse en la mera comprobación de la igualdad entre suma de las cabidas de las fincas resultantes y cabida de la matriz, comprobación que tampoco se hace con el despacho sucesivo de las copias parciales.

También me remito para no incurrir en repeticiones, además del comentario reseñado, al de la Resolución de 4 de abril de 1974, en el número 503 de esta Revista (julio-agosto de 1974).

señor Marcos Santos sin la previa inscripción de la división, acto en el que era único otorgante y cuya inscripción debía practicarse a su favor, a pesar de lo que literalmente dice el artículo 49 del Reglamento y de la compendiosa fórmula usual de las inscripciones de división y venta y de segregación y venta. Por ello el problema planteado no era exactamente como el primer considerando dice, escamoteando el primero de los tres actos otorgados por el señor Marcos Santos: división, primera venta en la misma escritura y segunda venta en escritura posterior (4).

Al escamotearse así el primero de los tres actos, resulta también eludido el problema principal y previo de si el presentante de una escritura de división, aunque a la vez sea otorgante de la misma, puede solicitar que la operación registral sea practicada «a medias», es decir, solamente en cuanto a una (o algunas) de las fincas y no en cuanto a la otra (u otras).

Sólo por este error de planteamiento inicial, un tanto distinto del hecho por recurrente y Registrador, puede llegarse a afirmar en el segundo considerando que el artículo 46 del Reglamento no exige que sea operación registral simultánea la apertura de una hoja independiente a cada una de las fincas resultantes de la división, sin más argumentación que el principio de voluntariedad de la inscripción y el de reducción al absurdo (si se exigiese tal simultaneidad bastaría que uno de los interesados no quisiera inscribir su porción para que no pudiesen hacerlo los demás interesados). Muy al contrario creo: 1.º: Que el artículo 46 no recalca la simultaneidad por entender que era suficiente imponerla implícitamente a través del imperativo «se inscribirá cada una...». 2.º: Que el principio de voluntariedad no actúa aquí, porque si el dueño de una finca quiere dividirla y otorga la escritura solicitándolo así (art. 50 del Reglamento) es que quiere también la operación registral tal como el artículo 46 la configura, y por muchas concesiones que se quieran hacer al principio de inscripción voluntaria, y creemos que se han hecho ya demasiadas, no parece razonable admitir la solicitud (verbal o escrita) de inscripción parcial de una escritura de división. Creemos que hay múltiples argumentos para oponerse a tal instancia del presentante, sea o no el mismo otorgante de la escritura, además de los contenidos en el informe del

(4) Nos llevaría tiempo demostrar que la naturaleza jurídica del negocio de división (agrupación, segregación, etc.) es muy peculiar y poco estudiada. Roca ha insistido en su índole inmatriculadora; LACRUZ las califica de transformaciones formales de las fincas (y de modificaciones librarias) y observa las pocas garantías existentes para su coincidencia con la realidad, la Jurisprudencia a efectos de requisitos de capacidad, etc., las ha calificado con insistencia como actos de riguroso dominio, pero creo que todo esto resulta insuficiente para comprender su verdadera esencia y sus características específicas. Roca estima que hay cierto confusioinismo entre la expresión de la voluntad del dueño (voluntad de agrupar, segregar, etc.) y la necesidad de solicitar del Registro que se practique la agrupación, confusioinismo que conecta con la Resolución de 4 de julio de 1933. Para aclarar este confusioinismo y entender la naturaleza de las modificaciones hipotecarias no debe despreciarse el requisito formal de solicitud al Registrador que debe contener la escritura conforme al artículo 50 del Reglamento, relacionándole con la normativa anterior que consideraba documento idóneo para practicar estas operaciones registrales la mera solicitud privada del propietario, para comprender que son, antes que nada, actos reales de naturaleza económica, agrícola o urbanística, donde la escritura tiene un estrecho margen constitutivo entre la realidad físico-económica y el asiento registral, porque el contenido negocial es casi nulo, sin perjuicio de que la voluntad del propietario funcione como requisito formal imprescindible para la alteración registral de concordancia con la realidad. De esto deriva que la legislación hipotecaria allí donde la operación de modificación de la entidad hipotecaria va conectada con actos dispositivoes de la entidad resultante sean estos actos los que principalmente contempla (art. 49), olvidando la importancia que la base física real tiene para el derecho sobre el inmueble. Porque, en general, la escritura de división es meramente declarativa de una división, efectuada en la realidad físico-económica, e instrumento formal de una solicitud a la oficina registral de la práctica de los asientos oportunos para concordar el Registro con aquella realidad. Igual sucede en las demás operaciones de modificaciones de fincas.

Registrador (5), pero el principal es el de que por muy imperfecto que se estime el principio de folio real en el sistema español no debe permitirse que el pseudo-principio de voluntariedad convierta tal incipiente folio real en un galimatías. 3.º: Que el considerando, con el referido argumento *ad absurdum*, olvida que en la operación registral de división el único interesado es el que la realiza y solicita. Los actos jurídicos posteriores relativos a las fincas resultantes son otra cuestión distinta e independiente que, en principio, no debe interferir tal idea previa ni el problema general de la inscripción parcial de la división.

El tercer considerando referente a las analogías y diferencias entre división y segregación parece tener por objeto avalar la solución propuesta por el recurrente y consistente en transformar de oficio la división en segregación para la efectividad práctica de la división realizada en veces; pero debe tenerse en cuenta que la segregación es también operación registral independiente del negocio jurídico traslativo o de gravamen que eventualmente se realice respecto a la porción segregada, a la finca resto, o a ambas, sea a la misma persona, sea a distintas personas, ya a la vez, ya sucesivamente. La transformación de oficio en segregación, en el sencillo supuesto de división en dos fincas tiene una apariencia de panacea, porque la finca resultante cuya inscripción no se solicita queda como resto descrito en la nota marginal de segregación, e inscrito en la finca matriz a favor del segregante en espera de la solicitud de inscripción como finca independiente. Pero la cuestión está en saber en qué puede apoyarse el Registrador para tal transformación que conduciría a poder igualmente transformar una segregación en división a petición del presentante, acaso alterando la operación que fue objeto de liquidación del impuesto, entre otras cosas. En realidad, la similitud entre división y segregación para lo que si nos sirve es para asimilar también la inscripción de una división sólo en cuanto a una de las fincas resultantes y no en cuanto a la otra, con la inscripción de una escritura de segregación en que se solicitara la inscripción de la finca segregada omitiendo en el Registro toda referencia al resto, o la inscripción del resto sin realizar la operación de segregación.

El último considerando, sobre la base de todos los anteriores en los que se ha ido ocultando la posición del vendedor como único interesado inmediato en la operación registral de división de la finca matriz, termina admitiendo la posibilidad de que cada interesado (cada comprador) con

(5) En primer término hay que considerar que la mecánica interna del Registro debe estar sujeta a la voluntad de los particulares. Aunque las descripciones de las fincas sean meramente literarias y no planimétricas, o acaso precisamente por esto, no deben existir en el Registro fincas carentes de descripción. ¿En qué extraño «limbo» o «nirvana» hipotecario queda la finca matriz después que una nota marginal haga constar que se ha dividido en tantas independientes, unas nacidas a la vida registral en el folio nuevo que se reseña y otras hipotecariamente abortadas? Por otra parte, la voluntad de dividir la finca contenida en la escritura y la expresa solicitud al Registrador para efectuarla que la escritura ha de contener, no debe ser desvirtuada por una voluntad contradictoria posterior en forma de menor rango (documento privado o petición meramente verbal). Además, la solicitud posterior de registrar la división sólo parcialmente, implica una renuncia, al menos temporal, a la inscripción (inmatriculación) de la finca matriz en cuanto a la porción o porciones cuya inscripción no se pide, lo que es contrario al principio de irrenunciabilidad de los asientos registrales.

Por último, conviene observar que nuestros tratadistas nunca han puesto en cuestión la simultaneidad de la apertura de folios independientes para todas y cada una de las fincas resultantes de la división. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE parece partir del requisito implícito de la simultaneidad cuando dice que la división cierra la hoja, folio o registro particular de la finca dividida, de manera que en lo sucesivo no puede practicarse en ella ningún asiento nuevo. Vimos en la precedente nota al pie (3) la opinión de CAMY, pero debe tenerse en cuenta que este autor admite el despacho parcial de las divisiones pensando en el caso de copias parciales de negocios de disposición independientes respecto a las parcelas resultantes.

independencia de los demás solicite la práctica de las operaciones que a cada uno interesan. Dicho así, la Dirección tiene razón, pero queda sin explicar si la operación registral de división puede ser también troceada, para que cada parte de la operación registral de división resulte adosada a cada una de las inscripciones de venta y con ellas gozando de la voluntariedad de la inscripción respecto a cada interesado.

3. La única explicación de que los considerandos se enfrenten con el problema de la operación registral de división, sólo y exclusivamente desde el punto de vista del comprador de una de las fincas resultantes, tenemos que encontrarla en el tracto comprimido que el artículo 49 del Reglamento establece para el caso en el que una operación de agrupación o segregación vaya unida en la misma escritura al acto de disposición de la finca resultante o segregada. De este precepto cabe deducir que la entidad de tales operaciones queda supeditada de tal forma a la inscripción del acto de disposición que parece que sólo éste es el objeto de la inscripción. Por ello resulta extraño que el artículo 49 no aparezca en el vistos, aunque suponemos que se eludió para evitarse entrar en la ardua cuestión de si el silencio que el artículo 49 guarda respecto al caso de división ha de interpretarse como olvido, y procede la aplicación analógica, o si, por el contrario, tal silencio quiere decir que en el caso de división el Reglamento excluye tal tracto abreviado, e impone inscripciones previas, de la división a favor de quien la ha realizado, para hacer después las siguientes inscripciones de enajenación. Esta duda en la interpretación del artículo 49, y la de si este precepto es norma meramente permisiva por razones de economía de asientos, o norma imperativa que impide, tanto al Registrador como a los interesados, separar en los libros registrales lo que el Notario unió en la escritura, debieron despejarse en los considerandos antes de confundir el caso de la inscripción parcial de la división cuando la escritura no contiene otro negocio jurídico, con los muy diversos supuestos que pueden surgir cuando existen otros actos de disposición simultánea o sucesivamente, y antes de confundir el interesado directo único de la división, con los interesados en los actos dispositivos posteriores que son interesados en la división (en su inscripción) sólo por vía de consecuencia.

4. De todo lo expuesto parece desprenderse la conveniencia de separar dos supuestos:

1.º La escritura contiene exclusivamente la división de la finca ya sea en dos, en varias o en muchas. No existe razón alguna para acceder a una solicitud de despacho parcial, que en todo caso introduce confusiónismo en los libros registrales e implica un ir contra los actos propios si el presentante peticionario es el mismo otorgante de la escritura, o alguno de los otorgantes (finca matriz proindiviso); o una alteración de la verdadera voluntad ya manifestada en forma solemne por el interesado si el presentante peticionario fuere otra persona.

2.º La escritura, además de la división, contiene un acto dispositivo de todas o alguna de las fincas resultantes. Este supuesto se puede diversificar en casos muy distintos y varios, pero siempre se dará una contradicción, si bien con complicaciones muy variadas también, entre la indivisibilidad de la operación registral de división y el principio de inseparabilidad de la inscripción del acto dispositivo de la finca resultante de la inscripción de ésta como independiente, inseparabilidad que parece debe

extender a esta inscripción la voluntariedad de la del acto dispositivo. Entonces resulta que en este supuesto podrían mantenerse tres soluciones:

a) Fraccionar la operación de división aunque padezca el principio de especialidad y determinación del folio real, para que se mantenga el principio de voluntariedad de la inscripción. Parece ser el seguido por la Dirección, aunque al dar la razón al recurrente no haya determinado muy explícitamente el procedimiento de actuación.

b) Separar la operación registral de división que debe hacerse en su totalidad por exigencias del folio real, de las inscripciones de los actos de disposición de las fincas resultantes, que podrían irse distanciando según rogación.

c) No admitir ni una cosa ni otra, de manera que en cuanto se solicite por cualquiera alguna inscripción en virtud de la escritura conjunta de división y enajenación, el Registrador ha de practicar la inscripción total de la división y la de todos los actos dispositivos de fincas resultantes que en la misma se contengan. Con esta solución, en el caso del recurso el Registrador tenía que inscribir la escritura de 1 de diciembre de 1973, incluso en cuanto a la venta de una de las fincas resultante, a pesar de ser presentada por el comprador en la escritura de 1974 como mero título de subsanación de la falta de previa inscripción de la finca resultante que compraba. Esta solución parece excesiva; pero, si somos capaces de olvidarnos del riesgo de este comprador de pechar con honorarios que no le corresponden, debemos estimarla como la ideal para la concordancia de Registro y realidad jurídica y para evitar los peligros de separar lo que el Notario, y probablemente la voluntad de los otorgantes, unieron formando un todo negocial.

Los textos legales y reglamentarios que más o menos directamente pudieran ser tenidos en cuenta para decidirse a favor de alguna de estas tres soluciones no son muy concluyentes; no ayudan gran cosa. Personalmente me inclino por la solución b) en términos generales, si bien debe aceptarse la al parecer extremosa solución c) si las circunstancias del caso hiciesen peligroso a la par el confusiónismo en la determinación de las fincas registradas y la separación entre la división y los actos dispositivos. Ocasionalmente, cuando no exista ningún peligro para la claridad del Registro puede darse paso a la solución a). Esto es lo que ha considerado la Dirección para resolver como lo ha hecho en el especialísimo caso planteado.

Soy partidario de un cierto casuismo en este problema porque es cierto que si malo es escindir la operación registral de división dejándola sin terminar (a medio practicar), tampoco será nada bueno, en ciertos casos, romper la unidad de una división y venta, por ejemplo. Así, en el nuestro, si la escritura número 519 de protocolo se inscribe, totalmente en cuanto a la división, y no en cuanto a la venta de una de las dos fincas resultantes, que en la misma se contenía, quedarían las dos fincas resultantes inscritas a favor del señor Marcos Santos (el dividente y vendedor), no obstante estar demostrando la misma que la finca vendida en ningún momento fue suya, pues desde el momento de nacer como tal finca se transmitió al comprador. No se da aquí, en principio, la incongruencia que resulta al inscribir, por ejemplo, una venta con hipoteca en garantía del precio aplazado, sólo en cuanto a la venta a petición del comprador presentante; pero siempre cabe pensar en la extraña situación de tener

que dejar vía libre a una doble venta segunda teniendo a la vista la preferente presentada sólo para despachar la división. En tal caso sería difícil evitar la tentación de interpretar el artículo 49 del Reglamento en el sentido de que prohíbe al Registrador la separación de la segregación (o división) de la venta, incluso a petición del interesado.

Tales soluciones casuísticas presentan todos los inconvenientes de la inseguridad y acaso de la arbitrariedad, pero ante la ambigüedad legal y reglamentaria, lo único que cabe es acomodarse a las circunstancias del caso para encontrar la solución menos mala.

Aún se complica más la cuestión, y la doctrina sentada por la Dirección parece más justificable, en las modificaciones hipotecarias conexas con títulos de cesación de comunidad o de partición hereditaria. Aunque, en teoría, en este último supuesto podrían distinguirse las divisiones, agrupaciones y segregaciones ya efectuadas por el causante en vida, en las que lo correcto sería inventariar la finca o fincas resultantes, relatando la operación en el mismo inventario y dando pie a una inscripción a favor del causante de las proporciones cuya inscripción no se solicitase por el correspondiente adjudicatario; y las divisiones, etcétera, efectuadas por los herederos precisamente para realizar la partición, donde el supuesto de que alguno de los herederos no quiera inscribir su adjudicación ofrece en toda su crudeza (como en el caso de división material realizada para cesación de condominio), la colisión entre el principio de voluntariedad y el principio de apertura del folio nuevo independiente a todas y cada una de las fincas resultantes de la división o segregación.

5. El fundamento último de la Resolución para revocar la nota y el auto presidencial es el *principio de voluntariedad* de la inscripción. Ya hemos insinuado cómo este principio no debe alcanzar a las zonas de mecánica interna del Registro y entre ellas a las que procuran la determinación y clara descripción de todas las fincas registradas con vistas al mejor funcionamiento del folio real. También cabe recordar que la voluntariedad cede cuando se interfiere el principio de tracto. No cabe querer inscribir un título y no querer inscribir el antetítulo, incluso cuando este antetítulo es una operación de modificación de ente hipotecario. Quien tiene que instar la inscripción y quien deba satisfacer los honorarios es otra cuestión desgraciadamente mal tratada en nuestra legislación y doctrina. Por estos terrenos debía plantearse la cuestión que desembocó en el recurso. La auténtica polémica estaba en si el señor Marcos Santos, no habiéndose pactado nada, tenía obligación de inscribir la división o al menos de hacer todo lo conducente para que los compradores, en la segunda venta, pudieran inscribir su título. El «quid» de la cuestión, aunque se refleje ordinariamente en una menuda cuestión de honorarios, está en saber hasta dónde llega la obligación del vendedor de poner de su parte todo lo necesario para la quieta y pacífica posesión de la finca comprada, y entre ello el inscribir su título.

Lamentablemente, el llamado principio de voluntariedad coloca a los compradores en situación lastimosa, incluso a merced de actitudes doloosas de los vendedores. Siendo imposible detenernos aquí en lo sustantivo del tema, haremos unas ligeras consideraciones en las normas hipotecarias conexas (6).

(6) Abordar el problema en su totalidad nos conduciría, una vez más, a la crítica de nuestro confuso sistema de transmisión de fincas, en el que la teoría del título y el modo, entendiéndose éste en su más arcaico sentido de entrega real, va confusamente combinado con una inscripción registral

Los comentaristas de nuestra legislación hipotecaria pasan por alto ciertos aspectos poco comprensibles que presentan el apartado 2.º del artículo 7 de la Ley Hipotecaria y el 312 de su Reglamento. Pero no debe extrañarnos porque tampoco suelen sacar a relucir otras muchas incongruencias parecidas provenientes del principio de voluntariedad de la inscripción y de sus abusos. LA RICA (7) cree que estos preceptos deben tener aplicación no sólo cuando la finca sobre la que se ha constituido el derecho real no está inscrita, sino también cuando está inscrita, pero no a favor del constituyente, y ello aun sin necesidad de una reforma legislativa, porque el inconveniente de practicar la anotación inicial existiendo inscripción a favor de persona distinta del constituyente puede ser obviada por la aplicación del artículo 103 del Reglamento. Para mí es más inexplicable que el procedimiento (u otro similar aún más expeditivo e inclinado a favor del instante) no se extienda también al adquirente del dominio cuyo transmitente se resiste a inscribir. Es injusto que el adquirente haya de acudir a un procedimiento de reanudación de tracto cuando acaso exista titulación ordinaria inscribible o sea fácil de conseguir (7 bis).

La evolución histórica de los preceptos citados nos muestra una cierta derrota de la legislación hipotecaria inicial por una realidad antiregistraral. En su origen, se limitaron al caso de derecho real constituido en documento antiguo (anterior a 1.º de enero de 1863) porque el legislador pensó que el problema no existiría para los constituidos después y sometidos al nuevo régimen (no otorgamiento sin previa inscripción del constituyente: artículos 1, 3 y 4 de la Instrucción de 12 de junio de 1861).

MORELL ya encontraba poco comprensible el texto del artículo 398 de la Ley Hipotecaria de 1909, que no sólo había trasladado el juego de fecha tope de 1863 a 1909, sino sustituido el que fuese el título de constitución del derecho real el anterior a la fecha tope, por la circunstancia de que no hubiese inscrito su propiedad el constituyente en la expresada fecha (8). Hoy es inexplicable que los referidos preceptos no hayan sido reestructurados, si se quiere evitar los abusos del derecho a no inscribir por parte de los transmitentes, o suprimidos, si es que se quiere llevar a sus últimas consecuencias el principio de voluntariedad de la inscripción, estimando que no cabe abuso de tal derecho y que en ningún momento es obligación del vendedor o transmitente procurar que el comprador o adquirente pueda asegurar su derecho mediante la inscripción registraral.

6. Terminaremos con una breve referencia al tema de los honorarios, que si no ofrece dudas cuando la operación registraral de agrupación, división o segregación se realiza aisladamente, sí las ofrece cuando aparecen unidas a actos dispositivos y especialmente cuando éstos resultan efectuados a favor de distintas personas y sucesivamente como en el caso del recurso. Con ello no queremos decir que la controversia y el recurso llevados

que se estima de fuertes efectos respecto de tercero. Por ello, no resulta fácil resumir brevemente la doctrina y jurisprudencia en torno a la cual cabría atribuir al vendedor, si no una obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador, sí al menos la de completar la puesta en posesión real, no sólo con la posesión escrituraria (arts. 1461 y 1462, en relación con el 1279 del Código Civil), sino con la posesión tabular a través de una progresiva interpretación del artículo 1258.

(7) RAMÓN DE LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, segunda parte: *Modificaciones*, págs. 383 y sigs., en especial 387.

(7 bis) ROCA estima aplicable el artículo 312 al dominio, pero sin justificarlo ni acomodarle. (Ver II, pág. 331 de la 6.ª edición.)

(8) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, Ed. Reus, 1919, tomo 5.º, págs. 505 a 513.

a este prosaico terreno se hubiese evitado. Para reafirmar esto sería necesario por lo menos conocer el contenido íntegro de la solicitud del señor Marcos Jiménez.

Los autores suelen estimar poco dignos de estudio detenido los preceptos reglamentarios del título XIV. No es excepción el distingo que encontramos en el artículo 614, apartado 1.º del Reglamento, entre aquel a cuyo favor se inscriba inmediatamente el derecho del que afirma que *pagará* los honorarios y aquel que haya presentado el documento, al que también *son exigibles*. Y, sin embargo, tal distingo, puesto en relación con el artículo 615, origina ciertas dudas, entre ellas si la opción concedida al Registro para exigir los honorarios a cualquiera de los varios que tuvieran la obligación expresada en el 614 abarca también la posibilidad de optar entre aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba el derecho y la persona que haya presentado el documento, aunque del texto completo del apartado 1.º del 615 no resulte tal opción. Creemos que el derecho a optar existe desde el momento que el 614 parece añadir la exigibilidad al presentante como una facultad del Registrador. El hecho de que éste casi siempre use de ella por razones de comodidad y seguridad no excluye la posibilidad de reclamar los honorarios a las personas a cuyo favor se practique la inscripción.

De todas maneras existen otras varias dudas en materia de divisiones y segregaciones especialmente si van unidas a actos dispositivos de las fincas resultantes y los restos. ¿Dónde colocamos al que divide o segrega dentro de la lista del artículo 6 de la Ley? Literalmente interpretado éste quedaría aquél fuera de la lista. Relacionando el artículo 6 de la Ley con los artículos 49 y 614 del Reglamento, ¿cabe deducir que los honorarios de la agrupación o segregación deban ser también pagados por el comprador de la finca agrupada o segregada? ¿Cabe deducir, en cambio, que en la división la solución es la contraria porque el 49 no actúa? Creemos que, sin perjuicio de la reclamación de honorarios al presentante, el verdaderamente obligado al pago de los correspondientes al concepto de división, segregación o agrupación es el dueño que la realiza y a cuyo favor se practica la inscripción de tales operaciones.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA ESTIPULACION DE UNA COMPRAVENTA POR LA QUE SE ESTABLECE QUE EN EL SOLAR VENDIDO NO PODRAN CONSTRUIRSE LOCALES COMERCIALES O INDUSTRIALES, SINO SOLO VIVIENDAS, ES EFICAZ, Y AL NO CONSTAR QUE VAYA EN CONTRA DEL PLAN GENERAL DE URBANIZACION, LA ACCION PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO ES CIVIL Y CORRESPONDE CONOCER EL ASUNTO A LA JURISDICCION ORDINARIA (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1976).

Hechos.—La entidad «Palma Nova, S. A.», presentó demanda contra don Antonio Oliva S., Willy Adalbert D. y contra cualquier otra persona desconocida que se crea con derecho o se sienta perjudicada alegando que en la primera escritura de venta de una parcela de la urbanización Palma Nova se hizo constar expresamente que, de conformidad con las condiciones generales de la urbanización, el edificio que se construyera en dicho solar debía ser destinado exclusivamente a vivienda, sin que, en ningún caso, se pudieran establecer explotaciones industriales o de comercio; que dicha finca pasó por varios titulares hasta llegar a ser, registralmente, del demandado Willy Adalbert D., pero, al parecer, éste la tiene vendida en documento privado al otro demandado señor Oliva, el cual ha construido en el solar una serie de locales comerciales que explota. Suplica se dicte sentencia declarando que en el citado solar de la Urbanización Palma Nova no pueden construirse más que edificios destinados a vivienda, sin que en ningún momento puedan instalarse en ellos explotaciones mercantiles o industriales, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, cesando de inmediato en sus explotaciones mercantiles y cerrando los locales.

Al tener conocimiento la actora que la finca había sido vendida e inscrita a favor de don José María Ruiz Y., solicitó se le emplazara, como así se hizo, y no compareciendo, se le declaró en rebeldía.

El demandado A. Oliva contestó a la demanda alegando que la limitación de destino pactada en la primera escritura de venta no tenía carácter de servidumbre real, sino simple pacto obligacional entre las partes, y que hoy día no rigen en aquella zona las condiciones de la Urbanización, sino tan sólo las Ordenanzas Municipales de Calvía en materia de construcción.

El otro demandado, Willy A. D., contestó a la demanda alegando que al comprar la finca había construido en ella un chalet destinado a vivienda, por lo que a él no puede afectarle el cambio de destino que después hayan hecho los otros demandados.

El Juez de Primera Instancia número uno de Palma de Mallorca dictó sentencia, estimando en cuanto a todos los demandados, excepto a don Willy A. D., la demanda y declara que en el solar discutido no pueden construirse más que edificios destinados a casa vivienda, sin que en ningún momento puedan instalarse en ellos explotaciones mercantiles o industriales, cerrando los locales y dándose de baja de sus industrias o comercios en los organismos administrativos en que consten dados de alta. Absuelve de la demanda a Willy A. D.

Apelada la anterior sentencia por A. Oliva, apelación a la que se adhirió la actora en cuanto se la imponen las costas causadas a Willy A. D., y tramitada la alzada con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia confirmando la del Juzgado, salvo en lo que respecta a la imposición a la parte actora de dichas costas, en cuyo particular la revoca, sin costas en ninguna instancia.

Contra la anterior sentencia, el demandado señor Oliva interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los motivos siguientes:

1.º Infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del número 1.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la expresada Ley, porque la sentencia recurrida incide en error de hecho que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, puesto que la construcción realizada estaba amparada en actos administrativos, como son la licencia municipal que le fue concedida y el Plan General de Ordenación Urbana de Calvía.

2.º Infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del número 1.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la misma Ley, porque la sentencia recurrida incide en abuso de Jurisdicción, conociendo en asunto que no es de la competencia de la Jurisdicción civil, sino de la Contencioso-administrativa.

3.º Infracción de Ley y de doctrina legal, al amparo del número 1.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la expresada Ley, porque la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, los artículos dos y siete de la Ley Hipotecaria y los artículos 1.091 y 1.225 del Código Civil. La sentencia recurrida basa su pronunciamiento confirmatorio de la instancia en que los derechos reales tienen acceso al Registro mediante la inscripción en sus libros

de los actos que los crean, modifican o extinguen, aseveración que como de pura axiomática nada tiene que oponer; y continúa diciendo que las limitaciones del dominio establecidas obligacionalmente inscritas en el Registro se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita y trascienden de esta forma a terceros. Pero no se tiene en cuenta que desde 1956 el ordenamiento jurídico-privado del Código Civil y Ley Hipotecaria ha quedado muy mermado, pues hay que estar desde entonces a la Ley del Suelo, y concretamente al Plan General de Ordenación Urbana, al que han de adaptarse el uso y destino de los predios, conforme al artículo 47 de la Ley del 56.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que, según constante y uniforme Jurisprudencia de esta Sala, para que un documento auténtico sirva para fundamentar un recurso de casación en el fondo y demostrar el error de hecho que en la apreciación de la prueba se atribuye al Juzgador de instancia, conforme a lo dispuesto en el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que en la sentencia de cuya impugnación se trate se contengan afirmaciones contrarias a lo que en aquel documento se exprese o se niegue lo que en el mismo conste de un modo claro y evidente (sentencias de 7 de mayo de 1942, 11 de abril de 1947 y 22 de febrero de 1973), circunstancias que no concurren en el supuesto que aquí se contempla, con relación a la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Calvía, obrante al folio 302, puesto que lo único que se acredita a través de lo consignado en sus apartados E) y F), es que el Plan General de Ordenación Urbana de dicha población se aprobó por Resolución del Ministro de la Vivienda de 3 de junio de 1971, sin oposición de la entidad recurrida y que el otro litigante obtuvo la oportuna licencia municipal para edificar en los solares 30 y 31 de la Organización Palma Nova, según proyecto que se ajusta a las Ordenanzas correspondientes, cuestiones ambas que no fueron tratadas directa ni indirectamente en la sentencia que se impugna, en la que, por consiguiente, nada se afirma ni se niega en cuanto a las mismas, lo que hace improsperable el primer motivo del presente recurso, sobre todo si se tiene presente que de los apartados E) y F) del indicado documento, no se desprende para nada que se impusiera, a quienes desearan levantar algún edificio acogiéndose al mencionado Plan General de Urbanización, la obligación de reservar plantas y locales para instalar en ellos establecimientos mercantiles o industriales.

Considerando que también decae el segundo motivo del recurso, acogido al número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, porque, dirigida la demanda, origen de este procedimiento, por una entidad privada contra varios particulares, y encaminada la acción que en ella se ejercita a obtener la declaración de que, conforme a lo convenido por los actuales contendientes o sus causantes en la cláusula segunda, apartado tercero, de la escritura pública de 13 de marzo de 1936, no se pueden construir en el solar objeto de esta litis más que edificios destinados a viviendas y no a explotaciones industriales o de comercio, es indudable que, al no haberse acreditado en el recurso, por el cauce al efecto establecido en el número siete del repetido artículo 1.692, que en el Plan General de Urbani-

zación de Calvía, aprobado en 3 de junio de 1971, se contuviera disposición alguna contraria a lo estipulado en aquel documento, la acción ejercitada es de índole exclusivamente civil y su conocimiento está atribuido a la Jurisdicción ordinaria, en virtud de lo previsto en los artículos 51 de la Ley Procesal y 2, apartado A), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sin que, en forma alguna, deba ventilarse en lo contencioso-administrativo, por no encajar en el artículo primero de la Ley últimamente citada, ni en el 222 de la reguladora del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, al no discutirse en el pleito ningún acuerdo adoptado en virtud del *ius imperii*, por cualquiera de los Organos de la Administración, aun cuando ésta hubiera podido intervenir en algún aspecto (sentencias de 21 de noviembre de 1905 y 13 de junio de 1940) y al gozar la primera, como fuente y raíz de todas las jurisdicciones, de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de los casos que se estimen dudosos, según se declaró en la sentencia de la Sala especial de este Tribunal de 26 de junio de 1943 y en las de esta Sala de 15 de febrero de 1950, y 6 y 1.º de febrero de 1966.

Considerando que igual suerte debe correr el tercero y último motivo del recurso, formulado al amparo del número uno del citado artículo 1.692, en el que se denuncia la aplicación indebida de los artículos dos y siete de la Ley Hipotecaria y 1.091 y 1.225 del Código Civil: Primero: Porque no expresa cuál sea el número del primero de estos preceptos que estima vulnerados, cuyo requisito es indispensable para el éxito del motivo, en lo que al mismo se refiere (sentencias de 19 de noviembre de 1973 y 17 de mayo de 1976). Segundo: Porque tampoco indica la razón por la que el recurrente estima transgredida esa norma legal ni la causa por la que no debió acceder al Registro de la Propiedad uno de los títulos especificados en el número dos de dicho artículo segundo. Tercero: Porque no tiene presente que en el Acuerdo Judicial impugnado no se alude para nada al artículo séptimo de la Ley Hipotecaria, sino al mismo ordinal de su Reglamento, por lo que el Tribunal *a quo* no pudo infringir aquel precepto expresado en el motivo. Cuarto: Porque el artículo 1.225 del Código Civil, aparte de no mencionarse para nada en la sentencia recurrida, no es susceptible de servir de fundamento a los recursos comprendidos en el número uno del artículo 1.692 de la Ley Rituaria por referirse al valor probatorio de los documentos privados. Quinto: Porque, dado el carácter general del artículo 1.091, antes citado, precisa para lograr el éxito deseado por la parte que lo aduce, que su cita se complete con la de aquellas disposiciones que acrediten que la Sala de instancia interpretó mal el tenor obligacional del contrato o que se equivocó al estimar que su cumplimiento se ajustó o no al mismo, según se ha hecho constar en la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1966, requisito que no se ha cumplido en el presente caso; y Sexto: Porque no puede incurrirse en la aplicación indebida de tal precepto cuando, como aquí sucede, se reconoce por el Tribunal *a quo* la fuerza vinculante que, para quienes concertaron el documento de 13 de marzo de 1936, presenta la cláusula segunda del apartado tres de dicho convenio, sobre todo cuando ya se reconoció la eficacia de una estipulación semejante en la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1961.

COMENTARIO.—En esta sentencia se rozan algunas cuestiones de singular interés para el Derecho Hipotecario.

a) *El problema de la relación entre los pactos privados sobre limitación de destino en las construcciones y los planes urbanísticos aprobados.*—Se había pactado en una escritura pública de venta de una parcela otorgada en 1936 que el edificio que se construyera en la misma habría de ser destinado a vivienda, sin que en ningún caso se pudieran establecer explotaciones industriales o de comercio. En sucesivas transmisiones se hizo constar ese pacto hasta llegar al titular actual que es demandado porque había construido una serie de locales comerciales con la oportuna licencia municipal, pero infringiendo aquella limitación en el destino del solar que arrancaba del año 1936 y que constaba inscrita en el Registro de la Propiedad. Dicho demandado entiende que ya no rigen en la zona las condiciones privadas de la urbanización, aunque estén inscritas en el Registro, sino tan sólo las Ordenanzas Municipales y el Plan General de Ordenación Urbana de la zona, aprobado en 1971. Se funda en que la propiedad urbana ha de regirse exclusivamente por lo que resulte de los planes y no por pactos civiles, pues el *ius aedificandi* no es hoy una facultad del dueño del predio, sino que la determina el Plan y sólo puede ejercerse en el modo y el tiempo que esté determinado en él.

