

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LI ○ Julio - Agosto 1975 ○ Núm. 509

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Notas sobre el valor de la Jurisprudencia», por VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN.	797
«La reclamación gubernativa previa al proceso civil frente al Estado», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	875
«Sobre el artículo 1.901 del Código civil y la obligación natural», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	891
«Régimen jurídico de las actuaciones inmobiliarias del I.R.Y.D.A.», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	903

NOTAS:

«Una reforma necesaria: El Título I del Reglamento Hipotecario», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	933
--	-----

VIDA JURIDICA:

Segundo Seminario de Derecho Registral en Puerto Rico. por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	947
---	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

- I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del
Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO
GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO 955
- II. Sentencias del Tribunal Supremo:
 1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI 969
 2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GON-
ZÁLEZ PÉREZ 1004

LIBROS:

«Actos de administración, de disposición y de conservación», de TOMÁS AGUILERA DE LA CIERVA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ...	1011
«Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse», de FRITZ DE STEIGER, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1015
«L'Imprenditore», de FRANCESCO GALCANO, por RICARDO EGEA IBÁÑEZ.	1018
«Participación de España en las comunidades europeas», de J. y A. GARRIGUES, JOSÉ M. ARMERO, MELCHOR DE LAS HERAS, M. VEGA PENICHER, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1023
«El secreto industrial», de JOSÉ ANTONIO GÓMEZ SEGADÉ, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1026
«El apoderamiento ilícito de aeronaves», de ENRIQUE MAPELLI, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1030
«El sistema de medidas cautelares», IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1033
«La doble venta a través de la Jurisprudencia civil», de A. MOLINA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1036
«La desamortización española del siglo XIX», de FRANCISCO SIMÓN SEGURA, por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ	1039

ESTUDIOS

Notas sobre el valor de la Jurisprudencia

(en el Título preliminar del Código Civil)

SUMARIO: Introducción.—1. La falta de interés por el Proyecto del Título Preliminar del Código civil.—2. El texto articulado y el Anteproyecto de Ley de Bases.—La discutida inconstitucionalidad del Anteproyecto.—4. «El principio de separación de los poderes estatales» en la discusión parlamentaria.—5. Leyes de Bases y Leyes articuladas.—6. Los textos prelegislativos y legislativos; la palabra «cierta» y sus múltiples acepciones.—7. La acepción admitida en el Título Preliminar del Código civil.—8. La fallida conexión entre el Título Preliminar del Código civil y el Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia.—9. «Jurisprudencia» y «doctrina legal».—10. La inconstitucionalidad parcial interna del Título Preliminar del Código civil.—11. Sobre el concepto de doctrina legal.—12. Caracteres de la doctrina legal.—13. La posible influencia de la jurisprudencia de las Salas I y VI del Tribunal Supremo sobre los Tribunales penales (génesis del conflicto en las Cortes).—14. La doctrina, contraria a la influencia vinculante de la jurisprudencia en lo penal y procesal penal.—15. La Ley de Reforma de la casación de 1933.—16. La «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia y la casación penal en causas de muerte.—17. La «cierta trascendencia normativa» y la congruencia en la casación.—18. La «cierta trascendencia normativa» y los documentos auténticos en casación.—19. La «cierta trascendencia normativa» y el recurso de casación en interés de la Ley.—20. La diferencia entre las sentencias civiles y penales.—21. La diferencia entre la cosa juzgada civil y la penal.—22. Las «máximas de la experiencia» en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—23. La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo antes y después de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil.—Colofón.

(*) Comunicación a las Jornadas de Derecho Civil (Facultad de Derecho de Zaragoza, abril de 1975).

SIGLAS

ADA: «Anuario de Derecho Aragonés».
 ADC: «Anuario de Derecho Civil».
 LBOJ: «Ley de Bases Orgánica de la Justicia».
 LOE: «Ley Orgánica del Estado».
 LOPJ: «Ley Orgánica del Poder Judicial».
 MF: «Ministerio Fiscal».
 NEJS: «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix».
 RAP: «Revista de Administración Pública».
 Rev. Der. Jud.: «Revista de Derecho Judicial».
 Rev. Der. Priv.: «Revista de Derecho Privado».
 RGLS: «Revista General de Legislación y Jurisprudencia».
 T. S.: «Tribunal Supremo».

INTRODUCCION

La promulgación y entrada en vigor del nuevo Título Preliminar del Código civil en su texto articulado (Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo), como es natural, ha atraído la atención de los juristas, y entre ellos no debemos quedarnos indiferentes los especialistas en Derecho procesal.

En efecto, entre los múltiples problemas de esta índole que produce —y en ocasiones no resuelve— se halla tanto el de la constitucionalidad general de sus normas—la inconstitucionalidad, hoy día imposible de combatir en España por medio de un proceso, y ello es suficiente para que nos fijemos en ella—, como el de la propia entidad y ámbito de las fuentes del Derecho, con la famosa incógnita del valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin descuidar tampoco alguna cuestión de índole técnico-legislativa, que a los procesalistas también atañe, aun en el caso de que no hubiera sido abordada en la discusión del Anteproyecto (Anteproyectos) en la Comisión de Justicia de las Cortes.

Invitados a participar en las Jornadas sobre este Título Preliminar del Código civil, que se celebraron en la Facultad de Derecho de Zaragoza durante los días 23 al 26 de mayo de 1975, aportamos una comunicación sobre «el valor de la jurisprudencia», pero por razones de tiempo y del deber de no abusar de la paciencia del auditorio hubimos de recortarla ampliamente, suprimiendo mucho material del que teníamos preparado; aquí hallamos ocasión de publicar esta comunicación completa, después de haber tratado dicho material y desechado no poca parte del mismo—en especial sobre nuestra propia aportación personal, de la que no nos hallamos satisfechos.

No es todo lo frecuente que sería de desear que los autores acudan

al examen de las discusiones parlamentarias de los anteproyectos o proyectos de leyes a fines de información y crítica, ya que estos materiales son de enorme valor para poder fijar el pensamiento de prelegisladores y legisladores y nos dan a ver—en algunas ocasiones con notable claridad, en otras con tremenda oscuridad—cuál era el alcance de su pensamiento, que aunque no tenga «vigor», en sentido legal de la expresión, siempre es de importancia, así como conocer la personalidad «jurídica» de quien propuso tal o cual enmienda, de quien la defendió o apoyó y de los miembros de la Comisión que la aceptaron o se opusieron, ya que de su ciencia jurídica—que, repetimos, en muchas ocasiones queda muy clara en cuanto a su amplitud y profundidad—ha dependido el texto legal.

Por ello no podemos dejar de comenzar esta comunicación sin alusiones previas al *iter* legislativo seguido hasta el 31 de mayo de 1974 por ese Anteproyecto, primero de Bases y luego Proyecto de Ley (?) articulado, que es el Título Preliminar del Código civil, «visto» este *iter* por los propios Procuradores en Cortes y a través de su *Diario de Sesiones*, al cual apostillaremos cuando lo tengamos por conveniente y oportuno.

1. Prescindiendo de rumores públicos corridos entre juristas—estos rumores necesarios cuando se nos priva de la información oficial oportuna—, algo sobre la larga gestación—más bien *hibernación*—del Anteproyecto de Ley de Bases del Título Preliminar del Código civil llega a nuestro conocimiento a través del Procurador ESPERABÉ DE ARTEAGA, en su oración del 14 de marzo de 1973, en la sesión del Pleno de las Cortes (discusión de enmiendas) (1):

«El Proyecto, que dictaminado se somete ahora a vuestra consideración—decía—, se envió por el Gobierno a las Cortes el 20 de octubre de 1966, o sea, hace dos legislaturas. Inserto en el *Boletín de la Cámara* del 25 del mismo mes, se nombró una ponencia para informarlo, integrada por don MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, don PÍO CABANILLAS GALLAS, don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, don RAIMUNDO FERNÁNDEZ CUESTA, don JOSÉ POVEDA MURCIA y don CARLOS TRÍAS BERTRAND. Al Proyecto se presentaron siete enmiendas, de las cuales las de los señores TRÍAS BERTRAND, HUERTA FERRER, VILLEGAS GIRÓN y RIVAS GUADILLA fueron a la totalidad. En 27 de noviembre de 1966, la ponencia comunicó a la Presidencia de las Cortes su criterio favorable

(1) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 14 de marzo de 1973. Sesión del Pleno, pág. 13.

a aceptar estas enmiendas y, por tanto, a devolver el Proyecto al Gobierno, y dada cuenta oficiosa a éste, el Ministro de Justicia manifestó su deseo de que se suspendiera la tramitación. De ahí que este Proyecto de Ley de Bases se haya mantenido en hibernación en esta Cámara durante más de siete años. Y si bien no se nos oculta que esta figura es reglamentaria, porque el Gobierno, que no viene obligado a retirar un Proyecto, puede dejarlo sestejar con sólo oponerse a que se incluya en el orden del día de la Comisión que ha de conocer de él, lo que es evidente, y esto no puede pasar inadvertido a un observador imparcial, es que un Proyecto así ni es, ni puede ser, un Proyecto de Ley urgente, al extremo de que haya que anteponerlo a otras reformas del propio Código.»

Este extraño fenómeno de la «hibernación prelegislativa» (!)—que no es único actualmente—pudiera tener una de sus razones en algo que anteriormente había expresado el Procurador ROSÓN PÉREZ en la discusión—Comisión de Justicia—del citado Proyecto:

«Sobre todo, a la reforma *le falta la asistencia de la opinión* (2). Al pueblo le tiene absolutamente sin cuidado lo que estamos haciendo aquí en estos momentos. Y la prueba de que le tiene sin cuidado es que este Proyecto ha estado durmiendo seis años, como decía el señor DÍAZ LLANOS, sin que nadie se inquietase (3). A la opinión—que no gusta de reformas parciales—le preocupa más la reforma y actualización del Código civil, cuya modificación sí urge. Por ejemplo, el Derecho de familia, el Libro de Obligaciones, los Estatutos que regulan las propiedades especiales y esa enorme legislación civil dispersa que había de traer la codificación.

Pero no es que falte sólo la asistencia de la opinión y que al pueblo le tenga sin cuidado todo esto; es que, además, la reforma es inoportuna, porque estamos viviendo una época de transición, una época confusa e intranquila (cada día, desgraciadamente, más

(2) La cursiva es nuestra.

(3) Yerra el señor ROSÓN PÉREZ posiblemente por falta de contacto con esa «opinión» (al menos, la de los juristas); muchos nos preocupábamos por el Proyecto y esperábamos que, dados sus graves defectos, nunca llegase a salir de esa «hibernación».

intranquila y más confusa), una época poco estable para hacer una reforma que por su propia naturaleza nace para ser firme y para ser estable» (4).

Pero no todos estaban de acuerdo, y así el Procurador MADRID DEL CACHO, en la misma sesión de la Comisión de Justicia, profería estas asombrosas palabras:

«...y es que de la reforma del Título Preliminar del Código civil no tiene que ocuparse *nadie* de modo concreto ni abstracto porque le interesa al Derecho, *no al buen pueblo* (5). Esto es cosa de que nos preocupemos los juristas» (6).

Si la responsabilidad de estas gravísimas y peyorativas palabras recae sobre quien las pronunció, no podemos por menos de preguntarnos aquí quién nombró o eligió y a quién representaba el referido preopinante. Pues si fue elegido por «el buen pueblo» y éste no se interesa (o no le interesa) por la reforma del Título Preliminar del Código civil—casi Ley Fundamental—siendo su mandatario, debió dimitir apenas pronunciadas tales palabras si con ellas representaba la opinión del «buen pueblo» (entre el cual estoy yo, que me considero antes ciudadano que jurista, y que sin compartir la opinión de MADRID, la repudio objetiva y profundamente).

2. Mas prescindiendo de estas no futesas, sino gravísimas afirmaciones, tornemos al examen del *iter* legislativo seguido en cuanto al ya vigente Título Preliminar del Código civil.

Se observó en su redacción una también muy grave irregularidad—la de comenzar la casa por el tejado—y fue puesta de manifiesto de modo bien rotundo por algunos Procuradores en la discusión del Anteproyecto de Ley de Bases.

(4) Cfr. el «Diario de las Sesiones de Comisiones» del *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, página 19.

Y continuaba dicho Procurador:

«...el proyecto del Gobierno era un cheque en blanco y el informe de la ponencia, que es un documento brillante, con más técnica que imaginación, puede ocurrir que también malogre esa meta» (*Bol. últ. cit.*, pág. 19).

(La meta, al parecer, era la propuesta por el Profesor FEDERICO DE CASTRO: «Que la Hispanidad se refleje en un Derecho civil hispánico común».)

No hacemos comentarios.

(5) La cursiva es nuestra

(6) Cfr. el *Diario de las Sesiones de Comisiones*. Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, pág. 22.

La irregularidad consistía, nada menos, *en que se había elaborado un texto articulado antes que un texto de Ley de Bases.*

Concretamente, sobre este punto dijo el Procurador SANZ ORRIO:

«Claro, era de suponer que cuando se comprometía el Proyecto del Gobierno a publicar en el plazo de seis meses una Ley articulada, *era porque esa Ley articulada estaba ya hecha*, y como todo lo demás se va ya deduciendo, se cae por su propio peso...» (7) (8).

Y reiteraba el Procurador BAU CARPI:

«No se dio respuesta a mi pregunta—si mi información era cierta, la Comisión General de Codificación *tenía muy avanzados los estudios del texto articulado* (9)—¿por qué se hurtó al conocimiento de estas Cortes el texto articulado, lo cual hubiera evitado el debate y muchas enmiendas a la totalidad?» (10).

Y seguía:

«...¿Por qué no se da una información amplia de los trabajos, que me consta tienen rigor, seriedad y base jurídica, de la Comisión de Codificación?» (11).

(La misma pregunta estuvimos haciéndonos los juristas españoles no pertenecientes a esa Comisión durante años. Y sin poder darnos contestación. Y debemos añadir que no por el hecho de «venir» los Proyectos de la Comisión General de Codificación tienen que ser necesariamente impecables. Cfr. lo que hemos escrito públicamente sobre uno de ellos—cierto es que se trataba de obra de un «grupo» de tal Comisión—) (12).

(7) Como en casos anteriores, la cursiva es nuestra.

(8) Cfr. el mismo *Diario de las Sesiones de Comisiones*. Comisión de Justicia, Sesión del 15 de noviembre de 1972, ap. núm. 87, pág. 87.

(9) La cursiva es nuestra

(10) Cfr. el *Diario de Sesiones* últ. cit., pág. 18.

(11) Cfr. *Diario de Sesiones*, cit., pág. 18

(12) Aludimos a una lamentable «Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del libro I del Código penal», publicada en el número 11 de los *Cuadernos Informativos* del Gabinete de Estudios de la Comisión General de Codificación, que criticamos como se merecía en un librito nuestro titulado *Meditaciones sobre* . (sigue el largo título del Anteproyecto), publicado en Valencia, 1973, por la Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de su Universidad, *passim*. Y es que el hecho de ser miembro de la Comisión General de Codificación no significa, ni mucho menos, patente de infalibilidad. Creemos haberlo demostrado ampliamente en nuestros trabajos críticos—informes evacuados en nombre de la Universidad de Valencia, a petición del Ministerio de

Pero *nihil novum sub iove*. Cosa análoga sucedió con el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de Justicia. Según se decía, concretamente, en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 33, de 1 de abril de 1969, página 14: «El sistema de trabajo que se emplea comienza con la redacción de un texto articulado completo para inducir del mismo las bases en que se apoya» (13). Huelgan comentarios sobre tal método (?) de trabajo para elaborar una Ley de Bases.

3. Otro punto de gran interés hemos de destacar en cuanto a la discusión del Anteproyecto de Bases en la Comisión de Justicia: el de la imputación que se hizo al mismo de ser *inconstitucional*.

Así, el Procurador PÉREZ OLEA, en una enmienda a la totalidad, se oponía a que se transformase el Anteproyecto en Ley de Bases, porque «la redacción del Proyecto inicial era extremadamente defectuosa y constituía en muchos casos una autorización en blanco al Gobierno, lo cual hacía de la Ley de Bases algo más que una Ley de Bases: una pura deslegalización casi de la materia» (14).

Y continuando su argumentación decía:

«En tercer lugar, porque el Proyecto de la ponencia tiene muy poco que ver con el que apareció en su día en el *Boletín de las Cortes Españolas*. Estamos en estos momentos, señores, discutiendo algo que no se ha publicado ni de lejos en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*. Y si yo comprendo perfectamente que para la ponencia era extremadamente difícil—y *a mi modo de ver, hasta inconstitucional* (15)—promover un sistema de revisión por las Cortes de una Ley de Bases elaborada por el Gobierno, como en algún momento se pudo pensar, no me parece menos grave que creemos el precedente de que a través de las modificaciones sustanciales adoptadas por una ponencia vayamos aprobando normas en estas Cortes cuyos Proyectos no hayan sido conocidos de hecho con la antelación suficiente por el resto de los señores Procuradores» (16). Pro-

Justicia—: *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases del Código procesal civil de 1966, Presente y futuro del proceso penal español e Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia*, publicados en Valencia, por la Secretaría de Publicaciones de la Universidad, en 1966, 1967 y 1969, respectivamente.

(13) La cita la tomamos de PRIETO CASTRO: *Estado actual y perspectiva de la legislación para la administración de justicia*. Comunicación a la VII Reunión Anual de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, Palma de Mallorca, 1971 (publ. del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, 1971, pág. 46).

(14) Cfr. el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Apéndice, «Diario de Sesiones de las Comisiones». Comisión de Justicia, Sesión del 14 de noviembre de 1972, pág. 5, col. 1.^a

(15) La cursiva es nuestra.

(16) Cfr. el *Boletín Oficial* últ. cit., pág. 6.

ponía la reforma del Título Preliminar del Código civil y del mismo Código civil «por las vías constitucionales propias de una reforma, que son la redacción y la aprobación final del Proyecto por el órgano legislativo que, de acuerdo con nuestra Constitución, tiene competencia para ello» (17).

Defendiendo otra enmienda a la totalidad, el Procurador SANZ ORRIO decía que «...ese Proyecto (el del Gobierno) *infringía el orden constitucional*, el funcionamiento de las Cortes, puesto que las suplantaba o sustituía por la acción exclusiva del Gobierno, incluso más bien de la Comisión de Codificación, sin que para ello hubiera ninguna razón, porque se aludía al precedente del Código civil...» (18).

Más lejos iba MARTÍNEZ FUERTES:

«Afirmo—dijo—de manera contundente que *la seguridad jurídica del país*, empezando por el propio Estado, queda afectada si se reforma el Título Preliminar según el Proyecto...» (19).

Teniendo en cuenta que:

«...el Título Preliminar del Código civil es el de mayor rango después de las Leyes Fundamentales» (20).

Otro Procurador, DÍAZ-LLANOS LECUONA, dijo, a su vez, lo que textualmente sigue—y es de la mayor gravedad—:

«Ante todo, señores Procuradores, he denunciado que el Proyecto que aquí se discute, que es el del Gobierno, *infringe la Ley Orgánica del Estado*. En primer término, porque no hay una autorización expresa, y el artículo 51 de nuestra Ley Constitucional exige de una manera clara, precisa y terminante que la autorización de las Cortes sea expresa. La ponencia, a fuerza de ser técnica en Derecho, tiene que reconocerlo, *al decir textualmente que no es constitucional*, y añadido, para contestar a la extrañeza de uno de los señores ponentes, que dicho calificativo, línea veintiséis, página cinco, se contiene en su informe» (21).

(17) Cfr. el *Boletín Oficial* últ. cit., pág. 6.

(18) Cfr. *Diario de las Sesiones de Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión del 14 de noviembre de 1972, pág. 7.

(19) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 13. La cursiva es nuestra.

(20) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 13.

(21) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 16. La cursiva es nuestra.

Y añadía:

«Segunda denuncia: *infringe asimismo la Ley Fundamental*. Se concede autorización a la Comisión General de Codificación y no al Gobierno. Las Cortes no pueden delegar, porque se lo impide la mencionada Ley Orgánica y porque se halla vedado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en favor de un órgano distinto del Gobierno o el Consejo de Ministros. Y éste es el defecto que ha enviado el Gobierno a las Cortes para que éstas otorguen autorización genérica a un órgano distinto del que está permitido en la Ley Orgánica, que tiene que obligar a todos por igual» (22).

(DÍAZ-LLANOS proponía una enmienda según la cual, y en su artículo 2.º, se diría que «el Anteproyecto se redactará por la Comisión General de Codificación, oyendo en los términos que crea más expeditivos y fructuosos a los órganos representativos de la Abogacía española, a las Facultades de Derecho y a los juristas eminentes, introduciendo, por último, el Gobierno las modificaciones que crea necesarias o convenientes») (23).

Más adelante imputaremos también nosotros inconstitucionalidad al Anteproyecto de Ley, pero no por razones del *processus* legislativo seguido, sino por razón de su propio contenido.

4. Otro hecho curioso: algunos Procuradores «olvidan» en sus intervenciones que nos hallamos oficialmente en un «Estado de unidad de poder y división de funciones», y tornaron a referirse—y sus referencias, si bien producto de un «olvido» (?), son acertadas—al principio político de «división de poderes estatales», muestra ello del vigor que conserva esta doctrina.

Así, el Procurador PADRÓN QUEVEDO decía:

«...La Comisión y el Proyecto, que el *poder ejecutivo* y el *poder legislativo* están completamente de acuerdo...» (24).

Y otro (CLAUMARCHIRANT) se explicaba, a su vez, así:

«...entiendo que si se aprueba una enmienda a la totalidad o se rechaza, no implica ninguna lucha entre el *poder ejecutivo* y el *legislativo*; es otra forma de colaboración (25). El poder

(22) Cfr. el *Diario* últ. cit., pág. 17. La cursiva es nuestra.

(23) Cfr. *Diario*, cit., pág. 2.

(24) Cfr. *Diario*, cit., Sesión de 15 de noviembre de 1972, págs. 6 y 7.

(25) Y muy curiosa, añadimos nosotros.

legislativo colabora rechazando un Proyecto, aceptándolo sin enmiendas o enmendándolo. Nadie tiene que rasgarse las vestiduras: *ni el poder ejecutivo ni el legislativo*» (26).

Estas expresiones indican el conflicto que los propios Procuradores se buscan al intentar acudir a la nueva doctrina del «Estado con unidad de poder y división de funciones», en relación con aquella doctrina de la «división de poderes estatales» (27).

(26) Cfr. *Diario*, cit., pág. 17.

(27) Decía en 1968 el entonces Ministro de Justicia, ORIOL Y URQUIJO (cfr. *El plan de reforma de la justicia y su estado actual*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 26):

«En la Ley Orgánica del Poder Judicial, la proclamación de ese principio (se refería al de la independencia judicial) se formalizó con la expresión 'poder judicial', en adecuado desenvolvimiento de la teoría de división de poderes a que correspondía, por definición, la independencia de cada uno respecto de los demás. Hoy, el principio, como *tal principio y realidad inexcusable*, se mantiene, aunque el planteamiento de MONTESQUIEU haya evolucionado hacia el poder del Estado único con diferenciación de funciones, en que los órganos a quienes se atribuyan toman de la unidad poder la parte que les es necesaria para su adecuado cumplimiento, que así lo realizan con toda independencia al no tener necesidad de impetrar ayudas para la imposición de sus mandatos.»

Responden estas palabras al hecho de que la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 consagró el principio de «unidad de poder y coordinación de funciones», a cargo estas últimas del Jefe del Estado—aun cuando él mismo, en su discurso de presentación del futuro texto legal, discurso pronunciado ante las Cortes el 22 de noviembre de 1966, se refiriese a un «justo poder ejecutivo»—, y, en particular, al texto del artículo 31 de la misma, que (inspirado parcialmente en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870) reza así:

«La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia.»

(Nótese aquí la desaparición de la acertada palabra «potestad», utilizada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y sobre ello, nuestro trabajo «La potestad jurisdiccional», en *Rev. Der. Jud.*, núms. 51-52, Madrid, julio-diciembre de 1972, páginas 45 y sigs., *passim*. Esta expresión torna a aparecer en la «Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, base I, núm. 2.)

De esta Ley Orgánica de la Justicia se ha dicho que «consagra por primera vez en las Leyes Fundamentales el principio de unidad de poder y coordinación de funciones. El poder se corresponde con la soberanía, que es una e indivisible. Las funciones coordinadas responden a lo que en la doctrina tradicional se denomina 'división de poderes' y la doctrina constitucional actual ha sustituido por coordinación de funciones: legislativa, ejecutiva y judicial»

La «jurisdicción no es poder distinto de los otros poderes del Estado, porque propiamente en una sociedad política no puede haber más que un poder único, como el sujeto a que pertenece, si bien el poder se diversifica en varias funciones que encarnan en órganos independientes entre sí» (cfr. HIJAS PALACIOS: «Pasado, presente y futuro de la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, números 43-44, pág. 414).

(Nótese el «paso» de un «poder único» a «funciones diversas», saltando por encima del fundamental concepto de «potestad».)

La desaparición en la Ley Orgánica del Estado de 1967 de un elemento en la definición legal de jurisdicción—para nosotros es la potestad como una especie de

5. Y tornemos, una vez más, al *iter* legislativo de nuestras Leyes extensas. En favor de las «Leyes de Bases», y contra las «Leyes articuladas», a someter al Parlamento se pronunciaba, siempre con motivo de la discusión del Anteproyecto de Ley de Bases del Título Preliminar del Código civil, el Procurador ANGULO MONTES, así:

poder jurídico—se puso de manifiesto por el entonces Presidente del Tribunal Supremo (y más tarde Ministro de Justicia), RUIZ-JARABO BAQUERO:

«El hecho—decía—de que la Ley Orgánica del Estado hable de justicia y no de poder o que proclame que el sistema institucional del Estado responde al principio de la unidad de poder y coordinación de funciones, no implica que haya querido proscribir la expresión poder para aplicarla a la administración de justicia» (cfr. dicho autor: *La administración de justicia en la sociedad española de nuestro tiempo*, discurso de apertura de los Tribunales, Madrid, 1971, págs. 12 y sigs.).

Otra protesta: «Ha sido lamentable—se dijo por SOTO NIETO—que en disposiciones promulgadas con posterioridad (a la Ley Orgánica del Estado) se haya sustituido la rotulación 'poder judicial' por la de 'administración de justicia'; es cierto, como se ha dicho, que el nombre no tiene por sí solo la virtud de hacer a la cosa, pero no cabe duda que la reiteración y el mantenimiento de esta denominación de dignidad mantendría más viva una constante de enderezamiento hacia su efectivización en el cúmulo de disposiciones en que se traduce la reglamentación estructural del orden de la justicia. La 'burocratización' del poder puede ofrecerse como un medio indirecto de despojo de prerrogativas» (cfr. SOTO NIETO: «Independencia del poder judicial: sus bases en la Ley Orgánica de 1870», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núm. 42, pág. 122).

[Por nuestra parte, hemos criticado tanto al examinar e informar sobre el «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia» (cfr. nuestro *Informe*, citado, págs. 82 y sigs.), como al hacerlo con la base I de la Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 (cfr. nuestro trabajo «Comentario crítico de la base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», en *RDPrIber.*, I, 1974, págs. 39 y sigs.), la utilización de la expresión «justicia» de un modo providencialista y triunfalista, posiblemente derivado de la doctrina de los «carismas» (?).]

Volviendo al tema, es muy significativo que los tres evidentes sostenedores de la «doctrina de unidad de poder y coordinación de funciones» (esto es, HIJAS PALACIOS, RUIZ-JARABO y SOTO NIETO) no desahucien la expresión «poder judicial». Y también el hecho de que esta doctrina siga dando lugar a confusiones con la del «poder judicial» (?).

(Que no está, ni mucho menos, periclitada, como anuncian personajes de dudoso agüero, y así, por ejemplo, dice SAINZ DE TRÁPAGA: «La justicia es una función (no lo es, decimos nosotros). No me corresponde a mí ponderar la situación que en el moderno Estado de Derecho le corresponda. Pero quizá la característica más acusada del Estado de Derecho occidental es el predominante papel que corresponde al poder judicial» (cfr. su «Discurso», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, números 43-44, pág. 260). Y también, por ejemplo, MORENO MOCHOLÍ, con las expresiones «poder judicial» y «función judicial», en su trabajo «Semblanza de la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la Ciencia y de la Historia», en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núms. 43-44, págs. 218 y sigs.)

Cierto es que se ha dicho del poder judicial: «Es una mera etiqueta» (cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Poder judicial o independencia judicial*, discurso de apertura de los Tribunales de 1951, Madrid, 1951, pág. 253), y que contra su existencia como tal se han alegado argumentos y exigencias, que, al máximo, pueden ser resumidos así:

«...alguna vez puede que efectivamente venga a la Cámara la reforma de nuestras Leyes procesales, civiles y penales y la Ley Orgánica de la Administración de la Justicia, que la primera vez que se reunió esta Comisión en la anterior legislatura, por boca

1) En nuestras Constituciones—hasta la de 1869—se ha consignado siempre el principio de que la justicia se administra en nombre del Rey (GÓMEZ DE LA SERNA: «Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones y deberes de los que lo ejercen», discurso de apertura de Tribunales de 1869, en *RGLJ*, 1869, t. 35, págs. 154 y sigs.); salvo en el pastel conocido por el nombre de «Estatuto Real».

2) Era el Rey quien nombraba a los Jueces y Magistrados (cfr. también GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.* El también rebatía este argumento—anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870—en el mismo lugar, pág. 155).

3) Para que fuera tal poder precisaría:

A) Atribuir a sus órganos la función jurisdiccional o concesión de la facultad de amparo y garantía de los derechos de los ciudadanos frente a todo poder. (Esta omisión subsiste y de ella hemos tratado, en cuanto al «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», en nuestro *Informe*, cit. en nota núm. 12, páginas 64 y sigs.; subsiste en la misma Ley Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, por lo que a ella es aplicable nuestra argumentación citada; pero hay un resquicio de esperanza en el Anteproyecto de Base 22 del procesal penal, aprobado en julio de 1970 por la Comisión General de Codificación en Pleno Cfr. sobre este punto nuestros trabajos «Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre», en *ADA*, XIV (1968-69, pero publ. en 1971), *passim*, y «La defensa del derecho de libertad personal en la Historia y en la actualidad españolas», en *RAP*, núm. 69, 1972, págs. 9 y sigs., *passim*.)

B) Atribuir a dichos órganos la resolución de los conflictos jurisdiccionales entre los diversos poderes del Estado.

C) Concesión del derecho de voz para ser oídos antes de la promulgación de las Leyes, al efecto de aportar las enseñanzas que se deriven de la experiencia (todo lo contrario ha ocurrido con los Anteproyectos y Proyectos del Título Preliminar del Código civil).

D) Atribución a los propios órganos, en las jerarquías más elevadas, de la representación judicial, ampliando la intervención de los mismos en los ascensos de los funcionarios de la carrera mediante la calificación de aptitud, etc. (el discutido «autogobierno»).

E) Exigir la supresión de las jurisdicciones especiales, con excepción de aquellas impuestas por la necesidad, por la esfera en que se ejercen o por el poder espiritual de que emanen (la Ley Orgánica de la Justicia ha institucionalizado jurisdicciones especiales bajo el eufemismo, que a nadie engaña, de «Tribunal Central de lo Penal», amén de conservarse las jurisdicciones bélica y eclesiástica—ésta dudosa por carecer de alguno de los elementos esenciales para ser tal jurisdicción—).

F) Regulación, con un criterio de sano rigor, de la independencia, inamovilidad y responsabilidad.

G) Y rigurosa selección del personal judicial con instituciones complementarias de capacitación (cfr. GALLEGO MARTÍNEZ: *Organización de Tribunales*, Madrid, 1944, pág. 13).

A esta argumentación hay que añadir la deducida del examen de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que «no podía ser íntegramente una Ley organizadora de un cuerpo judicial ni, por tanto, de una función puesta al abrigo de toda injerencia y mediatización por parte del poder ejecutivo (y de la política dominante), lo que nos lleva a la afirmación de que su título, «Ley del Poder Judicial, fue impropio y no debía inducir a confusiones, demostrando la exactitud de este aserto cierto número de disposiciones de ella» (cfr. PRIETO

del ilustrísimo señor Director General de Justicia, se nos ofreció que vendrían en tres o cuatro meses. Han pasado cinco o seis

CASTRO, arg. en *El autogobierno de la Magistratura*, ponencia a la VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Madrid, 1970, pág. 5).

Frente a tal argumentación, otra, coetánea a la LOPJ y también actual, defiende la existencia de un «Poder Judicial» (con mayúsculas).

Así, decía GÓMEZ DE LA SERNA en un estado de cosas anterior a la LOPJ, mas bajo el imperio de la Constitución de 1869:

«Y que constituimos un verdadero poder y no meramente un orden de funcionarios públicos para aplicar Leyes determinadas está una y otra vez consignado en nuestra Ley Fundamental. En ella se coloca entre los poderes el judicial, se establece que los Tribunales lo ejerzan y que 'a ellos corresponde exclusivamente' la potestad de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales: 'poder, potestad', exclusivamente palabras, que cada una de por sí bastan para dar idea completa de la extensión e índole de nuestras funciones y que rechazan toda participación del poder ejecutivo en las atribuciones del poder judicial» (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: «Del poder judicial», discurso de apertura de los Tribunales, septiembre de 1869, en *RGLJ*, 1869, t. 35, pág. 150).

Que se trataba de un verdadero poder, lo deducía el mismo GÓMEZ DE LA SERNA (entonces Presidente del Tribunal Supremo) de que «no puede admitir ciegamente todos los actos que provienen del ejecutivo» (pág. 151). «Se constituye en Juez de hecho del mismo en lo que tiene de invasor, en lo que usurpa sus funciones, no por medidas generales, porque su índole lo repugna, sino en los casos concretos que a su competencia se sujetan» (págs. 151 y sigs.); por el «deber que tiene el poder judicial de defender su competencia y de resistir las invasiones del ejecutivo, que se halla expresamente consignado en la Constitución de la Monarquía, al establecer que los Tribunales no apliquen los Reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto sean conformes con las Leyes» (pág. 152).

Y por otra razón—y ésta es fortísima—: por la existencia de la cosa juzgada.

«Ante ella caen todos los poderes; la última palabra ha de ser pronunciada por el judicial; ni los Parlamentos ni el poder ejecutivo alcanzan a alterarla; está sobre todo. Sería necesario destruir un principio de justicia universal para negar esa fuerza a lo juzgado: los pueblos cultos colocarían entre los no civilizados al que consignara en sus Leyes que el poder ejecutivo pudiera anular, corregir o reformar los fallos de los Tribunales: dirían, y con razón, que esta atribución escandalosa minaba los principios sociales y que era la proclamación de las más absurda de las tiranías. Si, pues, el poder ejecutivo y su más alta expresión, el Rey y sus Ministros, cualesquiera que sean sus opiniones respecto a la justicia o injusticia de los fallos, tienen no sólo que respetarlos, sino coadyuvar necesaria e indeclinablemente a su ejecución, sin poderla resistir ni demorar, o si los desaciertos de los que juzgan sólo admiten reparación ante sus respectivos superiores jerárquicos en el orden judicial, ¿cómo puede decirse que la institución judicial no es un poder verdadero, sino una manifestación del ejecutivo? No: la institución que tiene existencia propia; que ejerce funciones propias que ningún otro poder puede usurpar; que concentra en sí misma todo lo necesario para el cumplimiento de su misión profundamente social; que no tiene en el poder ejecutivo superior jerárquico alguno; que, por el contrario, es superior a él en cuanto a los juicios se refiere; que no responde de sus actos ante la Administración; que decide soberanamente las cuestiones que entre el Estado y los particulares se suscitan; que pronuncia las ejecutorias en las causas criminales, ejecutorias inalterables, por más que consideraciones de otro orden, que no es el de la justicia, den al Rey la facultad de mitigar su rigor arreglándose a las Leyes, y que juzga en ocasiones dadas los actos de política cuando se trata de su aplicación en un juicio, es un poder independiente de otros poderes. Aunque la Constitución no lo dijera, la lógica supliría su silencio; ante la realidad de las cosas poco significa el artificio

años sin que dicha promesa se haya cumplido, pero alguna vez tendrán que venir esos Proyectos de reforma de nuestras Leyes

con que algunas Leyes evitan la proclamación de las doctrinas en que se fundan» (páginas 153 y sigs.).

Y en el mismo sentido decía MONTERO RÍOS poco después:

«No había sido un verdadero poder del Estado. Desde hoy más, tendrá una estabilidad completa. Gozará de una inamovilidad bastante para permitirle funcionar libremente. Scrá, en fin, un verdadero poder del Estado, que llevará en sí mismo la razón y los medios de su existencia» (cfr. MONTERO RÍOS: «Breves indicaciones acerca de las nuevas Leyes relativas al Derecho penal y organización del poder judicial», discurso de apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1870, en *RGLJ*, 1870, t. 37, pág. 249).

Otra cosa—lamentable—es que si «la Ley Orgánica de 1870, al denominarse precisamente del Poder Judicial, ya dijo mucho, si bien los hechos no fuesen tan allá... Posteriormente, si la idea parece abandonada, más bien lo ha sido en palabras no dichas, que en hechos...» (cfr. MORENO MOCHOLI: «Semblanza de la Ley Orgánica», cit. en *Rev. Der. Jud.*, 1970, núms. 43-44, págs. 218 y sigs.). Mas no han sido solamente «dichos», sino también «hechos», «y han sido principalmente miembros de esta Magistratura los que han denunciado la vulneración sistemática, durante un dilatado lapso de tiempo, de la LOPJ, poniendo en evidencia que ciertos actos de la potestad reglamentaria conspiraron abiertamente contra sus principios...» (cfr. PRIETO CASTRO: *El autogobierno*, cit., pág. 6).

«El poder ejecutivo encontró facilidades para infringir la LO con ocasión de proceder a 'formular y aprobar los diferentes reglamentos necesarios para la aplicación de esta Ley', según ordena su disposición transitoria 1.ª 4.ª» (cfr. *ob. ult. cit.*, página 6, nota núm. 6. Cita entre aquellos Magistrados a DE LA PLAZA, GARCÍA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ DÍAZ, CONDE PUMPIDO, etc.).

Si así se afirma la existencia de un «poder judicial»—lo que se les «deslizó» a los Procuradores PADRÓN QUEVEDO y CLAMARCHIRANT en la Sesión de la Comisión de Justicia de las Cortes del 15 de noviembre de 1972—, no menos se manifiestan públicamente—Cátedra, Magistratura—opiniones en favor del principio de división de poderes.

«Parece—dice MARTÍNEZ CALCERRADA—que en la actualidad persiste la fundamentación ocasionante de la trilogía: poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial; esto no sólo porque la esencia de sus respectivas actuaciones resulta diferenciada, sino porque, con más o menos intensidad, en todas las organizaciones políticas comunitarias se prevé una ordenación atinente con aquella configuración. Que luego en su 'praxis' acarezca una maximalidad en la incidencia del ejecutivo mediante la inflación operatoria de la Administración Pública, que, como en el fenómeno disgregador y mutilante del Derecho privado, invada esferas secularmente atribuidas a otros poderes, en otro aspecto que en nada desvirtúa aquella realidad: sin erigir un amago de justificante cabe atenuar la censura meramente desde el punto de vista de que el poder que 'administra' la cosa pública y, por tanto, el que manipula los medios materiales de subsistencia comunitaria es el ejecutivo y, por consiguiente, él se encarga de orientar lo administrado... De todas suertes, no puede eludirse la verdad dispar en su génesis funcional de los tres poderes, todos procedentes de la soberanía de la nación» (cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA: *Independencia del poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 33 y sigs.).

«...a pesar de ello—dice, a su vez, ALVAREZ GENDÍN—, el principio de la división de poderes subsiste hoy, después de siglo y medio que fue formulado de modo definitivo por MONTESQUIEU, sin duda por una necesidad de orden jurídico. La organización constitucional de los Estados contemporáneos es una adaptación más o menos reflexiva de la división de poderes, pese a lo excepcional de Estados autoritarios en épocas de anormalidad o desorden público; esta permanencia en el campo de lo jurídico, por encima del continuo sucederse de teorías, instituciones y tendencias políticas, revela una indiscutible solidez doctrinal» (cfr. ALVAREZ

procesales. Y si sentáramos ahora el criterio de que es bueno que vengan articuladas, pero por no poder venir articuladas hay que

GENDÍN: *La independencia judicial*, Madrid, 1966, Instituto de Estudios Políticos, página 21).