El Tribunal Supremo resuelve acertadamente la cuestión. Como no constaba en el pleito que el Plan General de Ordenación Urbana obligara a reservar locales comerciales en el edificio, ni que contuviera disposiciones contrarias a las estipuladas en la escritura pública inscrita, hay que entender—dice la sentencia—que la acción ejercitada es civil, pudiendo resolver el asunto la jurisdicción ordinaria, sin que haya de reservarlo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y lo resuelve declarando la eficacia de ese pacto relativo a la limitación del destino de las construcciones. Hay que tener en cuenta que en el pleito no se aportaron los datos del Plan, sino que sólo se presentó una certificación del Secretario del Ayuntamiento, que acreditaba la existencia del mismo, por haber sido aprobado el 3 de junio de 1971.

En cualquier caso, las declaraciones de la sentencia son importantes, pues significan el reconocimiento de la posible compatibilidad entre la existencia de pactos civiles urbanísticos de Derecho Privado y los planes administrativos aprobados que ordenan el sector. No es que tales pactos prevalezcan sobre los planes, sino se trata de admitir su posible coexistencia, frente al criterio del recurrente que sólo veía Derecho Administrativo en la propiedad urbana después de la Ley del Suelo de 1956. La sentencia ya advierte que no consta que tales pactos fueran contrarios al plan, lo que también significa que reconoce la prevalencia del plan frente a ellos en caso de disconformidad o contradicción, cosa perfectamente lógica, pues se adapta a lo previsto en la legislación urbanística. Por otro lado, la sentencia entiende que la mera concesión de una licencia municipal de construcción no permite edificar vulnerando pactos de Derecho Civil. Esto también es lógico, pues queda fuera del radio de acción del órgano municipal valorar si esos pactos civiles se oponen o no al plan, ni si existen o no obstáculos civiles para la edificación. La licencia municipal sólo puede significar que, desde el punto de vista urbanístico, el órgano municipal no ve ningún inconveniente en la construcción del edificio, por entender que no se opone o se adapta a lo previsto en los planes.

Interesa insistir algo más en aquella compatibilidad entre la existencia de pactos de Derecho Civil y los planes urbanísticos aprobados adminis-

tratativamente, pues hay autores que sólo ven como fórmula válida de las urbanizaciones la aprobación administrativa no sólo del plan, sino también del que llaman «Estatuto de la Urbanización» o «Estatuto de Limitaciones o Cargas Urbanísticas». Así lo estima MARTÍN BLANCO (1), con la consecuencia de que las ulteriores modificaciones de tales limitaciones deben seguir la misma vía de la aprobación administrativa del órgano urbanístico competente. A mí me parece que esta postura es exagerada, pues no tiene en cuenta que todavía queda cierto campo para el Derecho Civil en la propiedad urbana y que no todo es Derecho Administrativo, sobre todo a la vista de que pudiera suceder que el Plan no contuviera excesivas limitaciones respecto al destino concreto del solar. Además, las limitaciones del Plan no pueden sobrepasarse, pero nada impide que se establezcan otras entre particulares que no vayan en contra de aquél. Queda, pues, un margen para la autonomía privada y no es convincente someter ese margen también a la aprobación administrativa, como quiere MARTÍN BLANCO. Una cosa es que los particulares pueden pedir la aprobación de ese Estatuto de Limitaciones junto con el Plan, y otra que además puedan establecer ellos por su cuenta tales limitaciones, que serán eficaces, como dice esta sentencia, si no van en contra del Plan.

Por tanto, en esta cuestión hay que admitir una pluralidad de posibilidades. Así, las tesis de CAMY y de SAPENA sobre la propiedad horizontal tumbada dentro de la cual cabe establecer tales limitaciones siempre que existan elementos comunes, pues en otro caso no hay tal propiedad horizontal. Queremos decir que en algunas urbanizaciones falta base en tales casos para aplicar la institución de la propiedad horizontal. También cabe configurar las limitaciones como servidumbres recíprocas, en la forma que después veremos. En fin, no hay por qué descartar la tesis de MARTÍN BLANCO sobre la aprobación administrativa del Estatuto de Limitaciones si los interesados así lo solicitan, pero siempre, decimos una vez más, como una de las varias fórmulas posibles y no como la única.

Ahora bien, para cualquier fórmula se precisan siempre unos requisitos, a saber: 1.º) Que para que tales limitaciones sean válidas no han de ir en contra del Plan. A efectos de inscripción en el Registro, esto no quiere decir que se exija la aprobación administrativa que prevé MARTÍN BLANCO para determinar si es o no conforme con el Plan, pues ya hemos dicho que supondría una intromisión administrativa excesiva en el Derecho Civil y en el campo de la autonomía de la voluntad, sin que por otro lado se exija ese requisito en ningún precepto. En la práctica actual, el Registrador no tiene medios hábiles para controlar tal requisito. *De iure condendo* nos parece como fórmula mejor la de exigir la constancia registral del contenido de los planes aprobados en cuanto afecten a las limitaciones señaladas (destino, alturas, volumen, superficies mínimas, etc.). Una vez inscritos, el Registrador podría calificar si las limitaciones pactadas por los particulares se adaptan o no los planes. Bien entendido que con este sistema el Registrador no se inmiscuye de modo directo en la calificación de los planes administrativos, sino que enfocaría el problema a través de los obstáculos registrales, calificando no los planes, sino lo que los asientos registrales precedentes dicen acerca de los planes. Algo hay de esto en la legislación vigente. Concretamente, los amplios términos del

(1) MARTÍN BLANCO: *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*, Madrid, 1973, páginas 121 y 122

número 1 del artículo 221 de la Ley del Suelo, facilitan esa posibilidad: «Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización». Claro que este precepto es demasiado general, pero precisamente por eso cabría aplicarlo al acto administrativo consistente en el acuerdo de aprobación del Plan, si es que constan en él limitaciones del tipo de las que estudiamos. En el Reglamento de Reparcelaciones se contiene un precepto más específico en el que se prevé como posible contenido del acuerdo aprobatorio de la reparcelación la indicación de detalles sobre limitaciones. Se trata de los apartados *m)* y *n)* del artículo 24, 1, que dicen: «Podrán regularse, con efectos reales, las nuevas situaciones jurídicas derivadas de la Ordenación ejecutada, tales como régimen de patios comunes, servidumbres recíprocas, zonas de estacionamiento y otras análogas». «Podrá establecerse asimismo el Estatuto de Limitaciones que regulen con carácter con carácter real: ubicación de los edificios, altura, tipo de construcción, destino, normas sobre conservación de espacios libres y demás semejantes». «Las determinaciones señaladas en los apartados *m)* y *n)*; inscritas en el Registro de la Propiedad y contrarias a las de derecho necesario, incluidas en planeamiento aprobado con posterioridad, podrán cancelarse por acuerdo firme del órgano urbanístico competente». GONZÁLEZ PÉREZ entiende que «si el plan de ordenación se hubiese aprobado, pero no tuviese reflejo en los libros del Registro, de nada serviría. Desde el momento que tiene entrada en el Registro una finca nueva producto de una parcelación, es absolutamente necesario que los mismos libros reflejen con suficiente detalle las características de la ordenación, en cuanto suponen una limitación de la propiedad no sólo en favor de la comunidad, sino para hacer posible la existencia misma de cada parcela» (2). Nosotros creemos que esta idea es acertada, y deberían arbitrarse medidas más específicas para que en la práctica pudiera llevarse a cabo, teniendo en cuenta que los Registradores de la Propiedad ni la legislación hipotecaria tienen ninguna culpa de que esto no se produzca, sino que es la legislación urbanística la que debería señalar la obligación del órgano urbanístico de remitir al Registro el acuerdo correspondiente a efectos de la inscripción (2 bis). 2.º) Un segundo requisito es que las limitaciones pactadas por los particulares, a las que nos estamos refiriendo, tengan trascendencia real y no meramente obligacional, pues si así no fuera no tendrían acceso al Registro por impedirlo la legislación hipotecaria. Pero de este requisito nos ocupamos con detalle a continuación en el segundo de los problemas que vamos a estudiar con motivo del comentario de esta sentencia.

b) *El problema de la naturaleza real o personal de tales limitaciones del destino del suelo, su relación con las prohibiciones de disponer y la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad.*—En la contes-

(2) GONZÁLEZ PÉREZ: «Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular», en *Curso de conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores, Madrid, 1973, pág. 254.

(2 bis) Debería desarrollarse reglamentariamente en ese sentido el artículo 63 de la vigente Ley del Suelo, pues la Cédula Urbanística podría configurarse como el documento inscribible más adecuado al objeto que se indica en el texto. Pero la Cédula es de creación potestativa por el Ayuntamiento, salvo excepciones.

tación a la demanda, el demandado ahora recurrente había alegado que «la limitación de destino pactada en la primera escritura de venta no tenía carácter de servidumbre real, sino simple pacto obligacional entre las partes». La sentencia de la Audiencia entró en el fondo de la cuestión, dando una solución interesante y atrevida en el Derecho español, pues dice, de modo sorprendente, que «las limitaciones del dominio establecidas obligacionalmente e inscritas en el Registro se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita y trasciende de esta forma a terceros». Tan convincente le debió parecer esta doctrina a la parte recurrente, que en el escrito del recurso de casación no carga ya las tintas en el tema de la simple trascendencia obligacional del pacto, sino que se limita a llevar la cuestión por el cauce urbanístico tal como hemos visto al tratar del primer problema. Es cierto que en uno de los motivos del recurso todavía cita los artículos 2 y 7 de la Ley Hipotecaria, queriéndose referir sin duda al artículo 2 de la Ley y 7.º del Reglamento, que son los que estudia la doctrina a propósito de los pactos con trascendencia real. Pero no se desarrolla hasta sus últimas consecuencias lo que podría resultar de tales preceptos, pues el recurrente reconoce que es «cierto que estas limitaciones, por virtud de su inscripción registral tenían efectos *erga omnes*, entendidos éstos como los sucesivos propietarios».

A la vista de todos estos antecedentes, la sentencia del Tribunal Supremo se muestra poco concluyente, a efectos de doctrina legal, conteniendo varias declaraciones a propósito del tema, ninguna de las cuales significa una confirmación expresa de la doctrina de la Audiencia.

Leemos en la parte final de la sentencia del Supremo «la fuerza vinculante que, para quienes concertaron el documento de 13 de marzo de 1936, presenta la cláusula segunda del apartado tres de dicho convenio», recogiendo una cita del Tribunal *a quo*. Pero esto no significa que el Tribunal Supremo lo cifre todo en el aspecto meramente obligacional, sino que dice esto simplemente para contestar a la alegación del recurrente, que había invocado aplicación indebida del artículo 1.091 del Código Civil.

Entonces ¿es que la sentencia admite los efectos reales de la cláusula con lo que justificaría la inscripción de la misma en el Registro? Parece que el Tribunal Supremo no quiere entrar a fondo en el tema. Prueba de ello es la disculpa que pone al decir, con motivo de la cita por el recurrente del artículo 7.º de la Ley Hipotecaria, junto al 2.º de la misma, que el Acuerdo Judicial impugnado no alude para nada al artículo 7.º de la Ley Hipotecaria, sino al mismo ordinal de su Reglamento, por lo que el Tribunal *a quo* no pudo infringir aquel precepto expresado en el motivo. Nosotros aceptaríamos otras razones para no entrar en el fondo de la cuestión, como, por ejemplo, otra que señala anteriormente la sentencia, el no indicar la razón por la que se estima transgredido el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, pero lo que no podemos admitir, por mucha esencia formalista que se quiera dar al recurso de casación, es dar importancia a un mero «error calamis» o equivocación de cita de un precepto, cuando se ve clarísimamente que se quiso invocar el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, pues es el único que tiene relación con el 2.º de la Ley, y no el 7.º de ésta, que nada tiene que ver con el tema debatido.

Pero lo paradójico es que, aun no queriendo entrar en el fondo del problema, la sentencia hace un par de declaraciones que implican tomar

partido en relación con el mismo. Una de esas declaraciones se hace al decir que el recurrente no expresa la razón ni la causa «por la que no debió acceder al Registro de la Propiedad uno de los títulos especificados en el número dos de dicho artículo segundo». Como se verá, la sentencia dice claramente, quizá sin querer (pues no deseaba entrar en el fondo, según vimos), que estamos ante uno de los títulos especificados en el artículo 2.º, número 2, de la Ley. Y como ese número 2 se refiere a los títulos de constitución de derechos reales que son objeto de inscripción, y el supuesto de hecho contemplado en este caso es el de un título traslativo de dominio (compraventa: núm. 1.º) que incluye un pacto de limitación del dominio, aquella declaración del Tribunal Supremo significa que considera este pacto de limitación del dominio (destino de la edificación) como uno de los títulos especificados en el número 2 del artículo 2.º, o sea, como título constitutivo, que tendría que ser, o «de servidumbre» o «de otros cualesquiera (derechos) reales».

La otra declaración que demuestra que al Tribunal Supremo se le han escapado declaraciones sobre el fondo del problema es la que hace al final de la sentencia, al decir que «ya se reconoció la eficacia de una estipulación semejante en la Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1971». Pues bien, veamos brevemente lo que dice esta sentencia, que por cierto se refiere a un pacto del mismo contenido y de la misma urbanización (3). Se lee en ella que «como quiera que en el caso que se resuelve del estudio del contrato de 1 de julio de 1936, por el que se establecieron las normas para la urbanización de la zona de Palma Nova, convirtiéndola en un barrio residencial, se convino en su cláusula doce que la edificación deberá ser destinada a casa vivienda, sin que en ningún tiempo puedan instalarse en el edificio explotaciones industriales o de comercio alguno, texto de meridiana claridad, cuya redacción no puede dar lugar a la menor duda y que es obligatorio para la señora B. en cuanto constituye una limitación a su derecho de dominio con constancia en el Registro de la Propiedad, incluso en la inscripción de la transmisión a su favor; es evidente que la citada recurrida infringió el contrato al construir en su parcela un hotel de viajeros que constituye sin duda una explotación de la industria de hospedería». Se observa que en la sentencia se habla de «limitación del derecho de dominio» y de la «constancia en el Registro de la Propiedad», términos éstos poco aptos para la tesis del mero pacto obligacional o personal.

De todos modos y a pesar de estas declaraciones, reconocemos que la presente sentencia que estamos comentando, lo mismo que la citada de 1971, no acaban de ser muy concluyentes y habrá que esperar a futuras decisiones para saber claramente si el Tribunal Supremo se inclina o no por la trascendencia real del pacto en cuestión. No hay que olvidar tampoco que las condiciones de la urbanización, aunque arrancaban de un primitivo contrato se iban trasladando en las sucesivas compraventas hasta llegar a los titulares actuales, por lo que incluso desde la perspectiva del derecho personal u obligacional, habría base para mantener su eficacia.

Por ello, apenas hay doctrina legal en este aspecto tan interesante. No obstante, expondremos nuestra opinión personal en este tema.

(3) Véase en ARANZADI, año 1971, número marginal 4.451. También se ocupa del pacto de limitación de alturas.

Consideramos que si en una escritura de compraventa se incluye un pacto limitativo del destino o alturas de la edificación, estamos en el ámbito del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, es decir, el de las prohibiciones de disponer en contratos a título oneroso, que no tienen acceso al Registro y que sólo pueden vivir dentro de la esfera obligacional. En este sentido criticamos aquella expresión de la sentencia en que se considera que el pacto estudiado es uno de los títulos especificados en el número 2 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

Esto no quiere decir que no haya otros medios para obtener la inscripción. Puede obtenerse por la vía de la constitución de la correspondiente servidumbre de limitación de destino, alturas o volumen u otros aspectos, perfectamente posible dada la amplitud que muestra el artículo 594 del Código Civil, que es exponente de un *numerus apertus* de servidumbres. Para que esta vía sea aceptable en las urbanizaciones, no habrá más remedio que utilizar una fórmula bastante complicada. Al practicarse la venta de la primera parcela segregada se constituye servidumbre recíproca de limitación de destino y alturas entre la finca resto y la parcela segregada, advirtiéndose que por afectar la servidumbre activa y pasivamente al resto, afectará a todas las parcelas que en lo sucesivo se segreguen del mismo. Claro que esto no haría falta decirlo, pues deriva de la lógica consecuencia de arrastre de cargas anteriores, pero es mejor hacerlo así para mayor claridad. Con ello no quedan solucionados todos los problemas, pues hasta ahora sólo han quedado ligadas la primera parcela segregada con la finca resto y todas sus futuras derivaciones y falta conectar la servidumbre entre cada una de las parcelas que se vayan segregando y entre ellas y su finca matriz. Para conseguirlo, habrá que ir constituyendo la correspondiente servidumbre en cada segregación y así sucesivamente. Con lo cual no hay reiteración, pues es compatible la existencia, por un lado, de la primera constitución de servidumbre, que se va arrastrando *ipso facto* en todas las segregaciones sucesivas, sin necesidad de reiteración ni de nueva constitución, y por otro lado, las servidumbres que van ligando a las distintas parcelas entre sí y en relación con el resto, que exigen una nueva constitución con motivo de cada segregación.

Hemos dicho que es un sistema un tanto complicado, pero el más factible en la legislación vigente, por lo menos como fórmula general aplicable a todos los supuestos, dada la adaptación del concepto amplio de nuestro Código sobre la servidumbre a los diferentes supuestos de hecho (4).

También es posible el otorgamiento de un Estatuto de Propiedad Horizontal, al estilo de lo que entiende SAPENA, si bien advirtiéndose que para la parcelación es necesaria la existencia del plan de urbanización y de la licencia municipal respectiva. Además, ya hemos dicho que cuando no hay elementos comunes de propiedad de los titulares de la urbanización no cabe aplicar la institución de la propiedad horizontal, cosa que ocurrirá cuando las calles y servicios comunes se cedan al Ayuntamiento.

Pero todavía hay otras posibilidades. No cabe duda de que la fórmula de MARTÍN BLANCO sobre la existencia de un Estatuto de Limitaciones o cargas urbanísticas, aprobado administrativamente por el órgano urbanístico competente es otra posibilidad, a condición de tener en cuenta

(4) GIORGIANNI, en el Derecho italiano, estima que todas esas limitaciones urbanísticas no se adaptan al concepto de servidumbre, prefiriendo la idea de «obligaciones o cargas reales». En favor del concepto de servidumbre, en nuestro Derecho, ROCA SASTRE.

lo ya repetido: que no es necesariamente la única fórmula posible, al arrasar prácticamente la autonomía de la voluntad en la propiedad urbana.

En fin, podría pensarse en un Estatuto de Limitaciones otorgado unilateralmente por el propietario único de la finca antes de segregar y vender las parcelas, que afectarían a todas ellas sin necesidad de ninguna reiteración, por aplicación analógica, no directa (pues partimos de que no haya cuotas ni elementos comunes ni propiedad horizontal), de lo dispuesto en la Ley de 21 de julio de 1960 sobre el otorgamiento de Estatuto unilateral. Claro que antes de tomar una decisión habría que estudiar profundamente si esta fórmula es o no viable en la legislación vigente, a la vista de la enemiga hacia la servidumbre de propietario, o del examen del artículo 541 del Código Civil o, más en general, de la servidumbre condicionada en su nacimiento, e incluso a través del estudio del autocontrato y de los casos en que está permitido y prohibido, aspectos todos ellos que exceden del de un comentario de este tipo.

No queremos terminar el comentario sin hacer una referencia a los efectos de la inscripción del pacto de la compraventa objeto de estudio. Hemos visto que la sentencia de la Audiencia mantiene una atractiva teoría entendiendo que las limitaciones del dominio establecidas obligacionalmente e inscritas en el Registro se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita y trascienden de esta forma a terceros. También hemos dicho que el recurrente quedó impresionado por esta declaración, hasta el punto de que la hace suya. El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión, por ello, de pronunciarse, por lo que también en este punto habrá que esperar a futuras decisiones.

Por nuestra parte, hemos de reconocer que el giro tomado por la reforma hipotecaria de 1944-46, en su pertinaz distinción entre derechos reales y personales a efectos de su acceso al Registro y de la correspondiente cancelación de estos últimos, según su artículo 98, no se adapta mucho a esta interesante idea. No obstante, también merecería la pena profundizar en esa tesis de la adherencia por efecto de la inscripción, por lo menos en aquellos casos en que la distinción entre derecho real y personal no esté muy clara en el supuesto concreto, pues entonces la solicitud de la conformidad con la inscripción podría decidir la balanza en favor del carácter real. Con ello, el artículo 98 de la Ley Hipotecaria sólo se aplicaría a los casos muy claros de indebida inscripción de un derecho estrictamente personal.

En cambio, en la doctrina italiana ya hay exponentes claros de esa doctrina. En tal sentido, es necesario citar a GIORDANNI, con su teoría de la inherencia, como una de las características del derecho real desde una determinada perspectiva de valoración, contemplando estas limitaciones no como servidumbres propiamente dichas, sino como obligaciones reales o cargas reales que con la inscripción pueden afectar a sucesivos adquirentes. Destacamos las siguientes frases de GIORDANNI, subrayando la parte que ratifica esas ideas de la sentencia de la Audiencia: «En la práctica, se han presentado algunas situaciones semejantes a la obligación real, frente a las cuales la doctrina y la jurisprudencia más reciente han propendido a afirmar su admisibilidad, y, por consiguiente, la posibilidad de lograr el intento práctico perseguido por las partes. Así, por ejemplo, al vender un taller, el vendedor pactó con el comprador que no sería

nunca dedicado al mismo uso industrial a que antes sirvió, igual al de otro taller vecino del mismo propietario, el Tribunal de Casación de Roma (el de dic. 1917, v. en *Riv. Dir. Común*, 1918, II, 486), *decidió que, si el contrato había sido inscrito, el tercer adquirente estaba sujeto a la obligación en cuestión.*» Y más adelante, termina GIORDANNI: «La obtención de las finalidades tenidas en cuenta por las partes se ha considerado posible, como se ha visto, *a través de la inscripción del convenio. Este medio de publicidad cumple una finalidad conocida por el Código: la de garantizar la inherencia de una obligación.*» «Finalmente, hay que señalar también que alguna Ley especial ha recurrido a la *inscripción como medio de lograr la efectividad de la imposición al propietario de vínculos y obligaciones de carácter público*» (5).

¿En qué medida, si es que hay alguna medida, dado el artículo 98 L. H., cabe aplicar estas ideas en el sistema español? La contestación hay que dejarla para otra ocasión, quedando sólo planteada la pregunta y hechas las sugerencias antes vistas.

TERCERIA DE DOMINIO INTERPUESTA POR MUJER CASADA ANTE EL EMBARGO POR DEUDAS DEL MARIDO SOBRE FINCA ADQUIRIDA POR LA ESPOSA DECLARANDO QUE LO FUE CON EL PRECIO OBTENIDO POR LA VENTA DE FINCA PRIVATIVA, AUNQUE SE INSCRIBIERA COMO GANANCIAL. PRESUNCION DE GANANCIALIDAD QUE NO SE DESVIRTUA EN ESTE CASO (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—Doña Josefa A. F. presentó demanda contra el Banco de Santander, S. A., y su marido don Macario S. A. fundándola en que estando separada de hecho de este último adquirió por compra un piso declarando en la escritura que lo hacía con dinero procedente de la venta de unas fincas rústicas heredades formalizada en documento privado con nota de liquidación del impuesto del año anterior a la adquisición del piso; y que habiéndose inscrito como bien ganancial fue embargado por deudas del marido por el Banco de Santander.

El Banco de Santander contesta a la demanda oponiéndose porque la separación *de facto* no afecta en absoluto al régimen económico del matrimonio y porque en la adquisición realzada constante matrimonio no se acredita la procedencia del dinero y fue inscrito como bien ganancial del matrimonio.

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

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que es inviable el motivo primero, amparado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por error de hecho, porque los documentos aducidos como básicos del mismo fueron

(5) MICHELI GIORGIANNI: «Los Derechos Reales», en *Novissimo Digesto Italiano* Publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, traducido al castellano por Díez PICAZO, número 458, enero-febrero 1967, págs. 25 y 28.

examinados y ponderados por el Tribunal de Instancia, según lo acredita el contenido de la fundamentación fáctica de la sentencia impugnada, y es doctrina de esta Sala, que por lo reiterada es innecesario la cita de las sentencias que la contiene, que, en tal caso, sólo pueden ser combatidas en cuanto a la interpretación de las mismas, pero no por el cauce utilizado por la recurrente, sino por el ordinal primero del 1.692, pero es que, además, ninguno de esos documentos reúne los requisitos precisos para ser calificados de auténticos, a efectos de casación, porque, por sí solos, no justifican, como pretende dicha parte, que la finca urbana objeto de tercería, es bien parafernial y no ganancial, como se afirma por la Sala de Instancia, por el resultado de la valoración conjunta de la prueba, es evidente que, conforme con el artículo 1.407 del Código Civil y la doctrina de esta Sala al interpretarlo, «sin prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges no se puede desplazar la posesión (debe leerse presunción) legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio—Sentencias de 19 de diciembre de 1957 y 24 de noviembre de 1960, entre otras—, lo cual ha de originar también la improsperabilidad del motivo segundo, alegado por el ordinal primero del 1.692, por violación, por inaplicación, de los artículos 1.381 y número cuarto del 1.396 del Código Civil, porque reitera los argumentos empleados en el motivo primero, estableciendo, por sí, los supuestos de esos preceptos no verificados, según la premisa fáctica de la sentencia recurrida, de la cual prescinde».

COMENTARIO.—Se trata de un caso en que la esposa tercerista alega el carácter parafernial del piso embargado, pues, aunque constaba inscrito como ganancial, declaró haberlo comprado con dinero procedente de la venta de una finca adquirida por herencia, aportando como pruebas el documento privado de venta con nota de liquidación del impuesto y el inventario y adjudicación de herencia formalizado también en documento privado.

El Tribunal Supremo aplica la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil, pues los documentos aportados no justifican, por sí solos, que la finca urbana objeto de la tercería sea bien parafernial y no ganancial, confirmando así las sentencias del Juzgado y de la Audiencia, que decidieron atendiendo a la valoración conjunta de la prueba.

Esta decisión, producida en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, podría parecer, a primera vista, que contrasta con la solución que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria ofrece la práctica registral siguiendo las orientaciones de la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 1926. Luego veremos que esta resolución permite la inscripción como bien privativo de finca adquirida con dinero que se dice procedente de la venta anterior de finca probadamente privativa, acreditando debidamente los extremos correspondientes. La práctica registral así lo viene admitiendo en general, pues en otro caso no tendría sentido el número 3.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, que prevé la posibilidad de que se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge adquirente, y si no es por esa prueba, el precepto quedaría casi en letra muerta, lo que no cabe imaginar haya sido el propósito del legislador.

Pues bien, cabe preguntar: ¿se opone esta sentencia a la doctrina sentada por la citada resolución de la Dirección General? Hay que con-

testar que no. Por un lado, se advierte que la sentencia no hace una valoración objetiva o general del medio de prueba consistente en acreditar la existencia de una venta anterior de finca privativa. Se limita a destacar que en el caso concreto planteado no han bastado esas pruebas, por sí solas, para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407. Pero es porque la Sala de Instancia hizo una valoración conjunta de las pruebas y llegó a otro resultado. Y es que una cosa es la vía contenciosa y otra la vía de jurisdicción voluntaria de los Registros de la Propiedad, pues en aquélla se hace un análisis pormenorizado y concreto de todas las pruebas aportadas y en la jurisdicción voluntaria se valora, desde un punto de vista general y objetivo, si un determinado medio de prueba es suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda decidirse otra cosa en la vía contenciosa, pero sin afectar entonces a los derechos de terceros que adquirieron en el *interin*, en base a los pronunciamientos registrales.

Por otro lado, es muy importante destacar que la citada resolución y la práctica registral sólo admiten la inscripción de los bienes como privativos cuando se dan determinados requisitos, que desde luego no se daban en el presente caso, pues de entrada hay que advertir que la documentación pretendidamente acreditativa del carácter privativo del precio y de la previa adquisición era privada y no pública, como exige la Dirección y la práctica registral para aplicar el número 3.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Aparte de que no consta en el caso que la finca descrita en el documento privado de venta coincidiera con la que se relacionaba en el inventario de herencia.

Pero en cualquier caso lo importante es destacar la distinta esfera en que se mueven la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, que las hace en este caso perfectamente compatibles.

Recordemos los requisitos que señala la Resolución de 13 de septiembre de 1926 para que la inscripción pueda practicarse con el carácter de bien privativo:

a) La declaración de la esposa compradora (o del esposo comprador) de que el dinero invertido en la adquisición es exclusivamente suyo. Este requisito se dio en el caso al otorgar la escritura de compra del piso, pero es evidente que no basta por sí solo, sino que es un mero presupuesto mínimo para que pueda aplicarse la solución señalada.

b) El asentimiento del marido. Esta circunstancia se daba en el caso de la resolución, pero también es evidente que no puede exigirse como requisito, que ni es necesario ni suficiente, pues se trata de una aseveración que no acredita nada y que actualmente tiene su encaje en el número 2.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Naturalmente, si se dan los demás requisitos que ahora señalaremos, no hay inconveniente en aplicar la regla 3.ª del artículo 95, aunque se produzca asentimiento del marido. Lo que queremos recalcar es que se trata de un elemento diferente. En el presente caso, se produjo la licencia del marido, por ser anterior a la reforma de 1975, pero esto en nada afecta al caso, pues lo importante son los requisitos que se expresan a continuación (6).

(6) Distinto problema es si, *constando ya inscrita la adquisición a nombre de ambos cónyuges*, se pretende la inscripción como bien privativo de uno de ellos, pues entonces el consentimiento del cónyuge se plantea no ya como prueba, sino como titular registral interesado en una rectificación. No entramos ahora en este problema, del que se ha ocupado recientemente la Dirección

c) La aportación de documentos que demuestren de un modo auténtico el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar del cónyuge. A efectos de la jurisdicción voluntaria que implica la inscripción, ese documento auténtico ha de ser público, no bastando el documento privado en que conste la venta anterior, ni siquiera aun teniendo fecha fehaciente de liquidación, pues lo que interesa también aquí es el contenido del mismo, respecto al cual el documento privado no puede ser calificado de auténtico. Por eso decíamos que el caso contemplado en esta sentencia no es el mismo que el de la resolución, pues la esposa tercerista aportó como prueba el documento privado de venta de finca privativa. Además, ha de acreditarse no sólo de forma auténtica la venta de una finca, sino que esa finca vendida había sido adquirida en su día con el carácter de bien privativo, para lo cual es necesario aportar también el título público adquisitivo. Todo esto desde el punto de vista de la jurisdicción voluntaria, pues en la vía contenciosa podría ser suficiente la documentación privada, ya que si en el presente caso no lo ha sido, ello se debe a la valoración conjunta de la prueba realizada por el juzgador, pero en otro caso podría servir para inclinar la balanza a su favor, si así lo permiten los distintos elementos probatorios aportados.

La resolución alude, con ocasión de este requisito, al ingreso de «cierta cantidad» de dinero en el patrimonio del cónyuge. ¿Es necesaria una equivalencia entre el dinero ingresado en su día y el invertido posteriormente? Hay supuestos en que cabe cierta discordancia—contestamos nosotros—, pues si se compra una finca, parte con dinero privativo y parte con dinero ganancial, la naturaleza de la adquisición ha de ser unitaria atendiendo al mayor valor de uno u otro carácter, sin perjuicio de la existencia del crédito correspondiente a liquidar en su día. También es posible que el precio obtenido por la venta de una finca privativa permita la adquisición de varias fincas, pero se exige un control por parte del Registro, para evitar que a través de una sola escritura de venta de bien privativo se pretendan multiplicar artificiosamente las ulteriores adquisiciones privativas, según veremos después. Ahora bien, prescindiendo de estas posibles discordancias, es una exigencia, a efectos de inscripción, en general, que exista equivalencia entre los precios declarados en las respectivas escrituras de venta y compra. Es cierto que tales precios pueden obedecer a ficciones motivadas por cuestiones fiscales, pero la equivalencia de valores se impone desde la perspectiva limitada en que opera la calificación registral, y atendiendo también a la lógica, aunque se diga que es una lógica formal. Para evitar en parte este posible calificativo, hay que admitir, además, como requisito complementario, que haya una equivalencia real de valores, o mejor dicho, que no exista una discordancia manifiesta y que hiera forzosamente los sentidos. Decimos mejor esto último, pues el Registrador no debe entrar en el tema concreto de las valoraciones, pero sí puede entrar, conforme a criterios de sana crítica, en el aspecto negativo ostensible, es decir, en los casos en que de modo evidente «no puede haber equivalencia». Estamos pensando en los casos extremos en que se pretendiera equiparar el precio obtenido por la venta de una finca de ínfimo valor con el ofrecido por la compra de otra finca de ostensible valor superior.

Recordemos que la resolución tiene en cuenta la posibilidad de que el «Registrador conceda (o no) verosimilitud o credulidad al dicho de que el dinero invertido en la compra es exclusivo del cónyuge que la realiza y que

no alegue especiales motivos o hechos que contradigan las aserciones de los interesados». Pero para no caer en un casuismo y posible discrecionalidad inadmisibles, no hay más remedio que predicar esta doctrina sólo en esos supuestos excepcionales de ostensibilidad, en los que no faltará algún dato de prueba evidente en favor del criterio del Registrador.

d) La «no existencia de actos de disposición por parte del titular de los parafernales que hubiesen agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir la finca o derecho real». En el ámbito contencioso pueden tenerse en cuenta toda la gama de actos dispositivos. En cambio, en el ámbito registral, hay que limitarse a la existencia o no de actos de disposición de bienes privativos sobre bienes inmuebles (o muebles inscribibles). En cuanto a la posibilidad de que el dinero obtenido se hubiera gastado en las necesidades del matrimonio, no cabe imaginarlo como presunción, aparte de que, si así fuera, también cabría pensar en la existencia de un crédito privativo, que permitiría fundar una adquisición privativa.

Este requisito puede plantear problemas, ya que, como dijimos antes, hay que evitar que con una sola escritura de venta de finca privativa se pretenda dar un efecto multiplicativo a las adquisiciones privativas. Peligro puesto de relieve por B. CAMY, con el siguiente ejemplo: «con la sola enajenación de una finca parafernial por parte de la mujer podrá justificarse por ésta ante varios Registros el que la compra de fincas radicantes en cada uno de ellos se hace con dinero parafernial, aunque en todos los casos sea idéntico el valor de la adquisición al de la enajenación que se presente como justificadora de la calificación que se pretende».

Para evitar este peligro, debe ponerse siempre una nota al pie de la escritura de venta, indicativa de que se ha tenido en cuenta para la inscripción como bien privativo de la finca comprada en escritura ulterior. Si al practicar esta inscripción se exige la primera copia de aquella escritura, quedaría resuelto el problema.

Claro que puede suceder que la primera copia se haya extraviado o que no se pusiera en su día la nota que indicamos.

B. CAMY señala la siguiente solución, más bien *de iure condendo*: «Hubiera bastado con que se exigiese como documento justificativo la certificación registral, pedida con este fin, de que el precio de la enajenación de que se trate y de que lo enajenado tenía el carácter de parafernial, a la vez que se indicaba en la certificación, que al margen de la inscripción certificada se ponía nota expresiva de la cantidad, que a petición del solicitante, se utilizaba ahora para justificar el carácter parafernial de la nueva adquisición; prohibiéndose a la vez a los Registradores el que pudieran dar estas certificaciones especiales, cuando la cantidad o cantidades indicadas en la nota, o en las notas marginales, hubiese agotado el precio de enajenación de la finca parafernial a que se refería la inscripción donde ellas constaren.»

La idea es interesante, pero prescindiendo de los obstáculos en el Derecho vigente, entiendo preferible solucionar el problema a través de la llevanza de fichas o libro auxiliar de inversiones privativas, pues no parece apropiado poner una nota marginal respecto a una inscripción en en que aparece como titular registral otra persona, es decir, el comprador del cónyuge, al aparecer éste como vendedor.

Ese sistema de fichas o libro auxiliar no sería engorroso, ya que son

escasos los supuestos dentro del volumen normal de una oficina. Lo llevaría el Registrador a quien hubiera que pedir datos por radicar en su demarcación la finca anteriormente vendida por el cónyuge. Siempre que tuviera noticia (por tener que practicar una inscripción o por exigir la certificación el Registrador que tuviera que practicar una inscripción de bien privativo) de que el precio de venta se ha invertido en la compra de finca privativa, lo consignaría en las fichas o libro a nombre del cónyuge respectivo. Si se siguiera este sistema, siempre cabría encontrar en el Registro donde radica la finca anteriormente vendida por el cónyuge, medios de prueba sobre si se produjeron o no otros actos de disposición en relación con el precio obtenido por esa venta.

e) La falta de asientos contradictorios. Este requisito tanto puede referirse a la no existencia de actos dispositivos que revelen que el dinero ya se invirtió en otra adquisición, según acabamos de ver, como también a la no existencia de asientos contrarios al carácter privativo de la adquisición previamente realizada por el cónyuge correspondiente.

Con esto damos por terminado este comentario, en el que hemos pretendido relacionar la vía contenciosa que se plantea en esta sentencia, con la vía de jurisdicción voluntaria que pueden aplicar los Registradores al amparo de la Resolución de 13 de septiembre de 1926 y del número 3.º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sin que a ello obste la presente sentencia.

J. M. G.ª G.ª

II. DERECHOS REALES

ACCION DE DESLINDE: DIFERENCIA CON LA ACCION REIVINDICATORIA. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE DESLINDE. LA FECHA DE LA INSCRIPCION NO PUEDE SERVIR DE COMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION REIVINDICATORIA, PUES NO TIENE RELACION CON EL SUPUESTO DESPOJO POSESORIO (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—María Ester S. G. formula demanda contra Manuel y Mercedes A. L. y otros sobre deslinde y amojonamiento entre la Dehesa de la actora y la de los demandados, que procedían de una finca mayor.

El Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros estimó la demanda declarando que los linderos deben establecerse a través de los puntos límites que determinen una misma extensión para la finca de los actores que para la finca de que son copropietarios los demandados, debiendo aumentar en igual proporción caso de ser superior a la registral la extensión real de ambas sumadas, declarando igualmente que la línea fronteriza entre ambas fincas registrales es la establecida en el Catastro Parcelario de Rústica y que los restantes límites de la finca de la parte actora, en la parte en que no confrontaron con la finca de los demandados, son los establecidos en el vigente Catastro de Rústica.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revoca en parte la sentencia del Juzgado, declarando que la línea límite o frontera entre ambas fincas debe pasar, en el lado de la copropiedad de los deman-

dados, colindante con la de los actores, por entre las parcelas del Catastro que señala, y en el lado de la propiedad de los actores entre las parcelas que también señala la sentencia de la Audiencia, condenando a los demandados a tolerar que dicha linde común sea trazada en esa forma y a respetar la propiedad que corresponde a la finca de los actores, aun en el terreno que anteriormente resultó estar poseído por los codemandados como presuntamente integrante de su propiedad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que en los motivos primero y segundo que denuncian, respectivamente, la aplicación indebida de los artículos 384 y 385 y la falta de aplicación del 384, plantean los recurrentes dos cuestiones que tienen mero carácter introductorio respecto a lo que se postula en los dos últimos motivos, puesto que si en aquéllos se defiende la tesis de que no nos encontramos ante un problema de deslinde (motivo primero), sino ante otro de reivindicación inmobiliaria (motivo segundo) es con el exclusivo objeto de poder eludir la aplicación del artículo 1.965, que sanciona la imprescriptibilidad de la *actio finium regundorum* (motivo tercero) y de poder aplicar al caso el instituto de la prescripción, conforme a los artículos 1.963, 1.957 y 1.959, como todos los citados, del Código Civil.»

«Considerando que para que pudiera prosperar esta última pretensión sería menester que de los hechos fijados formalmente en la sentencia recurrida y en la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, aceptados por aquélla, apareciese como cierto que los actores se hubiesen visto privados antes de formular la demanda de una porción de terreno comprendido dentro de los límites fijados en el primer pronunciamiento de la resolución impugnada y que esta desposesión hubiese tenido lugar hace más de treinta años, lo que constituiría la base fáctica necesaria para la aplicación del citado artículo 1.963, párrafo primero, o bien que los recurrentes hubiesen poseído en concepto de dueños esa porción durante los plazos señalados en los artículos 1.957 y 1.959 y, en su caso, con los demás requisitos exigidos en el primero de estos últimos preceptos, lo que constituiría el soporte de hecho indispensable para la aplicación del párrafo segundo del indicado artículo 1.963.»

«Considerando que los impugnantes sitúan en el año 1951 el *dies a quo* del plazo de prescripción establecido en el párrafo primero del repetido artículo 1.963 del Código Civil, año en que se inscribe en el Registro de la Propiedad la primitiva parcela a favor de uno de los causahabientes de los recurridos, por entender que a partir de ese año pudieran haber ejercitado éstos “las oportunas acciones reivindicatorias”, alegación que no merece ser estimada habida cuenta que si bien en el considerando sexto, apartado octavo, de la sentencia de primer grado, aceptado por la ahora combatida, se da como probado tal hecho, no se colige, sin embargo, por qué ha de tomarse éste como punto de partida para el cómputo del plazo prescriptivo, ya que no se descubre qué relación puede existir entre dicha inscripción y el supuesto despojo posesorio, y como, por otra parte, falta en la sentencia atacada la narración de aquellos hechos que, en sentir de los recurrentes, conducirían a la afirmación de la existencia de la usucapión ordinaria o extraordinaria, es obvio que no puede acogerse la denuncia de haberse infringido los artículos 1.957, 1.959 y 1.963.»

«Considerando que aun cuando esto sería bastante para desestimar la pretensión de los impugnantes, no estará de más añadir: 1.º Que es evidente que los actores ejercitaron con carácter preferente la acción de deslinde, cual lo revela todo el texto de la demanda, la expresión utilizada por los mismos para calificar su acción principal y los términos en que están concebidos y redactados los tres primeros pedimentos del suplico de aquella demanda, acogidos únicamente en parte por el fallo de la sentencia combatida en casación, por lo que no puede decirse con razón que al entender que la acción principal ejercitada es la de deslinde se haya incurrido en la aplicación indebida de los artículos 384 y 385... 3.º Que cual sostienen los propios recurrentes, es de reconocer como consecuencia de una fijación de linderos puede haber lugar a una variación de las respectivas extensiones superficiales de las fincas deslindadas, y en este plano y no en el de la reivindicación inmobiliaria, es donde centra la resolución recurrida tanto su fundamentación como su parte dispositiva, dado que aprecia “que la calificación de la demanda es sin duda alguna ejercicio de la acción de deslinde y todos los demás pronunciamientos que se piden consecuencia de la obtención de dicho deslinde” (considerando tercero); afirma que “como ya prevé el artículo 387 del Código Civil, de dicha operación (de deslinde) puede resultar ya aumento, ya disminución de la cabida tanto de la finca del actor como de la del demandado” (considerando sexto *in fine*) y el pronunciamiento segundo del fallo, en vez de dar lugar a la petición de que se condenase a los demandados a restituir a los actores toda la superficie que, según éstos, indebidamente poseían en la finca de autos, pretensión de acusado sabor reivindicatorio, condena a los interpelados “a respetar la propiedad que de acuerdo con esta linde ya determinada corresponda a la finca de los actores, aun en el terreno que anteriormente resultara estar poseído por los demandados, como presuntamente integrante de la propiedad y finca de éstos”, pronunciamiento que encaja mejor en el molde de aquella acción principal, por todo lo cual no puede considerarse infringido el artículo 348, párrafo segundo, del mismo Código.»

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FUNDACION FRENTE AL ESTADO. EN LOS ESCRITOS DE REPLICA Y DUPLICA NO SE PUEDEN AMPLIAR LAS PRETENSIONES QUE CONSTITUYEN EL OBJETO PRINCIPAL DEL PLEITO. CUESTION NUEVA EN CASACION (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1976).

2

Hechos.—La «Fundación G. Coranty», de carácter Benéfico Docente Particular formula demanda contra el Estado, suplicando se dictara sentencia condenando a este último, y en su caso al Ministerio de Educación y Ciencia y a la Escuela de Artes y Oficios a restituir a la Fundación actora la finca señalada con el número nueve de la calle Ciudad de Balaguer de Barcelona, así como a demoler el edificio levantado en dicha finca y edificado de mala fe, sin autorización ni conocimiento de la referida Fundación propietaria; y para el improbable caso de que se estimare que se trataba de una accesión de buena fe, que se condene al Estado a satisfacer a la Fundación el valor del terreno así como el de las edificaciones, jardín y arbolado que fueron destruidos.

El Abogado del Estado contesta a la demanda oponiéndose y supliendo se dictara sentencia desestimatoria, declarando la legalidad de la actuación del Ministerio de Educación y Ciencia y el derecho del mismo a retener el edificio, bien aplicándolo al fin al que ahora se destina o bien exigiendo los gastos realizados en su construcción, si la Fundación quisiera recuperarlo.

Evacuados los escritos de réplica y dúplica, el Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona dictó sentencia declarando haber lugar a la acción reivindicatoria y en su consecuencia a condenar al Estado a restituir a la actora el indicado inmueble, desalojándolo y dejándolo vacuo y expedito a su disposición, así como a demoler el edificio levantado.

Apelada la anterior sentencia, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, dictó sentencia modificando la del Juzgado tan solo en cuanto a reconocer al Estado como constructor de buena fe sobre la finca de la actora, el derecho a retener la finca reivindicada, hasta que la actora le reintegre, afiance o consigne judicialmente y el precio de los materiales y jornales de los operarios.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al mismo porque en el escrito de réplica el Abogado del Estado había cambiado lo que concretó en el suplico de la contestación a la demanda, ya que en él pedía «que se declare la legalidad de la actuación del Ministerio de Educación y Ciencia y el derecho del mismo a retener el edificio, bien aplicándolo al fin que ahora se destina o bien exigiendo los gastos realizados en su construcción, si la Fundación quisiera recuperarlo»; y esta tesis es cambiada completamente en el escrito de dúplica, en el que se dice que todo el pleito arranca de la indebida inmatriculación registral, de la finca a nombre del patronato de la fundación y se agrega textualmente «cuando en la realidad no le pertenece por carecer de título de propiedad y haber practicado la inscripción indebidamente mediante una simple escritura de entrega de bienes otorgada por quien no tenía facultades para transmitirlos; tesis de una parte absolutamente diferente de la mantenida en la contestación a la demanda, constituyendo una verdadera reconvención formulada fuera de plazo, que se refleja en un suplico, no complementario, sino contrario al de la contestación de la demanda, cual es que se declare que la finca en cuestión «no pertenece a la fundación sino al Estado»; y por otra parte sin formular petición expresa de que se declare la nulidad de la escritura de 21 de octubre de 1958, en virtud de la cual pudo inscribir la finca a favor de la Fundación».

AGUAS DE PROPIEDAD PARTICULAR DE UN AYUNTAMIENTO: EL ALVEO Y LAS AGUAS DEL ESTANQUE DENOMINADO «ESTANY» PERTENECEN AL AYUNTAMIENTO DE CULLERA Y NO AL ESTADO, SALVO LA PARTE CORRESPONDIENTE A LA ZONA MARITIMO TERRESTRE, QUE ES DE DOMINIO PUBLICO (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—El Ayuntamiento de Cullera interpone demanda contra la Administración del Estado ejercitando la acción reivindicatoria del estanque

«Estany» y suplicando se dictara sentencia declarando que el Ayuntamiento es dueño del mismo por prescripción, y por tanto, se condene a la Administración del Estado, Ministerio de Agricultura, a estar y pasar por su declaración, por lo que deberá dejar libre y a disposición del Ayuntamiento de Cullera, dicho Estany, y mandando que se inscriba este estanque o laguna en el Registro de la Propiedad del partido de Sueca a nombre del repetido Ayuntamiento, con el carácter y naturaleza de finca rústica.

El Abogado del Estado contesta a la demanda oponiéndose y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: no haber lugar al reconocimiento de la propiedad privada que sobre el Estany de Cullera reivindica el Ayuntamiento; que tanto las aguas que discurren por el Estany como su cauce o álveo, son bienes de dominio público y que, por tanto, sus aprovechamientos deben regularse por la Administración pública, y que el derecho a la pesca en él pertenece al dominio público, con las condiciones y requisitos que establezca la Administración de acuerdo con la Ley de Pesca que en cada momento esté vigente.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Valencia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando haber lugar a la acción reivindicatoria ejercitada por el Ayuntamiento de Cullera, salvo en la parte del estanque comprendida en la zona marítimo-terrestre.

Interpuesto recurso de apelación por la Administración Pública, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Tomás Ogayar y Ayllón, declara no haber lugar al mismo, por lo siguiente:

«Considerando que sólo pueden impugnarse como errores de derecho en la apreciación de la prueba aquellas infracciones de preceptos reguladores de su valoración legal que puedan haberse cometido al apreciarla no ateniéndose a la eficacia que les conceden las leyes civil y procesal.»

«Considerando que esta doctrina impone la desestimación del motivo primero del recurso, en el que, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley Procesal, referentes a la apreciación de la prueba pericial, apreciación que corresponde al Tribunal *a quo*, el que no está obligado a sujetarse al dictamen de los peritos, por lo que al no darse a aquél valor decisorio no puede ser materia de casación la estimación que de dicha prueba haga el juzgador, según constante doctrina jurisprudencial; y si bien en dicho motivo se invoca la violación de los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil, como ello va encaminado a acreditar que el «Estany» tiene una sensible comunicación o desembocadura en el mar Mediterráneo, y esto lo reconoce la sentencia impugnada al aceptar el considerando quinto de la de primer grado, no se ha cometido el error de derecho que este motivo denuncia.»

«Considerando que en el motivo segundo, amparado en el número primero del citado artículo 1.692, se denuncia la violación de los artículos 5.º de la Ley de Aguas y 407, número octavo, y 412 del Código Civil, porque las aguas del «Estany», al desembocar en éste, adquieren la condición de públicas, ya que el álveo que las contiene es de dominio público,

según se sostiene en el motivo tercero, motivos que no pueden prosperar porque la sentencia de primer grado, aceptada por la recurrida, declara expresamente en su considerando quinto que las aguas de que se nutre el «Estany» son privadas, y que su álveo pertenece al Ayuntamiento recurrido, afirmaciones básicas que no se impugnan, por lo que al hacerse supuesto de la cuestión y al no haber acreditado el Estado que el estanque está en terreno público, se impone la desestimación de dichos motivos. »

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE CAMIONES EMBARGADOS EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO POR SANCION DE CONTRABANDO: LAS ENAJENACIONES REALIZADAS POR EL RESPONSABLE DE CONTRABANDO SON NULAS DE PLENO DERECHO, SIN QUE SEA OBSTACULO PARA ELLO LA FALTA DE PUBLICACION ADMINISTRATIVA DE TAL SITUACION (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—El actor suplica se dicte sentencia por la que se declare que los vehículos que la Recaudación de Contribuciones del Estado (zona segunda de San Sebastián) le había embargado le pertenecen a él en plena propiedad y no al responsable de contrabando, mandando, en consecuencia, alzar el embargo trabado.

El Juez de Primera Instancia número dos de San Sebastián desestimó la demanda de tercería de dominio y dio lugar a la reconvencción formulada por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, declarando nula y carente de todo valor jurídico privado la transferencia de la titularidad administrativa de los vehículos objeto del litigio efectuada por el responsable de contrabando a favor del actor, que era su hermano.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, por lo siguiente:

«Considerando que al declararse probado en la resolución que se impugna, que el actual recurrente, en 9 de agosto de 1971 compró los bienes objeto del litigio de que estas actuaciones dimanar, a un hermano suyo, de doble vínculo y convecino, contra el que se había levantado acta de descubrimiento y aprehensión de tabacos y dictado sentencia por el Tribunal de Contrabando de esta capital, condenándole al pago de cierta suma, que no fue afianzada por él en el momento de efectuarse la transmisión (segundo considerando del Juez y primero de la Sala), y al acordar el Tribunal *a quo*, como consecuencia de ello, la nulidad de pleno derecho del contrato realizado entre ambos señores, por aplicación del artículo 64 del Texto Refundido por Decreto de 16 de julio de 1964, no incurrió en la interpretación errónea de dicho precepto, como, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende en el único motivo del presente recurso, porque el texto de esta disposición legal claramente indica que, desde el momento en que se extiende un acta de la clase expresada, los presuntos responsables queda-

rán inhabilitados para enajenar sus bienes, siendo nulos y sin valor alguno, los negocios jurídicos que celebren contraviniendo lo anteriormente indicado, nulidad que debe ser radical y absoluta por ilicitud del acto, conforme a lo prevenido en el artículo 6.º, número tres del Código Civil, en la redacción que le dio la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y Decreto de 31 de mayo de 1974, según se reconoció expresamente en las Sentencias de esta Sala de 31 de octubre y 27 de noviembre de 1968, sin que para ello se precise la concurrencia de ningún otro requisito (Sentencia de 23 de octubre de 1954), como el de la publicación, establecida por los artículos 46 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, por no exigirla el mencionado artículo 64 y ser principio general de Derecho el de que *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, lo que unido a que los preceptos últimamente citados, por su carácter gubernativo, no son aptos para servir de fundamento al recurso de casación y a que no se expresa en el recurso cuál sea el párrafo del artículo 64 que se estima vulnerado, cual es preciso para el éxito de estos vicios *in iudicando*, hace que el recurso deba ser desestimado.»

ZONA MARITIMO-TERRESTRE: ES BIEN DE DOMINIO PUBLICO, POR LO QUE CORRESPONDE AL PARTICULAR QUE ALEGUE ALGUN DERECHO EN LA MISMA PROBAR QUE SE HA PRODUCIDO DESAFECTACION O CAMBIO DE DESTINO, PUES SE TRATA DE BIENES INALIENABLES E IMPRESCRIPTIBLES (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, siguiendo instrucciones recibidas de la Dirección General de lo Contencioso, ejercitó acciones reivindicatorias, de nulidad y cancelación de inscripción contra diversas personas, vecinas de Navia, suplicando se dictara sentencia declarando, entre otros extremos, que los terrenos que se encuentran señalados en el plano que acompañaba al escrito, como integrantes de la zona marítimo-terrestre, pertenecen íntegra y exclusivamente a la propiedad del Estado, en concepto de bienes de dominio público del mismo, debiendo anularse y cancelarse las inscripciones que existan en el Registro de la Propiedad que contradigan dicha petición.

Sólo se personó para contestar la demanda uno de los demandados, que se opuso alegando tener la propiedad de los terrenos en virtud de documentos notariales oportunamente inscritos en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Oviedo dictó sentencia desestimando la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Oviedo.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco de la Puerta, declara haber lugar al recurso, destacando el «considerando» cuarto de la primera sentencia:

«Considerando que en armonía con lo prevenido en el artículo 339, número primero, del Código Civil, y viniendo a reproducir en lo esencial los

artículos 1.º, 4.º y 299 de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, y el artículo 1.º de las Leyes de Puertos de 7 de mayo de 1888 y 19 de enero de 1928, la vigente Ley de Costas de 26 de abril de 1969, que es la aplicable al caso controvertido, en su artículo 1.º dispone, que son bienes de dominio público, sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos, entre otros, la zona marítimo-terrestre, y la jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril del año en curso, tiene declarado que estando la zona marítimo-terrestre calificada por la Ley de bien de dominio público, el particular que se oponga a tal adscripción corresponde probar, no al Estado, los hechos obstativos a la misma o, en su caso, el derecho que sobre los mismos reclame, los cuales bienes, por su propia naturaleza, están fuera del comercio de los hombres, lo que les hace inalienables e imprescriptibles, normativa que rige mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, ya que, acontecido éste, se modifica la naturaleza de la propiedad, los bienes pasan al dominio privado y entran en el comercio de los hombres, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, pero, es lo cierto, que de tal desafectación no existe la menor constancia en autos, pues ni se contiene referencia alguna a ella en el título de dominio opuesto por el demandado don José María G. L., consistente en la escritura pública de 28 de septiembre de 1970 y los que son su antecedente hasta llegar a la de 28 de octubre de 1871, ni siquiera se alega su existencia por dicho demandado, ni la sentencia impugnada hace declaración de ninguna clase a tal respecto, siendo, por otra parte, inoperante, que en la certificación del Ayuntamiento de Navia, obrante al folio 189 de los autos, la parcela cuya propiedad se atribuye el citado demandado esté considerada como solar edificable, porque los deslindes administrativos resuelven los problemas de límites y, en su virtud, habiendo quedado firme la Orden ministerial que aprobó el deslinde administrativo de que se trata, es evidente que los límites fijados en dicho deslinde no pueden ser alterados por lo que resulta de aquella certificación, por todo lo cual es obligado concluir que el señor G. L. no ha justificado su dominio de la parcela en cuestión.»

ACCION REIVINDICATORIA. ACCESION. POSESION DE MALA FE. POSIBILIDAD DE QUE EXISTA PLANTACION DE MALA FE EN FINCA AJENA Y RECOLECCION DE LOS FRUTOS DE BUENA FE, POR HABERSE REALIZADO ESTA ULTIMA A CIENCIA Y PACIENCIA DEL DUEÑO DE LA FINCA (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Doña Felicia A. T. interpuso demanda contra su tío Gregorio A. T., suplicando se dictara sentencia estimando la acción reivindicatoria sobre la finca que le había usurpado el demandado al unirla a una suya colindante, condenándole a que se la entregara con la plantación de vides inclusive, colocando la linde de ambas fincas con hitos o mojones y que le rindiera cuentas de las cosechas de uva que había tenido su finca durante los últimos quince años, para que, rebajando los gastos de cultivo

y no los de plantación, entregara a la demandante en pesetas el saldo de dicha cuenta.

El demandado don Gregorio A. T. interpuso a su vez demanda contra la actora ejercitando acción declarativa de dominio sobre la finca en cuestión, demandas que fueron acumuladas. La actora formuló reconvencción contra esta última demanda.

El Juez de Primera Instancia de Manzanares dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la devolución de la finca con la plantación de vid existente, y en cuanto a la colocación de hitos o mojones delimitadores de esa finca y de la que realmente era del demandado. Pero en cuanto a la rendición de cuentas de las cosechas de uva sólo lo admite desde el 28 de julio de 1972, fecha del requerimiento para conciliación.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por don Gregorio A. T., el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde do Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos cuarto y quinto:

«Considerando que en el motivo segundo, y con amparo también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye al fallo recurrido, aplicación indebida del artículo 362 del Código Civil, que textualmente dispone que “el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización”; según el recurrente, la sentencia recurrida, al dar lugar a la acción reivindicatoria y condenar al demandado-recurrente a que haga entrega de la finca litigiosa, incluida la plantación en ella existente, sin percibo de indemnización, lo hace con apoyo y fundamento en el citado artículo 362, como revela el mencionado séptimo considerando de ella, aplicación que, en tesis de dicho recurrente, se realiza indebidamente, porque, según él, el primitivo dueño de la parcela, a juicio del juzgador, debe considerarse incurso en el artículo 364 del Código Civil y, por tanto, es un poseedor de buena fe, y no puede perder la plantación sin ser indemnizado.»

«Considerando que, como ya se razonó al examinar el primer motivo de este recurso, la sentencia recurrida contempla, con separación, las dos diferentes actividades del demandado con respecto a la finca litigiosa: a) una, la consistente en realizar la plantación, en la que se estima concurrió evidente mala fe, puesto que proclama, dicha sentencia, que la posesión por parte de don Gregorio de la finca litigiosa “no puede ser considerada como de buena fe, pues no podía ignorar que le pertenecía a su hermano, dada su participación en las operaciones de partición de los bienes relictos de don Francisco Alvarez Plata y esposa, a pesar de lo cual don Gregorio mantuvo una situación posesoria... lo que excluye la buena fe”; y b) otra, la recolección de los frutos realizada con posterioridad, a ciencia y paciencia de su hermano, en la que no puede apreciarse mala fe, hasta el momento en que se le requiere por acto de conciliación, cuestión esta última—la del apartado b)—que ha quedado fuera de recurso, por voluntad de los litigantes, que no la han traído a él.»

COMPILACION DE CATALUNA: RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM» DE LA TRANSMISION A FAVOR DEL COLINDANTE RETRAYENTE EFECTUADA POR EL PRECIO DECLARADO EN LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA QUE MOTIVO EL RETRACTO. PROCEDE LA RESCISION AL CONSTAR QUE EL VALOR REAL DE LA FINCA ERA MUY SUPERIOR. NO EXISTE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—La entidad «Industrial Aragonés, S. A.», presentó demanda contra don Miguel Casas G., exponiendo en síntesis: 1.º) Que en 6 de febrero de 1970 la actora compró a doña Pilar Segura R. una finca rústica de 45 áreas 32 centiáreas en el lugar «Mas Viñola», inscrita en el Registro de la Propiedad de Arenys de Mar, habiéndose hecho constar como precio en la escritura el de 125.000 pesetas, aunque en documento privado se declaró que el precio total era de 825.000 pesetas y que se otorgaría la oportuna escritura pública de subsanación, cosa que ya se había hecho. 2.º) Que el ahora demandado don Miguel Casas G. interpuso en su día retracto de colindantes, que la sentencia de la Audiencia Territorial admitió en el sentido de que la cantidad por la que se retraía la finca era la de 125.000 pesetas en lugar de las 825.000 pesetas que el Juzgado de Primera Instancia señaló como precio, pero señalando la Audiencia que ese precio lo era «a reserva de completar el importe hasta el justo precio», aclarando después la propia Audiencia que esa frase debía entenderse «a reserva de la acción de completar». 3.º) Que al no estimarse el recurso de casación que se interpuso por la ahora actora contra dicha sentencia, quedó firme y en cumplimiento de la misma, se otorgó por «Industrial Aragonés, S. A.», escritura a favor del retrayente don Miguel Casas G. el día 11 de julio de 1973, por el precio de 125.000 pesetas, cuando en realidad se habían pagado 825.000 pesetas, según resultaba del documento privado y escritura de subsanación antes citadas y de diversas pruebas periciales practicadas en el juicio de retracto. De todo lo dicho se deducía que la actora había sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, por lo que a tenor del párrafo primero del artículo 323 de la Compilación de Cataluña, el contrato de compraventa a favor del retrayente era rescindible. Por ello suplicaba se dictase sentencia condenando al demandado a rescindir la compraventa otorgada el 11 de julio de 1973 o bien complementar en dinero efectivo la diferencia entre el precio que satisfizo (125.000 pesetas) y el justo precio o valor real de venta que tenía la finca al momento de perfeccionarse la misma (825.000 pesetas) o el que señalen los peritos.

El demandado se opone a la demanda alegando la excepción de cosa juzgada y, en todo caso, que no cabe acción contra el mismo, sino a lo sumo frente a la primitiva vendedora de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar estimó la demanda declarando la rescisión por lesión del contrato de compraventa de 11 de julio de 1973, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, el cual podrá evitar dicha rescisión mediante el pago de 700.000 pesetas en dinero a que alcanza el complemento del precio o valor lesivo. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

«Considerando que procede examinar en primer término el motivo quinto del recurso, que se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través del cual se pretende la casación de la sentencia recurrida alegando la excepción de cosa juzgada, puesto que su estimación impediría entrar en el fondo del asunto, pero basada tal excepción en lo resuelto en el anterior juicio de retracto seguido entre las mismas partes hoy contendientes, en relación con la finca alrededor de cuyo valor se plantea el presente juicio, según se establece en la sentencia recurrida y la propia recurrente viene a reconocer, en aquel juicio se fijó el precio a efectos del retracto en 125.000 pesetas que había sido el escriturado en la transmisión a medio de la cual adquirió la finca Industrial Aragonés, S. A., pero dejando a salvo el derecho de esta parte para poder completar la diferencia con el valor real de la finca ejercitando la correspondiente acción, que es lo que pretende en el presente juicio a través del ejercicio de la acción rescisoria *ultra dimidium* y dejando de lado la carencia de eficacia en ningún sentido de la reserva de la acción, pues la existencia de ésta se impone con independencia de dicha reserva, lo que no puede sostenerse es que se halle afectado por la excepción de cosa juzgada, ya que, por de contrario, la sentencia en que se apoya la excepción, cualquiera que fueren las razones en que lo fundare, lo que sí está claro es que quedó excluido de su resolución toda cuestión en relación con el derecho del actor a reclamar sobre la lesión sufrida entre lo satisfecho por el demandado y el verdadero valor de la finca y consiguiente perjuicio sufrido, a cuyo resarcimiento va encaminada la acción *ultra dimidium*, que regulan los artículos 323 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil Catalán y que se ejercita de presente por lo que ha de ser desestimado el motivo.»

«Considerando que el resto de los motivos formulados, todos ellos al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de ellos se denuncia la violación de los artículos 1.445, 1.506, 1.521, 1.523 en relación con el 1.203, números 2.º y 3.º, y 1.293, todos del Código Civil, aduciendo que en la sentencia recurrida al rescindir por lesión el contrato objeto del presente juicio, “desconoce que lo pactado es la ejecución de un derecho real de retracto de colindantes declarado en concreto por el mismo Tribunal en fallo anterior, institucionalizado en abstracto por los citados preceptos”, pero ha de tenerse en cuenta que en el presente juicio se ejercita una acción rescisoria al amparo de lo establecido en el artículo 323 de la Compilación del Derecho Civil Catalán, apoyándolo en que a través de la transmisión por venta en ejecución de la sentencia de retracto, se ha producido una lesión en más de la mitad del justo precio, es decir, del precio que en el mercado normalmente se asigna a las fincas análogas a la que fue objeto de transmisión, acción específica, que en cuanto a la determinación del precio justo y su finalidad opera en distinto plano o campo del Derecho, que la de retracto de colindantes, teniendo este último por finalidad facilitar la agrupación de terrenos rústicos cuando la finca enajenada no exceda de una hectárea de cabida, facilitando con ello la disminución del minifundio, análogamente a lo que con mayor amplitud y finalidad social de

carácter general cubre actualmente la Concentración Parcelaria, mientras que la acción rescisoria *ultra dimidium*, institución en nuestra patria privativa del derecho regional catalán, trata de evitar un aprovechamiento o enriquecimiento injusto, ante una excesiva desigualdad o desfase entre los desplazamientos patrimoniales de vendedor y comprador contraria a la justicia y equidad, el que conforme tiene reconocido la jurisprudencia, no se produce hasta que se celebra el contrato de compraventa o transmisión patrimonial, en el caso que motiva el presente juicio, al otorgarse la escritura de once de julio de 1973, momento en que puede producirse el expresado desfase en el patrimonio del vendedor, al acusarse la salida de lo que fue objeto de venta o permuta con una disminución en más de la mitad de su valor».

«Considerando que la sentencia de 23 de noviembre de 1975 declaró que la lesión *ultra dimidium* como causa de rescisión del contrato de compraventa que regulan los artículos 323, 324 y 325 de la Compilación de Derecho Civil Catalán vigente, recogiendo la normativa de los Derechos romano y canónico que la establecieron, tanto en su interpretación literal como en la sistemática de tales fuentes legales no permite mantener que dicha causa de rescisión requiera complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su existencia y eficacia, pues el Código Justiniano al definirla y fijar sus efectos jurídicos, no exige para el ejercicio de la acción otra circunstancia que el menor precio de la venta, al igual que las Decretales de Gregorio IX, consagrándolo así el artículo 323 de la Compilación citada al autorizar la rescisión de los contratos de bienes inmuebles, en los que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, aunque en el contrato celebrado concurren todos los requisitos para su validez, evidenciando con estas palabras que este precepto sigue fiel al Derecho romano y sólo exige para la rescisión el menor precio percibido; y reconociendo esta autonomía, ya la sentencia de 9 de abril de 1957, al resolver un caso de retracto arrendaticio urbano, sostuvo, en términos generales, que no es permitido aplicar a una de estas acciones, normas de Derecho que invaden la esfera peculiar de la otra, demostrándolo también el que el retracto arrendaticio citado, como todos los retractos legales, conducen a la subrogación del retrayente en la misma posición que el comprador con todos sus derechos y obligaciones según prescribe el artículo 1.521 del Código Civil y si no es dudoso que la acción rescisoria se da contra el comprador, tampoco lo puede ser que se dará contra el subrogado por retracto, a no ser que se estimase firme e irrevocable a todo evento su adquisición barrenando la institución *ultra dimidium*, lo que en sana crítica jurídica es en absoluto inaceptable.»

«Considerando que la compatibilización de ambas finalidades, la del retracto de colindantes de un lado y la de la acción rescisoria *ultra dimidium*, de otro, puede tener lugar con la aplicación de lo establecido en el párrafo último del artículo 325 de la repetida Compilación de Derecho civil Catalán, que faculta al comprador para evitar la rescisión abonando en dinero al vendedor enajenante el complemento del precio o valor lesivo, con lo cual se restablece el equilibrio económico de las contraprestaciones, sin merma de la finalidad perseguida en el retracto y así lo establece la sentencia recurrida al fijar como precio justo el de 825.000 pesetas, facultando al demandado para que pueda evitar la res-

cisión, satisfaciendo a la actora la suma de 700.000 pesetas a que alcanza el complemento de precio o valoración hecha del mismo.»