«Las críticas en torno a dicha doctrina—se añade por DEAN GUEL BENZU—podrán oscilar entre aquellos que la rechazan por inadmisibles, impracticables, utópica o simplemente anacrónica (y cuán aislados están del mundo actual quienes tal creen, añadimos nosotros; viven en un círculo vicioso de sus propias y desacertadas ideas, y muestras mundiales las estamos viendo cada día), y los que no pueden aceptarla sin muy graves reservas y puntualizaciones; pero sea como fuere, lo que nadie puede razonablemente negar es cualquiera de estas dos cosas: primera, que al margen de la teoría en sí, el puro valor gramatical y terminológico de los llamados poderes no sólo fue afortunado en su tiempo, sino que continúa siendo aceptable en la actualidad (y muestra de ello es el 'desliz' hacia dicha terminología por parte de Procuradores, como los citados PADRÓN QUEVEDO y CLAU-MARCHIRANT, que lógicamente hubieran debido atenerse a la doctrina oficial de la 'unidad de poder', añadimos nosotros) y por el Derecho constituyente, y segunda, que la clásica división de poderes representó un paso gigantesco para una cada vez más perfecta y progresiva concepción y elaboración jurídico-filosófica—e incluso para la misma aparición y planteamiento formal de la idea en el Derecho científico—de lo que representa modernamente un auténtico *desideratum* para los estadistas, juristas y sociólogos en general, y para el Derecho político en particular: el Estado de Derecho» (cfr. DEAN GUEL BENZU: «Sobre el problema de la unidad jurisdiccional», en *Rev. Der. Jud.*, 1962, núm. 12, págs. 89 y sigs.).

Solidez no solamente doctrinal, sino práctica, en el Derecho comparado (¡ahí está, pese a los ciegos voluntarios!, añadimos nosotros). Tras echarle una ojeada panorámica, dice MOSQUERA SÁNCHEZ (otro Magistrado) lo que sigue:

«El poder judicial aparece hoy como el más seguro baluarte de la libertad: como el compensador efecto de la 'desdemocratización' de la Ley (muy cierto, interpolamos nosotros, pese a la palabra utilizada); como la última esperanza contra los ataques de los derechos individuales por la Administración superinterventora de nuestros días; como el encargado de suplir los efectos de la Ley y mantener el prestigio del Derecho; como el último vigilante de la Constitución; como el controlador de la legalidad del ejecutivo y de la constitucionalidad de la legislación. El poder judicial, en resumen, se ha convertido en un auténtico poder. No es extraño que se haya llegado a decir que el Estado actual tiende a convertirse en un Estado-Juez... Y es que si un día pudo decirse que la legislación constituía el acto sumo de la vida estatal, y más adelante se pudo hablar de un Estado-Administración, la creciente jurisdiccionalización de la vida permite fundadamente pensar, no ciertamente en un Estado-Juez, pues el ejecutivo y el legislativo conservan toda su importancia, pero sí en un Estado jurisdiccional o, si se quiere, en un Estado jurisdiccional de Derecho, para indicar la nueva plaza que el Estado de nuestro tiempo ha ofrecido a la jurisdicción...» (cfr. MOSQUERA SÁNCHEZ: «El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo», en *RAP*, 1965, núm. 46, pág. 93).

Lo que ocurre—y se olvida, quizá por una mala enseñanza universitaria del Derecho político, que cunde entre la juventud y, naturalmente, que procede de personas o entidades interesadas en ello—es que el problema de la división de poderes es diferente del de la división de funciones. Aquél «se plantea como un régimen de garantías de las libertades más que como una mera división del trabajo, que de un papirotazo de un órgano de poder pueda sustraerse o desconocerse la libertad, sin otra preocupación que la separación técnica y funcional, pues, como dice GASCÓN Y MARÍN, siguiendo a POSADA, la teoría moderna de la división o separación de poderes plantea problema distinto del de la división de funciones» (cfr. ALVAREZ GENDÍN: *La independencia judicial*, cit., págs. 32 y sigs. La referencia la hace a GASCÓN Y MARÍN, en su *Aplicación del principio de la separación de*

devolverlas al Gobierno, señores Procuradores, renunciemos desde ahora a la reforma de los Códigos procesales, con sus dos mil artículos, y a la del resto de las Leyes materiales sustantivas,

poderes en el Derecho constitucional moderno, en el debate mantenido en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre el tema «El principio de la separación de poderes», Madrid, 1951, pág. 65, y a POSADA, en su *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1893, t. I, págs. 289 y sigs. y esp. 316 y sigs.).

Y en tal sentido de diferenciación muy clara—pese a los citados ciegos o cegatos voluntarios—de ambos principios, el Profesor PÉREZ SERRANO ponía en pluma del también Profesor RUIZ DEL CASTILLO lo que sigue:

«Las funciones del Estado obedecen a un principio económico: el de la división del trabajo, así como la división de poderes responde a un principio político: la garantía de la libertad.» Y en otro lugar añade: «La función y el poder, como se ha indicado, responden a distinta significación doctrinal. *La división de funciones aparece en las organizaciones sociales más rudimentarias y crece y se complica, como toda especialización, a medida que dichas organizaciones se desenvuelven y progresan*» (cfr. PÉREZ SERRANO: *El principio de separación de poderes*, en el debate cit., Madrid, 1951, pág. 11).

La cita completa de RUIZ DEL CASTILLO es también de gran interés:

«División de poderes y división de funciones—dice—responden a distinta filiación doctrinal y aspiran a un fin diferente. *En todos los regimenes existen y han existido siempre competencias especializadas en interés de la perfección del trabajo administrativo. Son los Estados autoritarios y burocráticos los que acentúan más esta tendencia. Las mismas Dictaduras, que significan la negación del principio de división de poderes, por lo mismo que los concentran en una sola mano, son, sin embargo, propicias a los llamados 'gobiernos de técnicos', caracterizados por una rigurosa especialización funcional*» (cfr. RUIZ DEL CASTILLO y CATALÁN DE OCÓN: *La doctrina de Montesquieu. Su actual valor*, en el mismo debate, en la Real Academia cit., Madrid, 1951, pág. 24).

Pero ¿qué es lo que se está discutiendo? La expresión «poder judicial» es anfibológica (cfr. nuestro trabajo *La potestad jurisdiccional*, cit., *passim*). Mas apreciamos que, desde el mismo MONTESQUIEU, se está tratando, si no totalmente, sí como elemento integrante, de la noción del «poder judicial» como *poder de juzgar*. Con la discusión sobre si existe o no un «poder judicial» y si debe estar o no separado de los demás del Estado, se olvida la categoría jurídica «poder», una de cuyas manifestaciones es la «potestad» (cfr. SANTI ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1947, pág. 194). Y este olvido supondría un error de gravedad incalculable: el dudar de su existencia sería nada menos que dudar o negar la existencia de uno de los pilares del Estado de Derecho.

Y terminemos ya con esta larga y enojosa nota, a que nos han inducido las palabras de los Procuradores PADRÓN QUEVEDO y CLAUMARCHIRANT en la Sesión de la Comisión de Justicia de las Cortes del 15 de noviembre de 1972, diferenciando un «poder ejecutivo» y un «poder legislativo».

Si no se dieron cuenta de la trascendencia de sus palabras (¡cuidado con el léxico jurídico!), quienes los eligieron, sus «amigos políticos» partidarios de la oficial doctrina de la «unidad de poder y diversificación de funciones», deberían haber protestado enérgicamente—a no ser que ambos Procuradores lo fueran por turno, no de elección—, y si se la dieron, los demás españoles, que nada tenemos que ver con esa última citada doctrina, sino aquello por lo que nos viene impuesta, tenemos derecho a que nos expliquen lo que subyace a las citadas palabras, que son o impensadas—y, por tanto, inadmisibles—o están cargadas de un profundo sentido político divergente de la doctrina «oficial».

cuando se afrontaran por capítulos importantes. Esto no puede ser» (28).

Debemos oponer que en Suecia el Código procesal uniforme—civil y penal—, el *Rättegångsbalk*, promulgado el 18 de julio de 1942 y entrado en vigor el 1 de enero de 1948—prudente medida la de tan larga *vacatio legis*—, «despacha» a ambos procesos, civil y penal, en un total de 763 (setecientos sesenta y tres) artículos, lo cual está muy lejos de los 3.180 que reúnen nuestras Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal vigentes (29).

(Hemos de hacer constar que el *Rättegångsbalk* sueco fue elaborado con sosiego y por un grupo de juristas dirigido por el gran procesalista NATANAEL GÄRDE.)

Por tanto, el argumento de la extensión de las leyes a discutir en los Parlamentos es muy relativo, máxime, y en cuanto al proceso civil, cuando se ha dicho y se reitera recientemente que «un código procesal civil no debe rebasar los ochocientos artículos y que uno de enjuiciamiento criminal podría encuadrarse entre los seiscientos y setecientos» (30).

La solución estriba en una buena preparación de los «anteproyectos», con calma y sumisión, a crítica pública previa, y en que tanto la comisión correspondiente de las Cortes como el Pleno trabajen con más asiduidad (y en que no falten los *quorums* en las sesiones, con el consiguiente retraso).

6. Interesa, ante todo, ahora, y como base de entrada en la crítica parcial que vamos a hacer del Título Preliminar del Código civil, y siempre continuando con su *iter* legislativo, saber cómo llegó y cómo salió, tanto de la Comisión de Justicia como del Pleno de las Cortes, en cuanto a los textos que nos interesan—la jurisprudencia y su valor.

(28) Cfr. ANGULO MONTES, en el *Diario de Sesiones de las Comisiones*, Comisión de Justicia, Sesión de 15 de noviembre de 1972, ap. 87, pág. 23.

(29) Hemos pretendido en nuestros informes—a través de la Universidad de Valencia y aceptados por unanimidad por su Facultad de Derecho—que se elaborase en España una «Ley procesal general», que sirviese para evitar reiteraciones y para unificar figuras procesales que se hallan en ambas con escasas diferencias (cfr. nuestras *Sugerencias*, cit., págs. 14 y sigs. y esp. 17 y sigs., e *Informe sobre el Anteproyecto de Bases de una Ley Orgánica de la Justicia*, también cit., páginas 54 y sigs.). No se nos ha hecho caso.

La economía legislativa hubiera sido enorme y la facilidad de manejo de los procesos mucho mayor.

(30) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Principios técnicos y políticos de una reforma procesal», en *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, pág. 100.

El «proyecto de ley»—mejor «anteproyecto»—se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 22 de junio de 1972, y en la parte que nos afecta rezaba así:

«Art. 3.º La redacción del título preliminar se acomodará a las siguientes bases:

Primera. Se enunciarán de modo directo y sistemático las fuentes del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta aquellas directrices que, ya recogidas por el Código, se mantienen inalteradas, así como nuevas y autorizadas elaboraciones de la doctrina adaptadas a la realidad social. En tal sentido se ponderarán el doble significado, informador y supletorio, de los principios generales del Derecho y *el innegado valor complementario que en materia civil corresponde a la jurisprudencia, ausente hasta hoy en el texto de nuestro primer cuerpo legal, ya que no de otros preceptos de nuestro ordenamiento y del 'usus fori'.*»

Texto receloso, sibilino.

Terminada la discusión del dictamen de la Comisión de Justicia el día 29 de noviembre de 1972 (31), la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 (*B. O. del E.* de 21 de marzo) insertaba el correspondiente texto:

«Art. 2.º La redacción del título preliminar se acomodará a las siguientes bases:

1.ª 4. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

Y el texto del Decreto 1.836/74, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar de dicho Código civil, en la parte que nos interesa, es el siguiente:

A) En su «exposición de motivos» o preámbulo:

«A la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de completar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de *criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autoriza-*

(31) Cfr. el *Diario de Sesiones de las Comisiones*, Comisión de Justicia de dicho día, págs. 4 y sigs.

dos y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.»

B) En su texto:

«Artículo 1.º 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.»

Antes de entrar en el examen jurídico de estos textos debemos analizar una palabra que podría denominarse «macroanfibológica»—tal es su cantidad de acepciones—y que tiene gran trascendencia.

En efecto, en la «exposición de motivos» del texto articulado se habla de «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia.

¿Qué significa la palabra «cierta» gramaticalmente?

Acudamos en primer lugar, como es natural, al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (19 ed., Madrid, 1970):

«CIERTO/TA (del lat. *certus*). Adjetivo conocido como verdadero, seguro, indubitable.

2. Se usa precediendo inmediatamente al sustantivo en sentido indeterminado: CIERTO lugar, CIERTA noche.

3. Hablando de los perros, se dice de aquellos que dan señas ciertas de la caza y que seguramente la levantan.

4. Sabedor, seguro de la verdad de algún hecho.

5. Ant. certero.

6. Germ. 'fullero'.

7. Adv. afirm. ciertamente/al cierto, m. adv. ciertamente/dejar lo cierto por lo dudoso, fr. fig. perder o abandonar lo seguro por adquirir lo que suele no lograrse/en cierto, loc. ant. de cierto/no, por cierto, loc. adv. no, ciertamente; no, en verdad/por cierto, loc. ciertamente, a la verdad/sí, por cierto, loc. adv. ciertamente, en verdad.»

Diccionario de Autoridades (ed. facsímil de la Real Academia Española, Ed. Gredos, Madrid, 1969, T. «A-C»).

«CIERTO/TA, adj., seguro, verdadero y libre de todo género de duda. Viene del latín *certus*, que significa lo mismo. Part. I, tít. 4, l. 39: E por esto les mostró santa iglesia *cierta* manera, porque lo sopiesen fazer. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 8: ¿Qué *cierto* es sufrir vos a quien no sufre que estéis con él? RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Remigio*: Que no les faltaría esta felicidad hasta que ellos faltasen del camino derecho y *cierto* del temor de Dios. SOLÍS: *Hist. de Nuev. Esp.*, lib. 5, cap. 23: Porque siendo *cierta* la obra importa poco a la verdad la diferencia del instrumento.

CIERTO. Significa también cosa no determinada: como en cierto lugar, cierta noche. C. lat.: *Quidam, quedam, quodam*. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Gerardo*: Havía, antes de esta jornada a Francia, tenido Gerardo *cierta* visión. ANT. AGUST. Dial., pl. 401: En unos juegos públicos que *ciertos* romanos nobles hicieron cantó en el choro mui bien. MARQ. Gob., lib. I, cap. 14: Por no ofender a *ciertos* huéspedes de su nación que habían venido a Jerusalén.

CIERTO. Se toma algunas veces por algo más que probable, y en alguna manera seguro, por lo que se puede inferir, concebir y esperar de alguno o algunos antecedentes. Lat. *quidam*. SAAV., Empr. I.: Las niñeces descuidadas de los príncipes son *ciertas* señales y pronósticos de sus acciones.

CIERTO. Vale y corresponde también a lo mismo que tal: Y así comúnmente se dice se hizo la escritura con *ciertas* condiciones, se ajustó el contrato con *ciertos* pactos, esto es, con tales y tales pactos y condiciones, que aunque no se especifican, se suponen por hechos y convenidos. RECOP., lib. 5, tít. 15, l. 1: Si alguno pusiese sobre su heredad algún censo con condición que si no pagare a *ciertos* plazos que caya la heredad en comisso, que se guarde el contrato.

CIERTO. Usado como adverbio vale lo mismo que cierta y verdaderamente. Lat. *certo, quidem*. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 4: Que es verdad *cierto* que muchas veces me tiempla el sentimiento de mis grandes culpas. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vid. de S. Geronymo*. ACOST.: *Historia de Ind.*, lib. I, cap. 2: Lo qual *cierto* no podría ser si no estuviese la tierra en medio del mundo, rodeada de todas partes de los orbes celestes.

CIERTO, CIERTO. Equivale a lo mismo que certísimamente, firmísimamente, con quanta seguridad y certeza cabe. Lat. *omnino certe*. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 10, y *cierto, cierto*, con verdad digo, a lo que ahora entiendo de mí, que me dará gran consuelo.

Ciertos son los toros. Phrase familiar que explica estar ya seguro aquello que antes se deseaba. Lat. *certa omnino res est*. ALFAR., pl. 284: No espantemos la caza, que *ciertos son los toros*: el hurto está en la mano.

Por *cierto*. Adverbio que se suele usar cuando se alaba o se vitupera alguna acción: Como *por cierto* que ha quedado o andado garboso. *Por cierto* que ha hecho buena hacienda. Lat. *ne, profecto, omnino*. ANT. AGUST. Dial., pl. 35: Avisado penosamente, *por cierto*. Nuñ. Rmpr., 3. *Por cierto* descompassado monstruo de hermosura. NIEREMB. Difer., lib. 3, cap. 3: *Por cierto*, si se supo aprovechar, como parece,

de esta miseria, fue más dichoso por ella que por el Imperio que poseyó.

Ser cierto. Siendo *cierto*. Tener por *cierto*. Phrases con que se expresa, assegura o afirma la verdad de alguna cosa. SANTA TERESA: *Su vida*, cap. 7: *Tengo por mui cierto* que quince días antes le dio el Señor a entender que no había de vivir. RIBAD. Fl. Sanct.: *Vida de San Gerónimo*: Lo *cierto* es que llegó a la edad decrepita. CERVANTES: *Perfil*, lib. 2. cap. 20: *Tengo por cierto* que mi mal ha de tener remedio mediante tu consejo. SOLÍS: *Historia de Nueva España*, lib. 5, cap. 11: *Siendo cierto* que ya consistía su prisión en la fuerza de su palabra.»

Diccionario Crítico Etimológico (Madrid, Gredos, 1954, t. I):

CIERTO, del latín *certus*. «Decidido», «cierto», «asegurado», derivado de *cernere*, «decidir», 1.^a dsc., 2.^a mitad siglo x, *Glosas de Silos*.

«Comp. cuervo», *Dicc.*, II, 145,50, cej. IX, § 203.

DERIV. «Cierta» guía, «muerte» (1609, J. Hidalgo). «Ciertas» (Alex., 347 d.) o más comúnmente «certas» (fin siglo XII, *Auto de los Reyes Magos*, v. 23, y siglos XIII-XV). «Ciertamente», del francés *certes*, id. (o de oc. ant. *certas*, cat. ant. *certes*). «Acertar» (2.^a mitad siglo x, *Glosas de Silos*), comp. «cuervo», *Dicc.*, I, 111-116; con la ac. antigua de «acertarse», «hallarse presente en alguna parte», está relacionado el significado de la voz vasca (común a todos los dialectos, excepto el vizcaíno) *gertatu*, «suceder», «ocurrir», que prueba la existencia de nuestro vocablo ya en el latín vulgar hispánico (antes de la palatización de la *c*) y el moderno «acertar» «a» («hacer») (hacer) casualmente: en la ac. «dar» (con algo), «hacer» (algo) con acierto, el vocablo español pasó al italiano *accertare* en los siglos XVI-XVII (Sasseti + 1588: *Zaccaria*); se dijo también «encertar», «acertado», «acertador», «acertajo», «acertajón», «acertamiento», «acertero», «acertijo» (aut.), «acierto» (h. 1600), «desacertado», «desacertar», «desacierto». «Certano» (Berceo, Alex.), ant.; «certanidad» (Berceo); «certanidad» (1.^a cron. gral.); «certenidad» (Berceo, siglo XVI), o «certinidad» (Santillana-Cervantes), antic.. «certeza» (más variantes, «cuervo», *Obr. inéd.*, 189). «Certo» (Berceo), «certería». «Certeza» (h. 1572, H. de Mendoza). «Certidumbre» («certedumbre», 1240, F. Juzgo; «certid.», 1256-76, «L. del saber de Astr.»). Cultismos: «cerciorar» («aut. como neologismo»), del latín tardío y b. latín *certiorare* (latín *certiorem facere*), derivado de *certior*, comparativo de *certus*. «Certitud antic.» (siglos XV-XVI, todavía usado en América), del latín tardío *certitudo*.

CPT. «Certificar» (Berceo), del latín *certificare*: «certificable», «certificación», «certificado», «certificador», «certificatoria», «certificatorio».

Muy frecuente ya en las *Glosas de Silos*, 47; en los *Fueros de Aragón* (Tilander, § 22, 2), y en muchos textos forales de toda España (*ibídem*, página 233); en el *Cavallero Zifar*, 60, 17, etc. (*vid. Hist.*, 9; *Cuervo*, 113, b; 116, a y b). Schuschardt.

Como se verá hay acepciones para todos los gustos. No hubiera podido el legislador utilizar una palabra tan «incierta» (permítase el juego de palabras tras tan enojosas consultas, inútiles si se legislase bien) en un lugar tan claramente, «ciertamente» grave y complicativo.

Esta versión del Título Preliminar es harto confusa.