«Considerando que, como consecuencia de todos los razonamientos que preceden, debe ser desestimado el motivo primero del recurso, decayendo también con los mismos el segundo motivo en que por el propio cauce procesal vuelve a denunciarse la violación de los artículos 1.521 y 1.523 del Código Civil en relación con el 1.218 del propio cuerpo legal y 38 de la Ley Hipotecaria y principio de que nadie puede ir contra sus propios actos creadores de situaciones jurídicas, pero en el caso de autos nunca se dio contradicción alguna contra los propios actos del actor, ya que éste nunca renunció al ejercicio de la acción rescisoria que la propia sentencia del retracto dejó a salvo.»

«Considerando que el motivo tercero del recurso en que por el propio cauce legal que los anteriores denuncia la interpretación errónea de los artículos 323, 324 y 325 de la Compilación vigente del Derecho civil Catalán, así como el tercero en el que se acusa la interpretación errónea de los mismos preceptos decaen ambos porque el recurrente hace supuesto de la cuestión ya descartada a través de los razonamientos que sirvieron de base para la desestimación de los anteriores motivos, sin que el valor real de la finca o de la lesión sufrida por el actor, determinante de la rescisión del contrato, haya sido fijada hasta el presente procedimiento que es donde se ha ejercitado la acción específica rescisoria que regulan los preceptos citados en ambos motivos y que, en consecuencia, no han sido interpretados erróneamente ni indebidamente aplicados, sino que, por el contrario, son los que sirven de apoyo a la acción que se ejercita, como ha quedado expuesto anteriormente.»

J. M. G.^a C.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EN CASO DEL DESESTIMIENTO UNILATERAL AUTORIZADO POR EL ARTICULO 1.594 DEL CODIGO CIVIL, EL CONTRATISTA HA DE QUEDAR TOTALMENTE INDEMNEMENTE (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—En trance de pronunciarse sobre el segundo motivo de casación, fundamentado en estimar que la sentencia recurrida contiene interpretación errónea del artículo 1.594 del Código Civil, su inconsistencia se pone de manifiesto por la circunstancia de que tal precepto legal que el recurrente estima infringido, al prevenir que el desistimiento del dueño, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, determina la indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella, lo mismo quiere decir que dicho contratista en tal evento ha de quedar completamente indemne, como excepción que es al principio general de la irrevocabilidad de los contratos por disenso unilateral, lo que conduce en consecuencia a la procedencia del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida, de abono por el demandado a la entidad demandante de la suma de cincuenta y dos mil quinientas pesetas, por gastos de transportes

de materiales, toda vez que si ciertamente el comienzo de las obras no habría de producirse hasta que dicho demandado tuviese perfectamente acabadas las de cimentación prevenidas, esto afectaba simplemente a cuando la precitada entidad demandante habría de comenzar a realizar la construcción a que estaba obligada, pero no a transportar mercancía a tal finalidad, dado que proyectada la inminente realización de determinadas obras, es lógico y normal que el obligado a construir vaya previamente trasladando los materiales precisos al respecto, en tanto no se acredite, cual en el supuesto contemplado no consta, la innecesariedad e inopuntidad de haberlo efectuado.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION NO CABE CONTRA LOS LAUDOS DE EQUIDAD (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Según se desprende del contenido de los artículos 1.796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el recurso de revisión por su carácter extraordinario y excepcional ha de regularse y darse en forma restrictiva por suponer una vulneración del principio de irrevocabilidad del fallo firme (sentencias, entre otras, de 12 de julio de 1940, 15 de marzo de 1951 y 4 de enero de 1955); por ello y dándose únicamente contra sentencias firmes, es evidente que no cabe contra los laudos de equidad dictados en juicio arbitral; por tanto, y aun cuando esta Sala lamenta no poder entrar en el examen del fondo del asunto y de las denunciadas ramificaciones morales del mismo, ha de declararse no haber lugar a la revisión instada, por no hallarse en ninguno de los supuestos que para el recurso de revisión contempla el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: REQUISITOS (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—El recurso extraordinario de revisión fundado en la existencia de maquinaciones fraudulentas, a que se refiere la causa cuarta del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precisa para su prosperabilidad la concurrencia y constatación de los siguientes requisitos: 1.º) Que la misma se deba a la conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida, que mediante el empleo de astucia, artificio u otro medio semejante tienda a causar una lesión a quien pretenda ampararse en este remedio procesal. 2.º) Que haya dado lugar injustamente a la obtención de una sentencia firme favorable al que utilizó semejante modo de proceder. 3.º) Que tal maquinación, que puede consistir en la ocultación del dominio o nombre de los demandados a pesar de no ignorarlos, o en el empleo de cualquier ardid que impida a éstos el conocimiento de la existencia del pleito que contra ellos se pretende tramitar, y sea de influencia notoria en la decisión judicial que le puso fin y cuya rescisión se intenta a través de este recurso. Y 4.º) Que se haya interpuesto dentro del plazo establecido por el artículo 1.796 de la Ley de Trámites, cuyo término, por ser de caducidad, no se rige en cuanto a la iniciación de su

cómputo por las prevenciones contenidas en el artículo 303, sino por la que se establece en el primero de estos preceptos en relación con el 305, todos ellos del mencionado Cuerpo legal, que parte del momnto en que se haya descubierto el fraude o la falsedad cometida o de aquel en que conste de forma indubitada que de ella tuvo conocimiento el perjudicado, y que en caso de terminar en día inhábil se entenderá prorrogado al siguiente día hábil (párrafo segundo del artículo 305).

Los indicados requisitos se han cumplido debidamente en el supuesto que aquí se contempla, puesto que la demanda inicial del proceso, cuya sentencia se trata de rescindir, se dirigió en abril de 1975 contra la «comunidad de herederos formada como consecuencia del fallecimiento del esposo y padre de los recurrentes o contra la herencia yacente de dicho señor, pese a que la actora conocía con anterioridad a ese momento no sólo a las personas individuales que la componían, sino también al heredero que actuaba en nombre de la misma, al extremo de que pretendió ejecutar la sentencia dictada a su favor en esta litis contra dos de dichos herederos, designándolos nominativamente en su escrito de 19 de enero de 1976, después de haber conseguido se les citase por edictos y se les declarase en rebeldía, circunstancias que constituyen la maquinación fraudulenta a que alude el número cuarto del mencionado artículo 1.796, según doctrina proclama por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 20 de mayo de 1966 y 14 de mayo de 1975.

CLASIFICACION DE LAS ENTREGAS DE DINERO O «ARRAS» (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—En nuestro Derecho, las entregas de cantidades en la compraventa pueden desempeñar una triple función: *a)* la de ser una prueba o señal de la celebración del contrato—arras confirmatorias—; *b)* la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato, mediante la pérdida de las entregas por el comprador, o su devolución por el vendedor, en caso de incumplimiento—arras penales—, en cuyo supuesto no está dejado al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación pagando la pena, salvo que expresamente se le hubiese reservado ese derecho, como terminantemente se declara en el artículo 1.153 del Código Civil, y *c)* la de constituir un medio lícito de desligarse una o las dos partes del cumplimiento del contrato, mediante el abandono de las cantidades o parte de ellas por quien las entregó, o la restitución doblada por quien las recibió—arras penitenciales o de desestimiento—que sólo tienen esta eficacia cuando se le hubiese reservado expresamente esta facultad al deudor, como de manera rotunda exige el referido artículo 1.153.

COSA JUZGADA: BASTA CON QUE LA PARTE QUE OPONGA TAL EXCEPCION ALEGUE SU EXISTENCIA (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—La normativa del artículo 1.252 del Código Civil, y doctrina legal que lo interpreta, aparte de tener su fundamento en el principio de la relatividad de los juicios, que emana del principio

res iudicata inter alios, aliis neque nocere neque prodesse potest, determinante de la institución procesal de la cosa juzgada, que se hace surgir, en diversos sectores doctrinales de una ficción de verdad, de un contrato o *cuasi* contrato judicial, del valor constitutivo de la sentencia, de la extinción de la acción o de la voluntad del Estado, representada por la del órgano jurisdiccional, en todo caso, en cuanto produce el efecto de carácter procesal de que los Tribunales tienen la obligación de no juzgar cuando la función jurisdiccional se ha desenvuelto plenamente, no debe aplicarse más que a los juicios llamados declarativos, es decir, que se limitan a hacer constar una relación de derecho creada anteriormente y sobre la base de que la cosa juzgada, en sentido material, sólo puede derivarse de sentencias pronunciadas en juicio contradictorio y no de desistimiento de la acción o de resoluciones adoptadas en procedimiento para la ejecución de sentencias, cual tiene establecido este Tribunal en sentencias, entre otras, de 25 de abril de 1923 y 12 de julio de 1932 y que, en definitiva, precisa que la resolución de que se derive hubiese alcanzado firmeza procesal, es decir, que no sea susceptible de recurso alguno, por ser esta circunstancia la que produce la situación de estabilidad que le es consustancial, permitiendo actuar en consonancia con lo resuelto e impidiendo que se vuelva a discutir ulteriormente, en consagración de la eficacia y autoridad de la ley, como suprema exigencia del orden y de la seguridad que ha de imperar en la vida social.

Según tiene declarado este Tribunal en sentencia de 14 de junio de 1945, la cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales, de tal manera que no sea posible hacer efectivo en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados.

El supuesto de que el fallo sea contrario a la cosa juzgada no se limita a que contenga disposiciones contrarias a ella, sino que basta no la respete y sea contrario a su esencia al hacer declaraciones opuestas a ella de haber dejado la cuestión completamente resuelta, con posibilidad únicamente de actividad jurisdiccional posterior de aspectos que afecten a su efectividad.

Si ciertamente a diferencia de lo que se ordenó en el párrafo 411 del Reglamento procesal austríaco y fue doctrina recibida en Alemania en que se apreció era una consecuencia de la jurisdicción y, por tanto, derivada de la autoridad del Estado, el ordenamiento jurídico español, al igual que el Derecho francés, por entender que afecta sólo al interés privado, conduce a que el instituto jurídico de la cosa juzgada no puede estimarse de oficio por los Tribunales, debiendo ser propuesta en forma de excepción por la parte demandada, es asimismo exacto que tal orientación se contrae y alcanza exclusivamente a la alegación de su existencia, es decir, a la manifestación de la correspondiente alegación de parte al respecto, pero no la apreciación en definitiva de la sentencia que la origina, cuya apreciación incumbe al órgano jurisdiccional ante el que viene formulada la alegación de cosa juzgada, dado que el interés privado que la mueve queda jurídicamente satisfecho con que la parte que en ella se ampare plantee tal cuestión, pues en cuanto crea un problema de juris-

dicción, que deriva de la autoridad del estado a medio de sus órganos jurisdiccionales, desplazó a éstos el estudio de los aspectos conducentes a su apreciación.

EL CONTRATO OTORGADO POR MENOR DE EDAD NO ES NULO DE PLENO DERECHO, PUES PUEDE SER CONVALIDADO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Por un contrato privado, dos de cuyos otorgantes eran menores de edad, se constituyó una sociedad civil; luego, siendo ya mayores, la confirmaron tácitamente, según declara la Sala. El Supremo estima válido tal contrato.

Doctrina de la sentencia.—En los cuatro primeros motivos del recurso se sostiene que, puesto que en la fecha del contrato los dos hermanos aquí recurrentes eran menores de edad no emancipados, tal contrato es nulo de pleno derecho y, por tanto, no susceptible de confirmación ni de prescripción, pero al mantener esa tesis se olvida la doctrina de esta Sala, establecida, entre otras, en las sentencias de 17 de junio de 1904, 25 de junio de 1908, 3 de julio de 1923 y 29 de noviembre de 1958, según la cual, si bien el consentimiento de los menores no emancipados pueda ser impugnado en razón a la prohibición contenida en el artículo 1.263 del Código Civil, esto no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.311, ya que la ratificación del contrato celebrado por el menor, una vez llegado a la mayor edad, purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad.

REQUISITOS PARA QUE PROSPERE LA ACCION RESOLUTORIA IMPLICITA DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 20 DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Una compañía mercantil vendió una máquina que no funcionó en las debidas condiciones. El comprador se niega a pagar el precio y la compañía vendedora lo demanda. El demandado es absuelto y prosperó su reconvención, por lo que se estima resuelta la compraventa.

Doctrina de la sentencia.—Para que la acción resolutoria implícita establecida por el párrafo primero del artículo 1.124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: Primero: La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes le concertaron. Segundo: La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. Tercero: Que el demandado haya incumplido de forma grave las que incumban, como si convenida la venta de una máquina no reunía las condiciones pactadas o como si después de su montaje resultó la misma para el uso de su destino, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. Cuarto:

Cuarto: Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde del demandado o de un acto obstativo de éste que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable le origine, actuación que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante; y Quinto: Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le conciernan, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución del contrato por parte de su adversario

Lo dispuesto en los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil son inaplicables cuando la acción ejercitada en la demanda no tiene por finalidad obtener el desistimiento del contrato de compraventa celebrado entre las partes contratantes, o la rebaja proporcional del precio pactado por los vicios ocultos de la cosa vendida, sino la resolución de lo estipulado como consecuencia del defectuoso cumplimiento de obligaciones contractuales, acción distinta de la que regulan aquellos preceptos y cuyo término de ejercicio no está limitado por el plazo señalado en el artículo 1.490, sino por el prevenido en el inciso segundo del 1.964, ambos del Código Civil, tanto más cuanto que, de acuerdo con la doctrina mantenida de forma constante y uniforme por la Jurisprudencia de esta Sala, la acción últimamente mencionada resulta la más adecuada para obtener la invalidación de un vínculo obligacional, cuando el objeto de una compraventa no lo constituye una cosa expresamente determinada, sino genérica y lo entregado no resulta conforme con lo que se pactó, o cuando, por tratarse de una máquina vendida que había de instalarse en el local del comprador, su defectuoso funcionamiento dé lugar a reclamaciones de éste a los pocos días de la entrega, seguidas del ofrecimiento del vendedor, que no llegó a cumplir, de corregir los defectos técnicos existentes, porque tal forma de proceder demuestra sin el menor género de dudas que el contrato no se consumó con la entrega de la cosa, sino que fue objeto de una especie de novación, que impide estimar agotado lo primeramente convenido.

ESTIPULACION EN FAVOR DE TERCERO (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—En la estipulación a favor de tercero a que se refiere el artículo 1.257, párrafo segundo, del Código Civil, el obligado respecto del tercero lo es el promitente y no el estipulante, por lo que este último no tiene por qué ser demandado en el pleito.

Mientras el tercero no tiene conocimiento de la estipulación a su favor contenida en el contrato, es claro que no le es dable aceptar dicha estipulación, ni tiene, por ende, posibilidad legal de ejercitar la acción de cumplimiento contra el promitente, ya que sólo mediante su aceptación hecha saber al obligado antes que haya sido aquélla revocada, deviene titular de la prestación.

LOS CONOCIMIENTOS DE DERECHO COMPARADO QUE TENGA EL JUZGADOR PUEDEN SER UTILES PARA ACLARAR DUDAS QUE SUSCITEN LAS DEFICIENCIAS DE NUESTRO ORDENAMIENTO
(SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1977).

Doctrina de la sentencia—La exigencia de ese lucro cesante que se pretende no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1.106 del Código Civil, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes.

El motivo tercero alega violación del primero del Código Civil, en cuyo apartado 7 se dice que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose a las fuentes establecidas que, según el apartado primero, son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, lo cual se reafirma que fue infringido por la sentencia recurrida, que «parece basarse exclusivamente en el artículo 1.751 del Código Civil italiano», cuyo texto reproduce; lo que alegado en la forma dubitativa expuesta—de simple parecer—se acomoda mal con las exigencias propias del formalismo característico de un recurso de casación como es el presente; pero es que además no es exacto porque lo que hace la resolución impugnada es emplear un argumento a mayor abundamiento y sin repercusión alguna en el fallo propiamente dicho, cuando para completar el razonamiento que está utilizando añade: «... conclusión ésta que ha sido recogida en legislaciones foráneas, por ejemplo, la italiana, cuyo Código Civil en su artículo 1.751 determina...» que nada tiene que ver con lo que se denuncia, acreditando, por otra parte, unos conocimientos de Derecho Comparado que pueden ser sumamente útiles y convenientes para aclarar dudas que susciten las deficiencias de nuestro ordenamiento, cuyo empleo al modo efectuado merece elogios y no censuras.

COMPRAVENTA SIMULADA: LA INEXISTENCIA DE PRECIO NO PRESUPONE NECESARIAMENTE LA LIBERALIDAD DE LA DONACION
(SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Conforme al artículo 1.276 del Código Civil, la expresión de una causa falsa en los contratos no obsta a la validez de los mismos si se demuestra que estaban fundados en otra verdadera y lícita, pero esta excepcional admisión de validez en modo alguno puede tener un carácter tal de generalidad que permita admitirla como normal, cuando las partes pueden adoptar la forma contractual que la Ley previene para la institución que regula, por lo que es necesario, para que los negocios simulados puedan tener plenos efectos, que se justifique la concurrencia de requisitos incluidos en el artículo 1.261 del Código Civil, o sea el consentimiento y capacidad de los contratantes para prestarlo, objeto y principalmente la causa lícita y verdadera en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, encubriéndolo bajo un aparente contrato carente de causa o con causa falsa; si lo que se pretende es disimular por medio de un contrato de compraventa simulado una donación vá-

lida, es de todo punto necesario probar además la concurrencia de los requisitos que los artículos 629, 630 y 633 del Código Civil exigen, bajo pena de nulidad para su eficacia y validez, pues si no se cumplen ha de estimarse la supuesta donación encubierta tan ineficaz e inexistente como el de compraventa, que en apariencia le enmascara y disimula, ya que no toda simulada compraventa, por falsedad de la causa o inexistencia de la misma y, por tanto, inexistente y nula como tal, que conste en documento público, se convierte necesariamente, cuando de bienes inmuebles se trata, en una donación, aun cuando el supuesto vendedor estuviere facultado tanto para transmitirlos mediante precio como para cederlos graciosamente; la inexistencia de precio determinante de la nulidad de la compraventa no presupone necesariamente la liberalidad constitutiva de la donación, a que se refiere el artículo 618 del mencionado Código sustantivo, sino que se requiere obligadamente dos exigencias básicas y fundamentales, cuales son la aceptación por parte del donatario y el *animus donandi* del donante.

NO HABIENDO EXPRESA RESERVA DE ACCIONES POR PARTE DEL PERJUDICADO, LA SENTENCIA PENAL RESUELVE SOBRE LAS RESPONSABILIDADES CIVILES CON FUERZA DE COSA JUZGADA MATERIAL (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Del incumplimiento de las obligaciones que genera daños o perjuicios en las personas o en las cosas, surge la responsabilidad indemnizatoria para que mediante la correspondiente acción pueda exigirse el resarcimiento o reparación del mal causado y que con arreglo a la normativa que le es propia a dichas obligaciones y responsabilidad inherente, lo puede ser: contractual, si se debe a la contravención de lo que fue objeto de pacto o contrato, artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil; extracontractual, en cuanto el acto ilícito civil es debido a culpa o negligencia, artículos 1.093 y 1.902 del propio Cuerpo Legal, y penal, si constituye delito o falta, artículos 1.092 de dicho Código Civil y 19 y 101 del Penal; distinción que alcanza su mayor importancia teniendo en cuenta la diferente naturaleza del ordenamiento jurídico que las disciplina, pues mientras las contractuales y extracontractuales se rigen por el ordenamiento civil, las terceras lo hacen por el penal.

En razón a estas últimas establece el artículo 19 del Código Penal que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, cuya responsabilidad comprende, conforme dispone el artículo 101 del propio Código, la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, de aquí que según el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también—si existe un mal o daño privado que haya necesidad de reparar—acción civil para los fines indicados en el antes expresado artículo 101; significando el ejercicio de la acción penal el de la civil y así lo sanciona el artículo 112 de la citada Ley Procesal, con la única excepción de que el ofendido se reserve expresamente su ejercicio para el procedimiento civil que corresponda, después de terminado el juicio criminal, mas no constando dicha

reserva expresa, la sentencia penal al propio tiempo que resuelve sobre los hechos delictivos, lo tiene que hacer sobre las responsabilidades civiles consecuencia de los mismos, con fuerza de cosa juzgada material que veda toda posibilidad a la jurisdicción civil de conocer o revisar lo resuelto por aquella sentencia, sin que le sea lícito, y así lo tiene declarado reiterada doctrina de esta Sala, suplir, completar o rectificar deficiencias, omisiones o incluso olvidos que pudieran apreciarse cometidos en la sentencia penal por tratarse de jurisdicción de otro orden, quedando, en consecuencia, definitivamente resueltas todas las responsabilidades civiles que deriven o traigan causa del delito o falta, por lo que la Ley autoriza a los perjudicados para justificar la cuantía de los daños y perjuicios causados, tanto materiales como morales, por daño emergente como por lucro cesante, de tal modo que resulta improcedente e incorrecto acudir a la vía de orden civil con pretensiones, que por tener causa de aquel ilícito penal, carece de jurisdicción para su conocimiento, aun referidas a terceros que se dicen responsables subsidiarios, toda vez que al igual que el responsable directo quedó afecto al juicio criminal mediante la apertura de la pieza correspondiente.

CONTRATOS: DEBEN SER CONSIDERADOS EN SU CONJUNTO ARMÓNICO, Y NO EN SUS MANIFESTACIONES AISLADAS (SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La fuerza de ley que proviene de todo contrato hay que entenderla referida no con relación a una de sus manifestaciones aisladamente consideradas, sino en cuanto a su conjunto armónico, dado que, según tiene proclamado este Tribunal en Sentencia de 8 de julio de 1887, los instrumentos son en general indivisibles, y no puede ser aceptarlos en parte y en parte repudiarlos, porque a tenor del contenido del artículo 1.228 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de papeles privados «habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen».

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PIEZAS DE CAZA (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Los venados procedentes de unos cotos de caza se comían las almendras de unos terrenos vecinos. Los dueños de éstos demandan a dos titulares de los cotos, quienes son condenados.

Doctrina de la sentencia.—Regulada la responsabilidad por daños cinegéticos en el Título V de la Ley de Caza de 4 de abril de 1971, artículos 33 y 35, respectivamente, que declaran a los titulares de aprovechamientos cinegéticos responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de terrenos acotados y subsidiariamente a los propietarios de los terrenos, y en el caso de que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos

los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos, solidaridad que lleva consigo que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos (art. 1.144 del Código Civil), y que como declara con acierto la sentencia recurrida, el hecho de dirigirse contra sólo dos de los propietarios de los terrenos acotados, no implica la falta de litisconsorcio denunciada en el motivo quinto del recurso, cuyos requisitos determina abundantísima jurisprudencia, pues cada deudor solidario en la relación externa con el acreedor se reputa único y exclusivo obligado por la totalidad, sin perjuicio de que en la relación interna lo sea sólo de su parte.

J. Q. S.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

LICENCIA DE OBRAS. COMPETENCIA. OTORGAMIENTO CONDICIONADO. PROPORCIONALIDAD. MOTIVACION (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1978).

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes resultan de los resultandos de la sentencia:

«Resultando que el hoy apelante interesó de la Diputación Provincial de Vizcaya, por escrito de fecha 2 de septiembre de 1970, la legalización de las obras que había realizado, consistentes en la prolongación del tejado de su vivienda a fin de cubrir la terraza. Que el Decreto de la Presidencia de dicha Corporación de fecha 18 de septiembre de 1970 dispuso que para legalizarse dicha construcción el señor Tejada había de renunciar en el plazo de treinta días a la total indemnización que en su día pudiera corresponderle por derribo de su finca ubicada en el C. V. de «Sopuerta a Traslaviña», y, si no renunciaba, se procedería al derribo de lo edificado sin autorización. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por Decreto de la misma Presidencia de fecha 31 de diciembre de 1970, que concedió al señor Tejada un plazo hasta el 31 de enero de 1971 para llevar a efecto dicho derribo, y si no lo ejecutaba incurriría en una sanción diaria de 200 pesetas hasta tanto se procediese a la demolición por la Administración, a cuenta de aquél.

Resultando que don Manuel ... interpuso, contra tales Decretos, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Audiencia de Burgos ... la expresada Sala dictó sentencia declarando la inadmisibilidad del recurso.

Resultando que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación...»

II. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1978 (Pte. Martín del Burgo).

Después de desechar la causa de inadmisibilidad apreciada por la Audiencia, el Tribunal Supremo entra en el *fondo* del tema planteado, para no pronunciarse sobre dicho fondo sino de una manera bastante tengencial.

6. «Considerando que al haber desaparecido los óbices procesales que se oponían al enjuiciamiento del tema de fondo de este proceso, es posible y obligado acometer el mismo, el cual se centra en la forma en que el Presidente de la Diputación de Vizcaya se pronuncia, en su Decreto de 18 de septiembre de 1970, confirmado en reposición, con el de 31 de diciembre de 1970, respecto de la licencia de obras interesada por el accionante a dicha Autoridad, que, si en el escrito correspondiente se refería a la reparación del tejado y blanqueo de la casa, luego, en realidad, la obra consistió en levantar sobre la terraza que cubría la edificación, una planta más que sirviera como buhardilla o desván, según se aprecia en las fotografías obrantes en el expediente, obra efectuada con la máxima celeridad, y sin esperar a obtener la autorización solicitada.
7. Considerando que la peculiaridad del acuerdo de dicho Presidente consiste en que, a pesar de la conducta seguida en este caso por el recurrente, no niega, en principio, la autorización de la obra realizada por éste, aunque la somete a la carga modal del que, por el mismo, previamente se renuncie a la total indemnización que en su día pudiere corresponderle por derribo de su finca, como consecuencia del ensanche o modernización de la vía pública provincial que discurre junto a ella, exigiéndole que tal renuncia la efectúe en testimonio notarial e inscripción en el Registro de la Propiedad, amén de otros trámites complementarios.
8. Considerando que una cosa es que tal actitud presidencial, adoptada por asunción de la propuesta hecha por la Comisión de Obras Públicas de aquella Corporación, esté animada del mejor propósito de aunar los intereses del particular afectado con los públicos de la comunidad, y, otra muy distinta, que jurídicamente puedan ser compatibles el otorgamiento de esta licencia con la carga modal antes descrita, siendo este último lo que debe constituir el principal punto de mira en el estudio a desarrollar aquí.
9. Considerando que lo primero que debe dejarse en claro es la improcedencia de someter las licencias a condicionamientos o limitaciones, cuando su otorgamiento esté reglado, y en la normación correspondiente no existan habilitaciones en este sentido; en efecto, la jurisprudencia tiene proclamado que el derecho del particular a edificar en terreno propio “no puede tener más limitaciones que las de orden legal, o sea, las que establecen Leyes, Reglamentos y Ordenanzas que al presente rijan” (Sentencias de 15 de febrero de 1954, 20 de diciembre de 1952, 4 de mayo y 31 de diciembre de 1931, 24 de enero y 15 de abril de 1930).
10. Considerando que lo que ocurre en el presente supuesto

es que en él falla la primera premisa, de la que parte la doctrina jurisprudencial recogida en el precedente considerando, en cuanto la casa del actor se encuentra, al parecer, en terreno de su propiedad, pero en zona de servidumbre de la carretera provincial de "Sopuerta a Traslaviña", como lo evidencia la propia conducta del mismo, al dirigir la petición de licencia al Presidente de la repetida Diputación, y no al Ayuntamiento del término municipal a que corresponde dicho inmueble (Arcentales) que sería el competente, con competencia "exclusiva" de no mediar esta circunstancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 101-2-h) de la Ley de Régimen Local, artículos 9 y 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículos 166 y 202 (hoy 179 y 214) de la Ley del Suelo de 1956.

11. Considerando que en virtud de la aludida presunción (no existe en las actuaciones una prueba directa de la distancia del edificio de que se trata al eje de la carretera o camino vecinal o provincial en cuestión), el *ius aedificandi* del actor no puede ser presentado como absoluto, tanto en su momento inicial, como en el de ampliación o reforma de lo ya construido, afectándole, por tanto, la profusa legislación existente sobre esta clase de viales, repetidamente citada en el expediente administrativo (informe del Letrado Jefe de la Sección de Obras Públicas, de la Diputación Vizcaína, folios 27 a 31) y en la primera instancia jurisdiccional, en el escrito de contestación a la demanda, por la Abogacía del Estado, lo cual significa que, en el presente caso, el derecho de propiedad del actor se encuentra sujeto a limitaciones específicas, derivadas de la referida normativa, en atención al emplazamiento concreto del bien material sobre el que aquél recae, lo que, por cierto, entra dentro de las previsiones establecidas en la definición del mismo, en el propio Código Civil (art. 384), por no citar a las más amplias del moderno Derecho urbanístico, con su concepción de este Derecho como de naturaleza estatutaria (art. 61 [hoy 76] de la Ley del Suelo de 1956).
12. Considerando que ante esta situación, si la actitud del Presidente de esta Diputación hubiera sido la de la denegación de la licencia pura y simple, entonces los acuerdos recurridos adolecerían, por de pronto, del defecto de falta de la debida motivación, necesaria ante lo dispuesto en el artículo 43-1-a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que no se pone de manifiesto en ellos, ni en las propuestas que les preceden, las razones que justificarían tal denegación (distancias, alturas y normas concretas que las establezcan); mas, con el otorgamiento bajo la carga modal de que se trata, el vicio no desaparece, sino que se complica aún más, puesto que, por un lado, por las insuficiencias apuntadas, se desconocen en este momento

“los motivos concretos” que pueden explicar la denegación, como igualmente los que podrían basar el condicionamiento en su otorgamiento.

13. Considerando que colocados en esta encrucijada, esta Sala, en principio, no debe mostrar oposición a la buena predisposición de la Diputación de Vizcaya al otorgamiento de la tan repetida licencia, incluso sometiénola a condicionamiento o cargas modales, si es que con esto lo que se pretende o persigue es facilitar la actuación de los administrados sin perjudicar el interés público, pues, como ha destacado la doctrina científica, por este procedimiento se hace posible el otorgamiento de autorizaciones, que, de otro modo, deberán ser denegadas sin más. Siempre y cuando que su sentido sea compatible con la naturaleza y función del acto y no contrario a la voluntad de la regla de Derecho.
14. Considerando que, aunque el principio de la *reformatio in peius* no consiente empeorar la situación del apelante, que, en este caso concreto se refiere al otorgamiento de la licencia, sin embargo, queda por ver la incidencia de la cláusula accesoria de la carga modal en el conjunto del acto administrativo que la contiene; respecto de lo cual, ni puede dejarse zanjada la cuestión en forma simplista, amparados en el apotegma jurídico *utile par inutile non vitatur*, ni tampoco procede estimar procedentes dicha cláusula, en los términos en que viene concebida, por lo que a continuación se expone.
15. Considerando que el problema que se deriva de la anterior exposición consiste fundamentalmente en una interpretación de voluntad ínsita en el acto administrativo en controversia, tras de la que se capta la decisión de otorgar la licencia, pero previo cumplimiento de la tan repetida carga modal, dejando en la penumbra, por falta de suficiente “motivación del acto” si con ello se actúa en forma flexible y generosa hacia el particular, a pesar de la limitación impuesta, o si, por el contrario, se ha obrado con el propósito de defender a ultranza los intereses de dicha Diputación, adoptando medidas quizá excesivas, en garantía de los mismos.
16. Considerando que como, por una parte, las decisiones judiciales no pueden basarse en razonamientos hitéticos, ni, por otra, dar preponderancia a los móviles internos del autor o autores del acto administrativo de que se trata, es forzoso, en su virtud, atenerse a lo explícitamente manifestado en los acuerdos recurridos, de los que aparece la vinculación del otorgamiento de la licencia al cumplimiento de dicha carga modal; pues bien, respecto de ésta que constituye “una resonancia” de lo establecido en el artículo 47-2 de la Ley del Suelo de 1956, se ha de tener presente que, a simple vista, descubre la desproporcionalidad entre lo que es objeto de la licencia

(la obra nueva de construcción de una planta abuhardillada) y el alcance de la carga que por ello impone (renuncia a la total indemnización que en su día pudiera corresponderle por derribo de su finca), desproporcionalidad que vulnera "lo recomendado" en los artículos 4 y 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, sancionado por una constante jurisprudencia (Sentencias de 29 de marzo y 8 de mayo de 1965, 22 de mayo de 1967, 22 de marzo y 25 de octubre de 1968, 29 de abril de 1970).

17. Considerando que la desproporcionalidad es notoria en cuanto trata de vincular la autorización de la obra nueva a la renuncia a una posible indemnización por demolición, no sólo de esta obra, sino de la totalidad de la casa, cuando ésta existe con anterioridad a las presentes actuaciones, y cuando la misma no ha sido puesta en cuestión en ellas; lo cual, por ser improcedente, y porque la exigencia de esta renuncia se eleva a presupuesto condicionante del tan repetido otorgamiento de la licencia, produce la nulidad del acto; debiendo la Autoridad provincial que lo ha emitido dictar otro en su lugar, previos los trámites que estime necesarios o pertinentes, bien otorgando la licencia, o denegándola, bien haciendo lo primero, pero condicionándola a la renuncia a la indemnización correspondiente al mayor valor que adquiera esta casa por la obra nueva, pero no al de la totalidad del edificio; todo ello debidamente motivado, de acuerdo con los elementos de hecho concurrentes y con el derecho aplicable a los mismos, puesto que la deficiente concreción de los hechos determinantes de las resoluciones impugnadas, y la ausencia de verdadera motivación de las mismas, es lo que, en definitiva, viene a justificar la parte final del pronunciamiento de esta Sala, "con los efectos propios de las nulidades de actuaciones".
18. Considerando que procede, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida, y, al mismo tiempo, declarar no conformes a derecho los acuerdos del Presidente de la Diputación Provincial de Vizcaya de 18 de septiembre de 1970 y 31 de diciembre del mismo año; con las advertencias formuladas en el considerando precedente.»

III. COMENTARIO

1. Evolución de la técnica autorizatoria

El fenómeno que expresado «con distintas manifestaciones terminológicas» (1) se encuadra en la técnica de la autorización ha sufrido una gran evolución obligando a matizar, e incluso reestructurar, los plantea-

(1) Como punto de partida y ante la variada terminología se trata de componer una figura que englobe a todas. GARRIDO: *Tratado*, I, 1970, pág. 458; MARTÍN MATEO, *RAP*, 48, pág. 212; S. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 24, pág. 150; ENTRENA, *REUL*, 107, págs. 641 y sigs.

mientos iniciales de MAYER y RANELLETTI (2), y hablar de un concepto clásico frente a las nuevas enmarcadas en los calificativos derivados de la operatividad, funcionalidad, organizatividad a que las autorizaciones pueden responder (3).

Respecto de las licencias de obras, no obstante la teoría tradicional, el esquema clásico puede seguir siendo útil (4) por cuanto responden a una técnica de Control reglada (15).

2. Evolución del contenido de la propiedad

Si desde el anterior punto de vista la licencia de obras sigue respondiendo a planteamientos iniciales, basta constatar, por otro lado, cómo ha evolucionado el contenido de la propiedad para advertir la importante matización que a los caracteres de dichas licencias debe hacerse.

Si se ha pasado de un concepto absoluto de la propiedad a uno concreto, estatutario, no sólo (primero) por la concreción que la legislación impone, sino incluso (segundo) por la incidencia de la planificación (6) como exponentes de la idea subordinadora de lo particular a lo colectivo, que informa, como principio general, dicho proceso de concretización, se advierte fácilmente cómo los presupuestos de la licencia de obras (tanto cuantitativos como cualitativos) quedan configurados de manera diferente.

Efectivamente, según lo anterior, la licencia aparecerá como el momento más concreto del «proceso urbanístico» (7). Así lo expresa, con meridiana claridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1977, que dice que:

«La ordenación urbanística objeto de la citada Ley del Suelo, tal como resulta de sus artículos 1, 2, 6 a 11 y 32-3, viene a constituir un sistema unitario y jerárquico de ámbitos normativos

(2) MANZANEDO: *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968, páginas 379 y sigs.

(3) Además de los trabajos citados antes y su bibliografía, S. MARTÍN RETORTILLO: *Crédito, Banca y Cajas de Aborro*, Madrid, págs. 277 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso II*, páginas 121 y sigs.

(4) T. R. FERNÁNDEZ, *RAP*, cit., 425.

(5) Sobre la jurisprudencia en este punto me remito a GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, págs. 914 y sigs.

Vid también PERALES, *RDU*, 36, pág. 51; BOQUERA, *RAP*, 37, págs. 179 y sigs. Es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1972 que matiza el aspecto controlador de las licencias al decir que «lo único que sucede es que en esta clase de licencias debe distinguirse entre la autorización del *ius aedificandi* y el ejercicio posterior de la actividad edificadora, razón por la que se ha dicho que, con relación a éstas, no se debe emplear el esquema de la «remoción de límites», porque este concepto va muy bien para cierto tipo de autorizaciones de policía, en la cual la autoridad se desinteresa, una vez concedida la misma, de la actividad desarrollada por el particular, lo que no puede ocurrir con la licencia de autos, en la que la Administración no agota su competencia con el mero otorgamiento de ella, puesto que esta competencia se prolonga con la de vigilar la forma de cumplimiento de la edificación proyectada».

La licencia de obras por demás se refiere sobre una actividad material (GARRIDO, cit., pág. 462) independientemente de la trascendencia jurídica que la necesidad de licencia puede implicar respecto de otros *actos jurídicos* (obra nueva).

(6) Sobre el tema, S. MARTÍN RETORTILLO, *REDA*, 5, págs. 168 y sigs.; MARTÍN MATEO, *RAP*, 52 y 67; Díez PICAZO, *RAP*, 43, *RDU*, 23, CHICO, *RDU*, 33; PERALES, *RDU*, 36, pág. 46; LASO MARTÍNEZ, *RAP*, 73, pág. 101, LUCAS FERNÁNDEZ, *RDU*, 3; DE LOS MOZOS, *RDU*, 6; T. R. FERNÁNDEZ: *Medio ambiente urbano Vecindades industriales*, Madrid, 1973, 259 y sigs.; ESCRIBANO, *REDA*, 6; ÁNGEL SUSTAETA: *Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1978. También V Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, IEA, Madrid, 1977.

También el «excursus» en el artículo de BERMEJO en la *RAP*, 83, pág. 174, que habla de la necesidad de redefinir el derecho de propiedad (título de la obra de GILLI) haciendo referencia a trabajos de PUGLIATI, PREDIERI y OPPERMANN.

(7) LARIOS, *RAP*, 76, MARTÍN BLANCO: *Estudios y dictámenes*, 1970, págs. 212 y 214.

que, de modo prospectivo y racional, comunica juridicidad a contenidos de reglas técnicas de urbanización y edificación de praxis variable en función de las concretas circunstancias de cada espacio de promoción urbana, lo que configura a la susodicha ordenación como sistema jurídico de normas, que aun tendentes a la máxima concreción, mantengan un sentido de generalidad normativa capaz de garantizar y coordinar el subjetivo y libre ejercicio de facultades dominicales con el interés público, afectante, a todo el territorio nacional, en producir la mejora de la ciudad de modo integrado en el sistema que el planeamiento implica; normativa, aquella, que adquiere su último grado de expresión específicamente, supuesto el régimen de ordenación planificada, en virtud de la licencia rectora del singular hecho constructivo, que al par que integra la concreta edificación en el sistema unitario del planeamiento, actúa como límite definidor del ejercicio por el administrado de su *ius aedificandi*. »

consecuentemente, la licencia opera sobre una ordenación preestablecida que debe respetar, limitándose, por tanto, la discrecionalidad cuantitativamente (8), y al mismo tiempo haciendo coincidir el control de interés público, con lo que legítimamente puede hacerse. No se trata de limitar algo legítimo, sino verificar la legitimidad de ese algo, que en sí, en su interior, ya se encuentra funcionalizado por lo social (9). En este sentido, por tanto, quedan entrelazadas la técnica Autorizatoria y la reestructuración de la propiedad.

3. *Legislación conformadora de la propiedad y planificación*

Si lo que acabamos de decir hace referencia a la conexión de la licencia de obras, con presupuestos ordinamentales superiores, tiene también interés conexionar el Plan con la normación propiamente dicha.

El Plan debe respetar la Ley. El Plan, por tanto, no podrá ordenar el suelo en contra de las previsiones de rango superior (incluidos otros planes de superior jerarquía).

Cuando es la legislación urbanística propiamente dicha, reguladora de los Planes de ordenación urbana la que concreta al respecto, recoge el tema de los estándares urbanísticos, como mínimos que debe reunir el plan y sin perjuicio de que otros mínimos surjan de los criterios que se obligan a tener en cuenta (población, etc.) (10).

Pero no sólo se derivan limitaciones de la legislación del suelo, sino, además, de otra legislación sectorial. La necesidad de tener en cuenta esta legislación surge en un doble aspecto. En primer lugar, no pudiendo el plan ordenar de manera contraria a lo que resulte de dicha legislación. Y en segundo lugar, recogiendo en el propio Plan dichas previsiones. El

(8) Así la presión de los intereses implicados no se centrarán en el otorgamiento de la licencia, sino más bien en la formación del Plan. LARIOS, cit., págs 90 y sigs

(9) En este sentido las interesantes precisiones de ESCRIBANO, cit., págs 450 y sigs

(10) Sobre el tema, GÓMEZ FERRER, REDA, 4.

nuevo concepto de Plan (General) en la Ley del Suelo y sus Reglamentos, es clara expresión de estas necesidades (11).

Hay que añadir, que incluso en la propia legislación del suelo, se tiene en cuenta la legislación sectorial para operar (por medio de revisión) una urbanización del tema. Así, por ejemplo, en el artículo 85, 1, 4.ª (legislación agraria indivisibilidad) y en el 72 (distancias de las carreteras).

4. *La competencia para otorgar la licencia en el supuesto de la sentencia*

El supuesto de la sentencia se refiere precisamente a un edificio emplazado en las proximidades de una carretera, de aquí que se plantee indirectamente el problema de qué entidad pública (12) es la competente. Del considerando 10 se desprende la admisión de la competencia de la Diputación Provincial (13). Hay que constatar al respecto que ello es acorde con la Ley del Suelo, por ejemplo (art. 57, 2), y el Reglamento de Disciplina, por ejemplo (art. 1), que respetan la competencia de otras autoridades de las competencias para otorgar las licencias de obras «previstas en la Ley del Suelo». Lo que debe puntualizarse es si la competencia del Ayuntamiento queda excluida, si no es necesaria su licencia para la obra. Según la propia Ley del Suelo (art. 178) no que queda excluida *a fortiori*, porque no se excluye ni siquiera respecto del suelo de Dominio Público (14). Además, según la legislación reciente de Carreteras (15), el supuesto está expresamente contemplado. En este sentido debe subrayarse el calificativo «Exclusiva» contenido en la sentencia.

Otro tema sería el del ámbito de calificación material respectiva de cada una de las autorizaciones. Baste indicar que en base al artículo 72 de la Ley del Suelo, aunque el Plan no diga nada, el Ayuntamiento tendría competencia, sobre las zonas en las que se prohíbe expresamente la construcción, para denegar la licencia por dicho motivo derivado de la legislación especial. Y cabría decir que incluso a pesar de la autorización otorgada por la Administración de que depende la carretera.

5. *Planteamiento de la cuestión respecto del contenido del acto recurrido*

Es de resaltar cómo en el inciso final del considerando 11 la sentencia no acude a la nueva conceptualización de la propiedad para sostener que el derecho está limitado por la legislación de viales (16), aunque podía haberlo hecho (y así se dice expresamente), según lo que antes dijimos. Ello es sintomático, por cuanto implica reconocer que aun en el nuevo estado del derecho de propiedad, no toda cortapisa a toda la misma necesita para ser explicada del concepto mismo de la propiedad: los límites propia-

(11) MARTÍN BLANCO, cit., pág. 228, T. R. FERNÁNDEZ: *El medio*, cit., 181; GÓMEZ FERRER, citado, 17.

(12) El órgano y el procedimiento vendrán dados por la legislación específica.

(13) Presidente en este caso.

(14) Expresamente artículo 1.º del Reglamento de Disciplina.

(15) Ley de 1974, R. 1977 (arts. 80-82).

(16) Sobre la anterior, GUAITA: *Derecho Administrativo español*, Zaragoza, IV, págs. 275 y siguientes. ESCRIBANO: «Las vías urbanas» (tesis doctoral), Madrid, 1973.

mente dichos (17) tienen cabida en los moldes tradicionales. En cierto modo se está diciendo que el tema en el caso es uno de límites.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, es sintomático que en el último inciso del considerando 9 se cite la doctrina jurisprudencial, anterior a la vigente legislación de régimen local y del suelo (18).

Otro dato tiene fundamental importancia: La sentencia ha prescindido de aplicar al supuesto la legislación sobre el tema (considerando 11) dada la deficiente concreción de los hechos determinantes (considerando 17), es decir, distancias, alturas y normas concretas que las establezcan (considerando 12), porque «no existe en las actuaciones prueba directa de la distancia de la carretera (considerando 11). Por ello, como luego veremos, no se pronuncia sobre la procedencia (o no) de la licencia, limitándose a enfocar el tema como nulidad de actuaciones (considerando 17, *in fine*) y centrarse sobre el tema del condicionamiento y la motivación.

6. El condicionamiento (19)

El tema de la carga modal que implica la renuncia a la posible indemnización futura por derribo (20) se enfoca en la sentencia de manera muy significativa.

En primer lugar (considerando 9), descartando la viabilidad de la misma cuando se trata del otorgamiento reglado de licencias, pero a continuación admitiéndola dentro de ciertos límites (considerando 13, *in fine*).

No se llega a esta conclusión descartando el carácter reglado de la autorización (nada se dice) ni por el hecho de que la facultad de edificar esté limitada (considerando 10), porque más bien se pretende con el argumento (contenido en el principio del considerando últimamente citado) de que falta la premisa propuesta en el considerando 9, plantear solamente la alternativa de otorgar o denegar con base legal la licencia (considerando 12). Además, aunque así hubiese sido carecería de toda lógica, por cuanto el que una facultad esté limitada es independiente (21) del carácter reglado de la autorización, que significa lo que es posible y no poder negarlo.

Es decir, que en este sentido cabría entender que aun en el caso de otorgamientos reglados de autorizaciones se admite el condicionamiento.

Por otro lado, al dar contenido jurídico al argumento primeramente desechado como tal (considerando 8), el considerando 13 establece como límites la compatibilidad con la naturaleza del acto y la voluntad de la regla de Derecho.

Cabría, según esto, entender que reúnen estos requisitos incluso las licencias regladas para facilitar su condicionamiento, dado que la sentencia luego se limita a analizar la proporcionalidad de la carga.

Cabría, no obstante, entender que la sentencia no llega a dicha afirmación implícita. O bien está teniendo en cuenta que el supuesto implica una

(17) Sobre la terminología en este tema ver la bibliografía citada en la nota 6

(18) Precisamente la que recoge BOQUERA, cit., pág. 186.

(19) Sobre el tema de la indemnización en este caso ver GÓMEZ FERRER, RAP, 68, PAREJO y RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones de dominio público*, 1976, 260 y sigs. La jurisprudencia citada por GONZÁLEZ PÉREZ, cit., 225, y sobre todo GARRIDO FALLA, RAP, 81, pág. 25.

Destaquemos además que en la sentencia no se entra en el tema de si procedería o no la indemnización

(20) GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo municipal*, 1978, pág. 276; BOQUERA, cit.

(21) GARRIDO, cit., loc. cit. Salvo lo que decíamos en el apartado 2.

discrecionalidad más amplia que la que pueden representar las licencias de urbanismo en sentido estricto. O bien, no se está entrando en el problema concreto de si las autorizaciones regladas pueden condicionarse; lo mismo que no se precisa de la naturaleza estatutaria para justificar límites, aquí no se necesita considerar la naturaleza reglada o no de la autorización: basta analizar el problema de su proporcionalidad (22).

7. *Conexión de la carga modal con el otorgamiento, como justificación para no prejuzgar dicho otorgamiento*

La encrucijada de que se habla en el considerando 13 se especifica en el 14. Aunque el principio de la *Reformatio in peius* no permitiría negar la autorización otorgada, en base a la vinculación entre la cláusula accesoria y la licencia misma, la sentencia admite la posibilidad de que pueda denegarse como consecuencia de la tramitación a que daría lugar la declaración de nulidad de actuaciones que se establece (considerando 17).

Para ello se establece que dada la vinculación entre el otorgamiento y el cumplimiento de la carga (considerando 16), dado que se eleva a «presupuesto condicional» del otorgamiento (considerando 17), tal vinculación, al ser desproporcional la carga y, por tanto, vulnerar el otorgamiento (considerando 16) produce la nulidad del mismo acto de otorgamiento (considerando 17).

Hubiera sido más fácil entender que en este caso la vinculación lo que hace es determinar una denegación de la licencia, como sostuvo la Sentencia de 20 de diciembre de 1952 (23).

8. *La admisión de la carga modal*

Si antes veíamos cómo respecto de las autorizaciones regladas (porque lo son también en cuanto a su contenido, no sólo su otorgamiento) era difícil admitir condicionamientos, la sentencia comentada parece admitir al margen, como vimos, de dicho carácter, la posibilidad. El fundamento sólo podría estar explícitamente en la alusión al artículo 47, 2 (hoy 58, 2), de la Ley del Suelo, respecto del que sería una resonancia la carga modal. Por esta vía se daría entrada a la posibilidad por entenderse que, aunque está reglado el otorgamiento, a pesar de poderse haber negado (hipótesis de que la distancia fuera lo suficientemente corta con la carretera para quedar prohibido), se otorga con un condicionamiento previsto en la Ley del Suelo, que sería sintomático de que «la voluntad de la Regla de Derecho» (considerando 13, *in fine*) es admitir dicha cláusula. En este sentido (considerando 15) se habla de flexibilidad y generosidad respecto del particular.

Baste decir que las características del supuesto del artículo 58, 2, de la Ley del Suelo (24) harían difícil la aplicación analógica por una autoidad distinta de las en principio previstas.

(22) En sentido contrario, no obstante, Considerando 17, que admite el condicionamiento proporcionado. ¿Hasta qué punto sería revisable por las razones apuntadas antes la licencia otorgada según esta posibilidad? Ver luego apartado 8.

(23) BOQUERA, cit., 192.

(24) *Vid* comentario de GONZÁLEZ PÉREZ y jurisprudencia citada en *loc cit.*

En cualquier caso, sí sirve para determinar la proporcionalidad desde un punto de vista objetivo, como vemos a continuación.

9. *Proporcionalidad*

Admitida la posibilidad de la carga, no se trata de aplicar simplísticamente el principio *utile per inutile non viciatur*, sino de valorar la carga en sí misma (considerando 14). Si con ella se actúa flexible y generosamente (considerando 15) sería admisible. Pero no puede admitirse por la desproporción que supone renunciar a la indemnización no sólo de lo construido, sino de lo que ya estaba construido con anterioridad (considerandos 16 y 17).

La desproporción vendría dada por el propio artículo 58, 2, de la Ley del Suelo, que establece que no habrá indemnización respecto de lo que se construya en virtud de la autorización provisional. Aunque en el supuesto no se trata de la construcción sobre un terreno, sino sobre una terraza, la analogía es utilizable.

Por otro lado, el fundamento de la ilegalidad se hace derivar de dicha desproporción, en base a los artículos 4 y 6 del Reglamento de Bases de las Corporaciones Locales y la jurisprudencia complementadora. Ello implica la utilización de la desviación de poder como instrumento controlador de la actividad administrativa, y viene a significar, una vez más, la importancia de los aludidos preceptos. El primero luego sería trasvasado a la administración central a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (83) y la Ley de Procedimiento Administrativo (40, 2, f) y 115, f). El segundo, no obstante, sigue desempeñando una importancia fundamental, por cuanto concreta la proporcionalidad de modo específico (25).

Planteada desde esta perspectiva la cuestión, puede decirse que según la sentencia comentada, la licencia otorgada con el condicionamiento estudiado, no queda desvirtuada en cuanto a tal licencia, por quedar configurada a la manera de las autorizaciones del artículo 58, 2, de la Ley del Suelo. La finalidad perseguida está en concordancia con la legalmente prevista.

Por otro lado, sólo será admisible la condición, en tanto que sea proporcional, lo que quiere decir, en este caso, concorde el resultado con la técnica utilizada.

10. *La motivación*

La exigencia de motivación en el caso de que la petición de licencia se hubiese resuelto negativamente según el considerando 12, viene del artículo 43, 1, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo (que, por tanto, entiende de aplicación supletoria). Y es concordante con la legislación del suelo (art. 179, 2, de la Ley).

Lo que interesa destacar es la constatación de que se hubiera entendido cumplido el requisito formal de la motivación si se hubieran puesto de manifiesto las razones que justificarían la denegación por lo menos

(25) S. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 22 y 23; CLAVERO, *RAP*, 30; TRUJILLO, *RAP*, 35.

en la propuesta de la Comisión Provincial (considerando 12). Quiere con ello decirse que la aceptación de informes o dictámenes sólo sería suficiente si en ellos hay motivación, esto es, sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, aunque con carácter informal (26).

Por otro lado, resalta la importancia que se atribuye, no sólo al aspecto formal de la motivación (como requisito), sino a la motivación en sí misma, para poder apreciar la posible desviación de poder (27), y la concurrencia de circunstancias de hecho que condicionan el enjuiciamiento del problema. Y el problema es precisamente el de la viabilidad de la Cláusula modal (Cdos. 12, *in fine*; 15, *in fine*; principio del 16).

11. Conclusión

La conclusión de la Sentencia, como quedó planteado con anterioridad, es declarar la nulidad del acto, debiendo otorgarse, denegarse o condicionarse *proporcionalmente* la licencia, con la debida motivación, que en su día puede servir para el enjuiciamiento de la misma.

J. G. S.

(26) Ver el *Procedimiento administrativo municipal*, cit., págs. 319 y sigs.

(27) En este sentido, por todos, S. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 23, págs. 125 y sigs.

LIBROS

CORRAL DUEÑAS, F.: *El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1977.

La publicación que traemos a recensión es una de las que el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores ha comenzado a lanzar, eligiendo precisamente tesis doctorales o monografías relacionadas con la materia registral. Precisamente ésta es una tesis doctoral con la que su autor obtiene un sobresaliente *cum laude*. Elogios merecidos exige la noble presentación e incluso la tipografía empleada en la misma.

El autor de la monografía es amigo y compañero, pero no por ello le voy a tratar mejor o peor (mejor por lo de amigo y peor por lo de compañero), sino que le aplicaré un análisis crítico a través de mis precarios conocimientos agrícolas, pues yo soy todo lo contrario que él. En eso sale ganando. FRANCISCO CORRAL es hombre que siempre tiene prisa, es como si a cada segundo de su vida se le estuviese a punto de escapar un tren y lo curioso del caso es que ha tenido tiempo, en esa velocidad que le imprime a su existencia, de ejercer de Letrado de Concentración Parcelaria, hacerse Registrador, elaborar su tesis y conseguir con ella el título de Doctor. De esa forma ha sabido superar el famoso dicho de que el español nace bueno y degenera en Licenciado en Derecho. Lo que más impresiona de él es que da la sensación de que siempre lleva debajo del brazo una finca rústica. De tal forma se ha identificado con el problema agrícola que difícilmente en su conversación se desprende de su problemática. Es lógico, pues, que la temática de su tesis gire sobre ese problema, que enlazado con el del Registro de la Propiedad, justifica ese *cum laudem* con el que se le ha calificado.

No sé si cabe en estos momentos tocar el tema del «problema agrícola», pues la monografía de lo que trata es de perfilar o resaltar la función primordial que el Registro de la Propiedad ofrece y realiza en ese proceso evolutivo de la legislación social agraria. De otra parte, para mí, la agricultura (cultura del agro) no pasa de ser un medio de «mejorar» el paisaje y no acabo de comprender muy bien ese *slogam* que dice que «la tierra debe ser para el que la trabaja», pues trabajar, lo que se dice trabajar, se practica poco por estas latitudes y más ahora con la posibilidad que el seguro de desempleo ofrece para profesionalizar a los vagos y a ciertos maleantes. Por eso y por otras razones dejaremos quieto el problema.

La monografía, estructuralmente, ofrece al lector un índice general o sumarial que destaca cuatro partes, en las que sucesivamente el principal protagonista del tema, el Registro, va enlazando los problemas: la

propiedad agraria y el Registro, el Registro y la Ley de reforma, las demás funciones sociales y agrarias del Registro y la realización registral. Lleva un apartado destinado a las conclusiones, un índice de bibliografía muy completo, otro de materias y otro alfabético de autores. La otra va enriquecida con un prólogo y una presentación que el autor brinda.

A. LA PROPIEDAD AGRARIA Y EL REGISTRO

La idea matriz de la que parte el autor creo que ya se expuso hace tiempo—e incluso creo haberla utilizado en alguna publicación—, pero viene acertadamente aplicada al tema: el Registro de la Propiedad es una institución aséptica que protege el tráfico jurídico sea cualquiera la forma en que se configure la propiedad. Lo que sucede es que CORRAL DUEÑAS desarrolla fecundamente esa idea en su aplicación a la propiedad agraria. Ya en la introducción se apunta la innecesidad de la creación de Registros especiales agrarios, como sucede en algunos países iberoamericanos, sobre todo en un país como España en donde desde su iniciación la reforma agraria ha tomado como base jurídica para sus actuaciones sobre fincas o derechos de carácter rústico al Registro de la Propiedad.

Entre las funciones que el Registro de la Propiedad brinda en la tenencia y regulación de la tierra, el autor señala y desarrolla estas cuatro: como defensa de la adquisición del titular y base de la seguridad en el tráfico jurídico, como institución de carácter público para orientar la política agraria y consolidar sus resultados, para la defensa y conservación de los logros sociales y como logro efectivo en el cumplimiento de la política social agraria. Aparte de ello precisa en esta primera parte los derechos reales inscribibles, demostrando cómo la legislación hipotecaria no es un obstáculo para el desarrollo de la idea funcional del dominio. Igualmente, para poder llegar a la segunda parte de la monografía expone en tres apéndice el resumen de la legislación social agraria española.

Además de la aportación que este estudio representa en su proyección social e histórica es preciso destacar la visión del autor en orden a la posible admisión de ideas reformadoras y complementarias en orden al Registro de la Propiedad y que no deben ser consideradas como contrarias al viejo armazón del Derecho privado. La flexibilidad de esta institución tiene en estos momentos la gran oportunidad que el reto agrario y urbanístico le brinda para seguir prestando ese inestimable servicio público que ha hecho posible la ausencia de discusión en torno a las titularidades inscritas.

B. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

La vigente Ley va a servir al autor para el desarrollo de esta segunda parte y en ella elige algunas de las principales acciones dirigidas a resolver el problema de las deficientes estructuras agrarias que, como sabemos, están a cargo del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), organismo especializado en el propósito de conseguir una reforma económica y social de la tierra. De entre los diferentes tipos de actuaciones del IRYDA en su vinculación registral elige el autor la pro-

blemática de la colonización, la de las comarcas y fincas mejorables y la de la concentración parcelaria, haciendo un último apartado con el tema de las permutas de fincas y los auxilios económicos y técnicos.

Veamos en una rápida síntesis cada uno de estos puntos que son estudiados en forma descriptiva, profundizando, sin embargo, en pormenores, efectos, requisitos, naturalezas, etc.

a) *Concentración parcelaria*.—El autor aborda el problema del concepto de concentración, examinando igualmente el procedimiento, la normativa, la naturaleza jurídica y, lo que parece esencia de la misma, que es el fenómeno de la subrogación real. Situado el lector en estas parcelas ya explicadas, la concentración la proyecta en relación con el Registro de la Propiedad, distinguiendo la titularidad, los problemas de discordancia entre la realidad y el Registro, la problemática de la posesión, todo ello referido al período de la investigación de la propiedad, para luego pasar a la inscripción de las fincas ya concentradas y los diferentes problemas que de ello surgen en los diversos casos. Habría que descender a detalles para ir examinando los pros y los contras de esta exposición, pues la materia al ser eminentemente registral ofrece un campo muy amplio para una posible crítica positiva o negativa.

b) *Colonización*.—A mí, particularmente, la palabreja «colonización» no me ha gustado nunca. De un lado, me suena a Colón con su proyección descubridora (cosa que debe considerarse insólita en un país que todo español debe conocer) y, de otra, a «colonia» en su acepción de dependencia (que todavía es más peyorativa en su vivencia), pero igual lleva consigo la idea del «colono» y, por supuesto, la realización contraria a la concentración, lo cual hace que cobre relieve la diversidad geográfica española en sus posibles peticiones reivindicatorias desiguales.

El estudio se hace a través de cuatro puntos que pueden señalarse con el autor distinguiendo la normativa aplicable, el período previo de la adquisición de fincas (voluntaria o forzosamente), la redistribución y adjudicación de las tierras (en concesión, en propiedad y patrimonios familiares) y las garantías que el Registro de la Propiedad ofrece para reflejar y proteger esas situaciones creadas por la colonización.

c) *Comarcas y fincas mejorables*.—Esta legislación, ya refundida en la nueva reforma y desarrollo agrario, ofrece un doble aspecto funcional de la propiedad en cuanto en forma objetiva se orienta a la distribución adecuada de la propiedad y en su aspecto subjetivo implica el deber de cultivar y mejorar. El autor examina los dos distintos, pero relacionados, mecanismos publicitarios, Catálogo de fincas mejorables y Registro de la Propiedad, planteando con relación a este último problemas interesantísimos como los del ejercicio del procedimiento del artículo 7.º de la Ley Hipotecaria, la cancelación del artículo 355 del Reglamento Hipotecario, etc.

d) *Restantes actuaciones*.—De ellas se ocupa el autor estudiando concretamente la permuta forzosa de fincas rústicas, como complemento de la concentración parcelaria y los auxilios económicos y técnicos bajo el aspecto de capitalizar el campo.

C. OTRAS FUNCIONES SOCIALES AGRARIAS DEL REGISTRO

Destaca el autor, en este capítulo o parte del libro, el aspecto *defensivo* del Registro de la Propiedad en su proyección con los diferentes fenómenos agrarios. Así, en una primera fase se estudian esa serie de situaciones dignas de protección, intermedias, itinerantes hacia el dominio pleno, y sus posibles reflejos registrales, como las de acceso al dominio de los arrendatarios, poseedores y precaristas y del dominio dividido o yuxtapuesto al dominio pleno. Posteriormente se refiere a la problemática de la defensa de la naturaleza a través de las inscripciones de aguas y montes y, por último, en el juego de la defensa de la explotación agraria en su doble proyección de viable y asociativa.

D. LA REALIZACION REGISTRAL DE LAS LEYES AGRARIAS

La parte última está constituida por lo que pudiéramos llamar «síntesis» aplicativa de la legislación agraria en su relación registral. El autor, ya en su carácter de Registrador, va examinando cada uno de los principios fundamentales de carácter hipotecario para ver el respeto que de los mismos hace la legislación agraria (posición ésta digna de elogiar frente a la urbanística que se emancipó del ordenamiento jurídico español por auténtico desconocimiento de principios y disposiciones). Frente a este examen minucioso el autor reconoce la necesidad de revisar diversos puntos, como son el valor de la inscripción (que él considera debe ser constitutivo para las segundas y posteriores inscripciones), la conservación de las unidades agrarias (exigiendo ciertas autorizaciones) y la base física de la finca (a base de aportaciones de planos).

Se me olvidaba, y hubiese sido un olvido imperdonable, que la obra lleva un prólogo firmado por nuestro compañero Alejo Leal, que ha militado durante mucho tiempo en ese campo agrario de las colonizaciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DESANTES, GUANTER, José María: *Fundamentos del Derecho de la Información*. Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1977, 719 págs.

Creemos que es el primer gran tratado sobre el Derecho de la información que se ha escrito en lengua española. Su autor, JOSÉ MARÍA DESANTES, es el único profesor agregado de esta disciplina en nuestro país, con gran prestigio internacional en los temas confluyentes con las «Mass Communications».

DESANTES vertebra su trabajo en seis grandes capítulos o unidades; no se trata de instrumentar linealmente su obra, como lo demuestra el hecho de la distinta extensión e importancia de cada uno de estos fragmentos expositivos.

La primera parte del libro, con función introductiva, busca la conciliación científica entre los términos «derecho» e «información». Hay un interesante deslinde de fronteras entre el Derecho de la información y la ética informativa. Para ofrecer una visión omnicomprensiva de esta especial rama del Derecho utiliza tres focos de luz: los que denomina «sentido objetivo», «sentido subjetivo» y «sentido teleológico» del Derecho de la información.

El segundo gran párrafo del tratado se preocupa de ofrecer un esbozo histórico del Derecho de la información. El gran salto conceptual en el enfoque de esta disciplina adolescente se dio cuando, de la noción de la libertad de expresión se ha pasado a situar el quicio de estas enseñanzas en el derecho a la información; también ha sido relevante el tránsito desde las primeras leyes de prensa hasta los Estatutos de la Información.

El volumen científico cobra intensidad en el capítulo 3, en el que se estudia la esencia del Derecho de la información. Tras elaborar los elementos de contraste del concepto y repudiar las ideas heterodoxas sobre el contenido del Derecho de la información aboca el autor a la fórmula de la que, en su opinión, constituye una idea aceptable sobre la disciplina enjuiciada. Una de las concepciones que somete a revisión es la que identifica el Derecho de la información con la realización del derecho a la información cuestionando la aptitud que puede tener un derecho subjetivo para servir de núcleo al concepto de una disciplina jurídica.

También repudia DESANTES el criterio según el cual el Derecho de la información constituye la sede de las relaciones jurídicas informativas, complaciéndose en la exégesis de las grandes categorías inmersas en la noción de la relación jurídica: el sujeto y el contenido jurídico de la propia relación.

Sentando ya las coordenadas precisas dentro de las que sitúa el Derecho de la información, el autor se pronuncia por dos características acusadas: el carácter universalista y una cierta conciliación entre los criterios clásicos que contraponen la generalidad y la especialidad de las ramas jurídicas.

Alcanzado ya un punto de elaboración suficiente ha llegado el momento de ofrecernos su definición del Derecho de la información. También de tono mayor es el párrafo 4, en el que el autor postula la existencia del derecho a la información. Especial énfasis pone en las cuestiones metodológicas, reconociendo los sedimentos que han ido formándose por aluvión de doctrinas no jurídicas, tan relevantes en nuestra hora como el existencialismo, el marxismo y el estructuralismo.

Se demora el análisis en torno a las fuentes, a la creación del Derecho de la información, enfatizando en la necesidad de adecuar la justicia intrínseca a la realidad informativa.

Con respecto a la aplicación del Derecho de la información, el autor estudia una serie de temas importantes: el principio de plenitud del ordenamiento y la interpretación del conjunto normativo, entre otros.

A continuación se ocupa DESANTES de la metodología de la investigación en la ciencia jurídica informativa. Tema de sugerencias múltiples. Dentro de los elementos subjetivos de la investigación, considera las varias posibilidades: trabajo individual y en equipo, hábitos mentales y de decisión, la deontología de la investigación científica.

Es muy original el análisis de la metodología de los resultados; los hitos del proceso final de la investigación pasan por la publicación, la expresión científica, la erudición y la acribia o virtud de la exposición científica, en terminología creada por D'Ors.

La didáctica del Derecho de la información tiene un sabor universitario; la comunicación de saberes destila desde el «alma mater». La ciencia informativa sigue un itinerario lineal que va del sujeto docente al alumnado discente y se apoya en los procedimientos tradicionales de la lección magistral oral y de las exposiciones escritas contenidas en los manuales.

En el quinto gran apartado de la obra, DESANTES expone su visión de esta disciplina bajo la rúbrica que reza «El sistema *jus* informativo en la comunicación de saberes». En él se analiza y se justifica el programa, que, en definitiva, responde a la idea de planificación del curso académico. El autor secciona los conocimientos del temario en seis grandes unidades didácticas.

Finalmente, cierra el libro, con el número seis, el último gran párrafo, denominado «La génesis del Derecho de la información como proceso comunicativo». Dentro del mismo, se consagra al estudio de las fuentes jurídicas; el escritor repudia cualquier encasillamiento cerrado del tema que rige un principio de *numerus apertus* en las fuentes del Derecho de la información. Se estudian las fuentes específicas de la disciplina bajo dos coordenadas conceptuales importantes: el aspecto poyético y el difusivo de las fuentes de este específico Derecho. Juegan un importantísimo papel al respecto la documentación y la bibliografía. Y dentro de ésta, la bibliografía periódica.

JOSÉ MENÉNDEZ

GALÁN CORONA, Eduardo: *Acuerdos restrictivos de la competencia*. Prólogo del Profesor Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Montecorvo. Madrid, 1977.