En efecto, en el artículo 1.º, 6, del texto articulado se dice que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

Quede bien claro que hasta aquí se trata de un «complemento» (¿a ver si también habremos de investigar sobre el significado gramatical de la palabra «complemento»!), luego de una fuente del Derecho, aunque sea indirecta. Y de entre los numerosos problemas que plantea esta norma y la correspondiente Exposición de Motivos hay uno que nos va a ocupar ahora.

Esto es, en tal Exposición de Motivos se utiliza, siempre con respecto a la jurisprudencia, la frase según la cual la reiterada del Tribunal Supremo es digna de «adquirir cierta trascendencia normativa».

Si bien es cierto que al frente de tal párrafo de la Exposición de Motivos se ha dicho que «a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico», esa «cierta trascendencia normativa» que se reconoce a la del Tribunal Supremo. ¿En qué consiste?

Para comenzar, si la expresión «cierta» se ha utilizado en el sentido de «determinada» (?) necesitaríamos saber la entidad cuantitativa de esa «determinación» (una especie de porcentaje jurídico). ¿Hasta dónde llega esa «determinación»? No se nos dice.

Y si ha sido utilizada en el sentido de «cierta trascendencia normativa», esto es, una normativa que existe en la realidad «con certeza», sin lugar a dudas, entonces viene a resultar que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo entra a formar parte del catálogo de fuentes del Derecho, pese a que «no se la incluya» entre las mismas.

El legislador hubiera debido aclarar la acepción de la palabra «cierta», que ahora nos sume en confusiones (32).

(32) Ello ocurre por adoptar palabras anfibológicas. Y no es el primer caso reciente.

En efecto, en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, y con respecto al Ministerio Fiscal, se dice que es «*órgano de comunicación*

Mejor dicho, nuestra experiencia nos lleva a pensar que... la acepción que se admitirá para la palabra «cierta» será la segunda del *Diccionario* («se usa precediendo inmediatamente al sustantivo en sentido indeterminado (33): *cierto* lugar, *cierta* noche»), esto es, se opondrá a esa «certidumbre» la «indeterminación»; otro choque que se hubiera podido evitar. Y que, como consecuencia, nos deja sin saber el alcance (indeterminado) de esa «trascendencia normativa», esto es, tan en la oscuridad o más que hasta ahora estábamos. Nuestra censura por ello a los responsables de esta confusión, que ya se ha hecho inevitable.

8. Aún nos hubiera quedado un rayo de esperanza de que de una vez para siempre se intentase, al menos, aclarar el papel de la jurisprudencia en el campo de las fuentes de nuestro Derecho, ya que mientras se estaba discutiendo sobre el anteproyecto del Título Preliminar del Código civil (14 de marzo de 1973) existía un «anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia» (que resultó ser después la base de la Ley del mismo nombre de 28 de noviembre de 1974); había posibilidad de conectar los dos proyectos y extraer de ellos y de las atribuciones del Tribunal Supremo—a fijar en dicha Ley de Bases Orgánicas de la

entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia...» (por cierto, la palabra «comunicación» y la misma función tienen su origen directo en la regulación del MF en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española, redactado en 1929, bajo la Dictadura del General Primo de Rivera, art. 101; fórmula recogida en el Anteproyecto de Ley del Poder Judicial, también de la Dictadura citada, art. 56).

Pues bien, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* da ocho acepciones a la palabra «comunicación» y seis al verbo «comunicar». Interpretamos el sentido de la frase de la LOE (reproducida en el Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia de 1968, Base 68) en el de la séptima acepción de la palabra según el citado *Diccionario*, esto es, en el de la figura retórica «que consiste en consultar la persona que habla el parecer de aquella o aquellas o quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser contrario a la del suyo propio», o sea, «comunicación = subordinación» (aunque esto no pueda ser nunca una ecuación matemáticamente, resultó serlo jurídicamente; cfr. sobre este pesimismo nuestro, y frente a optimismos ajenos, nuestro trabajo «La reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, Ed. Tecnos, t. I, págs. 494 y sigs.).

Añadamos que la misma expresión de la LOE en cuanto a la «comunicación» se ha trasvasado a la Base 15, núm. 72, de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 28 de noviembre de 1974.

Pues bien, en conformación de nuestra tesis de que esa «comunicación» se convertiría en «subordinación» del MF al Gobierno apareció el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal (Decreto del Ministerio de Justicia de 27 de febrero de 1969), según cuyo artículo 86 aparece claramente el MF, desde su cúspide, como sujeto a las «órdenes» del «Ministerio de Justicia», pudiendo éste darlas incluso directamente a los Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales; el criterio de la acepción séptima de la palabra «comunicación» en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* (cfr., sobre este trascendental punto de cómo se transforma una «comunicación» en una «subordinación», nuestro trabajo «La situación actual del Ministerio Fiscal», en *RDPr. Iber.*, 1970, fasc. 4.º, esp. págs. 781 y sigs.) frente a las corrientes optimistas.

Justicia—lo que en realidad «fuera» la jurisprudencia (mejor dicho, su resultado en cuanto reiterada: la doctrina legal) de dicho Alto Tribunal.

Veamos lo que ocurrió cuando se trató de conectar ambos proyectos, esto es, cuando aún era tiempo de aclarar el panorama sobre la verdadera esencia de la jurisprudencia, a través de la fijación de las atribuciones monopolísticas de su fautor, del Tribunal Supremo.

Dijo el Procurador DÍAZ-LLANOS LECUONA, en la sesión plenaria de las Cortes del 14 de marzo de 1973 (discusión del proyecto de Ley de Bases):

«Decimocuarto..., debo hacer resaltar una lista de los (argumentos) que a mi juicio aconsejan también la devolución del proyecto (al Gobierno).»

«A) El párrafo cuatro de la base primera proclama que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

«Es forzoso dejar constancia de los términos en que el proyecto consagra la jurisprudencia precisamente en un sistema de legalidad (artículo 2.º de la Ley Orgánica de 15 de septiembre de 1870) y de seguridad jurídica (art. 17 del Fuero de los Españoles). De aquí que santificarla como 'fuente complementaria del Derecho', sin haber antes aprobado la Ley Orgánica de la Justicia, *es poner el carro antes que los bueyes.*»

«La función que en nuestro país ha venido teniendo la jurisprudencia por nadie puede ser negada, como tampoco la decisiva importancia que para la justicia comporta el recurso de casación por infracción de doctrina legal recogido en la LEC. Pero la nueva función que ahora pretende asignársele obliga a la inexcusable reforma previa del órgano supremo y a determinar el modo en que deba producirse si se quiere que contribuya a la seguridad jurídica, antes referida, que sólo podría lograrse por la unidad de interpretación.»

«Por otra parte, la inconcreción de la base es manifiesta. No se olvide que la jurisprudencia no es un párrafo más de las fuentes del ordenamiento jurídico, sino un número más con propia sustantividad, y ello es peligroso mientras no se publique, como acabo de indicar, la Ley Orgánica de la Justicia» (33).

Y veamos lo que decía esta última Ley «en construcción»:

La «Exposición de Motivos» del proyecto (mejor anteproyecto) de Ley Orgánica de la Justicia» (*B. O. de las Cortes Españolas* de 20 de

(33) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* de 14 de marzo de 1973, página 24.

diciembre de 1973), al tratar (VI-X): «De la planta y ordenación territorial de los Tribunales y Juzgados. De la composición y funcionamiento de los órganos judiciales. De las atribuciones y competencia de los mismos, etc.», rezaba así:

«22-46. Al ocuparse el proyecto de la planta, composición, atribuciones y ordenación territorial de los Tribunales y de los empleos judiciales se mantienen los principios que actualmente rigen, si bien se introduzcan modificaciones tendentes a un mayor perfeccionamiento, con el fin de que la función que les está encomendada se cumpla de modo más adecuado y eficaz.»

«El Tribunal Supremo sigue configurado como el más alto órgano de la justicia (34) y cabeza de la organización judicial. Se le atribuyen las supremas funciones gubernativas y disciplinarias, y con conciencia de su alta misión y *de la trascendencia de su función creadora de la jurisprudencia*, se concreta su actividad jurisdiccional principalmente a los recursos extraordinarios de casación y revisión, que son los medios a través de los cuales —especialmente el primero— *se sienta el criterio orientador que sus resoluciones deben tener...*»

[Nos encontramos con la dificultad de saber a qué número de la LOB] (es el 32 de la base 9.^a) correspondía en la discusión en

(34) En diversas ocasiones nos hemos quejado del empleo que se da a la voz «justicia»—triumfalísticamente—del modo que sigue y que merece ser reproducido como protesta:

«La expresión 'justicia' está mal empleada. La 'justicia' no se organiza; la 'justicia' no es una función. La justicia 'se hace', se administra, se realiza. Y, naturalmente, no se reforma 'la justicia' (?), sino sus órganos de administración y los medios de obtenerla. Quizá por un intento—fallido *a nativitate*—de dar mayor prestigio al nombre—fallido por superfetatorio, ya que mayor no lo puede tener—se ha eliminado el concepto intermedio, necesario para obtener la 'justicia': 'administración de justicia', pero nunca 'función de justicia', que en sí no puede existir como tal. La que es 'independiente' no es la 'justicia'—el problema se fija en plano filosófico—, sino en cuanto interesa al texto legal, la 'función jurisdiccional'; la justicia depende de sus propios imperativos característicos. Y son 'independientes' los 'órganos de administración de la justicia'; la función está en obtenerla y no en ella misma. Por tanto, el título de la Ley y el sentido de la expresión 'justicia', tal como se la utiliza en la Base 1.^a-1, deben ceder el paso a un uso más correcto de la terminología, en tema en el que no son admisibles las logomaquias. Háblese de 'función' jurisdiccional de ejercicio del poder judicial; por traslación, de 'jurisdicción'; de 'administración de la justicia', pero no de otro modo.»

Naturalmente, no se nos hizo caso alguno y el título de la Ley no puede ser más finchado, más pretencioso («Ley de Bases Orgánica de la Justicia»).

Cfr. nuestros trabajos «Informe sobre el Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia», cit., pág. 82, y «Comentario crítico de la Base 1.^a del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», en *RDPr. Iber.*, 1974, fasc. I, pág. 39.

comisión el número correspondiente, que en el primitivo proyecto venía designado con el 29 de la base 8.^a

Pero en la propia discusión del proyecto de la LOBJ (*Boletín Oficial. Diario de Sesiones de las Comisiones. Comisión de Justicia*, número 349, de la sesión del 2 de octubre de 1974, págs. 6 y 7) vemos que se «salta» en dicha discusión desde el número 28 de la base 8.^a (que en la Ley resultó ser el número-apartado «primera» del número 27 de la base 8.^a), y sin discusión, al número 29 de la misma base (en la Ley, base 9.^a, núm. 31, «el Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de Justicia, conocerá de los procedimientos penales, etc.»).

Y de allí (pág. 7, col. 2.^a) se pasó a debatir sobre el número 30 de la base 8.^a, párrafo primero, que se corresponde, al parecer (según las intervenciones de MENDIZÁBAL ALLENDE, MADRID DEL CACHO y CERVIA CABRERA por la ponencia) con el referido a la «Sala de revisión de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo», esto es, al que resultó ser en la Ley el número primero, el «treinta y tres» de la base 9.^a

Esto es: se «saltó» por encima de la «competencia» de las Salas I y II del Tribunal Supremo (número «treinta y dos» de la base 9.^a en la Ley, y 29 de la base 8.^a en el proyecto).]

En resumen, no se ha innovado nada. Según el texto de la Ley (32 de la base 9.^a), «la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *conservará la competencia que actualmente tiene atribuida...*» y «*continuará la Sala de lo Penal del mismo Tribunal con su competencia actual...*».

No se ha innovado nada; solamente imprecisiones, tanto en la Exposición de Motivos (la del anteproyecto pasó a la Ley sin variación alguna) como en el propio texto. «Conciencia de su alta misión» (del Tribunal Supremo). «Trascendencia de su función creadora de la jurisprudencia». «Criterio orientador que sus resoluciones deben tener». La montaña que esperaba DÍAZ-LLANOS parió un ratón.

Con ello no se ha aclarado nada: en la LOBJ, el «criterio orientador»; en el título preliminar del Código civil, esa «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia. Nada claro. Una remisión hubiera sido utilísima, mas el asunto queda como estaba, ya que las Salas I y II del Tribunal Supremo «conservan la competencia» que actualmente tienen atribuida, con lo que además se agrava la cosa si pensamos que la «doctrina legal» no existe como base de casación en lo penal (art. 849 de la LECRIM). En todo caso, se crea una laguna. Y si siguiéramos el lenguaje tan gráfico, como irrespetuoso, del Procurador DÍAZ-LLANOS («poner el carro antes que los bueyes»), podríamos decir que «carro» y «bueyes» actúan de modo incoherente por causa de una laguna—o charco—abierto (el de la «doctrina legal» en lo penal, que nos va

a ocupar después), en el que se precisa arrojar un gran ladrillo para ver a quién y de qué salpica. Al Tribunal Supremo le toca la delicada carga de recibir parte del líquido que llena esa laguna y depurarlo; pero las salpicaduras directas y menos gratas—la crítica—deben alcanzar a quienes teniendo a su disposición material suficiente no supieron elaborar la ruta sin «baches» o «lagunas».

Más adelante volveremos sobre este tema.

Y yendo aún más lejos, no ya sólo laguna, sino antinomia entre ambas leyes, ya que no es lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga «cierta trascendencia normativa», que tenga un valor de «criterio orientador».

Este confusionismo se aprecia claramente en la defensa del dictamen de la Comisión de Justicia, en la sesión plenaria del 14 de marzo de 1973:

«Novedad sustancial de este proyecto de Ley—dijo el Procurador RIVAS GUADILLA—constituye la cita de la jurisprudencia—también se ha referido a ella el señor DÍAZ-LLANOS—, *que si bien no llega a alcanzar el carácter de fuente directa* (35), complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre la aplicación de las restantes fuentes del Derecho.»

«Al señor DÍAZ-LLANOS le ha producido cierto temor esta consideración; pero lo que hubiera debido producirle no temor, sino estupor, es que la ponencia, siguiendo ciertas corrientes doctrinales, hubiera tratado de incorporarla como fuente directa o indirecta de último grado. Aquí de lo que se trata es de reconocer que la jurisprudencia tiene un valor complementario de las fuentes que, por lo menos, a través del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal tiene nuestro actual ordenamiento jurídico.»

«En esta materia, la ponencia tuvo muy en cuenta especialmente la tesis de los señores ANGULO MONTES y MADRID DEL CACHO. La ponencia primero y la comisión después estimaron que era muy superior el valor de la jurisprudencia al lado de las fuentes del Derecho, que dentro de ellas, ya que su propio dinamismo le impide aplicar criterios inmutables, debiendo acomodarse a nuevas circunstancias y situaciones. Prever en la norma

(35) ¿Indirecta, pues?

legal la flexión de la jurisprudencia y condicionar su estimación no pareció necesario y quizá fuera peligroso» (36).

Una «jurisprudencia» que no es fuente, pero que «complementa» al «ordenamiento jurídico» estando «al lado y no dentro de ellas». ¿En qué orden la situamos? Los símiles más bien parecen pictóricos que jurídicos. Y no se tiene en cuenta lo que preveíase ya en el anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia (de Bases) y su Exposición de Motivos y pictoricismos vagos, sin imagen clara de lo que «la jurisprudencia» (los legisladores parecen tenían miedo de la expresión «doctrina legal») significa.

Nada tampoco aclaró el entonces Ministro de Justicia, ORIOL Y URQUIJO, que se limitó a una simple glosa de la Exposición de Motivos, sin más (37).

9. Se ha tratado de pronunciar una diferenciación entre los conceptos de «doctrina legal» y «doctrina jurisprudencial», que aparecen en ocasiones mezcladas en las sentencias y autos del Tribunal Supremo.

DE CASTRO describe así dicha diferencia:

«Doctrina legal es la que tiene valor normativo conforme a la que se ha de fallar el pleito (*ratio decidendi*); doctrina jurisprudencial es una clase de doctrina que sirve para autorizar, que crea una presunción en favor de una determinada interpretación o principio que no resulta directamente de una ley; la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial aparecen así unidas, pero no confundidas, en el momento de la admisión del recurso» (38).

(Aquí vamos a hallar a título de escolio y de nuevo la palabra «cierta», indeterminada.)

(36) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, Sesión Plenaria del 14 de marzo de 1973, pág. 35.

(37) «Aun cuando el Proyecto alude a la jurisprudencia—dijo—como doctrina establecida por el Tribunal Supremo, no le confiere el rango de fuente directa ni autónoma, ya que se produce con ocasión de aplicar las demás fuentes y tiene el alcance de complementar el ordenamiento jurídico. Indiscutiblemente, la tarea de aplicación e interpretación de las normas en contacto con las realidades de la vida permite la formación de *críterios* (otra palabra que hace dudar, y mucho), que si bien no entrañan la elaboración propiamente dicha de normas nuevas y distintas contienen matizados desarrollos, que al proceder del órgano superior de la administración de justicia (por una vez se ha utilizado la palabra 'justicia' correctamente, decimos aquí nosotros) han de reputarse singularmente autorizados y dignos de alcanzar cierta eficacia normativa y orientadora (este 'orientadora' debe ser un recuerdo de la Exposición de Motivos de la entonces futura Ley Orgánica de Bases de la Justicia, 22-51) (cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 14 de marzo de 1973, Sesión del Pleno, pág. 43).

(38) Cfr. DE CASTRO BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, t. I, Madrid, 1955, págs. 569 y sigs.

La expresión «doctrina legal»—la utilizada por la LEC y de la que los fautores del Título Preliminar del Código civil huyen—apareció en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, en el que si bien, según su rúbrica—y dictado en uso de la autorización concedida por Ley de 21 de julio del mismo año—, se trató de reglamentar los recursos de segunda suplicación y de injusticia notoria, su preocupación fundamental fue la de establecer el régimen definitivo de los «recursos de nulidad» atribuidos al conocimiento del Tribunal Supremo (39). Según su artículo 7.º, se podría interponer el recurso por escrito y con firma de Letrado—y representación de Procurador con poder especial—, citándose en aquél «la Ley o *doctrina legal* infringida» (40); pero no se decía en tal norma legal que pudiera ser esta «doctrina legal».

La Real Cédula de 20 de enero de 1855, sobre reforma de la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, abrió el recurso «de casación» (art. 194) «por violación de Ley expresa y vigente en Indias o de una *doctrina legal* recibida a falta de Ley por la jurisprudencia de los Tribunales, relativa al fondo o sustancia de la cuestión resuelta por el fallo que se pretende anular».

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en su artículo 1.012, decía a su vez que «el recurso de casación puede fundarse en que la sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales», y así aparece una acepción amplia de lo que «doctrina legal» pudiera ser: en sentido amplio, la «doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría, al decidir las cuestiones sometidas a ellos» (41).

Por uno de los más grandes procesalistas españoles de la época, VICENTE Y CARAVANTES, y tomando como base el «recurso de casación» del citado artículo 1.012 de la LEC de 1855, se decía que «servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestión legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito». «Véase, pues, que el objeto constante de este recurso es el de uniformar la jurisprudencia» (42).

Expliquemos con él la expresión «doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales».

Uno de los más autorizados intérpretes de la Ley, al hacerse cargo de esta disposición, se expresa en estos términos:

(39) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, Madrid, 1944, pág. 98.

(40) Cfr. PLAZA, *ob. cit.*, loc. cit.

(41) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español*, Madrid, 1962, t. I, 10.ª edición, pág. 376.

(42) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar Roig, Ed., 1858, t. III, pág. 458.

«La Ley pocas veces da nueva y expresa aprobación a los principios capitales, a los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho; tomándolos por base edifica sobre ellos; no les da nueva sanción, porque sería absurdo dársela a lo que la recta razón, la conciencia universal del género humano y mil generaciones se la han dado; los considera de un orden superior; teme profanarlos si los toca, y sabe que están muy sobre la obra que emprende y que son más duraderos que ella, porque se derivan de la naturaleza racional del hombre y porque en todos los países, en todas las épocas y en todas las circunstancias son Ley, sin necesidad de que como Ley los formule el legislador.»

«Pero ¿son acaso estos principios eternos de moral y de justicia, que están impresos en el corazón, en la conciencia humana, a los que se refiere el artículo 1.012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil? No vacilamos en decidírnos por la negativa. Así lo prueba el exigirse en dicho artículo que la doctrina sea *admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*, esto es, admitida como *legal* por la jurisprudencia *práctica*, y si se refiriera a aquellos principios serían atendibles en todo caso por suponerse como base de toda buena legislación y guía segura de toda jurisprudencia sabia. *La doctrina a la que se refiere la Ley* es la que se deduce del espíritu de la legislación, la que se forma por medio de reglas de la interpretación doctrinal y de teoremas deducidos de la ciencia del Derecho. Si estas doctrinas, si estos teoremas, se hallan completamente fuera de la Ley, no serán admitidos por la jurisprudencia y no tendrán la fuerza necesaria para dar lugar su infracción al recurso de casación. Así se comprende que se lamentase el ilustrado Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en el dictamen que llevamos citado, de que se diera dicho recurso por esta causa fundándose en que apenas se dictará sentencia alguna contra la que no haya lugar a él, porque apenas habrá ninguna que no esté apoyada en el sentido opuesto por una doctrina, y asimismo en que semejante disposición no está apoyada con el ejemplo de nación alguna. En Francia, en efecto, no se admite el recurso de casación cuando se infringe doctrina o máxima del Derecho que no se halla admitida en la legislación.» «En el hecho de haberse ocupado el legislador de la confección de las Leyes y de los Códigos, con cuyo auxilio debe funcionar la sociedad—dice Mr. DALLOZ en su *Repertorio*—, han abrogado necesariamente, si la Ley no reproduce su espíritu, esas máximas o adagios, especies de reglas de Derecho tradicional, pero vagas, arbitrarias y, por tanto, peligrosas... En su consecuencia, la máxima de Derecho que no se halla revestida con carácter legislativo, no puede dar lugar al recurso de casación.» «Mas por nuestra parte si juzgamos exagerada la importancia que se ha dado por el

primer intérprete que citamos a la palabra *doctrina*, creemos asimismo que se la disminuye en demasía por el segundo. Nuestro Derecho ha sabido, pues, darle su justo valor exigiendo que esta doctrina se halle apoyada por la jurisprudencia. En el artículo 5.º del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 se consignó que se citara al interponer el recurso de nulidad la *doctrina legal infringida*, con cuya palabra *legal* daba a entender claramente que se había aquélla de deducir de las Leyes o que había de tener carácter legal por hallarse admitida por la jurisprudencia.» «En el artículo 194 de la Real Cédula de 20 de enero de 1855 para Ultramar se da lugar al recurso de casación por violación de *doctrina legal recibida, a falta de Ley, por la jurisprudencia de los Tribunales*; una expresión semejante se encuentra en el Real Decreto de 20 de junio de 1852 respecto a las causas criminales por delitos contra la Hacienda pública. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ratifica, en sus artículos 1.015, 1.027, 1.029, 1.060, 1.064, 1.073, la disposición del 1.012 sobre que haya lugar a casación por infracción de *doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales*, y el 1.025, en su § 2.º, y los 1.016, 1.018, 1.024 y 1.074 expresan que dicha infracción sea de *doctrina legal o de derecho*» (43).

(De lo que estamos convencidos es de que, según el tenor del artículo 7.º del Real Decreto de 1838, la «doctrina legal» era una fuente directa del Derecho, aplicable a falta de Ley.)

Si VICENTE Y CARAVANTES nos da una amplia idea de la casación, un corolario claro lo estableció DE BUEN—con una nueva acepción del concepto—: según él, la jurisprudencia, como fuente de Derecho, sería «la doctrina sentada por los Tribunales en cuanto adquiere *fuera normativa* y se impone así como obligatoria para lo sucesivo» (44).

[(No incluyó DE BUEN la famosa palabrita que tanto nos acongoja: «cierta» (influencia normativa o trascendencia normativa).]

En un sentido aún más jusspositivo, para CLEMENTE DE DIEGO la «jurisprudencia» (no tenga cuidado el lector, no descentramos el tema, por las íntimas relaciones que entre ella y la «doctrina legal» existen) es estrictamente «el criterio (otra palabra que viene a cuento en la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil y en el de la LBOJ) constante y uniforme de aplicar el Decreto mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo» (45).

(43) Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, *ob. cit.*, t. cit., págs. 481 y sigs.

(44) Cfr. DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, Madrid, 1932, página 326.

(45) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, Ed. Suárez, 1941, t. I, pág. 103.

Y resumiendo: ha pocos años se ha dicho que «la noción de jurisprudencia que se puede extraer de los textos legales de nuestro Derecho positivo viene, pues, a coincidir con la acepción más común en los ordenamientos jurídicos de tipo continental: jurisprudencia es la interpretación de la Ley o del Derecho vigente realizada por los Tribunales de Justicia, y en sentido más estricto, es la interpretación de la Ley realizada por el Tribunal Supremo» (46).

Se ha dicho también, por el autor últimamente citado, que la distinción entre «jurisprudencia» y «doctrina legal» del Tribunal Supremo ha sido mantenida en términos claros por la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, en base: a) a la posibilidad de una doctrina legal no reconocida por la jurisprudencia (art. 1.729, núm. 10); b) a la «posibilidad de formar jurisprudencia» en recursos de casación por infracción de Ley y no de doctrina (art. 1.782) (47), y «signos de una distinción entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial se pueden apreciar en algunas sentencias del Tribunal Supremo; pero en el léxico jurisprudencial predomina la tendencia a utilizar como sinónimas ambas expresiones y, de hecho, en la práctica nunca se ha formulado la distinción en los términos rigurosos con que se propone en teoría» (48).

(46) Cfr. LALAGUNA: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1969, pág. 50.

(47) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs.

(48) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 54.

Cita aquí la definición de DE CASTRO (cfr., *supra*, texto sobre la nota núm. 38) como «quizá la más penetrante», pero que .. «no logra delimitar con claridad ambos conceptos. Probablemente porque una distinción más precisa no se puede establecer».

El proceso, para nosotros, tiene como función la satisfacción de pretensiones o de resistencias (cfr. nuestro trabajo «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas de Ordenamiento Procesal*, cit., t. I, págs. 353 y sigs., *passim*).

Esta satisfacción se consigue totalmente a través de la puesta en acción, de la actuación práctica de la sentencia mediante su ejecución.

Si consideramos el *processus* de formación de la jurisprudencia—el «proceso» por antonomasia, pero reiterado—hallamos un notable paralelo, que se manifiesta con mayor intensidad en cuanto descubramos que si la jurisprudencia—sentencias reiteradas, en su acepción de «doctrina legal»—se expresa, en cuanto «a su valor, como un fenómeno de interpretación del Derecho escrito» (cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, página 63, y art. 1.º-6 del Tít. Prel. Cód. civ.), y que en «este proceso de interpretación, tanto como los elementos normativos cuentan los fácticos» (cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 62), cosa paralela ocurre en un proceso aislado de formación de una sola sentencia—que por sí sola no constituirá «doctrina legal»—; según nuestras ideas, en aquel trabajo citado expuestas, en el «proceso» el Juez parte de la interpretación de dos o más «apariencias de Derecho»—normativas—con su base en elementos fácticos; de aquí, y a través de la prueba de los hechos (y no de la del «Derecho»), el Juez llega a una convicción jurídica—siempre basada en los hechos, como probados o no probados—, y es esta convicción la que plasma en la sentencia, creando así el estado de «satisfacción jurídica» (compartido o no).

Y en el plano de la jurisprudencia, como «proyección de la validez de un

Cuando se atribuye a la doctrina legal un «valor normativo» que no deriva directa y claramente de la Ley, se está reconociendo la necesidad de la interpretación para que la doctrina legal pueda existir. Cuando se intenta evitar la confusión entre la doctrina legal y la doctrina jurisprudencial..., se viene a subrayar la vinculación de la doctrina legal con el ordenamiento jurídico, y tras esta conexión, la dependencia de la interpretación jurisprudencial a la Ley. *La noción de doctrina legal queda así en esa zona imprecisa de confluencia entre la actividad legislativa y la actividad jurisdiccional* (49). La doctrina legal no es ni Ley escrita ni pura creación jurisprudencial, pero su existencia depende tanto de la Ley como de la jurisprudencia (50).

El nuevo Título Preliminar del Código civil no ha aclarado las cosas al afirmar la «formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas *en sentido propio y pleno* (he aquí el punto de confusión), contienen desarrollos singularmente *autorizados* (otra expresión confusa) y dignos, con su reiteración, de adquirir *cierta trascendencia normativa*».

Podría haberse llegado a exponer una solución, que estimamos necesariamente incompleta (véase últimamente lo que LALAGUNA dice en cuanto al punto de encuadramiento de la «doctrina legal»: estamos de acuerdo con él); podríamos decir que *la jurisprudencia es una categoría jurídica estática*—estaticismo que está confirmado por la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias que la integran—, una categoría jurídica

criterio de interpretación... a futuras situaciones de conflicto que posean una estructura fáctica semejante» (LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 63), lo que hace es reproducirse en mayor escala lo que con una sola sentencia se ha producido; ésta se proyecta hacia la práctica («satisfacción real», *vid.* nuestro trabajo cit.) a través de la ejecución, forzosa o no forzosa, y la jurisprudencia se proyectará, también a efectos satisfactivos, sobre aquellas situaciones jurídicas prácticas posteriores.

«Concretamente—sigue LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 65—, en los países de Derecho civil codificado nos encontramos con una estructura jurídica conformada fundamentalmente por normas de carácter general, pero cuya eficacia concreta depende de la aplicación que se haga de ellas por los Tribunales en las decisiones de los casos. Una atenta observación de este fenómeno permite sostener que las decisiones singulares cumplen en el ordenamiento jurídico de cualquiera de estos países una función tan indispensable como la de las normas generales.»

Ahora bien, la cuestión se complica cuando la base jurídica de una sentencia sobre un supuesto fáctico nuevo, pero idéntico a otro ya visto y resuelto anteriormente por los Tribunales, no es una norma (una Ley), sino la propia jurisprudencia, que adopta aquí su *facies*, o mejor, tracto de «doctrina legal».

Es la propia jurisprudencia la que crea jurisprudencia; es la continuada solución de conflictos iguales, dando lugar a satisfacciones jurídicas de la misma índole, la clave de tal satisfacción jurídica, y no se trata de un círculo vicioso, sino de un anillo correcto, en el cual es la jurisprudencia el principio y el final del mismo.

(49) La cursiva es nuestra.

(50) Cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 54 y 55, con ref. a HERZOG, págs. 227-228.

que indica estáticamente el *punto de aplicación de una fuerza jurídica*, mientras que *la doctrina legal es el desarrollo dinámico de esa fuerza*. Una fuerza cuya intensidad no podremos determinar en tanto no fijemos su punto final (normativo o no normativo), por lo cual al afirmar (Título Preliminar) que la jurisprudencia posee «cierta trascendencia normativa», sin determinar esa «certeza» y su extensión y trascendencia..., nos deja a mitad del camino de una posible definición total. Esto es lo que ha ocurrido con el Título Preliminar del Código civil y lo que trasciende de las páginas del *Boletín de Sesiones* en que la discusión se desarrolló.

10. Mas he aquí que la normativa del Título Preliminar del Código civil nos proporciona otro problema, siempre en relación con el papel «complementario del ordenamiento jurídico» de la jurisprudencia, con esa «cierta trascendencia normativa» de los «criterios» del Tribunal Supremo a que su Exposición de Motivos alude.

En efecto, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (no lo olvidemos, Ley constitucional) dice que «la *función* jurisdiccional, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia».

(Por su parte, la mucho más correcta LOPJ de 1870, en su artículo 2.º, decía que «la *potestad* de aplicar las Leyes en los juicios civiles y criminales, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales») (51).

Y la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 (base primera, dos) dice que «la *potestad* de aplicar las Leyes en el ejercicio de la función jurisdiccional, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que puedan legalmente establecerse corresponde exclusivamente, conforme al principio de unidad de la jurisdicción, a los Juzgados y Tribunales de Justicia determinados en esta Ley, según su

(51) Sobre la franca superioridad de esta última Ley, cfr. por ejemplo. PRIETO CASTRO: «Tres comunicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense a la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas», en *RDPr Iber.*, 1972, 1, págs. 14 y sigs., *passim*; FAIRÉN GUILLÉN: «Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870», en *El centenario de una gran obra legislativa*, Valencia, I. C. Colegio de Abogados, 1972, *passim*, y también en la *Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener*, Zurich, 1973, págs. 42 y sigs.; «La potestad jurisdiccional», en *Rev. Der. Jud.*, núms. 51-52, 1972, págs. 45 y sigs., y «Algunas aportaciones a la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal», en la misma revista y números, págs. 14 y sigs.

diversa competencia, salvo lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Estado» (referente a las jurisdicciones militar y eclesiástica).

Más correctamente que en la LOE de 1967, y pensando en que los Jueces y Tribunales «no sólo aplican las Leyes», sino también las costumbres, los principios generales del Derecho y... la doctrina legal, los profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas, reunidos en Valencia en mayo de 1972, formulamos la siguiente conclusión con referencia al artículo 2.º de la LOPJ:

Estiman los profesores que con conservación del espíritu y letra del artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste debería quedar redactado así:

«Corresponde exclusivamente a los Tribunales la potestad de aplicar las *normas jurídicas* en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales, *juzgando de modo irrevocable y ejecutando por sí mismos o por medio de órganos directamente...*»

Pero sin hacernos ningún caso, los prelegisladores (esta conclusión fue enviada, como las demás, al Ministerio de Justicia) remitieron a las Cortes un texto del anteproyecto de la LBOJ, en el cual la base primera («Declaraciones generales), número 2, rezaba así:

«La *potestad* (52) de aplicar las *Leyes*, en el ejercicio de la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales.»

Con lo cual se tornaba a cometer el error anterior, esto es, el de considerar que la misión de los Jueces y Tribunales es *solamente* la de aplicar las *Leyes* (53).

(52) Esta «potestad» había «desaparecido» de la LOE de 1967. Y ahora vuelve a aparecer. Más extraño es aún, por ejemplo, el hecho de que en la Base primera, tres, de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 aparezca el derecho de acción como un «libre acceso a los Tribunales» (?), en tanto que en la «Exposición de Motivos» se dice, con todas las letras, que este simple «principio de libre acceso a los Tribunales» se debe entender «como el derecho a realizar peticiones a los órganos del Estado específicamente destinados al efecto», como un derecho fundamental... Si así es, ¿por qué especie de *metus* no se dijo en el propio texto de la LOB?

Pero dedicaremos a este y a otros problemas un trabajo aparte, amén de lo que ya dijimos, críticamente, en nuestro trabajo «Comentario crítico de la Base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», en *RDPr. Iber.*, 1974, I, página 58.

(53) Este Anteproyecto también fue sujeto a impugnación por nosotros, los Profesores de Derecho procesal. Así, por los Profesores Doctores ALMAGRO, GUTIÉ-

El problema reside en que la LOE de 10 de enero de 1967—reiteramos no olvidar que se trata de una «Ley constitucional»—(y asimismo la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, base primera, dos) fijan las atribuciones—potestad—de los Jueces y Tribunales en las de *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, pero nunca les autorizan a «crear desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa» (Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil); no admiten que la «jurisprudencia»—«doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo» (*idem*, art. 1.º, 6)—«complemente» el «ordenamiento jurídico» (*idem*), constituyéndose así en un «algo» (si no es fuente, ¿qué es ese «algo»?) «complementario» de tal ordenamiento.

Si, según la situación anterior, nos preocupaba a todos la no inclusión de la jurisprudencia en el artículo 6.º del Código civil y, al contrario, su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ello la situación era de cavilosidad, después de la entrada en vigor de la LOE de 1967 y del Título Preliminar de dicho Código civil, al negar las fundamentales normas citadas la posible efectividad jurídica exterior de la «doctrina legal», la imposibilitan para seguir actuando en la práctica como hasta ahora lo hizo, y al autorizar que esa «jurisprudencia reiterada del Tri-

RREZ ALVIZ, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, HERCE QUEMADA, DE MIGUEL ALONSO, MORÓN PALOMINO, MUÑOZ ROJAS, DE LA OLIVA SANTOS, PRIETO CASTRO y SERRA DOMÍNGUEZ se elevó una «exposición al Gobierno e informe de Profesores de Derecho procesal de Universidades españolas respecto del Proyecto pendiente de Ley de Bases Orgánica de la Justicia» con fecha de abril de 1974 (esto es, cuando aún no había comenzado la discusión del Anteproyecto en la Comisión de Justicia de las Cortes), aconsejando «la no prosecución de los trámites relacionados... (con dicho Anteproyecto)» (cfr. este «Informe» en *RDPr. Iber.*, 1974, 1, págs. 5 y sigs. *passim*); en el mismo número de esta revista, confróntese también GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «Notas sobre el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 79 y sigs.); MONTERO AROCA: «La llamada justicia municipal y el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 155 y sigs.); SERRERA CONTRERAS: «Reflexiones sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia» (págs. 179 y sigs.), y—pidiendo la retirada, al menos, de la Base primera del Anteproyecto, lo cual arrastraría la caída de todo él—nosotros mismos, en nuestro trabajo citado: «Comentario crítico de la Base primera del Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia», siempre en la misma revista y número (págs. 37 y sigs.).

No se nos hizo caso—como tampoco a nuestra conclusión, adoptada en la VIII Reunión de Profesores de Derecho Procesal, en Valencia, en 1972—sobre nuestra preocupación de que continuase la tramitación del actual «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», «por considerarlo inadecuado para resolver los problemas orgánicos que hoy están planteados y, en definitiva, por la insuficiencia e imprecisión de sus bases»; continuó la tramitación de dicho «Anteproyecto», que culminó en la desafortunada Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, con la que ahora nos hallamos enfrentados en cuanto a su contenido y desarrollo, al mantener igual posición que en Valencia, en la Reunión de 1972, y al escribir nuestro trabajo crítico, publicado en 1974.

bunal Supremo» se convierta en algo que si no es una fuente «complementaria», se le parece mucho; así, aunque en la Exposición de Motivos se diga otra cosa, *resulta que en esta parte el repetido Título Preliminar del Código civil es inconstitucional*, ya que se excede atribuyendo al Tribunal Supremo otra labor—la constructiva de esa «jurisprudencia»—, que no es tan sólo la de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», según ordena la LOE de 1967.

Si el texto adoptado para la LBOJ hubiera sido el adoptado por los procesalistas en Valencia en 1972 (cfr. *supra*), la cuestión hubiera sido diversa, ya que no solamente tratábamos de «Leyes», como inadecuadamente lo hace la LBOJ, sino de «aplicación de normas jurídicas» (54), expresión en la cual hubiera podido comprenderse el Derecho jurisprudencial. Mas no ha sido así y no es por nuestra culpa, sino por la de los autores de aquella primera Ley citada, que escogieron un texto en el que se desviaba el centro de gravedad del problema (desde el «poder judicial» a la «función», cfr. *supra*), y por los de la LBOJ, que se refirieron tan sólo a la «potestad de aplicar las Leyes, y nada más que Leyes».

11. Así las cosas echemos ahora una ojeada a «cómo es» la «doctrina legal».

«Como es notorio, al Tribunal Supremo le está encomendada la elevada misión de aplicar los principios generales del Derecho a los casos litigiosos sometidos a su definitiva resolución; así, fijándose el alcance de tales principios y de las Leyes y las reglas de su hermenéutica para su aplicación en cada caso, como *estableciendo en su reiterada jurisprudencia normas a seguir inexcusablemente por los Tribunales de Instancia, tanto que su violación puede ser motivo de casación de las sentencias*» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 12 de junio de 1926).

La evolución del concepto de «doctrina legal» nos ayudará a comprender la esencia del muy interesante fenómeno. Sigamos la descripción de DE BUEN:

«Antes de la publicación del Código civil—1889—existía lo que se llamaba doctrina legal, cuya frase surgió por primera vez en el Real Decreto de 4 de octubre de 1838, en el cual se regulaba el ejercicio del recurso llamado a la sazón de nulidad. Con la expresión 'doctrina

(54) Cfr. sobre lo que en esta reunión se expresó, PRIETO CASTRO: *Tres comunicaciones*, cit., págs. 14 y sigs.; FAIRÉN GUILLÉN: *Algunas aportaciones*, cit., páginas 16 y sigs.

legal' se designaba al principio la doctrina admitida por los Tribunales. Así lo reconocía, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Organizado el Tribunal Supremo, inspiróse primero en el sentido de la LEC, pero fue recabando poco a poco para sí la privativa, estableciendo que sólo de sus fallos brotaba la doctrina legal. Aparentemente no se rechazaba la jurisprudencia de los Tribunales inferiores; el Tribunal Supremo declaraba que cuando las sentencias de ellos fueran constantes y uniformes constituirían doctrina; pero en la realidad, como el Tribunal Supremo era el Juez único—como superior único, añadiremos con ORTIZ DE ZÚÑIGA—para apreciar la constancia y uniformidad de las sentencias y rechazar muchas veces jurisprudencia que reunía esas calidades, resultaba que sólo por la aceptación del Tribunal Supremo nacía la doctrina legal. Esta fue definida como una emanación de la Ley, sacada de ella y que le sirve de complemento.»