Dentro de la prestigiosa escuela española del Derecho industrial, que constituye una de las aportaciones universitarias más cualificadas a nuestra ciencia jurídica—lo que se comprueba contrastando el nivel de sus trabajos con el de los «prácticos»—cada autor ha sido sub o superespecializándose en un tema más acotado de la ingente y compleja materia. Así, en términos generales, vemos al profesor FERNÁNDEZ-NOVOA especialmente interesado por el tema de las marcas; a los profesores A. BERCOVITZ y GÓMEZ SEGADÉ, por el régimen de las invenciones y patentes; al profesor OTERO LASTRES, por el tema de los modelos industriales y artísticos. EDUARDO GALÁN CORONA, que pertenece a la escuela de Salamanca, ese pequeño grupo de muy jóvenes profesores que hasta el último curso han coincidido con el profesor A. BERCOVITZ como director y maestro, con un elevado nivel de autoexigencia en el método y en la intensidad de trabajo, se acredita, tras años de estudio y publicaciones en el tema, como «un verdadero especialista en el estudio del llamado Derecho *antitrust*» (como dice A. BERCOVITZ en el prólogo). En efecto, antes del libro que reseñamos había publicado «La reforma del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia», *RDM*, 1973, págs. 531 y ss.; «La reforma de la Ley alemana con-

tra las restricciones de la competencia de 4 de agosto de 1973», *RDM*, 1974, páginas 255 y ss.; «Evolución del Derecho protector de la libre competencia en España durante 1973», en *Actas de Derecho Industrial*, órgano específico de expresión de la Escuela Española de Derecho Industrial, 1974, páginas 179 y ss.; «El Derecho protector de la libre competencia en España durante 1974», en *Actas de Derecho Industrial*, 1975, págs. 265 y ss., y «La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia», también en *ADT*, 1975, pág. 291 (que constituye el capítulo IV del libro que comentamos). El autor es, pues, con todo derecho, entre los mercantilistas más jóvenes—si me permite esta cariñosa denominación—, EDUARDO GALÁN, «el de los cártels».

Como pone de relieve el autor en el capítulo I, el Derecho protector de la libre competencia, que «no tiene aún un siglo de antigüedad en los países de mayor solera», se introduce en España con la Ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963, lo que justifica el estudio de los antecedentes de Derecho comparado (ver páginas 25 y ss.). La razón de ser de esta legislación es que «el régimen de libre competencia debe ser defendido contra el germen de autodestrucción que lleva consigo, contra la tendencia a su eliminación por parte de los competidores» (pág. 31). En cuanto al problema del *objeto de su protección* (o «bien jurídico protegido»), muy debatido en la doctrina alemana, entiende el autor que es tanto la defensa de la competencia como institución («Institutionschutz») como la libertad individual en el ejercicio de la actividad económica («Individualschutz»), es decir, la defensa del interés de los particulares, que en nuestra Ley se refleja en el reconocimiento de la acción de daños y perjuicios (art. 6.º). Sin embargo, creemos que, en la medida en que este Derecho (al menos en el estado de evolución al que pertenece nuestra LPR) no impide la concentración de empresas, con la consiguiente eliminación de la competencia, el bien jurídico protegido es más amplio, y comprende el interés de los productores, de los consumidores y de la economía nacional, lo que la E. de M. de nuestra LPR expresa con la noción de «orden público económico». Por ello, la misma expresión «Derecho protector de la libre competencia» nos plantea ciertas dudas.

La *noción de competencia* es, «sin lugar a dudas, uno de los puntos más problemáticos de la LPR y, al tiempo, un punto básico de la misma», pero, al igual que las restantes legislaciones, no da una definición de competencia, sino que se refiere a la misma «como un dato dado proveniente de otras disciplinas» (págs. 33-34). En la teoría económica, es sabido que de la construcción de la competencia perfecta se ha pasado a la de una competencia imperfecta, oligopolística y monopolística. Desde el punto de vista jurídico, la doctrina alemana ha puesto de relieve que la noción de competencia formulada en la interpretación de la Ley contra la competencia desleal no es válida para la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (si bien con la opinión en contra, muy autorizada, de FIKENTSCHER). El autor, sin embargo, no nos explica suficientemente por qué sea necesaria una noción distinta de competencia (como tampoco A. BERCOVITZ en «La formación del Derecho de la competencia», *ADI*, 1975, páginas 79 y ss.; trabajo, por otro lado, de gran interés). En el marco concreto de la Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia (GWB), la E. de M. defiende con ingenuidad que «puede considerarse

como seguro conocimiento científico que el sistema de libre competencia presupone la competencia perfecta como dato económico; esto es, el número de partícipes en el mercado por ambas partes tiene que ser tan grande que el precio de mercado para los empresarios sea un dato independiente en lo esencial de su conducta». Frente a esta noción, rechazada «por su falta de realidad», aunque recogida en algunas definiciones doctrinales, FIKENTSCHER adopta una noción que la identifica con la competencia oligopolística, como «tendencia autónoma de oferentes o demandantes (competidores) que se influyen recíprocamente en el proceso económico a la celebración de contratos con terceros (clientes o suministradores) mediante la puesta en práctica de las condiciones negociales que se muestren más favorables» (cit. en pág. 39). Esta definición, aun criticada por parcial, ha sido ampliamente acogida (incluso con alguna corrección, como las introducidas por SANDROCK). Frente a ella, la KNOEPFLE no se basa en la conducta de los competidores, sino en la estructura de mercado: «por competencia hay que entender las exigencias económicas (requisitos económicos y trabas), riesgos u oportunidades que se producen para los individuales participantes en el mercado, del hecho de que los miembros de la otra parte del mercado pueden elegir entre los distintos oferentes y demandantes o puedan cambiar de un oferente o demandante a otro» (cit. pág. 39). Noción que también ofrece ventajas e inconvenientes. GALÁN CORONA llega a la doble conclusión de que no hay «una noción de competencia sobre la que exista unanimidad», y de que «el complejo fenómeno de la competencia se resiste a su encuadramiento en un concepto cerrado y unitario, siendo preciso determinar la existencia de diversos aspectos», esencialmente dos: un aspecto estructural y «otro aspecto que se podría denominar de conducta», y estimando que «esta doble consideración de la competencia permite su aplicación a los diversos preceptos jurídicos que se ocupan de la competencia económica» (páginas 41-43), lo que ejemplifica en relación con nuestra LPR (págs. 43-46). Las *restricciones a la competencia* pueden clasificarse de diversos modos: según lesionen el aspecto de conducta o su aspecto estructural; las que consisten en medidas adoptadas por las empresas y las que nacen de situaciones creadas en el mercado (FIKENTSCHER); horizontales y verticales; y, por último, colusorias y abusivas, que es «la clasificación legal en nuestro Derecho» (pág. 50).

En el capítulo II el autor traza las líneas fundamentales de la legislación comparada (págs. 55-101). Como observaciones generales, indica que respecto de las prácticas colusorias existen dos sistemas de represión basados, respectivamente, en el principio de prohibición absoluta y en el principio de abuso. En ambos casos (parece decir el autor, aunque en realidad creemos que sólo en el de prohibición absoluta) existe, además, un sistema de exceptuación, que puede ser *a priori* o bien *a posteriori*. Con respecto a las prácticas de empresas monopolísticas, o con posición de dominio, afirma que «no se sanciona la posición monopolística o, en su caso, la posición dominante, sino determinadas conductas realizadas al amparo de ésta» (pág. 56). Lo que nos produce cierta sorpresa, pues sabido es que aquí también vale la distinción entre sistemas de prohibición (de ciertas concentraciones, que inspira el Derecho norteamericano y se va incorporando al Derecho europeo) y de abuso (sistema de la CEE y de nuestra LPR). Ver en este sentido los estudios de DARANAS PELÁEZ y el

del propio GALÁN CORONA dedicado a la reforma de la Ley alemana de 1973.

La exposición del Derecho comparado se inicia con una referencia a la legislación antitrust de los USA, estudiando el sentido de las expresiones *contract*, *combination* y *conspiracy*, aunque la doctrina destaca la escasa relevancia práctica de la distinción, siendo lo fundamental la existencia de un concierto (*agreement*) entre dos o más personas que al ocasionar restricciones a la competencia incurre en la prohibición de la sección 1.^a de la Sherman Act. *Contract* sería un convenio formal, *combination* una unión de empresas de carácter público o conocido, y *conspiracy* un *agreement* secreto para obtener un resultado ilegal (aquí, una práctica restrictiva), pero que la jurisprudencia deduce a veces de un *conscious parallelism*, lo que ha influido en la noción europea de las «prácticas concertadas» o «conductas conscientemente paralelas de nuestra LPR». Otro punto importante tratado es el del destinatario de la Ley Sherman y otras posteriores, que son las «personas» y no las empresas, como en nuestra LPR. Ello es cierto en la sección 2.^a (prácticas monopolísticas), pero respecto de las prácticas colusorias sostiene el autor que necesariamente en ellas han de intervenir como sujetos «empresas» (págs. 68-69). USA, respecto de estas prácticas pertenece al sistema de la prohibición (*per se condemnation theory*), aunque en la práctica haya intervenido a veces el criterio de la *rule of reason*. Tras esto, el autor estudia las prácticas monopolísticas prohibidas por la sección 2.^a de la Sherman Act, que sanciona conductas y no la mera posición monopolística. Otras secciones o artículos de esta Ley y de otras posteriores prohíben las concentraciones que originen posiciones de monopolio, lo que constituye aspecto importantísimo de esta legislación, como se observa en su aplicación jurisprudencial (ver págs. 73-75).

Pasa el autor a estudiar las legislaciones europeas, influidas por la norteamericana tras la II Guerra Mundial y por el pensamiento neoliberal, con una «breve referencia» a la belga, inglesa y francesa y a los Tratados de París (CECA) y de Roma (CEE). La Ley belga de 27 de mayo de 1960 sobre protección contra los abusos del poder económico corresponde al sistema de abuso, y no de prohibición absoluta de los acuerdos restrictivos y de las situaciones de monopolio, lo que responde a una «concepción relativista de la competencia» (pág. 81); además, unifica las diversas prácticas como medios para alcanzar y abusar del «poder económico». En el R. U. se ha producido una copiosa legislación: *Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act*, de 1948; *Monopolies and Restrictive Practices Commission Act*, de 1953; *Restrictive Trade Practices Act*, de 1956, modificada en 1968 (que es la fundamental); *Resale Prices Act*, de 1964; *Monopolies and Mergers Act*, de 1965, y *Fair Trading Bill*, de 1973. Se impone la obligación de inscribir los acuerdos y una *Restrictive Trade Practices Court* determina su validez o nulidad. Respecto de los monopolios, la *Monopolies Commission*, a instancia del *Board of Trade* o Ministerio de Comercio, eleva a éste un informe sobre la situación de un determinado mercado para que adopte medidas (sistema que se aplica a las concentraciones de empresas, según la Ley de 1965). Estima el autor que la normativa británica puede considerarse como de prohibición, en principio, pero con admisibilidad de excepciones. La normativa francesa es de carácter administrativo, contenida en diversas disposiciones, y con

la doble prohibición de las «ententes» (prácticas colusorias) y del abuso de posición dominante, sistema similar a la Ley alemana, al Tratado de Roma y nuestra LPR, con la diferencia de que sus órganos de aplicación son exclusivamente administrativos.

En la R. F. A. la legislación vigente está constituida por la Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia (GWB) de 1957, modificada el 15 de septiembre de 1965, el 4 de agosto de 1973 y el 2 de julio de 1976. Distingue dos tipos de prácticas colusorias: los «cárteles» (par. 1.º) y los otros contratos (par. 15 y ss.). En los primeros existe un fin común a las partes, en tanto que los segundos son conmutativos (por ejemplo, contratos bilaterales de duración con cláusulas de exclusividad). Además, la Ley de 1973 ha añadido la prohibición de las prácticas concertadas, y el artículo 22 prohíbe el abuso de posición de dominio y, a partir de su reforma en 1973, establece un control de las concentraciones de empresas «que se erige en figura principal» (pág. 94). Igualmente, prohíbe las recomendaciones (art. 38, párr. 1, núms. 10, 11 y 12) y las discriminaciones (art. 26).

Por último, GALÁN traza las líneas esenciales del régimen de la competencia en los Tratados CECA y CEE. Este último establece un sistema de prohibición absoluta de prácticas colusorias, con posibilidad de autorización aislada o en bloque, y de prohibición del abuso de posición dominante en el mercado. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, en el caso *Continental Can* (S. 21 febrero 1973), admitió que una concentración puede ser sancionada como abuso de posición de dominio. Consecuencia, entre otros factores, de este caso ha sido la Propuesta de Reglamento sobre control de las concentraciones presentada por la Comisión al Consejo de la CEE el 20 de julio de 1973.

En el capítulo III se expone el contenido de nuestra LPR, distinguiendo entre normas sustantivas (contenido material de la Ley y sanciones) y adjetivas (órganos, procedimiento y recursos). El contenido material de la Ley comprende: prácticas prohibidas (colusorias y abusivas), prácticas excluidas (art. 4.º, párrs. 1.º y 2.º) y prácticas exceptuables, que sólo pueden ser las colusorias (art. 5.º); dentro de un sistema de control *a priori* de los acuerdos que, en general, ha sido criticado. En esta parte el libro es exclusivamente expositivo o descriptivo, sin intentar plantear problemas de fondo.

Frente a lo observado en el Derecho comparado, el artículo 1.º de nuestra LPR prohíbe las prácticas colusorias y no las fuentes de dichas prácticas; y el TDC ha interpretado la expresión del párrafo 2.º, de forma reiterada (ver notas 33 y 34), en el sentido de que se declara la nulidad de los convenios y decisiones «que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior» sólo cuando de hecho se hayan producido tales prácticas. El precepto es bien claro y responde a una enmienda al Proyecto de Ley firmada por el señor Lamo de Espinosa y otros Procuradores de las Cortes franquistas, según la cual «deben sancionarse las prácticas y no los acuerdos, ya que no son los aspectos formales los que nos interesan» (ver nota 34), lo que, dicho sea de paso, demostraba una supina ignorancia de la materia. Todavía GALÁN CORONA apunta otra posible interpretación, identificando «que originen» con «que sean susceptibles de originar», aunque no tiene más remedio que aceptar la terminante interpretación del TDC (págs. 120-121).

Los resultados injustos del sistema adoptado por la Ley en este punto se ponen de evidencia si se piensa que cualquiera que sea parte en un convenio puede acudir a los Tribunales ordinarios exigiendo su ejecución (pues son válidos en tanto el TDC no declare prohibidas las prácticas concretas que derivan de su ejecución, ni siquiera por vía de cuestión prejudicial, apuntada por algún autor, por la sencilla razón de que el TDC no sería competente para enjuiciar un acuerdo, si éste no se había puesto en práctica) (ver nota 36). Los acuerdos colusorios, en consecuencia, no podrán ser calificados como nulos *a radice*, sino que estarán afectos de una ineficacia sobrevenida, derivada de la declaración de práctica prohibida por el TDC (pág. 124). Si bien con ello queda en el aire todo el sistema basado en el principio de prohibición y, sobre todo, surge la incongruencia con el sistema de autorización *a priori* de acuerdos y decisiones cuyo contenido aún no se ha puesto en práctica (art. 5.º de la Ley). Otra consecuencia de que se prohíban las prácticas y no los acuerdos y decisiones es la duda sobre si la expresión «que tengan por objeto o produzcan el efecto» se refiere a las prácticas o a aquéllos, como fuentes de las mismas, si bien parece que en una adecuada interpretación actual hay que referirla a las prácticas. Pero, en tal caso, la práctica, una vez realizada, habrá restringido o no la competencia. Es decir, el «objeto» de restringir la competencia sólo podía predicarse de los convenios y decisiones, antes de su puesta en práctica, naturalmente. Por último, según ya hemos advertido, el artículo 5-1.º prevé la autorización por el TDC de «los acuerdos y decisiones que, no obstante estar comprendidos en el artículo 1.º. » con evidente incoherencia, pues el artículo 1.º no prohíbe los acuerdos sino las prácticas, y en tal caso el artículo 5.º admite la autorización o exceptuación de algo que no está previamente prohibido. El TDC ha tenido que afrontar esta dificultad en sus últimas sentencias, estimando que no es necesaria la ejecución de una práctica para que ésta pueda ser declarada exceptuable. De este modo, como pone de relieve con gran agudeza el profesor GALÁN CORONA, *nuestra LPR viene a acoger las soluciones más inadecuadas*. El principio de prohibición absoluta tiene sentido en cuanto ataca las restricciones en su origen, sin esperar a su puesta en práctica. En tanto que el sistema de autorización *a priori* constituye un entorpecimiento para la actividad económica (aparte que se atiende sólo al contenido «formal» de los acuerdos) y nuestra Ley no ha previsto la posibilidad de autorización en bloque, a diferencia del Reglamento número 17/1962, de 6 de febrero, del Consejo de la CEE (como ya advertíamos en nuestro libro *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*. Madrid, 1971, pág. 427).

De este modo, EDUARDO GALÁN disecciona poco a poco, como experto cirujano, con buscada discreción y frialdad, lo que no es tanto una «peculiaridad», como él la llama con expresión eufemística (pág. 130), sino una horrible verruga en la «estética» de nuestra LPR (y recordemos que IHERING, con cierta razón, identificaba la coherencia lógica de las construcciones jurídicas con la estética); y que difícilmente se puede minimizar (como parece hacer CÁMARA en sus *Estudios...*, 2.ª ed., vol II, 1978, páginas 363-364).

En el capítulo IV el autor afronta la definición de la «empresa» como destinataria de la LPR. El autor abandona de entrada la formulación de un concepto, para (siguiendo, como dice, explicaciones del profesor A. BER-

COVITZ) hablar de «tipo», en el que pueden no estar presentes todas las notas del concepto ««empresa». Dejando los esfuerzos de la formulación de un concepto unitario de empresa válido para todas las disciplinas y disposiciones jurídicas, a partir de la ciencia económica (cuyas dificultades poníamos también de relieve en *Concentración y unión de empresas..*, páginas 47 y ss.), el autor trata de determinar la *noción de empresa relevante para el Derecho protector de la libre competencia*, tarea indispensable, pues la LPR, al igual que el Derecho comparado, carece de una definición legal de la misma. Y siguiendo la doctrina y jurisprudencia alemanas entiende que hay que derivar esta noción de la propia finalidad de la Ley. Es decir, defiende una *noción funcional de empresa*, como «toda persona que, de modo independiente, participa en la vida económica, esto es, realiza una actividad dirigida al tráfico de bienes y servicios» (pág 141). La misma noción de empresa aparece aceptada en la aplicación del Tratado CEE, de la legislación francesa y belga, e incluso estadounidense, y, según deduce GALÁN, de la jurisprudencia de nuestro TDC, es también la adecuada para la aplicación de la LPR española (Un concepto funcional de empresa es defendido también por CÁMARA, *Estudios de Derecho mercantil*, 2.ª ed., vol I, 1977, cap. I, deduciéndolo del conjunto del Derecho privado).

Son elementos de esta noción funcional de empresa los siguientes: 1.º *La actividad dirigida al mercado*, lo que excluye el consumo de los particulares, pero no la cualidad de empresa de una cooperativa de consumo. En cuanto a si para para la condición de empresa se exige la participación en la oferta sólo, o bien en la oferta y la demanda, pero no exclusivamente en ésta (*Zweifrontentheorie*) o basta la mera actuación en el sector de la demanda, como suele hacer la Administración pública (*Ein-Frontentheorie*), el debate doctrinal alemán aporta una opinión mayoritaria en favor de la segunda teoría. Igualmente, se incluye en el concepto a la «empresa potencial», es decir, aquella persona que en breve plazo pueda participar en el mercado de bienes y servicios (nuestro TDC ha estimado en la S. de la sección 2.ª de 26 de enero de 1970 la noción de competencia potencial, pero aún no la de empresa potencial). Igualmente es empresa la persona que ocasionalmente interviene en el tráfico económico (*Kann-Unternehmen*, en expresión de MÜLLER-HENNEBERG), como fue calificada la Federación Alemana de Fútbol al estipular un contrato con fines publicitarios con una empresa de artículos deportivos. 2.º El segundo elemento de la noción funcional de empresa es la presencia de *una persona a quien se pueda imputar el ejercicio del tráfico económico*, lo que no quiere decir que sea necesaria una personificación jurídica de la actividad, pues en tal caso serán los miembros de la unión de empresas los responsables. Así, dice, ocurre en nuestra Agrupación Temporal de Empresas, que, en su opinión, carece de personalidad jurídica (citando sólo en apoyo a FRAGUAS, opinión también compartida por CÁMARA; si bien, la personalidad jurídica de aquélla, calificada como sociedad colectiva, ha sido defendida por SÁNCHEZ CALERO y este comentarista). 3.º El tercer elemento de la noción es la *independencia económica* (lo que excluye, de entrada, a los trabajadores por cuenta ajena y sus sindicatos) y que tiene un doble aspecto, jurídico y económico. En el primer aspecto, si bien es cierto que no es necesaria la personificación (ejemplo, las sociedades personalistas en Alemania e Italia; nuestra Agrupación Temporal de

Empresas), no se podría considerar empresa a una sucursal. La tesis de GALÁN de que pueda considerarse «empresa» a una unión de empresas sin personalidad jurídica nos merece ciertas reservas. Más bien parece que—aun dentro de una noción «funcional» de la misma—habrían de serlo los miembros de la unión, vinculados por el convenio creador de la unión y por las decisiones de los órganos de ésta.

Mayores problemas plantea el requisito de la independencia en el aspecto económico. Analiza primero el que plantean los comisionistas y agentes. La Comunicación de la Comisión de la CEE de 24 de diciembre de 1962 declaró no aplicable el artículo 85 del Tratado de Roma a los «contratos concluidos con representantes comerciales en los que éstos se comprometen, para una parte determinada del Mercado Común, a negociar asuntos por cuenta de una empresa, o a concluirlos en nombre y por cuenta de dicha empresa»; contratos que contraponen a los celebrados por empresarios independientes, que asumen el riesgo financiero de la venta y ejecución del contrato. Pero, advierte GALÁN, esto no significa que no se considere «empresas» a estos representantes mencionados en la Comunicación (comisionistas, agentes comerciales). A diferencia de estos casos, el Tribunal de las Comunidades, en su Sentencia de 13 de julio de 1966 (caso «Grundig-Consten»), considera aplicable el artículo 85 al acuerdo estipulado entre diferentes empresas, fabricante y distribuidores, «situación jurídicamente distinta a la de una empresa única integrando su propia red de distribución» (a través de agentes y comisionistas, y no sólo de representantes de comercio, es decir, de personal dependiente). Nuestro TDC, en la interesante Sentencia de la sección 2.ª de 30 de marzo de 1974 (caso «Parfums Marcel Rochas»), parece haber acogido este último criterio. El tema es muy vidrioso, y uno estaría inclinado a disentir de esta doctrina, acogida por el autor, según la cual las relaciones contractuales entre comisionistas y agentes y sus respectivos comitentes estarían excluidas de la aplicación del artículo 1.º LPR (y no sólo «autorizadas» en bloque, como en la Comunicación de la Comisión de la CEE de 1962, que se hacía sin perjuicio de la suprema competencia del Tribunal en la aplicación del art. 85 caso por caso), en tanto que estarían (sólo) prohibidos los posibles acuerdos entre comisionistas y agentes (pág. 165). Por otro lado, la Sentencia del BGH alemán de 23 de septiembre de 1975 (citada en nota 76) parece excluir más bien las relaciones carentes no de autonomía económica, sino de autonomía jurídica (las de «representantes de comercio» en el sentido de nuestra Ley de Relaciones Laborales, art. 3.º, apartado i), al parecer). Sin embargo, la tesis defendida por GALÁN es quizá más realista (el principal debe poder decidir sobre el sistema de distribución de sus productos, es decir, de su propiedad), y parece consolidada en la doctrina comparada.

Otra cuestión de apasionante interés: La doctrina comunitaria, en especial la alemana, ha negado la cualidad de empresa a los efectos de esta legislación a las empresas miembros de un «Konzern» (institucionalizado, como en el Derecho alemán, o no), llegando a propugnar aquella calificación para el mismo Konzern, opinión que el autor acoge con reservas, dada la falta de independencia jurídica, «por lo que sus actuaciones habrán de imputarse, o bien a las empresas en él integradas, o bien a la empresa dominante», solución ésta seguida en la CEE (pág. 167). Como se ve, lo primero es justo lo que hemos postulado antes en relación con las

uniones de empresas sin personalidad jurídica, sin que veamos motivo suficiente para que el autor mantenga soluciones distintas en uno y otro caso. La aplicación del Tratado CECA a otros efectos, por Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1962, identificó empresa y persona jurídica (cada una de las sociedades de un grupo) lo que planteó si suponía la asunción en el Derecho europeo de la teoría de la «intra enterprise conspiracy», desarrollada en el Derecho antitrust norteamericano. Pero la posterior interpretación de la Comisión fue que no cabe hablar de acuerdos colusorios entre sociedades matriz y filiales (Decisiones Christiani-Nielsen y Kodak), criterio acogido por el Tribunal de las Comunidades en la Sentencia de 25 de noviembre de 1971 (caso Beguelin: importaciones paralelas de producto cuya exclusiva detentaba, para territorio francés, la sociedad Beguelin-France, filial de Beguelin-Belgique, que ostentaba antes dicha titularidad). En el caso Farbstoffe (S. 14 de julio de 1972) el Tribunal imputó a las sociedades matrices la actuación de sus filiales dentro de la CEE, al igual que en los casos Continental Can (S. 21 de febrero de 1973), ICI-CSC (S. 6 de marzo de 1974) y Centrafarm (S. 31 de octubre de 1974). Por ello concluye el autor que la independencia económica es un elemento de la noción de empresa, si bien su existencia deberá apreciarse concretamente en cada caso que se plantee, lo que entiende aplicable a nuestra LPR (pág. 171).

GALÁN examina después algunos supuestos particulares. *Las profesiones liberales* han dividido a la doctrina alemana, entre quienes creen que no son «empresas» a los efectos de la GWB, por el carácter «espiritual» de los servicios que prestan y corporativo de las normas de su profesión (Autores del *Frankfurter Kommentar*, y otros como GANTEN, REINHART); y quienes sostienen opinión contraria, favorable a la aplicación de la Ley (opinión que puede considerarse mayoritaria), salvo que una norma corporativa especial permita conductas anticompetitivas, derogando en este punto a la GWB. La Oficina de Cárteles ha considerado, por ejemplo, empresas a estos efectos a los censores jurados de cuentas (*Wirtschaftsprüfer*), y lo mismo la Kammergericht y el OLG Celle a los arquitectos; del mismo modo que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha aplicado el artículo 1.º de la Ley Sherman a las tarifas fijadas por un Colegio de Abogados. Nuestro TDC, siquiera sea en *obiter dictum* ha atribuido la misma condición a los farmacéuticos (S. sec. 2.º de 3 de julio de 1968). También en nuestro Derecho, si la normativa de un Colegio tamente en cada caso que se plantee, lo que entiende aplicable a nuestro artículo 41 de la LPR (pág. 175).

Empresa pública es la controlada (mediante la titularidad de participaciones sociales o por vínculos contractuales) por un ente público, y, en general, está sometida en todas las legislaciones al Derecho protector de la libre competencia. De la LPR se desprende la misma conclusión, seguida por el TDC para enjuiciar prácticas restrictivas tanto de empresas controladas por la Administración pública, como de esta misma en el desempeño de actividades económicas (pág. 180 y notas 127 y 128). Cabe clasificar a las empresas públicas según que desarrollen su actividad bajo técnicas de Derecho privado (págs. 181-185) o de Derecho público (págs. 186-201). El autor, siguiendo a la doctrina alemana, considera a la Administración «empresa» siempre que desarrolle una *actividad de participación en el mercado* y no de *dirección del mercado* (pág. 1893, lo que le permite criti-

car las Sentencias de la sección 1.^a del TDC de 2 de febrero de 1967 y 1968, en tanto que estima acertada la de la sección 2.^a de 5 de febrero de 1968 cuando no considera empresa a «la primera autoridad municipal cuando pretende el cumplimiento de una disposición general». Por el contrario, existe «participación en el mercado» en los casos enjuiciados en las Sentencias de la sección 1.^a de 22 de enero de 1971 y del Pleno de 19 de abril de 1971 (actividades del Servicio Municipal de Aguas de Sevilla). También discute la doctrina alemana si la participación en el tráfico económico ha de verificarse mediante negocios de Derecho privado o también cabe si lo es mediante negocios jurídico-públicos. Parece que tanto la Oficina de Cárteles como el Tribunal Federal (BGH) han adoptado la primera solución, pero en realidad en los casos tratados (como advierte SCHWARZ) existían disposiciones especiales que derogaban la GWB. En España estima GALÁN que la jurisprudencia del TDC permite atribuir la condición de empresa a la Administración cuando actúa con medios de Derecho público (y cita las SS. de la sec. 2.^a de 15 febrero 1968 y 23 diciembre 1968, que se apoyaban en el art. 4-1.^o de la LPR). Pero debemos advertir que, en nuestra opinión, la interpretación de este precepto por dichas sentencias era incorrecta (lo que no indica GALÁN), pues la autorización administrativa para abrir establecimientos no puede considerarse un «convenio» entre la Administración y los particulares, incurso en el artículo 1.^o. No en balde la modificación del artículo 4-1 por el Real Decreto-Ley de 8 de octubre de 1976 ha venido a suprimir las dificultades que presentaba la anterior redacción. Frente a aquella interpretación, la Sentencia de la sección 2.^a de 5 de noviembre de 1976, acertadamente, estimó el acto de denegación de determinados suministros de aceites por la Delegación del Gobierno en CAMPSA como un acto administrativo que escapa a la competencia del TDC.

En el capítulo V se inicia el estudio de las *fuentes de las prácticas colusorias*. El término «convenio», que en nuestra LPR sustituye al de «acuerdo» del artículo 85 del Tratado de Roma, «carece de un contenido específico», dado que bajo la noción doctrinal de contrato se incluyen no sólo los conmutativos, sino también los plurilaterales. Los términos «convenios, decisiones y conductas conscientemente paralelas» del artículo 1.^o de la LPR muestran un cierto paralelismo con los de *contract, combination and conspiracy* de la Ley Sherman; con los «acuerdos, decisiones y prácticas concertadas» del artículo 85 del Tratado de Roma, y con los de «contratos» (*Verträge*), decisiones (*Beschlüsse*) y prácticas concertadas (*aufeinander abgestimmten Verhalten*) de la GWB alemana; lo que explica una previa referencia al Derecho comparado, en especial el alemán y comunitario (págs. 211 y ss.). En el primero, la reforma realizada por la Ley de 4 de agosto de 1973, introduciendo la noción de «prácticas concertadas», restó importancia a la polémica sobre si los *gentlemen's agreements* quedaban o no incluidos en el término «contrato» (pág. 213). También respecto del artículo 85 del Tratado CEE se discute si aquéllos deben considerarse acuerdos o prácticas concertadas, aunque las consecuencias, allí como en nuestra LPR, son escasas; pero la sanción de nulidad prevista para los convenios no es adecuada a los conciertos carentes de obligatoriedad jurídica (pág. 218). Los convenios pueden ser celebrados por empresas, asociaciones de empresas y por estas y aquéllas conjunta-

mente (págs. 219-222) y pueden revestir cualquier forma. En cuanto a las *Clases de convenios*, presta especial atención a los convenios *verticales* y a los *de concentración*.

Los *convenios verticales* no originan restricciones de la competencia entre las partes que los celebran, pues al estar situadas en distintos niveles del proceso de producción o distribución no existe entre ellas competencia, pero sí respecto de terceros. Destacan entre ellos *los de fijación de precios para la reventa* y *los contratos de exclusiva*. En los Estados Unidos, las leyes Miller-Tyding y Mc Guire reconocen la licitud de la fijación de precios para la reventa, si la admite la legislación interna de los Estados. Por el contrario, tales convenios aparecen prohibidos por la GWB alemana (con mayor rigor tras la reforma de 1973, al restringir las excepciones del art. 16) y por el artículo 85 del Tratado CEE: ya que la restricción de la competencia en los «acuerdos» prohibidos no tiene que darse necesariamente entre las partes; porque la imposición de precios puede tener «efectos sensibles» en el mercado, por lo que no siempre se aplicará la Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 1970, y porque el Reglamento 17/62 del Consejo, al exceptuar determinados casos (entre dos empresas y de un mismo Estado miembro), presupone la prohibición general por el artículo 85; y el Tribunal de las Comunidades rechazó el recurso del Gobierno italiano contra este Reglamento, recurso basado en que el artículo 85 se debería aplicar sólo a los acuerdos horizontales y el artículo 86, en su caso, a los verticales (S. de 13 julio 1966) y en el caso Grundig-Consten, en otra sentencia de la misma fecha, aplicó esta doctrina ante un sistema de contratos de distribución exclusiva. De este modo, la Comisión ha prohibido convenios de imposición de precios, incluso en Alemania, cuando podían producirse efectos en otros Estados (Decisiones de 5 octubre 1973 sobre Deutsche Philips GmbH y de 14 junio de 1973 sobre Du Pont de Nemours). Los acuerdos verticales sobre imposición de precios también están prohibidos por el artículo 1.º LPR, según en doctrina se defendió en una conocida monografía publicada por el profesor A. BERCOVITZ y colaboradores y es reiterada jurisprudencia del TDC (ver pág. 238), con la excepción de la Sentencia de la sección 2.ª de 26 de enero de 1973, que argumentó limitando la aplicación del artículo 1.º a los convenios horizontales (sentencia justamente criticada por el propio BERCOVITZ en la RDM). Por otro lado, la RO de 28 de noviembre de 1925, que consideraba competencia desleal la venta de productos de marca a precio inferior al fijado por el fabricante, ha sido derogada por el Decreto sobre Disciplina de Mercado 3052/1966, de 17 de noviembre, hoy sustituido por el Decreto 3622/1974, de 20 de diciembre. Con respecto a estas últimas disposiciones, el autor se une a las críticas de BERCOVITZ y colaboradores al doble régimen de represión de las mismas conductas por normas administrativas y por la LPR (pág. 241).