Esta fuente era, pues, «un medio indirecto de dar valor a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que era la que, en definitiva, tenía el carácter de fuente de Derecho. Así se daba el caso de que no siendo legalmente tales, pues el Tribunal Supremo reconocía que sus sentencias eran autorizados precedentes para la uniformidad de la jurisprudencia, sin que sus determinaciones pudieran imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casación, como se las consideraba como doctrina legal y ésta servía de fundamento para los recursos, en realidad las sentencias del Tribunal Supremo tenían fuerza de Ley. Tanto era así que Letrados y Tribunales indagaban en la práctica para fundamentar sus decisiones o sus demandas no en el texto legal, sino en el tesoro, rico y apropiado para satisfacer todos los gustos, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (55). «En el Código civil—sigue DE BUEN—no se habla de doctrina legal, sino de principios generales del Derecho.»

«Si tenemos en cuenta—continuaba—el cambio de expresión (principios generales del Derecho en lugar de doctrina legal) operado por el Código civil, hemos de sentirnos inclinados a creer que el fin del legislador era dar una mayor amplitud al Juez, libertándole más de la Ley. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo ha entendido así.»

«Según ella no basta la alegación de un principio de Derecho; es, además, imprescindible citar la Ley, jurisprudencia o doctrina legal en que se apoya, con lo cual han quedado los principios generales del Derecho reducidos a la mísera suerte que le cupo a la doctrina legal y a las opiniones de los autores antes del Código civil» (56).

(55) Cfr. DE BUEN: «Las normas jurídicas y la función judicial (alrededor de los arts. 5 y 6 del Código civil)», en *RGLI*, t. 130, Madrid, 1917, págs. 15 y sigs.

(56) Cfr. también PLAZA: *La casación civil*, cit., págs. 202 y sigs., con cita de copiosa jurisprudencia que denota la evolución del concepto de doctrina legal.

Sobre la verdadera naturaleza de la «doctrina legal» ya hemos comenzado a ver la multiplicidad de opiniones. Se pretende por algunos autores clasificarla como manifestación de la costumbre (57)—y ésta sí que es fuente de Derecho—; combaten otros esta posición (58) en nombre del principio de separación de poderes; dicen otros que no es tal fuente de Derecho, sino sólo el efecto adjetivo de poder motivar la admisión de un recurso de casación (59).

Las ideas del «valor persuasivo» de las sentencias del Tribunal Supremo (60) o del «influjo psicológico» de las mismas, «capaz de evitar nuevos recursos en lo futuro acerca de los mismos negocios, en tanto en cuanto las circunstancias sociales, políticas y económicas no hayan aconsejado al Juez de Instancia—al inferior—iniciar una nueva dirección interpretativa y decisoria» (61), no podrían dejar de emparentarse con la costumbre (aunque este parentesco fuera algo lejano).

Mucho más avanzada es la doctrina según la cual el Tribunal Supremo, al sentar «doctrina legal», incurre en «ilegalidad» (incurría antes del nuevo Título Preliminar del Código civil), ya que el artículo 6.º de dicho texto antiguo no le concedía valor vinculante; pero construía «legitimidad», puesto que constituía un ejemplo y una prueba sugestiva del valor de la costumbre contra Ley (62).

La idea de que la «doctrina legal», pese a no estar comprendida

(57) Así: PÉREZ Y ALGUER, en sus notas a la traducción española del *Tratado de Derecho civil*, de ENNECCERUS, t. I, vol. I, págs. 153 y sigs.; sobre este punto, cfr. también LOUZAO: «La jurisprudencia. Su fuerza obligatoria», en *Rev. Der. Priv.*, 1921, págs. 75 y sigs.; TRAVIESAS: «Jurisprudencia y Derecho privado», en la misma revista, 1917, pág. 341, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, diferenciando entre el *Volksrecht* y el *Gerichtsrecht*, en «Derecho consuetudinario y función judicial», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, págs. 482 y sigs. Cfr. también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 126 y sigs. y 135.

(58) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO: «La jurisprudencia como fuente del Derecho», Madrid, 1925, págs. 127 y sigs.; Arg. en «La función jurisdiccional de los Jueces y la aplicación del Derecho en general», en *Rev. Der. Priv.*, 1913, págs. 86 y sigs.; también TRAVIESAS, *ob. cit.*, págs. 339 y sigs.

(59) Cfr. DE CASTRO BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, t. I, págs. 508 y sigs.

(60) Cfr. arg. de PUIG BRUTAU en *La jurisprudencia como fuente del Derecho (interpretación creadora v arbitrio judicial)*, Barcelona, s. a., pág. 236. La palabra «persuasión» la hallamos en sentencias de la Sala VI del Tribunal Supremo, cuando entrando en los hechos se refiere a dictámenes periciales contradictorios.

(61) Cfr. arg. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, II, Zaragoza, 1946, página 368; *idem*, 1968, Madrid, t. I, pág. 249.

(62) Cfr. DUALDE: *Una revolución en la lógica del Derecho; concepto e interpretación del Derecho privado*, Barcelona, 1933, pág. 277.

Y cfr. más bibl. sobre la nat. jur. de la doctrina legal en CASTÁN TOBEÑAS: *La formulación judicial del Derecho*, Madrid, Reus, 1953, págs. 8 y sigs.; LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 118 y sigs.

en el antiguo artículo 6.º del Código civil, era fuente de Derecho (63) apuntó, a nuestro entender, al problema en vista de su resolución desde el punto de vista teórico, ya que desde el práctico este problema está resuelto.

En efecto, visto el panorama de la indudable influencia de la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre los Tribunales inferiores, si bien no cabe discutir demasiado que no tiene calidad de fuente autónoma de producción jurídica (puesto que, a pesar de las famosas palabras «cierta trascendencia normativa», no se halla en la lista de fuentes directas, y de otra parte, la LBOJ no autoriza a los Tribunales a dictar disposiciones de carácter general), también es cierto que tiene indudable valor efectivo, pues «va ligada a una muy visible, aunque limitada, actividad creadora» (64) (la famosa «cierta trascendencia normativa»), subordinada a fuentes de valor superior (65), destinada a colmar lagunas de las mismas, imponiéndose con fuerza de coacción moral sobre los Tribunales inferiores, a los cuales se previene que en el futuro aquella dirección jurisprudencial, ya casada, está amenazada de nuevo por la casación en asuntos iguales, siempre que «las circunstancias sociales, políticas y económicas no hayan aconsejado al Juez de Instancia iniciar una nueva dirección interpretativa y decisoria» (66).

En cuanto a la doctrina legal vista por quien la crea, por el Tribunal Supremo, *supra* reproducimos lo que él ha declarado: se trata de la aplicación a la práctica de los principios generales del Derecho (Sentencia de 12 de junio de 1926), siempre que «estén sancionados por alguna Ley, por la propia 'doctrina legal' y en defecto de Ley» (67).

12. Mas dejemos al propio Tribunal Supremo que nos indique las notas que deben concurrir para formarse «doctrina legal» (68):

(63) Cfr. también GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 55, e interesante, LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 136 y sigs.

(64) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: «Aplicación y elaboración del Derecho (esquema doctrinal y crítico)», en *RGLJ*, t. 178 (XC), Madrid, 1945, t. X, págs. 530 y sigs.; *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Madrid, 1953, páginas 17 y sigs.

(65) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., págs. 207 y sigs.

(66) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, t. II, Zaragoza, 1946, página 368.

(67) Cfr. también Sentencias de 7 de octubre de 1947, 22 de mayo de 1936, 19 de junio de 1933, 3 de diciembre de 1928 y 12 de enero de 1927, así como Autos de 13 de febrero de 1922, 24 de noviembre de 1917, 16 de junio de 1900, 8 de octubre de 1899, etc.

Cfr. esta jurisprudencia en la *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, ordenada por los Profesores FENECH NAVARRO y CARRERAS LLANSANA, Barcelona, volumen V, 1959, desde la pág. 9210.

(68) Cfr. también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 55 y sigs.

A) Precisa para que surja la existencia, al menos, de dos sentencias en idéntico sentido, no siendo suficiente que haya sólo una (Sentencia de 10 de febrero de 1886, Auto de 6 de octubre de 1889 y Sentencias de 7 de enero de 1924, 4 de julio de 1928, 27 de octubre de 1930, 20 de diciembre de 1927, 30 de diciembre de 1944, 8 de noviembre de 1946, 14 de noviembre de 1951, 27 de marzo de 1952, etcétera) (69).

Esto no obstante, la doctrina legal del Tribunal Supremo no debe ser estática, «inmóvil», sino «dinámica, como las mismas Leyes, que teniendo el carácter de permanentes en sus derechos, son variables en su evolución progresiva al tener en cuenta las nuevas necesidades y realidades de la vida» (Sentencia de 21 de abril de 1926).

Esto es, la doctrina legal debe ser estable, mas tal estabilidad no puede oponerse a su evolución (70).

Está claro que el problema «doctrinalmente» es de importancia y que ha dado lugar a apreciaciones algo extremadas, por ejemplo, la de quienes con diversa terminología (71) (72) pretenden que el Tribunal Supremo deviene órgano legislativo; el freno a dichos autores y apreciaciones se hallaría, en otros, en las diferencias entre «legalidad» y «legitimidad» (73), y, en último lugar, en la apreciación general de los juristas españoles de la «doctrina legal» del Tribunal Supremo, con la consideración de que ésta no es férrea, sino maleable al compás de las circunstancias de evolución general del país (74).

(69) Cfr. esta jurisprudencia y más en FENECH y CARRERAS, *ob. cit.*, vol. V., página 210.

(70) Es esta originalidad la que ha llamado la atención de juristas extranjeros, con mayor o menor fortuna. Cfr., por ejemplo, HERZOG: *Le Droit Jurisprudenciel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Imp. Bousseau, Toulouse, 1942, *passim*, y esp., págs. 225 y sigs.; mas debemos añadir que el fenómeno español de la «doctrina legal» no se puede comprender sin conocimiento claro de la «legislación histórica» y no sólo la de Castilla; que un conocimiento trivial (o inexistente, que es peor) sobre la jurisprudencia del antiguo reino de Aragón puede conducir a conclusiones erróneas. Y si el historiador no entra a fondo en los problemas planteados cuando el «recurso de casación» tuvo posibilidad de «penetrar» en España (1812, Cortes de Cádiz. Guerra de la Independencia contra los franceses), su verdadera labor de investigación se deberá detener—si no es temerario, en cuyo caso no sería más que un pseudo-historiador—en el umbral de los verdaderos problemas, esto es, los que diferencian a la «casación» española de otros recursos más propiamente denominados con esta calificación (cfr. sobre estos problemas—no vistos por HERZOG—nuestro trabajo «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», en *ADC*, Madrid, 1957, *passim*, y después en nuestros *Temas*, cit., t. I, págs. 195 y sigs.).

(71) Cfr. JOAQUÍN COSTA: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Madrid, 1890-1893, pág. 301.

(72) Cfr. HERZOG: *Le Droit Jurisprudenciel*, cit., págs. 226 y sigs.

(73) Cfr. DUALDE: *Una revolución en la lógica del Derecho*, cit., pág. 277.

(74) Anotemos aquí los requisitos que según SÁNCHEZ ROMÁN deberían darse para que se formase «doctrina legal» y que nos parece muy oportuno no sólo evo-

Un clásico ejemplo de la «flexibilidad» de su criterio nos lo dan las interpretaciones dadas por la Sala I del Tribunal Supremo a la famosa «Ley de Mostrencos» de 16 de mayo de 1835 (75) (que instituía heredero al Estado, en defecto de parientes de cuarto grado). A partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1893, el Tribunal Supremo la aplicó a los países forales hasta 1936. En la Sentencia de 11 de julio de 1936, el Tribunal Supremo marcó una reacción en favor del respeto al Derecho foral de Navarra—hasta entonces pospuesto por él mismo a la citada Ley de Mostrencos—, según el cual fuero los herederos se extendían más allá del cuarto grado, excluyéndose así al Estado, y ello textualmente lo hizo en 1936, «por haberse creado una corriente jurídica diametralmente opuesta a la que sirvió de fundamento a la jurisprudencia» anterior.

Terminada la guerra civil (1936-1939), el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1942, abandonó la dirección doctrinal adoptada en 1936 y tornó a la anterior diciendo, en cuanto a su Sentencia de 1936, que: Inspirada... en una orientación que trascendía del ámbito del Derecho privado, aunque en él se reflejasen sus consecuencias, no puede decirse que rectificase, por errónea o exorbitante, la doctrina mantenida en el decurso de varios lustros y reputada uniforme, aun señaladas algunas vacilaciones iniciales..., sino que acomodándose a una situación que reputó nueva estimó que por sola virtud de ésta habían desaparecido los fundamentos que el Tribunal Supremo había tenido hasta entonces; que dicha Sentencia de 11 de julio de 1936, «lejos de rectificar, ratificaba en el fondo lo establecido con anterioridad», por lo cual el Alto Tribunal volvía a su doctrina tradicional (76).

car, sino recordar en estos momentos (aunque en el Tít. Prel. del Cód. civil nada se diga, nada impide que sea completado, aunque el sistema de Decretos cada vez nos complace menos):

- 1.º El Tribunal Supremo examinaría periódicamente las sentencias de casación.
- 2.º Fijaría las reglas de Derecho que considerase posible deducir de ellas.
- 3.º Haría un resumen sistemático.
- 4.º Se preocuparía de que se hiciese una publicación periódica de la materia (no retrasada se entiende, naturalmente).

5.º Sólo los «preceptos» así publicados constituirían doctrina legal.

(Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1899-1912, t. II, pág. 80.)

(75) HERZOG, *ob. cit.*, comenta alguna sentencia en materia de Mostrencos, pero no para extraer conclusiones sobre la continuidad de la «doctrina legal» o sus interrupciones (págs. 226 y sigs.).

(76) Cfr. también la Sentencia de la Sala I del T. S. de 30 de diciembre de 1942 y subráyese su proximidad temporal con la del texto. Ya había dos en el nuevo más antiguo sentido.

En estas ocasiones, el T. S. indicó que no se podía alegar infracción de doctrina legal existiendo una sola sentencia de contenido determinado.

B) La doctrina legal ha de considerarse con respecto a un caso idéntico (Sentencias de 7 de julio de 1882, 31 de enero de 1930), no bastando la analogía ni los razonamientos formulados en una sentencia de casación anterior que sea la positiva (la segunda, proferida de acuerdo con el art. 1.745 del a LEC, o sea, la subsiguiente a la verdadera de casación) (Sentencia de 31 de marzo de 1948) (77).

C) En sus relaciones con la «Ley», la «doctrina legal», aunque algún autor (78) diga que «se ha procurado evitar toda expresión explícita sobre su naturaleza», esto es, sobre su «condición de verdadera y propia fuente del Derecho» (79), se hallan declaraciones del Tribunal Supremo que si bien la equiparan en su propia fuerza a la Ley, sin embargo, no dejan de distinguir a ambas:

Así, «la doctrina de la jurisprudencia muy reiterada *merece igual respeto* que la Ley escrita» (Sentencias de 11 de diciembre de 1922 y 6 de abril de 1916). «Merece igual respeto», pero «no es igual».

Y de otro lado, la «doctrina legal» reconocía y acataba el principio de separación de poderes consagrado en la magnífica Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870: «El poder judicial no puede atribuirse nunca funciones legislativas y siempre deberá respetarse la obra legislativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretarla.» «Para el juzgador no puede haber otro criterio que el aceptado por el legislador» (Sentencia de 2 de julio de 1926) (80).

D) La función de la doctrina legal—ella misma lo declara—es, en gran medida, la de suplir lagunas legales: «La jurisprudencia contemporánea—dice la Sentencia de 19 de abril de 1915—es un intérprete dedicado a suplir omisiones involuntarias de algún concepto dado en que los redactores de preceptos legales hubiesen podido o puedan incurrir» (81). «La jurisprudencia—intérprete de la Ley—está llamada a suplir el silencio que de su análisis pudiera resultar» (Sentencia de 15 de febrero de 1916).

E) Vemos, pues, que la «doctrina legal» es una intérprete de la Ley: «La trascendental misión de la jurisprudencia es la de la inteli-

(77) Cfr. más jurisprudencia en FENECH-CARRERAS, *ob. cit.*, t. V, págs. 9218 y sigs.

(78) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., pág. 210.

(79) Cfr. PLAZA: *La casación civil*, cit., loc. cit.

(80) Si HERZOG (*Le Droit Jurisprudentiel*, cit., págs. 226 y sigs.) hubiese citado esta última sentencia después de la de 11 de diciembre de 1922, su obra hubiese quedado más clara.

(81) Se trataba de colmar una clásica laguna legal, la del artículo 177 del Código civil, en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos.

gencia y aplicación de las Leyes» (Sentencia de 23 de febrero de 1926), «teniendo en cuenta los fines de la institución (Sentencia de 2 de julio de 1926) (82).

F) La «doctrina legal» recuerda sus orígenes y la (incumplida) disposición transitoria número 3 del Código civil—que alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como dato a tener en cuenta en las reformas decenales (!) del Código—(Sentencias de 23 de febrero de 1926 y 14 de enero de 1947).

G) La «doctrina legal»—y he aquí uno de sus caracteres fundamentales—defiende su propia *uniformidad*: «Si la jurisprudencia ha de cumplir su trascendental misión de uniformidad, contradecirla sería tanto como introducir en ella el desorden acerca de la recta inteligencia» de los asuntos debatidos y resueltos (Sentencias de 10 de junio de 1914, 10 de diciembre de 1919 y arg. en la de 14 de enero de 1927).

H) Otro de sus caracteres es el de la *continuidad*: «La función de juzgar tiene el doble concepto de resolver la colisión de Derecho planteada y la de interpretar las Leyes para los casos sucesivos» (Sentencia de 20 de junio de 1928). «Cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal debe ser ésta mantenida en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre, por medio indubitable, la antinomia de ella con el verdadero contenido de las Leyes» (Sentencias de 30 de noviembre de 1935 y 30 de diciembre de 1942).

I) Otro carácter más de la «doctrina legal» lo es el de ser *progresiva*—su mayor originalidad, a diferencia de la rigidez del precedente jurisprudencial anglosajón (83)—(Sentencia de 21 de abril de 1926), obligando al Tribunal Supremo a completar «las realidades de la vida con sus hechos concretos» (Sentencia de 7 de mayo de 1926); la misma jurisprudencia protege las nuevas direcciones que el Tribunal Supremo pueda adoptar (Sentencia de 12 de junio de 1926), pues «cuando unos preceptos legales están en contraposición con *progresivas* concepciones jurídicas, aquéllos mueren para dar vida a otros, ya que la naturaleza, las circunstancias y las realidades de la vida tienen que ajustarse a estas evoluciones científicas» (Sentencia de 20 de junio de 1928).

(82) Cfr. también Sentencias de 20 de febrero de 1933 y 25 de mayo de 1945.

(83) Cfr. sobre ello ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española», en *RGLJ*, 1948, t. 183, págs. 508 y sigs., esp. 549 y sigs.; PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, cit., páginas 231 y sigs.

J) La simple desestimación del recurso *no supone* la aceptación por el Tribunal Supremo de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo *a quo* (84).

Ello se debe a que el recurso de casación funciona regido por el principio dispositivo (*Sententia debet essere conformis libello*—formalización del recurso—) y por su pleno rigor formal. Esto es, el Tribunal Supremo no puede casar una sentencia por un motivo legal que no haya sido solicitado por el recurrente; debe limitarse a aquellos por los que fue impugnada la sentencia del Tribunal *a quo*.

De esto se deduce que si el Tribunal Supremo rechaza el recurso por haber sido interpuesto basándose en un motivo erróneamente indicado (por ejemplo, el núm. 1 del art. 1.692: violación, interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley o de la doctrina legal), en lugar de haberlo hecho por la vía de ataque a los hechos probados (núm. 7 del mismo artículo, caso muy frecuente), ello solo, de por sí, no quiere decir que la sentencia *a quo* sea «correcta» y que por ser rechazado el recurso contra ella pase a disfrutar de la calidad de «doctrina legal» la en ella contenida.

Así puede verse, por ejemplo, en las Sentencias de 28 de diciembre de 1946 (FENECH-CARRERAS, *ob. cit.*, V, pág. 8852), 23 de junio de 1953 (*id.*), 29 de mayo de 1892 (*id.*, pág. 8868), 28 de enero de 1908 (*id.*, pág. 8879), 30 de diciembre de 1927 (*id.*, pág. 8898), 27 de abril de 1929 (*id.*, pág. 8899), 18 de octubre de 1928 (*id.*), 31 de diciembre de 1930, 16 de septiembre de 1933 (*id.*, pág. 8991), 20 de abril de 1940 (*id.*, pág. 8992) y 20 de octubre de 1950 (*id.*, páginas 8992 y sigs.).

Esto es, aunque el recurso fracase, si el Tribunal Supremo no examina explícitamente la sentencia del Tribunal *a quo*, no puede decirse —ello es natural—que tiene doctrina legal; lo que hace es no entrar en su estudio por haber tropezado con un escolio previo, como lo era el del defecto formal en la interposición del recurso.

K) No constituye «doctrina legal» el contenido de la *sentencia positiva* que, a continuación de la casatoria, debe dictar el Tribunal Supremo (art. 1.745 de la LEC), y ello por la razón—peculiar de la jurisdicción positiva de dicho Alto Tribunal español—de que en ella ya no resuelve un recurso de casación, sino que se trata sencillamente de un ejercicio de su jurisdicción rescisoria, extensiva a toda la modalidad del recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal

(84) Cfr. RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY: *El recurso de injusticia notoria*, Madrid, 1962, págs. 128 y sigs.

(ése es el punto de vista adoptado en la Sentencia de 31 de marzo de 1948, FENECH-CARRERAS, V, pág. 9218).

Así ha sido la «doctrina legal» en sus líneas generales hasta el presente. ¿Qué será en el futuro bajo el imperio del nuevo Título Preliminar del Código civil? *Incógnita res*. Pues en méritos de esa «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia podemos llegar a encontrar a un Tribunal Supremo, de aquí en adelante, ligado al contenido de sus propias sentencias reiteradas (85), esto es, bien puede ocurrir que su «doctrina legal» carezca de esa flexibilidad, de esa «progresividad» que actualmente la distingue del *case-law* del Derecho anglosajón y que es nota necesaria de aquélla.

Pues si el continente de la expresión es defectuoso, el contenido puede depararnos sorpresas aún más desagradables. Y vamos a examinar una de ella entre las posibles y de mayor «trascendencia».

13. Pasamos a examinar el problema: el de la posible influencia de «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia de una de las Salas (I y VI) del Tribunal Supremo sobre lo penal (Sala II).

Y antes de nada veamos cómo se originó la situación actual en la Comisión de Justicia de las Cortes.

Todo comenzó por una intervención del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS refiriéndose al problema de que según el texto presentado no se incluían expresamente en él las «disposiciones administrativas» después de la «Ley» (86).

Le contestó la ponencia, por voz del Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, de este modo:

«Compartiendo totalmente la tesis del señor MARTÍNEZ ESTERUELAS, cree la ponencia que no es necesario, al menos en el número 1 de la base primera, intercalar ninguna otra precisión mayor. En cambio, *sí podría, en el número 4 de la base primera, suprimirse el final, de tal forma que dijese: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento en materia civil con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»* Se suprimiría «Ley, costumbres y principios generales del Derecho» para que se entienda, en un sentido amplio, que 'Ley' comprende toda clase de disposiciones administrati-

(85) ¹ Cfr. también VALLET DE GOYTISOLO: «Consideraciones en torno a las fuentes del Derecho», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1974, núm. 2, pág. 40.

(86) Cfr. *Diario de las Sesiones de Comisiones*. Comisión de Justicia. Sesión del 21 de noviembre de 1972, pág. 12.

vas (87), siempre que emanen de órganos con la suficiente competencia para ello y siempre que no contradigan otra disposición de rango superior» (88).

Y respondió MARTÍNEZ ESTERUELAS—*hic sunt leones*—:

«Se sigue hablando aquí, en el punto 4 de la base primera, de 'materia civil'. Creo que el Código civil debe aspirar a tener *regulación absoluta y general de todas las fuentes del Derecho español* y que *tiene que proyectarse a todas las ramas del ordenamiento jurídico*. Dicho en otras palabras, que se puede aspirar desde este texto a *no hacer distinción entre materia civil y las que no lo son y que el valor de la jurisprudencia sea, con carácter general*, el que establezca el Código» (89).

Apoyó a MARTÍNEZ ESTERUELAS el Procurador VIOLA SAURET:

«También está en lo cierto el señor MARTÍNEZ ESTERUELAS en que, por lo menos, hay que manifestar cierta duda en estas palabras de 'materia civil' y 'materia no civil', *que parece que limitan el valor de la jurisprudencia...* Quizá estemos en este caso 'capidisminuyendo' o limitando las posibilidades de aplicación de esta fuente supletoria o complementaria de nuestro ordenamiento jurídico, *que es la jurisprudencia, a otros supuestos que no son los estrictamente conocidos por materia civil*» (90).

Intervino por la ponencia el Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, admitiendo la tesis de MARTÍNEZ ESTERUELAS:

«Otro de los puntos que se han debatido aquí ha sido el de la posibilidad de excluir del texto de la ponencia la frase 'en materia civil'.»

«La ponencia no tiene inconveniente, si los señores Procuradores lo aceptan, *en quitar el inciso 'en materia civil'*. No obstante, quiere indicar que la frase 'en materia civil' se estableció porque de lo que se está hablando es de la posición de la jurisprudencia como complementaria de las demás fuentes» (91).

Consumatum est. La «jurisprudencia» del Tribunal Supremo pasa a «tener cierta trascendencia normativa» también en materia penal. Y esto se ha producido ligeramente—ligereza temporal; a juzgar por la extensión del *Diario*, en una decena de minutos, y en esos minutos se ha decidido promover un problema gravísimo contra la primitiva y más correcta redacción.

(87) Cfr., *supra*, la conclusión de los Profesores de Derecho Procesal en nuestra Reunión de Valencia en mayo de 1972, en la que proponíamos sustituir la expresión «Leyes» por la de «normas jurídicas». conclusión que no fue aceptada por los prelegisladores.

(88) Cfr. *Diario*, cit., pág. 18.

(89) Cfr. *Diario*, cit., pág. 22.

(90) Cfr. *Diario*, cit., pág. 23. La cursiva, como en otros casos, es nuestra.

(91) Cfr. *Diario*, cit., pág. 25.

«Los delitos—siguió el Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, como si tuviera remordimiento por la gigantesca concesión hecha—deben estar definidos concretamente en las Leyes y lo mismo las penas. Por eso, la ponencia había introducido, en principio, el texto que se refería concretamente a materia civil» (relativamente bien decimos nosotros aquí).

«No obstante—continuó en seguida—, *no parece que la Ley sufra un grave perjuicio por esta supresión*, sino que quizá, dada la generalidad que se ha dado a esta base, podría admitirse.» «De manera que la ponencia *admite como única modificación*, después de atender a las intervenciones de los señores Procuradores, *la supresión en el punto 4 de las palabras 'en materia civil'*» (92).

(La Ley sufrió por esta «no distinción» un gravísimo perjuicio, al admitirse que la jurisprudencia tenga esa «cierta influencia normativa» también en materia penal.)

Y terminó de esta forma:

«Quedaría así: 'La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes' y después, ya en cada jurisdicción, en materia civil, *penal*, etc., se aplicarán las Leyes especiales en relación con cada especialidad. Nada más» (93).

(El inciso que comienza «...y después, ya en cada jurisdicción...», no tuvo consecuencias, que hubieran podido salvar la situación.)

Ni una sola voz se levantó contra lo propuesto por MARTÍNEZ ESTERUELAS y aceptado por la ponencia, permitiéndose así un «trasvase» de esa «cierta influencia normativa» desde un orden jurisdiccional a otro. Lo cual no puede ser más grave si atendemos al orden penal (94).

(92) Cfr. *Diario*, cit., pág. 25.

(93) Cfr. *Diario*, cit., pág. últ. cit.

(94) Llegado el momento de la votación de la base primera, dijo ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO, por la ponencia:

«La base primera no tiene modificación alguna y dice en su iniciación:

Artículo 3.º (que va a ser el segundo, pero esto no es problema). La redacción del Título Preliminar se acomodará a las siguientes bases:

Primera. 1. Se enumerarán de modo directo, sistemático, las fuentes del Ordenamiento jurídico, manteniendo las ya recogidas en el Código, así como la primacía de la Ley sobre las demás fuentes. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (*Diario*, cit., pág. 25).

Hubo una votación de 22 votos a favor y ninguno en contra.

Siguió ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO:

«El párrafo segundo dice: La costumbre regirá en defecto de Ley, siempre que no vaya contra la moral o el orden público, valorándose la eficacia creadora de los usos sociales con trascendencia jurídica.»

(Votación: 23 votos a favor y ninguno en contra. *Diario*, cit., pág. 26.)

«Párrafo tercero del número 1 de la base primera»

Y planteamos claramente el problema (que la Comisión y la Ley plantean y no resuelven):

Aunque las «Exposiciones de Motivos» no tengan realmente vigencia resultan de gran utilidad para averiguar lo que pensaba el legislador (y lo que «se olvidaba de pensar»); pues bien: en este caso, al suprimir

Los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador de las demás fuentes, se aplicarán en defecto de normas legales y consuetudinarias.» (Votación: a favor, unanimidad. *Diario*, cit., pág. 26.)

«Párrafo número 2 de la base primera:

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte de la legislación interna española.»

(Votación: aprobado con el voto en contra del Procurador ANGULO MONTES.)

«3. Se recogerá, en el sentido hoy vigente, el *deber* de los Tribunales de fallar en todo caso y con arreglo a la prelación de fuentes antes establecidas.»

(Votación: unanimidad.)

(*Diario*, cit., del 21 de noviembre de 1972.)

Con respecto a este texto (recogido definitivamente en el art. 1, núm. 7, con redacción así: «Los Jueces y Tribunales tienen el *deber* inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido») debemos recoger una intervención de DÍAZ-LLANOS Y LECUONA (en la Sesión del día 22 de noviembre de 1972), que merece la pena transcribirse, aunque sea en esta nota—por no desviarnos del tema en el texto.

El Presidente de la Comisión dijo: «Estamos en la base tercera.»

E intervino DÍAZ-LLANOS en los siguientes términos:

«... me parece recordar es el Código civil y la Ley Orgánica de los Tribunales quienes contienen un precepto similar, aunque de redacción distinta; era aquel que decía que el Tribunal que se niegue a fallar, so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley, incurrirá en responsabilidad.

En definitiva, era una fórmula de sanción a los Tribunales que dejasen de cumplir el *deber* que positivamente en esta base se dice, que concretamente se establece.

Creo que los preceptos vigentes son más claros y, sobre todo, establecen una responsabilidad que ahora se elimina. ¿Por qué se ha saltado lo de incurrir en responsabilidad?» (*Diario de las Sesiones*, cit., pág. 2). La ponencia le contestó que eso estaba en la base anterior, ya aprobada.

Efectivamente, DÍAZ-LLANOS metió el dedo en la llaga, poniendo a la ponencia en trance de confesar una grave contradicción en que había incurrido.

Y así, el Procurador FERNÁNDEZ NIETO, por dicha ponencia, decía:

«Aquí se ha añadido en todo caso, quizá para reforzar ese *deber* inexcusable de los Tribunales de fallar con arreglo a las fuentes del Derecho. Con esta matización se mantenía la *obligación* de fallar con arreglo a la prelación de fuentes ya establecida» (*Diario*, cit., pág. 3).

Irritante contradicción o confusión: la ponencia confundía los conceptos fundamentales de «deber» y «obligación»; hubiese sido oportuno que alguien le señalase la necesidad de prepararse leyendo alguna obra de teoría general del Derecho, como, por ejemplo, la de SANTI ROMANO (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1947, *Doveri, obblighi*, esp. págs. 104 y sigs.), para evitarse la confesión de un error tan enorme.

Se limitó DÍAZ-LLANOS a insistir en que: «...no estoy conforme con el fondo, aunque, 'como he perdido el tren', no voy a insistir en el tema de la supresión del párrafo que establecía que en caso de no fallar se incurría en responsabilidad, *párrafo que no había motivo para que ponencia rectificara*» (*Diario*, cit., pág. 3).

Y es que la ponencia, con su muy defectuoso texto—no nos cansaremos de criticarlo acerbamente—, ponía en duda nada menos que la naturaleza del *derecho*

la expresión «en materia civil» y no distinguirla de la «no civil» (entre ellas, la «penal»), la Comisión, de un «distinguir» previo, pasó conscientemente, y a instancia del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, a un «no distinguir»; el texto del Título Preliminar del Código civil, en su Exposición de Motivos, hizo lo mismo («cierta trascendencia normativa», sin distinguir órdenes jurisdiccionales, como anteriormente había propuesto la Comisión y se ve por las «excusas» del coponente ESCRIVÁ

de acción, del cual ha dicho—reconociendo que se trata de un verdadero derecho—que no es un derecho especial, material o procesal, sino que debe comprenderse entre los derechos que emanan de la personalidad (cfr., por ejemplo, HELLWIG: *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pág. 291)

De acuerdo con esta idea, se ha considerado modernamente a la acción como una manifestación típica del derecho de petición, reconocido en las Constituciones (así, COUTURE: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951; *Las garantías constitucionales del proceso civil*, Buenos Aires, 1948, pág. 39); este derecho es, en síntesis, el de acudir a la autoridad pública requiriéndola a que dirima un conflicto (por causa del cual, en este caso, existe el proceso), y tal relación jurídica entre individuo y Estado expresa la función constitucional de la jurisdicción de administrar justicia a quien la pida. Este poder jurídico no puede ser arrebatado a nadie, pues emana de la personalidad.

Tal doctrina, que también hemos cultivado (cfr. FAIRÉN GUILLÉN: «Acción», en *NEJS*, *passim*, y «La acción. Derecho procesal. Derecho político», en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, Ed. de la Rev. Der. Priv., 1955, págs. 87 y sigs., esp., *passim*), tiene el acierto de ver claramente el entronque del Derecho procesal con el político desde el punto de vista de la acción; parece evidente que ésta es una manifestación del derecho constitucional de petición.

Además, centra adecuadamente a la acción, esto es, la considera entre el ciudadano y el Estado.

El derecho de petición, hasta ha poco considerado como en su especie de acción, no se hallaba de modo completo en ningún texto legal español: para hallarlo genéricamente expuesto hemos de acudir al Fuero de los Españoles, artículo 21, que dice que «los españoles podrán dirigir individualmente peticiones al Jefe del Estado, a las Cortes y a las autoridades». En este tercer miembro de la enumeración.

El precepto del Fuero de los Españoles en que se incluye el referido derecho está (estaba) desarrollado en varios otros, que vamos a citar ordenadamente.

Desde luego, la antigua disposición del artículo 6 del Código civil, según el cual, «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes incurrirá en responsabilidad» (de aquí el monumental error cometido al suprimir la expresión «incurrirá en responsabilidad», consecuencia del incumplimiento de una obligación de juzgar).

Tal precepto, a su vez, «estaba» desarrollado, en cuanto a la responsabilidad civil, por las que en el Código civil la regulan y por el artículo 903 y siguientes de la LEC, que dan vía procesal adecuada estatuyendo el procedimiento especial para su exacción (título VII del libro II: «Del recurso de responsabilidad contra Jueces y Magistrados»); en cuanto a la responsabilidad penal, está prevista en el artículo 357 del Código penal («El Juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley será castigado con la pena de suspensión. En la misma pena incurrirá el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia»), al cual proporciona un procedimiento específico el artículo 557 y siguientes de la LECRIM (libro IV, título II, de dicha Ley: «Del antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados»).

Y para mayor claridad, la Exposición de Motivos de la LBOJ de 28 de

DE ROMANÍ Y OLANO), y... *ubi lex non distiguit, nec nos distinguere debemus* («doctrina legal»)—aunque a alguno enfade esta expresión, peor para él—del Tribunal Supremo: Sentencias de 12 de enero de 1884, 11 de marzo de 1895, 27 de febrero de 1909, 31 de mayo de 1949, 13 de mayo de 1950, etc.).

Esto es, en ninguna parte del texto legal nuevo se dice del ámbito «complementario» que pueda tener la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (siempre confundida con la doctrina legal). Y nos preguntamos: ¿Alcanzará también al ámbito de lo «penal» esta cierta trascendencia normativa?

En otras palabras: la Comisión de Justicia parte de un texto según el cual la «jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico» *tan sólo* «en materia civil», y por causa de la desafortunada enmienda de MARTÍNEZ ESTERUELAS llega a admitir que se aplique también a los

noviembre de 1974, en sus «Directrices de las bases. I. Declaraciones generales». «tres», dice que «el principio de libre acceso a los Tribunales de justicia, *entendido como el derecho a realizar peticiones a los órganos del Estado específicamente destinados al efecto*, es una de las más importantes garantías judiciales, ya que el libre acceso a los Tribunales se considera en todos los pueblos civilizados *como un derecho fundamental*, que, en definitiva, está montado sobre el siguiente fundamento: *en un Estado de Derecho la petición de justicia constituye un derecho inalienable del individuo, que a nadie puede ser negado, como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción*». «No basta, sin embargo, *con la concesión de este derecho subjetivo público...*»

Esto es, la «acción» es un derecho, y frente a él surge una obligación, que se desarrollaba a partir del anterior artículo 6 del Código civil; mas sustituida esta «obligación» por un simple y modesto «deber» (con confusión entre ambos, error que seguimos diputando garrafal), este «derecho público subjetivo», por obra del nuevo Título Preliminar del Código civil, queda «incompleto», mejor dicho, quedaría incompleto si no estuviera por delante la LBOJ en su «Exposición de Motivos» citada, en la que se declara abiertamente la naturaleza de la acción como un «derecho público subjetivo».

Nuevo y grave choque entre ambas Leyes (aunque en una de ellas, en la LBOJ, sólo se consigne, por razones ignoradas, la definición del derecho de acción en su Exposición de Motivos y no en el texto de las Bases).

¿Por qué la supresión de la expresión «incurrirá en responsabilidad», tan acertada, del antiguo artículo 6 del Código civil?, nos preguntamos con DÍAZ LLANOS. No hallamos respuesta alguna, más que la de la confusión por la Comisión de Justicia (que era *la misma* que después dictaminó y convirtió en Proyecto el Anteproyecto de LBOJ) entre las categorías jurídicas de «deber» y «obligación», categorías al alcance de cualquier jurista.

No hemos querido dejar pasar por alto este lamentable texto del nuevo Título Preliminar del Código civil.

Volviendo a las votaciones, se pasó a la del número «4»:

«La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes.»

Hubo «asentimiento» (?) (*Diario*, cit., pág. 26).

«5. Sustancialmente, si bien con las necesarias matizaciones, se mantendrá la actual regulación sobre la vigencia y derogación de las Leyes.»

Hubo también «asentimiento» (?).

demás «sin ningún inconveniente» (incluyendo así el *orden penal*, que es el que da lugar al más grave problema).

Quedando sin resolver el del verdadero significado de la «doctrina legal» del Tribunal Supremo en lo civil—y también en lo laboral y aun en lo contencioso-administrativo—, el nuevo texto complica las cosas hasta el *climax* al admitir que esa «cierta influencia normativa» de la «doctrina reiterada» del mismo Tribunal Supremo pueda extenderse al dominio de lo penal (y procesal penal).

14. Deberemos echar una ojeada a la doctrina sobre este punto en concreto, ya que *en la LECRIM no se admite la figura de la doctrina legal* y menos aún como clave del recurso de casación.

Aunque refiriéndose a las cuestiones prejudiciales, es aquí del caso alegar con estas palabras:

«De acuerdo con el artículo 3.º de la LECRIM, la resolución de las cuestiones prejudiciales, que corresponde a la Sala II del Tribunal Supremo (penal), lo es exclusivamente 'para el solo efecto de la represión' (y si la prejudicialidad 'fuere determinante de la culpabilidad o de la inocencia', la regla general es la de la suspensión del proceso penal, artículo 4 de la LECRIM), o aún más: cuando se trata de cuestiones de estado civil conocerá de ellas tan sólo el Tribunal civil, el cual sujetará al penal 'como base' a través de su sentencia, pero sin confusiones.»

Como el mecanismo de ambos procesos—civil y penal—es muy diferente (95) (y la prejudicialidad, por regla general, no es en lo penal cuestión de Derecho, sino de hecho) (96), a apreciar «según conciencia» por el Tribunal penal (art. 741 de la LECRIM), el corolario es el de la inexistencia de la «doctrina legal» como figura en la jurisdicción penal, y su «violación» hipotética no abre el recurso de casación (97).