Con respecto a los *convenios de exclusiva*, estructurados mediante cláusulas de exclusiva unidas a muy diversos contratos, cuando consisten en «contratos de agencia» (que mejor hubiera sido llamar contratos de representación o gestión, en sentido amplio), ya vimos que se plantea una cierta perplejidad. En los Estados Unidos el Tribunal Supremo los considera admisibles porque la posición del agente, de hecho, es la misma que la del principal, en cuanto a la distribución de la producción de éste. En la CEE, la Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962

excluye de la prohibición a estos pactos de exclusiva con «representantes de comercio» que «no asumen los riesgos financieros ligados a la venta o ejecución del contrato», lo que no parece referirse a trabajadores por cuenta ajena («representantes de comercio» de nuestra Ley de Rel. Lab., artículo 3-i), «viajantes», etc.), sino a empresas de gestión (comisionistas y agentes comerciales), y el Reglamento 67/1967, de 22 de marzo, ha confirmado el criterio. La misma orientación se observa en la jurisprudencia del TDC, distinguiendo entre gestión de estaciones de servicio de CAMPSA por agentes y por concesionarios (S. sec. 2.ª de 24 septiembre 1968), porque cuando se venden sus productos a comerciantes revendedores con pacto de exclusiva para su reventa (concesionarios) este convenio queda incurso en la prohibición, a diferencia de lo que ocurre si el fabricante organiza la distribución de sus productos con la ayuda de mandatarios o comisionistas (S. de la sec. 2.ª de 30 marzo 1974). Deduce el autor de ello que éstos (agentes y comisionistas) «no poseen la cualidad de empresa a efectos de la LPR en el campo de la comercialización de los bienes de su principal» y «su condición de empresa queda limitada a la actividad de prestación de sus servicios de mediación entendidos en sentido amplio» (pág. 248).

GALÁN dedica luego atención al *uso de los derechos de marca como refuerzo de los pactos de exclusiva*, tema muy importante en la CEE, donde el derecho de la competencia comunitario se enfrenta con el régimen de los derechos de propiedad industrial de los Estados miembros, por lo que la doctrina ha dedicado al mismo numerosos estudios. En el célebre caso Grundig-Consten el Tribunal de las Comunidades estimó que el uso por el concesionario francés de la marca alemana impidiendo importaciones paralelas de otros países miembros era ilícito, por derivar de un acuerdo restrictivo de la competencia en el marco del Mercado Común. La doctrina, por otro lado, ha advertido que no se da un conflicto de regímenes (competencia y propiedad industrial), sino que el problema se puede resolver dando al carácter de territorialidad de la marca su exacto alcance, que no puede asegurar a su titular el monopolio de venta hasta el consumidor final, permitiendo a aquél impedir las importaciones. Así lo defiende GALÁN CORONA en relación con nuestra LPR, al comentar la importante Sentencia de 30 de marzo de 1974 (caso «Parfums Marcel Rochas») (págs. 258-261).

Con respecto a los *convenios de concentración*, es sabido que nuestra LPR, al igual que el Tratado CEE (y a diferencia del Tratado CECA) carece de un régimen de control de las concentraciones. En el marco de la CEE, la Comisión y la doctrina han estimado inaplicable el artículo 85, en tanto que el artículo 86 puede servir para condenar concentraciones que constituyan abuso de posición de dominio (así, en el caso «Continental Can», resuelto por Decisión de la Comisión de 9 diciembre 1971 y definitivamente por la S. del Tribunal de 21 febrero 1973, la cual, no obstante, admitió el recurso interpuesto contra la Decisión por razones de hecho). Por ello, la Comisión ha presentado al Consejo el proyecto de Reglamento de control de las concentraciones el 20 de julio de 1973, a la vista de las insuficiencias de los artículos 85 y 86. GALÁN se suma a la doctrina española que estima que el artículo 1.º LPR no puede aplicarse a las concentraciones (por cierto, que podría haber citado nuestro libro *Concentración y unión de empresas*, donde expusimos esta interpretación con anterioridad a otros autores que cita), añadiendo argumentos totalmente con-

cluyentes (págs. 270 y ss.), y estima conveniente establecer un régimen de control de las concentraciones (pág. 275). Por último, estudia como «supuestos intermedios de concentración» las «empresas comunes» y las «sociedades de empresas» (que por nuestra parte calificábamos como «uniones de empresas», lo que reconoce respecto de la segunda figura, frente a la calificación como «concentración» que hacían A. BERCOVITZ y colaboradores en la monografía citada). Según el autor, la simple constitución de una empresa común no puede considerarse un convenio restrictivo de la competencia, pero sí lo son las frecuentes restricciones que se imponen a las empresas fundadoras, como en las «centrales de venta» enjuiciadas en algunas ocasiones por el TDC. En relación con la sociedad de empresas, GALÁN viene a mantener aproximadamente las tesis que defendíamos hace siete años: se trata de un supuesto que cae dentro de la prohibición del artículo 1.º; cabe, no obstante, la autorización por el TDC; si bien en el expediente de constitución interviene el Servicio de Defensa de la Competencia, lo que supone una cierta garantía (presunción *juris tantum*, decíamos nosotros, con respecto a la intervención, entonces, del ICMLP) de ausencia de prácticas restrictivas (si bien ello no puede suplantarse la competencia jurisdiccional exclusiva del Tribunal, como queda claramente dicho en la S. de la sec. 2.ª de 12 diciembre 1973).

El capítulo VI, dedicado al estudio de las «decisiones», se inicia con el tratamiento de las «uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas» en la LPR. En este punto echamos de menos que quizá el autor no haya valorado suficientemente nuestra tesis distinguiendo un doble estatuto legal (régimen de la competencia, fiscal y sustantivo) para las uniones y concentraciones de empresas, respectivamente. La diferencia entre las uniones y las concentraciones de empresas la centra en el sometimiento a un control de las diversas empresas en estas últimas, mientras que en las primeras las empresas miembros poseen independencia económica (página 296), criterio que nos parece acertado, y que traslada a los grupos de sociedades al campo de la concentración de empresas, como hemos defendido siempre (a diferencia de otros autores, como ahora recientemente CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, t. I, vol. II, páginas 263 y ss.). La «unión, asociación o agrupación de empresas puede adoptar cualquier forma jurídica, y ha de agrupar a «empresas» en el sentido en que las presupone la LPR, aunque la propia unión, por realizar actividad económica propia, sea a su vez, también, «empresa». Y dentro del mismo concepto caben las asociaciones de empresas (pág. 300 y ss.).

Las decisiones son adoptadas por los órganos de la unión o asociación y con carácter obligatorio para las empresas miembros, pues de lo contrario (por ejemplo, en una mera «recomendación») no serán «decisiones» a los efectos de la LPR (no se les podría aplicar la sanción de nulidad) y la práctica prohibida constituiría «conducta conscientemente paralela». Así pues, en la obligatoriedad coinciden con los «convenios», y se distinguen de ellos en que no es indispensable el consentimiento de todas las empresas, sino que las decisiones pueden ser impuestas por acuerdo mayoritario.

Por último, el capítulo VII estudia las «conductas conscientemente paralelas», noción que halla su origen en la doctrina del *conscious parallelism* sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1914, y según la cual el acuerdo entre las empresas puede ser inferido de con-

ductas que excluyen la pura casualidad y que allí no tiene entidad legal autónoma, sino que es una construcción jurisprudencial con fines de prueba («una figura de carácter procesal»). Como figura legal aparece en el artículo 85 del Tratado de Roma, y a partir de él ha sido desarrollada doctrinalmente e incorporada a nuestra LPR y al artículo 25-1.º de la propia GWB alemana en la reforma de 1973, para identificarla en este punto con la normativa comunitaria. La expresión «prácticas concertadas» revela ya el doble elemento que las constituye: unas prácticas de las empresas (que no es preciso que sean idénticas) y un acuerdo entre ellas (no bastando el mero paralelismo de conductas), pero que no podrá calificarse de «acuerdo» o «convenio», aunque la importancia práctica de la alternativa calificación, como dice GALÁN, sea «de hecho nula» (pág. 328), salvo que el acuerdo que subyace no puede ser obligatorio y tampoco puede ser sancionado con la nulidad, y no cabe distinguir entre fuente u origen de la práctica restrictiva y la práctica restrictiva misma.

Nuestra LPR incurre en contradicción al prohibir «las prácticas surgidas de... conductas conscientemente paralelas...», puesto que, como dice el autor, «dichas conductas o son en sí mismas prácticas o no son nada» (página 300), y de ahí que no tengan la sanción específica de nulidad (página 331). El TDC, por su parte, en reiterada jurisprudencia, distingue entre «conducta conscientemente paralela», como fuente, y «práctica restrictiva», como resultado de aquélla; frente a otras sentencias que se inclinan por identificarlas. Pero «al centrar la LPR la prohibición no en la fuente de las prácticas colusorias, sino en las prácticas mismas lleva a que... respecto de las conductas conscientemente paralelas, la estructura de la prohibición legal sea imposible de aplicar» (pág. 333). Otra observación del autor es que las conductas paralelas no deben interpretarse como «idénticas», pues ello impediría sancionar conductas distintas, pero concertadas, que en caso de convenio (vertical) estarían claramente prohibidas (pág. 336).

En cuanto al segundo elemento—la necesidad de acuerdo, siquiera sea oculto—coincide con GARRIGUES en la crítica a la expresión «conductas conscientemente paralelas», que parece excluir aquí; pero ello no es así, como tampoco lo es en los Estados Unidos, donde la expresión *conscious parallelism* es similar a la de nuestra Ley. Así pues, debería leerse «conductas concertadamente paralelas» (pág. 338). El TDC no ha mantenido una postura clara, pero, en general, al exigir una conducta «consciente y deliberada» no se refiere a un mero alineamiento de las empresas en las condiciones de oferta de otras, sino que en los casos enjuiciados había habido contactos previos entre las empresas (así, en las SS. de la sec. 1.ª de 14 julio 1969 y de la sec. 2.ª de 15 marzo 1974) exigiendo en otras expresamente el previo concierto (SS. de la sec. 1.ª de 30 abril 1966, caso de los fabricantes de neumáticos, de la sec. 2.ª de 24 octubre 1970, de la sec. 1.ª de 5 mayo 1971 y de la sec. 2.ª de 24 junio 1974). Por ello, concluye GALÁN la identidad con las «prácticas concertadas» del Tratado CEE, aunque esta terminología sea más correcta (pág. 344). Siguiendo con el estudio de este segundo elemento, y de acuerdo con un trabajo de AXSTER, distingue diversos *supuestos* en la búsqueda de la noción de «concertación»: 1.º el supuesto de mera conducta paralela casual; 2.º conductas paralelas conscientes, pero forzadas o impuestas por los mercados oligopolísticos; 3.º alineamiento de una empresa en las condiciones de

oferta de otras, sin que venga impuesto por el mercado, pero sin que exista previa concertación (lo que el Tribunal de las Comunidades ha declarado no prohibido en las SS. de 14 julio 1972, caso «Farbstoffe», y de 16 diciembre 1976); 4.º la concertación, que puede consistir en recíprocas informaciones, incluso en el anuncio al público de un aumento de precios, seguido de nuncios similares de las otras empresas, o bien del alineamiento coetáneo de éstas, que puede valer como «aceptación» por actos concluyentes (BELKE), como ha establecido el Tribunal de las Comunidades en el caso «Farbstoffe». También existe conducta conscientemente paralela en caso de «gentlemen's agreement». Por último, para la prueba de su existencia (que nuestro propio TDC distingue con precisión del comportamiento como prueba de un convenio) pueden servir innumerables factores, especialmente estudiados por BENISCH, respecto de la GWB, y enumerados detenidamente por el «Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws» en USA). Algunos de estos criterios a indicios fueron utilizados por el TDC para declarar la existencia de estas prácticas (SS. de la sec. 2.ª de 13 julio 1971, gaseosas; sec. 2.ª de 17 febrero 1972, canteras, y sec. 2.ª de 26 junio 1974, envases de papel). También estudia el autor las «recomendaciones» como origen de conductas conscientemente paralelas, que han sido estudiadas al interpretar el artículo 38-1.º de la GWB alemana. La recomendación reúne como notas: 1.ª es una declaración hecha por una o varias personas y dirigida a una o varias empresas; 2.ª no tiene carácter jurídico vinculante; 3.ª tampoco es consustancial que las empresas destinatarias estén sometidas a una vinculación fáctica (pág. 362). Si la recomendación es realizada por una empresa, el hecho de que sea seguida por otras es suficiente prueba de concertación; en tanto que si es dada por otros sujetos, habrá que buscar la concertación fuera de aquéllas.

Por último, GALÁN estudia si, en caso de mercados oligopolísticos, donde es difícil probar la existencia de concertación (lo que habría sido destacado en su día por TAMAMES entre nosotros, como reparo en cuanto a la dificultad de aplicar el art. 1.º, y el autor de esta reseña confirmaba más tarde ante la S. de 30 abril 1966, caso de los neumáticos), la prohibición del abuso de posición dominante (ostentada por varias empresas, o de forma colectiva) puede servir para combatir tales restricciones a la competencia. El tema se suscitó en la R. F. A. en relación con el caso «Teerfarben» (S. del BGH de 17 diciembre 1970), causa directa de la inclusión en la reforma de la GWB de 1973 de la expresa prohibición de las prácticas concertadas (como alternativa a la propuesta del Gobierno contenida en el Proyecto de Ley de establecer una presunción de posición dominante cuando varias empresas se comportasen en el mercado de forma igual durante un largo período de tiempo). El autor reconoce que la noción de abuso de posición de dominio colectiva puede ser un buen complemento de la prohibición de las conductas conscientemente paralelas para atacar restricciones de la competencia en mercados fuertemente oligopolísticos (ambas situaciones se hallan prohibidas en los arts. 2.º y 1.º, respectivamente, de nuestra LPR).

No cabe duda, podemos asegurar al lector, que el libro de EDUARDO GALÁN es modélico en el esfuerzo de incorporación de la doctrina comparada, especialmente de la alemana, en el estudio e interpretación—y, esperemos, en la aplicación—de nuestra LPR. Ante el caudal de conoci-

mientos, datos e ideas claras y distintas extraídas de sus profundos estudios de la doctrina comparada, no puede valer como reproche que no cite suficientemente algunos trabajos anteriores de la doctrina española, siquiera fuese como una atención, a quienes, con menos formación y en un estado menos maduro del tema, hemos estudiado aspectos de nuestro Derecho de represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Los trabajos científicos sobre la materia de la altura del libro de EDUARDO GALÁN bien merecen la lectura atenta de los especialistas, de los Abogados en general (pues sus despachos deben constituir el motor de aplicación de esta Ley, como de las otras), de los funcionarios relacionados con el tema, de los dirigentes de empresas y de los políticos, si se quiere hacer valer seriamente la LPR como herramienta del sistema, o acaso también contra el sistema, con un uso alternativo de la misma, en la transformación de nuestras estructuras productivas. A ello responde esta extensa recensión, con la que rendimos homenaje al autor y a la Escuela de Salamanca, a la que pertenece.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

GALGANO, Francesco: *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico de l'Economia*. Vol. I, 1977: «La Costituzione Economica». Volumen II, 1978: «L'Impresa». Padova, ed. CEDAM.

Aunque ha de comprender varios tomos, al aparecer el segundo, con materias altamente interesantes para nuestro mundo registral y mercantil, estimamos ya procedente dedicar unas breves notas a resaltar la considerable importancia de este Tratado comprensivo de la regulación jurídica de las relaciones relativas a la producción, la circulación y la distribución de la riqueza, en sus fases de Derecho público y privado, no sólo por tratarse de una obra de colaboración inter-disciplinar a cargo de relevantes estudiosos iuris-economistas que intentan unificar, a la par que compartimentar adecuadamente, materias dispersas en distintas especialidades con el propósito de merecer el *C'est une chaudière, c'est pas un chaos!*, sino también por ofrecer problemas que si en Italia constituyen historia, en España son palpitantes, inminentes, y la experiencia italiana adquiere el valor de una lección aliñada con amargura y esperanza.

La posición ideológica del Director del Tratado, GALGANO, es harto conocida. No sólo estima superado el positivismo jurídico y no cree en la objetividad del Derecho y la ciencia jurídica, sino que expresamente declara que ha llamado a contribuir al Tratado a estudiosos de diversas tendencias. Pero aunque muchos son nombres de primera fila, pese a «islas» y «penínsulas» el continente resultante de los dos volúmenes aparecidos señala el peso específico de su director, que aporta extensas contribuciones. Por ello, la tendencia dominante es obvia.

El tomo I, dedicado al análisis de la faceta económica de la Constitución Italiana de 1947, en la que se concreta principalmente en sus

artículos 41 al 43, no excesivamente distantes del proyecto que se está elaborando en España al redactar estas líneas, se inicia con una maravillosa Introducción de GALGANO, que lo cierra también con otro impresionante estudio. La categoría del Derecho mercantil, en su perspectiva histórica, diacrónica, única que juzga realizable, aunque jamás comprendió todas las materias propias del comercio, ofrece sus primicias como un derecho de clase, peculiar, limitado, pero que pasa a ser derecho general cuando la clase mercantil es poderosa. Si en el siglo xix llega a disponer de varios Códigos, en el Civil italiano de 1942 pierde su autonomía. Pero las tendencias a la independencia son evidentes, aunque la reaparición se pretende con acusado acento hacia la uniformidad supranacional, en forma simplemente económica, despolitizada, aséptica, bajo el patronato de la C. E. E., lo que para GALGANO constituye una vana y efímera ilusión de la burguesía: la pretensión de las fuerzas económicas de ejercer la dominación sin el apoyo de la política.

El tema le ofrece ocasión para reiterar con nuevos perfiles sus específicos criterios en los ámbitos mercantiles; en el de las sociedades señala la profunda influencia ejercida por la producción en masa y la evolución desde la democracia accionaria al *Führerprinzip*, hasta alcanzar la Ley holandesa de 1971 en la que la Asamblea hasta pierde el derecho de elegir a los administradores; no faltan alusiones a la participación obrera en empresas o sociedades que algunos Estados han impuesto o pretenden imponer no por reputarlo útil a los intereses de los trabajadores, sino como instrumento de defensa y desarrollo del capitalismo; la objetivación de la distinción «público-privado» constituye una de sus constantes obsesiones; el Estado-empresario, de igual condición que los particulares y utilizando dinero público, no implica una contradicción con el llamado «Estado de Derecho», pero sí una antinomia con los principios democráticos que exigen fiscalización y control: jamás la estatización de medios de producción implica socialización del poder económico. La socialidad del resultado sólo se alcanza o se garantiza en presencia de los programas y control dispuestos por la norma.

El eje de este primer volumen, el análisis de las directrices económicas constitucionales, lo realiza el propio GALGANO junto con ROMAGNOLI, OTTAVIANO, AMATO, FENGHI, PICOZZA, CASSESE, MAZZONI, DI MAJO y ROVERSI-MÓNACO. Todos ellos, y principalmente MAZZONI, critican las bases en que se cimentó la Constitución: el «compromiso deteriorativo». No se trabajó sobre ideas o principios, sino sobre palabras; fue un compromiso lexical y el resultado una colección de *bel dire*.

Aunque se reconoció la propiedad privada, asegurando su función social, aparecen otros elementos caracterizadores, los que constituyen el llamado gobierno de la economía, que limitan la iniciativa privada al prohibir actos en oposición a algo tan vago como la utilidad social, la seguridad, la libertad y la dignidad humana y al señalar la posibilidad de programas y controles para coordinar la actividad económica hacia fines sociales, sin perjuicio de determinar campos para las actividades públicas, algunos en forma preceptiva.

Se acude, para caracterizar el producto de este acuerdo de varias tendencias contrapuestas, a la figura del «rey desnudo» que el gobierno de turno entenderá vestido con arreglo a su criterio, siempre inmejorable. Nos hallamos ante una estructura de transición, con un futuro ignorado;

un conjunto de hojas secas desprendidas de una rama, no ante una visión orgánica de una economía para el mañana. Late la primacía de la política sobre la economía, aunque GALGANO lo reputa una degeneración, un «politicantismo», un compromiso entre liberales nostálgicos, aunque convencidos de su inactualidad, y socialistas que quieren contentar a sus tropas sin descorazonar a los capitalistas; la situación económica no permitía la única terapia aconsejable para el dolor de cabeza, la decapitación. Los Sindicatos, de hecho, pasan a desempeñar un papel fundamental, mientras que las Cooperativas continúan con su apostolado *in partibus infidelium*. GALGANO recuerda la frase de JULIOT DE LA MORANDIÈRE, ya en tiempos del *laissez faire*: «En lo sucesivo quien destine parte de su patrimonio al ejercicio de una empresa pierde el pleno dominio de la misma.»

FENCHI, que se ocupa de la «programación», la juzga un concepto vacío. Hablar de programación del Estado es no decir nada. Como el concepto progreso o el de evolución carece de contenido específico si no se le asocia a una finalidad concreta, al ideal de una escuela o una doctrina. En Italia, en 1967 y con motivo del Plan quinquenal 1966-70, pareció que la previsión constitucional iba a llevarse a la práctica, pero no fue así. La CONSOB, de reciente creación, es más un instrumento útil al capitalismo que al Estado. En cambio, el control se ha alcanzado a través de los convenios colectivos de empresas, y aun sectores industriales, con los sindicatos: los empresarios han empezado a discutir y a concordar sobre política general económica. Los resultados que se adquieren a través de los convenios de 1974-76 son tan considerables que los dimanantes de la coestión aparecen como irrisorios. La contratación colectiva ha empezado a ser política y preludia una nueva legislación. La escena pasa al exterior, trascendiendo del campo económico.

El tomo II, dedicado a la empresa, y en el que figuran las colaboraciones de BIONE, AFFERNI, NIGRO, INZITARI, GHIDINI, CAVAZZTI y COSTA, se inicia con una amplia contribución de GALGANO que analiza las diversas concepciones históricas de la empresa desde la predominante en el siglo XIX, en la que el empresario se identifica con el comerciante-especulador, no con el productor, con lo que se produce un vacío legal en el que se desenvuelve maravillosamente la libertad burguesa, hasta el concepto del Código Civil italiano de 1942 en la que el empresario-productor pasa a ostentar la categoría genérica; el mero comerciante, una de sus especies, es el que facilita la distribución, una modalidad de productor. La empresa pasa a tener carácter institucional, a constituir un núcleo organizado en coordinación con el interés general, pero pese a tan aparatosa estructura no sólo subsiste un amplio vacío normativo, sino que algunas reglas, como la prohibición de huelgas, son simples expresiones de una perspectiva conservadora, aunque se amparen en un pretendido interés superior. En el fondo la concepción empresarial referida no parece ser sino un intento de limar asperezas de la lucha sindical o debilitar la oposición obrera. Pero es inconcebible que sus términos lleguen a nuestros días en los que sigue predominando esta concepción mezquina en la que aparecen en posición privilegiada el empresario individual o el grupo dirigente, en el social, mientras se negligén otros elementos a pesar del reconocimiento doctrinal del carácter de productor del empresario y de su salario de dirección y de los diversos factores que intervienen en la producción.

Merecen anotarse las inmisiones de GALGANO al campo de las relaciones

de empresa y actividad intelectual Los suministradores de bienes o servicios de tal índole (Abogados, Médicos, etc.) no adquieren la calidad de empresarios con el simple ejercicio profesional, sino desarrollando su actividad en campos complementarios, como el Médico que rige una clínica o el Maestro titular de una escuela. Hay muchas dudas sobre los límites de la actividad intelectual: el caso de los Agentes de Cambio y Bolsa o el de los Farmacéuticos que sólo expenden medicamentos son típicos de la nebulosidad de las zonas. Más claro es el que dispone de profesionales asalariados y ofrece a terceros las producciones de éstos. Pero en el fondo lo que existe es una condición privilegiada para los profesionales y una tradición que se resiste a perecer. Las retribuciones no son salarios, sino «honorarios», concepto precapitalista destinado a que el titular de un cargo pueda subsistir decorosamente con arreglo al rango social correspondiente al mismo.

El caso del comerciante que sólo distribuye, no transforma, es el de los Bancos, que captan y facilitan fondos. Los *holdings* que en muchos casos no son simples financieras, sino que disponen de sociedades subordinadas a las que imparten órdenes, son los reales titulares de la empresa ejercida por las últimas. Otra cosa es la titularidad formal. No faltan otros problemas en esta temática que, pese a su interés, nos vemos obligados a eludir.

De los estudios obrantes en el tomo II queremos centrarnos en uno de AFFERNI relativo al *Registro delle Imprese*, con incursiones a los Registros francés y alemán. Su autor ya se ocupó de estas materias en el *Novísimo Digesto*, en 1968, en forma muy similar a la actual, aunque en el *Digesto* la parte estrictamente italiana quedaba reservada a MARTIO CASANOVA.

AFFERNI estudia la publicidad registral francesa desde la Ordenanza de 1673 hasta las modificaciones impuestas por la nueva regulación de las sociedades de 1966-67. Analiza el concepto y funciones de publicidad, en especial de la negativa y la llamada «constitutiva» en la que se aprecia una confusión de publicidad y forma, instituciones con finalidades diversas. Las repercusiones de los conceptos sujeto de derecho, persona jurídica, autonomía patrimonial y carácter mercantil en relación con el Registro le merecen especial atención. En de advertir que en méritos de la Ley de 1966, que impone la previa registración de las sociedades para su consideración como personas jurídicas, se interrumpió una tradición inmemorial a la que todavía no se ha habituado la praxis francesa. Las quejas contenidas en la *Rev. T de D. Commercial*, al comentar una resolución de 15 de octubre de 1974, relativa al ejercicio de una acción por competencia desleal por una sociedad que había adquirido una exclusiva antes de inscribirse, son ejemplarizadoras. El problema es muy sensible para los notarios. Hace ya años, a raíz de la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas, le dedicó amplias páginas NAVARRO AZPEITIA y últimamente ha sido objeto de dilatadas consideraciones por parte de FIGA FAURA.

La legislación alemana tiene profunda tradición registral. AFFERNI examina las «Formklaufleute», que comprende las anónimas, limitadas, comanditarias por acciones y cooperativas, cuyo nacimiento se produce con la inscripción; las «Vollkaufleute», empresas de cierto volumen, comerciales o no, cuya inscripción no es obligatoria y cuyos límites con las «Minderkaufleute», de inscripción no obligatoria, son algo difusos. Las «Kannkaufleute» son

las relacionadas con la agricultura y de registración voluntaria. El «Schein-kaufmann» es el comerciante inscrito en el Registro y que por tal formalidad queda sometido a las normas de Derecho mercantil.

El Registro de Empresas italiano fue creado por el Código Civil de 1942 con el fin de disponer de un sistema orgánico y completo de publicidad empresarial con independencia de su carácter mercantil: las empresas públicas y los pequeños empresarios no son inscribibles y en cambio lo son las sociedades de objeto civil y forma mercantil. No hay coincidencia de esferas.

AFFERNI se ocupa de la naturaleza jurídica de la actividad registral, si es jurisdiccional o administrativa. Por la primera se inclinan CHTOVENDA, CALAMANDREI, ZANOBINI, ALLORIO, PAVONE LA ROSA y el propio AFFERNI, y por la segunda CARNELUTTI, MICHELI y DE MARINI. Sobre la extensión de la calificación registral hay amplias disensiones, que últimamente ha señalado BOCCHINI. La eficacia positiva de la registración con su presunción *iuris et de iure* y la negativa con la *iuris tantum* son examinadas con detalle, lo propio que la compleja *fattispecciae*, que comprende, entre sus elementos, la registración. No faltan referencias a los autores que sostienen en Italia la posibilidad de la existencia de sociedades de capitales irregulares, sean *de fait* o *in itinere*.

La modificación de 1969, motivada por la Directiva de la CEE, ha tenido considerable repercusión en materias de sociedades de capitales y su publicidad. Esta ha dejado ya de ser, por sí sola, requisito necesario y suficiente para la oponibilidad a terceros de ciertas circunstancias; la reforma impone notables correctivos y, como consecuencia, una antinomia, en esta zona, entre sociedades de personas y de capitales, ya que en éstas se han introducido ciertas bases objetivas independientes del tenor de los asientos.

El Registro italiano está regulado muy deficientemente. La reforma del Código de 1942 implicaba un Decreto complementario que todavía no ha aparecido, lo que ha motivado una situación transitoria híbrida, con omisiones, contradicciones y, sobre todo, una praxis diversa basada en los diversos Tribunales encargados del Registro. Por tal motivo, más que a la estructura orgánica registral la doctrina se ha referido a problemas de publicidad generales o específicamente italianos: SOTGIA, SJMONETTO, MINERVINI, GHIDINI, PAVONE LA ROBA, FERRI, CASANOVA, PUGLIATTI, SATTA, OPPO, CORRADO, BOCCHINI..

En 1958 el Senador Trabucchi formuló un proyecto de ley. Pretendía que las Cámaras de comercio (que habían incitado a la reforma de 1942 y establecimiento del Registro) se hicieran cargo del mismo bajo la vigilancia de un Juez. Al parecer este último extremo no les convenció y se opusieron a la reforma, que no llegó a buen fin.

No hablaremos de la parte mecánica del Registro, en situación transitoria. Tan sólo queremos referirnos—como ya lo hicimos hace algún tiempo—a la extraordinaria eficiencia obtenida por el «Companies Registration Office» de Inglaterra mediante el uso del microfilm, lo que no sería difícil importar a nuestra patria, sobre todo teniendo en cuenta los logros alcanzados por el Centro Nacional de Microfilm, que dirige Carmen Crespo y depende de la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Cultura. Aunque, tal vez, en plan de suprimir los clásicos libros, podría pensarse en la proyectada utilización de ordenadores del Registro Territo-

rial de Baviera, en el que la registraci3n se realizar3 en forma muy similar a la que actualmente utilizan los Bancos para las cu3ntas corrientes.

La exposici3n de AFFERNI es limitada. Recomendamos para el an3lisis de los registros alem3n y franc3s la tesis doctoral de HERV3 CORVEST, que recensamos en el Bolet3n de nuestro Colegio, n3mero correspondiente a noviembre de 1976. Se trata de un estudio realmente importante.

Y concluyamos estas notas indicando que en el propio tomo II del *Trattado* obra otro importante estudio de AFFERNI en relaci3n con la empresa comunitaria, cuyo considerable inter3s s3lo podemos apuntar. Otro de MASSIMO BIONE sobre el empresario agr3cola alude a los efectos que la registraci3n produce en ella.

JOS3 M. PIÑOL AGUAD3

RODR3GUEZ ARANDA, Antonio: «La reforma agraria y el Derecho». Editorial *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1977, 1 tomo de 347 p3ginas.

«La eterna sinfon3a de la reforma agraria cuyas notas a trav3s del tiempo han sonado con desigual tonalidad, dejaron su eco en el Derecho a trav3s de toda una serie de disposiciones en las que se acusa la fuerza que se quiso imprimir a cada una de las proyectadas reformas y al contenido social y econ3mico de las mismas.» Con estas palabras se presenta el autor del libro que vamos a comentar.

El transcurrir hist3rico de los sistemas de tenencia de la tierra y de su distribuci3n, desde las repoblaciones de la Reconquista hasta la colonizaci3n de nuestros d3as, pasando por las de Carlos III, la de 1907, las actuaciones de Primo de Rivera y de la Segunda Rep3blica, son objeto de estudio de RODR3GUEZ ARANDA y cuyo n3cleo, seg3n creo, est3 constituido por su tesis doctoral sobre la historia de la colonizaci3n en Espa3a. A nuestro juicio, este t3tulo ser3a m3s ajustado con el contenido del libro, en el que los aspectos hist3ricos y actual del quehacer colonizador est3n profundamente tratados.

La reforma agraria, la reforma de la agricultura mejor dicho, es algo mucho m3s amplio, pues abarca las estructuras tanto territoriales como empresariales en un 3mbito que desborda en mucho a la colonizaci3n estricta. Utilizando la nueva terminolog3a matem3tica, que hemos tenido que aprender a la fuerza los que tenemos hijos en edad escolar, la colonizaci3n es s3lo un subconjunto, aunque muy importante, del conjunto reforma agraria. No se puede realizar 3sta sin colonizar y, al contrario, no se concibe por s3 sola la colonizaci3n sin un entramado de actuaciones con ella relacionadas como la concentraci3n parcelaria, la ordenaci3n de explotaciones, la mejora de comarcas y fincas, la agricultura asociativa y otras tantas medidas correctoras de las deficiencias estructurales que tradicionalmente pesan sobre los campos de nuestra Patria (minifundio, dispersi3n parcelaria, descapitalizaci3n, individualismo, etc.)

El estudio es profundo y denota un gran conocimiento del tema en el autor, en el que adem3s no faltan motivaciones afectivas por ser originario de Sabiote, en el coraz3n de los mism3simos Cerros de Ubeda, mi ac-

tual Registro, a caballo entre las tierras de Sierra Morena y el Plan Jaén; algo así como una síntesis entre el pasado y el presente de la colonización. Y esta palabra, que tiene su solera, concita recuerdos y añoranzas para quienes vivieron sus afanes por activo o pasivo; y quizá más aún por haberse suprimido el vocablo, aunque no la esencia, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agraria, sin graves causas que lo justificasen. Ha sido algo así como sustituir el entrañable título de «Maestro» por el de «Profesor de E. G. B.», que a todos nos dice mucho menos. En este libro, pues, se habla de, desde, con, para, por, según y sobre la colonización principalmente.

La parte histórica comienza con unas consideraciones generales sobre la repoblación a partir de la Reconquista, donde se impone como una exigencia para consolidar primero las tierras conquistadas y luego como medio para crear riquezas a base de la «presura». La repoblación en la provincia de Jaén y La Alpujarra se inician en el siglo xvi, tras la expulsión de los moriscos y en el xviii se repueblan la zona baja del Segura, obra del cardenal Belluga, el camino de Extremadura, provincia de Ciudad Rodrigo, zona de Salamanca y la comarca sevillana de Prado del Rey.

Por una Real Instrucción de 5 de julio de 1767, Carlos III dio las «Reglas para las Nuevas Poblaciones de Sierra Morena y Fuero de sus pobladores», cuya redacción se debe a Campomanes. Tras una breve exposición, siguen 79 artículos, referentes al arribo de los pobladores alemanes y flamencos y las normas para organizar las colonias bajo los aspectos urbanístico, administrativo, judicial, religioso, agrícola y laboral y las que están destinadas a relaciones familiares y educativas.

Elegidos los lugares de asentamiento (a lo largo del camino real, de Viso del Marqués a Bailén y por otro lado en la zona desértica de Córdoba a Sevilla) hay una larga tarea cuajada de obstáculos y penalidades, por el cambio de clima que afecta a los colonizadores y llena los hospitales, por la carencia de efectivos por parte del Estado para una empresa de tal magnitud y por la dureza de los trabajos de roturación. Pero el empeño de Olavide es grande y cuando cesa en 1775 en el gobierno de las colonias pudo ver ya consolidada su obra y ahí tenemos La Carolina, Navas de Tolosa, Guarromán, Santa Elena, Miranda, Aldeaquemada y Arquillos; más abajo del Guadalquivir, La Carlota, La Luisiana y Fuente Palmera; todos estos pueblos con varias aldeas anejas. Al morir Fernando VII y darse por terminada esta colonización, hacia 1835, la Sierra Morena estaba poblada y los extranjeros totalmente integrados.

Como precedentes inmediatos de la actual política colonizadora, RODRÍGUEZ ARANDA estudia la evolución histórico-legislativa de los bienes baldíos y de las llamadas tierras concejiles que fueron repartidas entre los labradores pobres y medianos que disponían de yuntas y carecían de tierras, haciéndose la entrega en régimen de arrendamiento indefinido.

Ya en el siglo xix se va dejando a un lado la finalidad puramente económica para procurar en las colonizaciones un fin social, pero sin que cambiase la titularidad de las tierras hasta la desamortización. Contempla el caso de parcelación de Santa Amelia, en Badajoz, que se trató de un problema social urgente; pero en esta época se trata de trazar un plan basado en un sistema colectivista de creación de colonias agrícolas de la Ley de 1855, o en el individualista del coto redondo acasariado de Fermín Caballero que instauró la Ley de 1866, o en el intermedio establecido por

la Ley de 1868. Con ellas el autor estudia el Expediente de la Sociedad Económica Matritense sobre la reforma de las colonias peninsulares, uno de los documentos más interesantes sobre el tema.

La Ley de Colonización y Repoblación Interior de 30 de agosto de 1907 recoge la inquietud social existente a partir de principio del siglo actual y pretendió nada menos que remediar el problema agrario, auténtica y universal cuadratura del círculo desde hace luengos tiempos y sigue sin solucionar en nuestros días. Frente a tan ambiciosa meta los resultados prácticos fueron pobres, pues según datos de la Junta Central de Colonización, en dieciocho años se destinaron a colonias 11.028 hectáreas, de las cuales sólo eran cultivables 5.155; hasta 1926 se habían establecido en las colonias 4.006 habitantes, construyéndose 596 casas y 50 edificios comunes.

Bajo el gobierno del General Primo de Rivera se abandonó definitivamente el sistema de creación de colonias agrícolas, sustituyéndolo por el de parcelaciones de fincas compradas por el Estado para adjudicar los lotes a agricultores necesitados. Como disposición fundamental tenemos el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927 que ha estado vigente hasta su inclusión en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. La labor parceladora que realizó la Dirección General de Acción Social, nos dice RODRÍGUEZ ARANDA, fue llevada con escrupulosidad y acierto, si bien resultó insuficiente por el poco tiempo de actuación; en un cuadro inserto en el libro se aprecia que alcanzó a un total de 21.501 hectáreas, adjudicadas a 4.202 familias.

El advenimiento de la República coincidió con un serio problema de paro en los campos y una inquietante situación social. La primera Ley de Reforma Agraria tiene fecha 15 de septiembre de 1932 y pretendió atacar el latifundio de Andalucía, Extremadura, la Mancha y Salamanca, distribuyendo tierras que no se adjudicaban en propiedad, sino en «asentamiento», figura atípica cuya naturaleza no estaba determinada y que realmente no llegó a cuajar en nada definido. En esta obra se estudia la Ley de Reforma Agraria, extractándola, y la revisión a que fue sometida en 1935, por la Ley llamada vulgarmente de «contrarreforma». Y con la Ley de Obras de Puesta en Riego de 13 de abril de 1932 se contempla el estudio de la obra republicana.

Ya en la temática de la época actual, pero con repetidas remisiones a sus antecedentes, estudia en el capítulo tercero del libro la actividad estatal en orden a la reforma de las estructuras agrarias, empezando por el régimen de parcelaciones y extendiéndose en el de la colonización.

En la Ley de Bases de 26 de diciembre de 1939 para la Colonización de Grandes Zonas se considera como de alto interés nacional aquellas que «transformando profundamente las condiciones económicas y sociales de grandes extensiones de terreno, exigen para su ejecución obras o trabajos complejos que, superando la capacidad privada, hacen necesario el apoyo técnico, financiero y jurídico del Estado». Junto al legal, se traen a colación los conceptos doctrinales y el jurisprudencial de la colonización, combinando esta institución con la política de riegos, tanto por iniciativa privada como realizada mediante proteccionismo o intervención estatal.

Se estudia ampliamente el llamado «Derecho de colonización» y el carácter de sus normas, relacionándolo con el Administrativo y Agrario, y por último con la reforma y el desarrollo agrario. Pero ¿existe realmente un verdadero y autónomo Derecho de la colonización? Creemos que sería

muy exagerado admitirlo, pues, como el mismo autor reconoce, la colonización es una actividad pública, administrativa, aunque con no escasas influencias privadas, pero sin constituir una normativa ni uniforme ni independiente del resto del ordenamiento jurídico-agrario. Con la inevitable pincelada de plantearse la naturaleza de la relación IRYDA-concesionario acaba este capítulo; en opinión de RODRÍGUEZ ARANDA, no hay verdadera concesión: cuando se cumplen por el empresario las obligaciones contraídas, la Administración le otorga la propiedad, siendo hasta este momento un mero poseedor; nuestra opinión, expresada en otra ocasión, es parecida, creyendo que hay una transmisión dominical sujeta a condición suspensiva.

Entre las unidades objetivas de la relación jurídica agraria se recogen bosquejos doctrinales sobre la finca y la explotación y sobre el llamado Patrimonio Familiar al que, por cierto, se le dedica una atención inmerecida, ya que es una figura que no ha pasado de la letra de la ley a la realidad, pues no se ha constituido un solo Patrimonio en España; los Patrimonios Familiares han sobrevivido de la Ley de 1952 que los creaba a la de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973, como ha dicho uno de sus compiladores, simplemente «porque el nombre es simpático y la institución resulta romántica», pero nada más. Y con los huertos familiares, que deben encuadrarse más bien en relación laboral que patrimonial, se completa el apartado de unidades en la colonización.

En el aspecto subjetivo de la relación agraria se estudia a la Administración como sujeto de la actividad, que en este sector está personificado en el IRYDA, contemplando su evolución, fines y medios; por otro lado, se contempla a los administrados como concesionarios de la explotación, detallando las condiciones para el acceso, todo ello con arreglo a la legislación vigente. Dentro del segundo apartado se analiza la titularidad de la explotación que, aunque llamada familiar, corresponde a un individuo que es su cabeza al que se exige la nota de profesionalidad y mejor aún si es directo y personal; a su lado se admite, ¿cómo no?, al familiar cooperador. Todas estas figuras y condiciones son minuciosamente presentadas.

El concepto sociológico de la empresa agraria sirve a RODRÍGUEZ ARANDA para entrar en la agricultura de grupo relacionada con la colonización, dedicándole un estudio especial, y aquí sí que es merecido y absolutamente laudatorio, a la figura más típica de este campo encarnada en los llamados Grupos Sindicales de Colonización, cuyo aspecto humano y su esencia normalmente familiar o cuasi familiar le hizo calar hondo y hacerse muy frecuente entre los agricultores; toda su sistemática sindical hace que en la actualidad sea urgente solucionar el problema de su organización futura, pues en cuanto a los ya existentes no ofrece duda en nuestra opinión su personalidad para seguir actuando en todos los aspectos y la posibilidad de seguir beneficiándose de su régimen fiscal equiparable a las cooperativas según Decreto de 21 de mayo de 1970.

El capítulo sexto, último del libro, se dedica a contemplar, en una visión general y esquemática siguiendo el orden de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, las actuaciones del IRYDA, tanto en las grandes zonas, en las de ordenación de explotaciones, las comarcas mejorables, la concentración parcelaria, permutas forzosas, auxilios económicos y unidades

de cultivo, complementando este estudio legal con el análisis de las garantías de los particulares frente a las actuaciones del Instituto.

Como apéndice de la obra se recogen los textos de las Reglas para las nuevas poblaciones de Sierra Morena, las leyes colonizadoras del reinado de Isabel II, la Ley de Colonización de 1907, el Proyecto del Conde de Lizárraga sobre la colonización obligatoria y bien de familia y las normas legales de la reforma agraria de la Segunda República, piezas interesantes para mejor conocer e interpretar en su ambiente el contenido de la literatura legal en la materia.

En resumen, un completo y afortunado estudio de los antecedentes y la regulación actual de la colonización interior española que se incardina dentro de la cada vez más abundante atención que prestan los estudiosos a los problemas de la tierra y a la visión social de la propiedad y que contrasta con la inconsciencia con que a veces se tratan estas difícilísimas y complejas cuestiones por ignorantes, demagogos y oportunistas.

Hace falta conocer mucho y muy a fondo el campo y sus problemas para poder hablar con acierto de ellos, apuntando posibles soluciones. RODRÍGUEZ ARANDA sí lo conoce: su libro lo demuestra y por eso recomendamos su estudio. La concienzuda obra lo merece.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SANZ JARQUE, Juan José: *Más allá de la reforma agraria*. Ediciones y Publicaciones Españolas, S. A. Madrid, 1970. Un tomo de 350 págs.

La sociedad actual, con pensamiento de futuro, busca el logro de la plena efectividad de la cuestión de la tierra que es de ayer, de hoy y de siempre. Esto hace que no resulte tardío ni anacrónico ahora el intento de resumir, años después de su publicación, este libro que, con los nuevos vientos, conserva y aun aumenta su actualidad. Una serie de inconexas y pequeñas causas tan ajenas al autor como al comentarista tuvieron la culpa de que esta recensión no se hiciera en el momento oportuno. Ahora, releída la obra despacio y con el poso del tiempo, gana en perspectiva porque puede verse que sus teorías no eran coyunturales, sino que responden a la tesis que siempre fue mantenida por el autor, y que se ha aceptado, de la concepción funcional del dominio de la tierra; el tema lo considera tan importante que, en su opinión, engloba y hasta supera al de la reforma agraria: de ahí el expresivo título que puso al libro.

JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid, tiene una abundante trayectoria y su nombre es bien conocido en el ámbito rural, donde viene trabajando incansablemente no sólo como enseñante y publicista, sino en el ruedo de los hechos tangibles. Precisamente este libro fue escrito en ocasión de haberse resuelto, con su intervención, la difícil papeleta del pueblo de Sástago, que en su día acaparó la atención nacional. Con este motivo, el libro se concibió, según nos dice el autor, con una primera parte esencialmente teórica para justificar la aplicación de la teoría de la funcionalidad y una segunda parte principalmente práctica, pero formando un todo, ya

que la teoría se proyecta después en multitud de cauces legislativos y políticos de naturaleza real y pragmática respecto a la tierra y los intereses puestos en juego en la agricultura.

A todo precede una introducción extensa en la que SANZ JARQUE expone sus ideas sobre la propiedad y la empresa. Dice que se minimiza a la propiedad al contemplarla sólo en relación a su elemento objetivo que es la finca; tiene un trato medio al hablarse de explotación, cuando a la tierra se unen el capital, el trabajo y la técnica; y se llega a la empresa cuando la finca y la explotación se organizan activa y dinámicamente en torno a su titular. Sigue un bosquejo sobre la reforma agraria estudiando sus diversas acepciones: como redistribución de tierra a quienes la trabajan, como transformación de las estructuras y corrección de injustos sistemas de tenencia o explotación de la tierra y, por último, la que patrocina el autor, como concepción dirigida al logro de la funcionalidad de la tierra mediante un estatuto jurídico que institucionalmente ordene la propiedad de modo adecuado al cumplimiento de su fin esencial. Realizar estas reformas supone un orden, un programa, una planificación para conseguir el desarrollo del campo. Todo ello se encuadra en el ámbito del Derecho Agrario al que concibe como conjunto de normas jurídicas que regulan principalmente el especial estatuto jurídico de la propiedad de la tierra, considerada como la relación jurídica tipo en materia agraria, y las relaciones e instituciones jurídicas que se constituyen o asientan sobre ella. Pero no se puede olvidar que estas normas deben aplicarse en la comunidad social agrícola y es por ello preciso acudir al estudio de la Sociología rural, analizando los hechos para pasar con objetividad de los principios a las conclusiones.

Estos son los materiales para la construcción. Con ellos el autor entra en la primera parte del libro, dedicada a la funcionalidad de la propiedad de la tierra.

En el actual momento histórico y en la órbita de los países de civilización occidental, entiende SANZ JARQUE que el derecho de propiedad de la tierra se concibe como el más amplio, autónomo y soberano poder que se tiene sobre superficies aptas para el cultivo, en función de la producción, de la estabilidad y del desarrollo, al servicio armónico de sus titulares, en relación con los demás hombres, por lo que su amplitud y autonomía están subordinadas a su propia naturaleza y, además, se halla en función de las finalidades que esta propiedad rural debe cumplir: la producción agraria para la nutrición del cuerpo social, la estabilidad como eficaz medio de equilibrio en la sociedad y el desarrollo en cuanto que debe ser instrumento apto para multiplicar la riqueza.

Como efectos de la nueva concepción debe notarse que se condiciona el ejercicio, la estructura y el régimen de la propiedad. Con respecto al sujeto, la funcionalidad puede exigir que la agricultura pase de individual a asociativa; respecto al objeto, se impone el cultivo de las superficies aptas, la reconstrucción de la propiedad excesivamente parcelada y constitución de unidades agrarias viables, todo ello dentro del tema más complejo de la ordenación del territorio; respecto al contenido, el propietario está obligado no sólo a cultivar de modo adecuado las fincas, sino a mejorarlas en la medida necesaria para su debido aprovechamiento, orientándose, además, los contratos de uso y disfrute a procurar al cultivador el acceso a la propiedad. Y respecto a la empresa, debe con-

seguirse la paridad del sector agrario con los otros sectores sociales en el régimen laboral y de la seguridad, incorporando al trabajo a la titularidad empresarial; a tal efecto, los regímenes fiscal, financiero y de inversiones públicas deben favorecer el desarrollo de la empresa agraria, facilitando la comercialización y la primaria industrialización de sus productos. A estas conclusiones llega SANZ JARQUE mediante el estudio de la evolución del concepto de la propiedad, tanto en las doctrinas liberales, marxistas y católicas como en el Derecho histórico y comparado.

En cuanto a la cuestión en España, primero estudia el aspecto estructural y de hecho de la propiedad en nuestros campos, reflejando una panorámica general de la tierra de cultivo, su distribución y dimensión de las explotaciones, aportando un testimonio de las principales deficiencias estructurales que reclaman remedio.

Conocidos así los problemas de nuestra tierra, se hace una completa exposición de las normas especiales en que se manifiesta el Derecho positivo en cuanto a la funcionalidad de la propiedad, siguiendo la misma sistemática anteriormente vista. Entre la normativa referente al sujeto se fija en la profesionalidad del agricultor y el cultivo directo como requisitos específicos de la tenencia protegida de la tierra y en la agricultura de grupo recoge la legislación sobre cooperativas, grupos de colonización, agrupaciones cerealistas y otras figuras asociativas. Las normas referidas al objeto de la relación agraria pueden tender a la conservación de las fincas, como la legislación de unidades mínimas de cultivo, o bien a mejorarlas, como permutas forzosas, fincas mejorables, etc. Respecto al contenido, los propios contratos agrarios están influidos en cuanto a la autonomía de las partes en su misma esencia por la funcionalidad inherente a las nuevas tendencias de la propiedad, lo mismo en la producción que en la estabilidad y el desarrollo. Las menos articuladas son las normas referidas a la empresa, quizá porque ésta debe defenderse desde fuera y en concierto con los demás sectores económico-sociales. Igualmente hace una amplia recopilación de las normas referentes a la reforma de estructuras agrarias, a la riqueza hidrológica y forestal, a la caza y pesca fluvial y a la ganadería; y, por último, al crédito agrícola, la capacitación agraria, seguridad social y defensa profesional de los agricultores, cerrando el capítulo con las medidas que han instrumentado estas reformas.

La cuestión de Sástago, ya lo hemos dicho, llena la segunda parte del libro y constituye un material de primera mano para los que deseen una completa información de este problema que pudo constituir un serio conflicto social, pero que se solucionó favorablemente gracias a la meritoria actuación de cuantos intervinieron en el empeño. Son 170 páginas del libro con toda clase de documentación que suponen un estudio inmejorable para cuantos ahora o en el futuro quieran saber lo que ocurrió en esta comarca zaragozana.

Resumiendo, el problema surgió al dictarse Sentencia por el Tribunal Supremo el 25 de junio de 1966, en el pleito entre el Ayuntamiento de la Villa y el conde de Sástago, sobre acción reivindicatoria, por la que, salvo pequeñas superficies, toda la tierra del término quedaba como propiedad inscrita y libre de cargas que pudieran gravarla, en favor de la Casa Condal y el Ayuntamiento. Como consecuencia, una población de más de 2.000 agricultores que había vivido tradicionalmente del aprove-

chamamiento de unas 30.000 hectáreas que integran la comarca quedaba sin nada, sin derecho alguno sobre las tierras que inmemorialmente trabajaban y habían puesto en cultivo.

Los antecedentes arrancaban de la Carta de Población otorgada en 14 de marzo de 1614 y la escritura de concordia de 20 de octubre de 1851, curiosos documentos que se estudian, y que fueron modificados, por otra escritura de 26 de marzo de 1898 por la cual la entonces condesa de Sástago, doña María Antonia Fernández de Córdoba y Bernaldo de Quirós, hizo renuncia de determinados derechos y a la vez consolidaba el dominio de las tierras. En nuevas escrituras otorgadas al día siguiente, 27 de marzo de 1898, la condesa hizo cesión de varias de estas fincas a los vecinos de las Villas de Sástago y Cinco Villas.

Pero, además, llegada la II República, con fecha 13 de noviembre de 1931, don Luis Escrivá de Romaní, titular entonces del Condado, elevó escrito a la Presidencia del Gobierno ofreciendo otras nuevas fincas, urbanas y rústicas, al pueblo de Sástago, pero su Ayuntamiento sólo las aceptaba previas determinadas condiciones; por ello no llegó a formalizarse la escritura de donación. Durante la guerra quedó destruido el Registro de la Propiedad de Caspe, y al procederse a su reconstrucción se inscribieron las fincas de la donación de 1898 en favor del Ayuntamiento y las restantes, las de la abortada cesión de 1931, en favor del conde de Sástago. Mientras tanto, los vecinos, ignorantes del problema, seguían labrando y mejorando las fincas, hasta que el propio Ayuntamiento y la Casa Condal, al no llegar a un acuerdo para clarificar la situación, dieron lugar al pleito que terminó con la sentencia reseñada, según la cual los bienes de la donación de 1898 pertenecían al Ayuntamiento y los restantes al conde de Sástago. A los agricultores, nada; eran simples detentadores sin derecho alguno, expuestos a un lanzamiento inmediato. Con esto se explica la angustiosa alarma que sembró la noticia y el eco que de ella se hizo España entera.

Sin embargo, a los pocos días de la sentencia, la Organización Sindical se hizo cargo del problema e inició, por medio del autor del libro, el estudio para negociar las posibles soluciones. Bien es verdad que también se contó con la buena disposición de la Casa Condal que inmediatamente hizo pública su voluntad de elevar a la cualidad de propietarios a los vecinos cultivadores de Sástago, en proporción inversa a la riqueza que tuviesen y con máxima participación a los que carecieran de bienes, así como destinar la indemnización mandada por la sentencia para reintegrar a los labradores, a quienes además se cedían los importes de los aprovechamientos de pastos, rastrojeras, leñas y otros.

Tras una laboriosa negociación y un cuidado informe técnico, la solución se formuló y fue aceptada por acuerdo unánime en la asamblea plenaria y extraordinaria de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de Sástago celebrada el 16 de abril de 1967, protocolizándose por el Notario de Caspe el acta de dicha asamblea. En ella se cedieron las tierras por el conde y el Ayuntamiento en favor de los agricultores y se encomendó la realización de todas las operaciones al Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, aceptando este Organismo, además, llevar a cabo las mejoras de su competencia que eran necesarias.

Quedaba, por último, un doble obstáculo para ejecutar lo acordado:

por un lado, los elevados impuestos a que daría lugar la operación y, por otro, la imposibilidad legal para el Ayuntamiento de disponer de los bienes municipales. Todo se salvó mediante las disposiciones del Decreto-Ley de 15 de junio de 1967, dictado expresamente para Sástago, removiendo ambas dificultades. Así se dio cima con la mejor de las soluciones a un problema que se presentaba con cariz muy espinoso.

Para quienes deseen profundizar en el tema diremos que el libro contiene también unos completos informes sobre la sociología de la comarca y las realizaciones llevadas a cabo para la nueva ordenación de su propiedad, incluyéndose también un estudio sobre el alcance y significado jurídico y económico-social de la cuestión resuelta.

SANZ JARQUE concluye, en vista de lo expuesto, que la propiedad de la tierra en su nueva concepción funcional, además de constituir una proyección de la personalidad humana y garantía de la efectiva libertad de sus titulares, es una institución necesaria para el buen orden y desarrollo de los pueblos y de la comunidad.

Y por nuestra parte, más vale tarde que nunca, concluimos afirmando la madurez teórica de este libro que, junto al indudable interés práctico que suscita, lo hacen imprescindible para quienes de verdad y sin panderetas quieran saber algo más de este mundo rural tan poco conocido y de este tema siempre de moda de la reforma agraria.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTAS

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1978

¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?, por Mariano Fernández Martín Gránizo, págs. 3 a 37.

Algunas reflexiones sobre el Derecho Matrimonial español. En torno a dos recientes resoluciones de la D. G. R. N., por José María Espinar Vicente, págs. 37 a 57.

Permutas forzosas de finca rústica, por Jerónimo López Pérez, páginas 57 a 71.

El sistema matrimonial español, situación actual y perspectivas de reforma, por José María González del Valle, págs. 71 a 111.

El catálogo de delitos en el sistema penal inglés, por Eduardo Fungaiño Bringas, págs. 473 a 515.
Capacidad matrimonial y legitimación por subsiguiente matrimonio, por Rosa Moliner Navarro.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 134. Marzo-abril 1978

Consideraciones en torno al delito fiscal. La regularización voluntaria de la situación fiscal. El deber de colaboración de los Bancos y el secreto bancario, por J. Menéndez, págs. 301 a 327.

Democracia fiscal (La normativa fiscal de 1977), por J. Banacloche, páginas 327 a 353.

DOCUMENTACION JURIDICA

Abril-junio 1978

Derecho espacial, por Félix Fernández-Shaw, págs. 363 a 377.

Corrección monetaria y pago legal, por Fernando Fueyo Laneri, páginas 377 a 399.

Apuntes para un estudio sobre el estado disciplinario de las prisiones españolas de 1961 a 1976, por Ricardo Zapatero Sagrado, págs. 399 a 409.

Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios, por Manuél Santaella López, páginas 409 a 431.

Núm. 135. Mayo-junio

La discusión parlamentaria de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, por E. Lejeune Valcárcel, págs. 605 a 675.

La regularización fiscal y voluntaria de las personas físicas y el impuesto extraordinario sobre los rendimientos del trabajo personal, por R. Drake Drake, págs. 675 a 687.

Regularización voluntaria de la situación fiscal, por J. L. Pérez de Ayala, págs. 703 a 725.

Impuesto extraordinario de trabajo personal, por J. L. Argilés y Garcés de Marcilla, págs. 687 a 703.

El delito fiscal en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, por E. González García, págs. 725 a 743.

El delito fiscal, por J. Fernández Bretaño, págs. 743 a 765.

En torno al secreto bancario, por J. Basanta de la Peña, págs. 765 a 777.

Impuesto extraordinario sobre el patrimonio, por N. Amorós, páginas 829 a 863.

Las estimaciones objetivas: la primera reforma urgente, por J. Banacloche, págs. 777 a 829.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 146. Octubre-diciembre 1977

Aproximación al proceso de declaración de quiebra, por Valentín Cortés Domínguez, págs. 461 a 519.

Competencia desleal y prácticas prohibidas en el marco de la Ley de prácticas restrictivas de la competencia, por Juan Ignacio Font Galán, págs. 519 a 563.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1977

La posición interpretativa de la Dirección General de los Registros ante los préstamos hipotecarios actualizados, por José Bonet Correa, págs. 9 a 45.

Notas sobre el artículo 1.416 del Código Civil, por José Antonio Caicoya Cores, págs. 45 a 103.

Circuncisión fehaciente, por Vicente Flórez de Quiñones, págs. 103 a 109.

Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentados, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado, por Antonio Rodríguez Adrados, páginas 109 a 311.

Enero-marzo 1978

La verdadera edición príncipe de la Nueva Recopilación, por Antonio Matilla Tascón, págs. 7 a 19.

El régimen de contratación bancaria y la participación del Notario en el mismo, por Carmelo de Motta Monreal y Vicente Luis Simó Santonja, págs. 19 a 97.

Facultades de la mujer en cuanto a los bienes gananciales en situaciones normales del matrimonio, por María de los Desamparados Núñez Boluda, págs. 97 a 161.

Problemas que afectan al principio de seguridad jurídica derivados de un sistema de transmisión de inmuebles mediante documento privado. El Seguro de título, por Manuel A. Romero Vieitez, Vicente Font Boix, Manuel Otero Peón y Juan Valler de Goytisolo, págs. 161 a 251.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA

Núms. 2-3. Año 1977

Justicia y revolución, por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, págs. 279 a 287.

El derecho concursal español y el extranjero, por Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, págs. 287 a 343.

La humanización del proceso, lenguaje, formas, contacto entre los Jueces y las partes, por Víctor Fajrén Guillén, págs. 343 a 403.

Para la noción de caducidad, por Adolfo Gelsi Bidart, págs. 403 a 425.

Rasgos de la forma y formalismo en el proceso, por Angel Bonet Navarro, págs. 451 a 507.

La prueba en el proceso, por Santiago Sentís Melendo, págs. 425 a 451.

Sobre el depósito de bienes muebles reembargados, por Julio Calvet Botella, págs. 507 a 523.

Modificación de las reglas de competencia por la participación del Estado en el proceso civil, por Pe-

- dro Luis Galán Urbano, págs. 523 a 553.
- El Derecho Procesal en la hora presente*, por Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, págs. 553 a 581.
- La ausencia del imputado en el proceso penal*, por Juan Montero Aroca, págs. 581 a 621.
- Los derechos del acusado en el sistema legal norteamericano*, por José María Morenilla Rodríguez, páginas 621 a 641.
- Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal*, por Andrés de la Oliva Santos y José María de la Cuesta Rute, págs. 641 a 659.
- La Audiencia Nacional y el orden contencioso - administrativo*, por Pedro Luis Serrera Contreras, páginas 659 a 673.
- La sentencia judicial, proceso creador del Derecho*, por Ramón Vilar Badía, págs. 673 a 709.

Núm. 4. Año 1977

- Precedentes del error de Derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación (1)*, por Fernando Jiménez Conde, páginas 787 a 851.
- Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, por Manuel Ortells Ramos, págs. 899 a 933.
- La función del Ministerio Público (Fiscal) en el proceso civil*, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 933 a 983.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Enero 1978

- Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal*, por Diego Espín, págs. 1053 a 1063.
- Acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal en el ordenamiento positivo español*, por Jaime Vidal Martínez, págs. 1064 a 1090.

- Matrimonio y concordato*, por A. Castillo, págs. 1091 a 1094.
- La evolución del derecho privado alemán durante el año 1975*, por el profesor Hans Stoll y licenciado Norbert Schroderklings (traducido por J. Santos Briz), págs. 1095 a 1112.

Febrero 1978

- La enajenación de la herencia en el Derecho español*, por Manuel Albadalejo García, págs. 1 a 11.
- Acerca del matrimonio civil*, por Mariano Alonso Pérez, págs. 12 a 35.
- El caso Handyside: una decisión de la corte europea de los derechos del hombre sobre las publicaciones obscenas destinadas a menores de edad*, por Antonio Lorenzo, páginas 36 a 50.

Marzo 1978

- Propiedad horizontal. La responsabilidad del Presidente de la Comunidad de propietarios y del Administrador; sus matices y alcance respectivo*, por Jaime Santos Briz, páginas 123 a 134.
- Duración de los arrendamientos de fincas rústicas*, por José Ariza Galiot, págs. 135 a 150.
- Las cláusulas de renuncia a la defensa previas al juicio*, por Angel Bonet Navarro, págs. 151 a 177.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Marzo-abril 1978

- Política de Urbanismo y del Suelo en los Pactos de la Moncloa*, por Jerónimo Arozamena Sierra, páginas 13 a 47.
- La figura del Plan Especial. Legislación sobre centros históricos*, por Pedro M. Larumbe Biurrun, páginas 47 a 103.

Sobre la comisión de planeamiento y coordinación del área metropolitana de Madrid y su sustitución por una entidad local, por J. L. González-Berenguer Urrutia, páginas 103 a 129.

Mayo-junio 1978

Las sociedades urbanísticas constituidas por entes públicos, por José González Pérez, págs. 13 a 41.

El régimen jurídico privado de las urbanizaciones, por Pedro Avila Alvarez, págs. 41 a 69.

La participación en el planeamiento urbano, por Amalia Lowy Kirschner, María del Carmen Moreno Caballero y María José Medina del Río, págs. 69 a 87.

El régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y su incidencia urbanística, por Juan Garrido-Lestache R., págs. 87 a 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Julio-septiembre 1977

Situación actual, problemática y consecuencias de la adhesión de España a la Comunidad Europea, por Francisco Botella Botella, páginas 11 a 49.

La agricultura española y la Comunidad Económica Europea, por Antonio Fernández González, páginas 49 a 89.

La ampliación hacia el sur de la Comunidad Económica Europea, por Denis Bergman, págs. 89 a 119.

La política agraria comunitaria y los problemas de ampliación de la CEE, por José María Sumpsi Viñas y Carlos Tío Saralegui, páginas 119 a 135.

El impacto regional de nuestra adhesión al Mercado Común Agrícola, por José J. Rodríguez Alcaide, Antonio Titos Moreno y Antonio Moral Núñez, págs. 135 a 159.

El problema de las regiones en la agricultura: el caso italiano, por Giuseppe Barbero, págs. 159 a 173.

La financiación del sector agrario, por Alfonso Font Núñez, págs. 173 a 191.

La adaptación de la política española en materia de reforma de estructuras a las directrices de la Comunidad Económica Europea, por M. Bueno Gómez, págs. 191 a 217.

Octubre-diciembre 1977

La propiedad rústica y la explotación agrícola, por Emilio Romagnoli, págs. 7 a 27.

El estuario del Guadalquivir y su problemática agraria, por Ricardo Grande, págs. 27 a 43.

Algunas consideraciones sobre la valoración agraria y su aplicación al procedimiento expropiatorio, por Miguel Olmeda, págs. 43 a 77.

Período óptimo de entrega de remolacha azucarera en fábrica, por Ramón Alonso Sebastián, págs. 77 a 101.

El sector agrario de la URSS en la actualidad, por Jesús Maroto de las Heras, págs. 101 a 177.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Núm. 197. Enero-marzo 1978

Las corporaciones locales en el Anteproyecto de Constitución, por Sebastián Martín-Retortillo, páginas 9 a 27.

Las carreteras y autopistas de peaje, por Juan Climent Barberá, páginas 27 a 65.

Incidencia de la legislación desamortizadora sobre los Municipios pertenecientes al Partido Judicial de Salamanca, por Angel Sánchez Blanco, págs. 65 a 119.

Núm. 198. Abril-junio 1978

Las colectividades locales y los problemas del suelo vinculados con la urbanización (reflexiones sobre la experiencia francesa), por Frank Moderne, págs. 281 a 301.

El Régimen local de la Primera Restauración, por Juan Luis de Simó Tobalina, págs. 301 a 321.

Las Asociaciones de Vecinos ante el proceso democrático español: Perspectivas de futuro, por Javier María Berriatúa San Sebastián, páginas 321 a 355.

Obras municipales: Procedimiento aprobatorio y financiación, por Vicente Mata Morro, págs. 355 a 389.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 402. Marzo 1978

El Concordato como fuente en el Derecho Civil, por Manuel Gitrama González, págs. 178 a 194.

Graves inconvenientes en la contratación y depósito «genéricos» de valores mobiliarios, por Enrique Valdés Villabella, págs. 194 a 198.

Núm. 403. Abril 1978

El Concordato como fuente en el Derecho Civil, por Manuel Gitrama González, págs. 306 a 323.

La hipoteca simultánea, por Eduardo Menéndez-Valdés Golpe, páginas 323 a 327.

Núm. 404. Mayo 1978

Una lectura del Código de Familia de Cuba, por Teresa Puente Muñoz, págs. 434 a 444.

La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo, por Amalia Montes Reyes, págs. 444 a 460.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Núm. 6. Diciembre 1977

Protección jurídica de la intimidad personal, por Carlos Onecha Santamaría, págs. 539 a 555.

Recientes aspectos juridicointernacionales del conflicto del Sahara, por José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, págs. 555 a 591.

Núm. 1. Enero 1978

Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de Familia, por Tobías Calvo Castillo, págs. 5 a 59.

Sobre el derecho a la difusión de informaciones, por José Menéndez, páginas 59 a 91.

Núm. 2. Febrero 1978

Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de Familia (conclusión), por Tobías Calvo Castillo, págs. 115 a 171.

Consideraciones acerca de los delitos de rapto y detenciones ilegales agravados de sospecha, por Federico Bello Landrove, págs. 171 a 183.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 4. Octubre-diciembre 1977

La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación, por José Manuel Otero Lastres, págs. 759 a 777.

El delito de coacciones en el Código Penal, por Santiago Mir Puig, páginas 777 a 815.

La reforma de los Tribunales y del proceso de trabajo, por Juan Montero Aroca, págs. 815 a 957.

La intervención administrativa sobre la actividad edificatoria y el uso del suelo en el marco de la reforma de la Ley del Suelo, por Roser Revilla Ariet, págs. 857 a 897.

Núm. 1. Enero-marzo 1978

«*Unde cathalanus quasi in Cathalonia stans*» (La condición de catalán en el derecho histórico), por María Encarna Roca I Triás, páginas 7 a 45.

Por una acertada concepción del matrimonio, por Juan José García Failde, págs. 45 a 65.

Los órganos sociales de la cooperativa, por Francisco Vicent Xulia, páginas 65 a 119.

La perspectiva sociológica en la aplicación del derecho, por Ramón Vilar Badía, págs. 119 a 139.

La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo, por Federico Durán López, págs. 139 a 165.