Y yendo al proceso penal—el punto de contacto con el Derecho penal en este punto lo hallamos en el artículo 849 de la LECRIM y especialmente en su número 2.º—:

«El valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho procesal penal es nulo si la consideramos desde el punto de vista legal, que no la reconoce como tal; sin embargo, es grande si consideramos el punto de vista de la realidad, ya que la jurisprudencia constante constituye una doctrina que lejos de poder ser despreciada como fuente de Dere-

(95) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, t. I, pág. 149.

(96) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, t. I, págs. 143 y sigs.

(97) «No hay casación penal por infracción de doctrina legal, ni de costumbre, ni de principios generales del Derecho, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil» (cfr. VIADA-ARAGONESES: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1962, t. III, pág. 269).

cho, hay que tener en cuenta como fuente supletoria para la interpretación de la Ley procesal penal, cuyos preceptos son desarrollados y explicados, determinando su significado y alcance. Por ello en el curso de este trabajo se encontrarán numerosas citas de sentencias del Tribunal Supremo, cuyo conocimiento es indispensable para apreciar en muchos casos un precepto legal o para suplirlo cuando carecemos de él» (98).

(Es a través de estas palabras de FENECH en donde mejor se ve la influencia de la «ficción legalista», a base de la cual se construye la doctrina legal. Según HERZOG (99): El Tribunal Supremo la aplica no como «creación jurisprudencial», sino como... «una interpretación de la Ley». Y no sólo procesal penal, sino incluso penal.)

Aunque confundiendo «costumbre» con *usus fori*, va en el mismo o parecido sentido GÓMEZ ORBANEJA:

«Tampoco la jurisprudencia es fuente de Derecho procesal. En cuanto que el cometido específico de los Jueces y Tribunales (incluyendo el Tribunal Supremo) es interpretar y aplicar el Derecho material y formal en el caso concreto o revisar esa aplicación y no crear Derecho objetivo (100). Pero la costumbre, entendiendo por tal, en Derecho procesal, los usos judiciales invariablemente observados, puede adquirir carácter vinculatorio en aquello que supla a la Ley y con tal que se acomode a los principios fundamentales de ésta. Ello es sumamente importante consignarlo con relación a la LECRIM, en donde las lagunas en puntos esenciales son más patentes que en LEC. Principal ejemplo: el interrogatorio del procesado (101) en el juicio oral (Sentencia de 30 de junio de 1928)» (102).

Mas no hay acuerdo, y así otros autores llegan a conclusión más avanzada: para ellos, la jurisprudencia es fuente (ya veremos de qué clase) del Derecho penal.

Una posición intermedia («fuente mediata») la adopta RODRÍGUEZ DEVESA:

«En términos estrictos—dice—es solamente la que emana del Tribunal Supremo cuando resuelve recursos de casación. A nosotros nos interesa, naturalmente, la jurisprudencia penal, esto es, 'el conjunto de sen-

(98) Cfr. FENECH: *Derecho Procesal Penal*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro-México-Montevideo, 1952, t. I, pág. 130.

(99) Cfr. HERZOG, *ob. cit.*, págs. 227 y sigs.

(100) Por esa razón diputábamos, *supra*, inconstitucional, en esta parte, al Título Preliminar del Código civil actual.

(101) No es ya procesado; es el «acusado».

(102) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: «Teorías generales del proceso penal», en *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed., en colaboración con HERCE QUEMADA, 8.ª ed., Madrid, 1975, pág. 16.

tencias dictadas por la Sala II del Tribunal Supremo en materia de casación por infracción de Ley, al amparo del artículo 849, 1.º, de la *LECRIM'*» (103).

«El valor de la jurisprudencia es inestimable para conocer el Derecho realmente vivido, los criterios interpretativos que efectivamente se aplican ('interpretación usual') (104), pues los Tribunales inferiores tienden a acomodarse a la doctrina jurisprudencial (105) sentada por el Tribunal Supremo. Sin embargo, *no tiene efectos vinculantes* porque los Tribunales conservan en todo momento su libertad frente a los precedentes y, de hecho, el propio Tribunal Supremo la ejercita, modificando a veces la doctrina sentada en resoluciones anteriores. En definitiva, *el valor de la jurisprudencia* deriva de su conformidad con la Ley» (106).

«Ejemplo de estas variaciones jurisprudenciales (recuérdese sobre lo dicho en materia de evolución de la 'doctrina legal', aunque aquí no sea completamente aplicable dado que esta 'doctrina' no existe en lo penal) lo tenemos en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el robo con pluralidad de homicidios: inicialmente se consideró como un solo delito de robo con homicidio; después uno de los homicidios se computaba para construir el robo con homicidio, apreciándose por separado los demás; a partir de la Sentencia de 17 de abril de 1951 se considera que hay tantos robos con homicidio como personas a las que con motivo u ocasión del robo se les quitó la vida.»

«De otra parte, por muy constante que sea una tesis jurisprudencial, como ocurre con la inaplicación del artículo 71 en los delitos de imprudencia punible, no puede aceptarse cuando es contraria a la Ley» (107).

Por todo ello califica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como «fuente mediata del Derecho penal» (108).

Las opiniones se van radicalizando en contra de que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho penal. Y decía CUELLO CALÓN:

«Entiéndese por jurisprudencia el Derecho introducido por los fallos de los Tribunales mediante la aplicación de las Leyes. La *jurisprudencia no es fuente del Derecho penal*; es el medio de aplicarlo, pero no es el Derecho mismo. Puede en algunos casos, como dice MANZINI (6.ª ed.,

(103) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español*, parte general, 2.ª ed., Madrid, 1971, pág. 207.

(104) Cfr., *supra*, lo que dice GÓMEZ ORBANEJA.

(105) Esta expresión, dado que se manejan las de «doctrina legal» y «jurisprudencia reiterada», puede provocar confusiones.

(106) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 209 y sigs.

(107) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 210.

(108) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 205.

1908, pág. 184), dar ocasión a la emanación de normas jurídicas, pero no puede ni crear, ni cambiar, ni mudar la Ley. En España, la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal, los Tribunales no están encargados de crear el Derecho, sino de aplicarlo (recuérdese, decimos nosotros, el artículo 31 de la LOE de 1967: 'Juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado'). Sin embargo, hoy en España la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene en el terreno penal considerable importancia por la misión que le está encomendada de interpretar la Ley, así como la de mantener la unidad de su interpretación, 'procurando, como dice SILVELA (2.º, pág. 20), que así como la Ley es una, sea también una la inteligencia que se le dé'» (109).

Y remata JIMÉNEZ DE ASÚA:

«Como se sabe, constituye *communis opinio* la negación a la jurisprudencia de valor creativo de Derecho y, sobre todo, de Derecho penal. Resumamos los pareceres en esta cita de VON HIPPEL: 'La ciencia y la jurisprudencia son de grandísima importancia para la interpretación del Derecho legal y del Derecho consuetudinario existentes, así como para el nacimiento de los nuevos, *pero no constituyen fuentes de Derecho independientes*. Todo Tribunal puede resolver los nuevos casos apartándose de la opinión dominante hasta entonces en la ciencia y en la práctica...'» (110). «Y además, sobre todo, no existe una sanción contra los Jueces que deciden sin tener en cuenta los fallos que precedieron a sus decisiones, aun cuando aquéllos emanaran del más alto Tribunal de la nación» (111).

Y lleva su argumentación más adelante ejemplificando:

«...No termina la individualización en la sentencia. Esta ha individualizado la pena *contracta* en cuatro años de pena *inflictiva*, por ejemplo, pero el reglamento penitenciario y hasta la práctica carcelaria seguirán individualizando aún. Y así ese sufrimiento de la pena puede ser acumulado con castigos, como la celda oscura, o disminuido con premios, como fumar o ver a los suyos. La conducta del reo lo fundamenta, pero tampoco esta individualización es lo obligatorio en sí, sino la norma generalizada, que se traduce en ordenanzas o reglamentos. Ahora bien: ¿Dirían los ególogos que el funcionario de prisiones *crea Derecho* dentro de la sentencia? Es probable que incluso a quienes tienen tan poco

(109) Cfr. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, parte general, pág. 171.

(110) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, t. II; *Filosofía y Ley Penal*, 3.ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964, t. II, pág. 250.

(111) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1967, pág. 87.

respeto con la ortodoxia jurídica ha de parecerles un poco fuerte hacer tal afirmación.»

El estado de Derecho que ha asumido, pues, la democracia vigente en la mayoría de los países es *el de negar el carácter de fuente productora del Derecho a la jurisprudencia y de reducirla a mero precedente con papel de guía. En cambio, los derechos totalitarios dan una función mucho más prepotente a quienes administran justicia.* El *Denkschrift* del Ministro de Justicia de Prusia, publicado en 1933, como «esqueleto» del futuro y nonato Código penal del III Reich, subraya el carácter «creador» de los Jueces y de su jurisprudencia. Esta tiene un valor enorme en la analogía y en la supresión de las figuras delictivas (112) (113).

Y llega a una conclusión a la que no es el único: incluir a la jurisprudencia entre la costumbre o los *usus fori*:

«...La jurisprudencia..., en cuanto a la materia penal respecta, no puede tener otro valor que el de *precedente no obligatorio*... No es otra cosa que una costumbre de los Tribunales, un *usus fori*, y, por ende, subordinada a los principios que se han expuesto al hablar del Derecho consuetudinario» (114).

Ya estamos intuyendo cuál es el motivo de que las sentencias penales del Tribunal Supremo no puedan ser constitutivas de «doctrina legal».

En efecto, en tanto que en el proceso civil sigue conservándose la prueba tasada o legal en la confesión (arts. 580 de la LEC y 1.221 y 1.225 del Código civil) y en los documentos (arts. 1.218, 1.221 y 1.225 del Código civil), la LECRIM en vigor establece el principio de la prueba de libre apreciación. Su artículo 741 dice que el Tribunal penal dictará sentencia «apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio»... Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecido el juicio de conciencia para la apreciación de las pruebas, la expresión «convencimiento íntimo del Juzgador», formada a través del conjunto de las mismas y por todos los elementos que integren su declaración de «hechos probados», no puede servir de base, habida cuenta de su «carácter subjetivo», a una impugnación de fallos encaiminada a demostrar su injusticia (Sentencia de 9 de enero de 1905). Asimismo una Sentencia de 2 de octubre de 1915 dice que sólo al Tribunal le compete «determinar los hechos que han de ser la base de su

(112) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., loc. cit., págs. 257 y sigs.

(113) JIMÉNEZ DE ASÚA adopta la posición correcta de considerar la «ejecución de las sentencias» como procesal y no simplemente atribuible al Derecho administrativo.

(114) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, cit., págs. 255 y sigs.

resolución, sin que esa 'soberana facultad' que la Ley le otorga tenga otros límites que los de la conciencia del Juzgador» (115) (116) (117).

«...El Tribunal (español, de Jueces técnicos) ha de fundamentar su sentencia, y aunque el artículo 142 de la LECRIM no requiere declarar que los juzgadores han considerado los hechos establecidos por comprobados; sin embargo, esta disposición, extremadamente censurable y, como se manifestará ulteriormente, ya quebrantada por la reforma de 1933, no legitima un 'subjektivismo' o una 'soberana facultad' en la apreciación de la prueba» (118).

15. Y, en efecto, una reacción contra el exagerado subjektivismo de los Tribunales penales se manifestó a través de la citada reforma:

«Un paso decisivo—sigue GOLDSCHMIDT—hacia una vinculación del Tribunal en la apreciación de la prueba se ha dado con la legislación de 1933.» Se adicionó al artículo 849 de la LECRIM un número segundo en los siguientes términos:

«Se entiende infringida la Ley para que pueda interponerse el recurso de casación... Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si éste resulta de documento o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador y no estuvieren desvirtuados por otras pruebas.»

El nuevo precepto envuelve una transmisión del artículo 1.962, número 7, de la LEC, y significa una *reprobación intencional* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de que la prueba en materia penal se hallaba exclusivamente basada en la soberanía del juzgador. Como el artículo 142 de la LECRIM dispensa al Tribunal sentenciador de justificar su apreciación de las pruebas, se necesitó la adición siguiente al artículo 858 de la LECRIM:

«Cuando el recurrente se proponga interponer el recurso al amparo de lo preceptuado en el número 2 del artículo 849, el Tribunal sentenciador redactará un sucinto informe expresivo de las pruebas, causas o motivos que el Tribunal haya tenido en cuenta para prescindir de lo que conste en el documento o acto auténtico a que se refiera el recurrente. El testimonio de este informe y el de los particulares de la causa que crea convenientes el Tribunal se agregarán al solicitado por el recurrente.»

(115) Cfr., *infra*, más sentencias en tal sentido.

(116) El «convencimiento íntimo» a que la primera sentencia alude es, evidentemente, la *intime conviction*, del artículo 353 del *Code de Procédure Pénale* francés de 31 de diciembre de 1957, la única vinculación de los jurados.

(117) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1.^a ed., Barcelona, Bosch, 1935, págs. 99 y sigs.

(118) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas*, cit., pág. 101.

«La reforma habría sido más orgánica y eficaz si se hubiese establecido en el artículo 142 generalmente el requisito de justificar la apreciación de las pruebas» (119) (120).

Esta «penetración de los hechos» en el recurso de casación penal hará aún más difícil la labor del Tribunal Supremo a causa del problema

(119) Cfr. GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 103 y sigs.

(120) En la reforma de 1933, la introducción del número 2 del artículo 849 se debió a una propuesta del Diputado CASTRILLO (y así se aprobó y pasó a la actualidad con la supresión de los «actos auténticos»—pésima traducción del francés *acte*—).

Y decía el Diputado ALVAREZ VALDÉS:

«Una razón que alegó aquel parlamentario en apoyo de su propuesta: la conveniencia de que figurase en la LECRIM (extracto del *Diario de Sesiones* de 22 de junio de 1933, núm. 358, pág. 15), y así lo dijo en el preámbulo de la enmienda.»

«Por el contrario, el Diputado señor ELOLA, que defendió ésta en el Salón de Sesiones, reconoció la diferencia entre ambos sistemas de enjuiciar y que la prueba en materia penal se hallaba basada en la soberanía del juzgador, lo que había dado lugar—dijo—a la perpetración de incalificables monstruosidades, y que precisamente para acabar con ese estado de cosas había que ir a que el juicio de conciencia del juzgador pudiera ser combatido en casación si dicho criterio aparecía modificado por hechos o por documentos que demostrasen la equivocación evidente de los Magistrados» (extracto del *Diario de Sesiones* de 23 de junio de 1933, núm. 359, pág. 12) (nota de ALVAREZ VALDÉS).

Esto es, se oponía al «subjetivismo» del juzgador, representado por ese «convencimiento íntimo» de que había hablado el T. S. en su Sentencia de 9 de enero de 1905.

Y proseguía ALVAREZ VALDÉS:

«La razón (de CASTRILLO) no es válida, pues en tanto que nuestro sistema procesal civil conserva vestigios de la prueba tasada o legal, el sistema procesal penal vigente los borró totalmente, consagrande en el artículo 741 la llamada prueba moral o de conciencia. Y ¿cómo conciliar el principio de la libre convicción del Juez, en orden a la valoración de las pruebas, con el establecimiento de un recuerdo de casación basado en un error en la apreciación de las mismas?»

«Se explica que este recurso se dé en aquellos sistemas de enjuiciar en los cuales figuran normas reguladoras de la fuerza probatoria de determinados medios de prueba, ya que entonces cabe 'infracción de esas normas' por los Tribunales de Instancia (aquí otra nota de ALVAREZ VALDÉS: «Se trata entonces de un error *in judicando*, según la mayoría de los autores, porque la norma violada no es norma que disciplina el desenvolvimiento externo del procedimiento probatorio, sino como norma que limita la libertad del Juez al valorar la prueba; es norma que tiene por destinatario al Juez y que se dirige a él no en cuanto 'actúa', sino en cuanto 'juzga'.» Cfr. CALAMANDREI: *La Cassazione penale*, t. II, pág. 299)... Mas no se concibe en un sistema como el de la vigente LECRIM, donde la apreciación de la prueba no está sujeta a reglas de valoración legal.»

(Cfr. ALVAREZ VALDÉS: «La reforma de la casación penal», en *Revista de Derecho Público*, III, 1934, págs. 44 y sigs.)

Y seguía el mismo ALVAREZ VALDÉS:

«Por consiguiente, dado el sistema de la Ley en orden a la apreciación de la prueba y so pena de desnaturalizar el recurso de casación convirtiéndolo en una nueva instancia, hay que sentar que ante el T. S. no es atacable el juicio mediante el cual el Tribunal de Instancia declara 'la existencia de un hecho' en su 'materialidad' y que el debate en casación ha de versar sobre el juicio relativo a la 'calificación jurídica' de ese hecho, o empleando la terminología alemana, sobre

creado por la famosa frase «cierta trascendencia normativa», según la cual dicho Tribunal Supremo podrá, al recoger los hechos y entrar en su examen, «construir doctrina legal» con valor «normativo» (?) indeterminado basado en ellos. Aunque los supuestos de hecho y de derecho de una sentencia no deban acogerse al clásico sistema silogístico, sino que más bien sea evidente la existencia de una «interpenetración» entre «hechos» y «derecho», el conflicto de esa «determinada»—que es «indeterminada»—trascendencia normativa va a poner al Tribunal Supremo en no pocos trances graves. A él mismo y a los justiciables, naturalmente.

16. Pero aún no han acabado los avatares a los cuales nos puede llevar esa «cierta trascendencia normativa» de los «criterios reiterados», de la «doctrina reiterada» que el Tribunal Supremo pasará a establecer.

Tenemos el ejemplo del «recurso de casación en las causas de muerte» (arts. 947 y sigs. de la LECRIM): trátase de un recurso «de casación» en su principio, incluso mantenido «de oficio» (art. 951, párrafo

si el hecho es subsumible en el tipo legal» (ALVAREZ VALDÉS, *ob. cit.*, pág. 45).

«Si esto es así, se comprende cuáles sean las corruptelas de los Tribunales de Instancia que hay que evitar: las declaraciones de hechos no circunstanciadas y las que envuelvan o contengan preceptos jurídicos. Pero la primera estaba atajada por la Orden de 5 de abril de 1932, que recordaba a las Audiencias el estricto cumplimiento del artículo 142 de la LECRIM, y para terminar con la segunda se incorporó un nuevo motivo al artículo 912, que luego hemos de estudiar» (*ob. cit.*, pág. 45).

«Quizá se quiso, con el párrafo que venimos comentando, permitir el planteamiento ante el Tribunal Supremo de aquellos casos en que el Tribunal de Instancia hace afirmaciones de hecho con olvido de documentos traídos al proceso y que, sin embargo, no figuran en la resultancia probatoria, cortando el abuso que representa el que un Tribunal haga caso omiso de un hecho objeto de una prueba documental no controvertida.»

«Mas si va a quedar reducida a esto la aplicación del citado párrafo, la fórmula no es adecuada, y si resultasen insuficientes los nuevos números del artículo 912 hubiera bastado incorporar uno más, semejante al que figuraba como número 4 del artículo 5 de la Ley de 18 de junio de 1870, que decía:

Cuando en la sentencia se haya omitido o alterado la expresión de algún hecho que resulte de documento auténtico no impugnado en el proceso y que tenga directa y necesaria influencia en la calificación del delito o en la aplicación de la pena impuesta.

Digamos, para terminar, que las últimas palabras del artículo, 'y no estuviesen desvirtuados por otros medios de prueba', han quitado importancia al precepto, ya que ellas autorizan a los Tribunales de lo criminal a hacer una 'apreciación conjunta' de la prueba» (cfr. ALVAREZ VALDÉS, *ob. cit.*, págs. 45 y 46).

(Terminemos diciendo que este requisito del «informe del Tribunal sentenciador» fue eliminado por la Ley de 16 de julio de 1949, introduciéndose en su lugar un segundo párrafo en el art. 855:

«Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el núm. 2 del art. 849 deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada.»)

segundo), en el cual no puede existir la «incongruencia» del Tribunal Supremo con las peticiones de las partes (art. cit.) (121), sino que de modo *inquisitivo* puede ir más allá que ellas e incluso subrogarse en su papel si dichas partes «no lo hubiesen sostenido como procedente» (artículo cit.). Pues bien: ¿Cabe pensar que las sentencias que en este gravísimo trance—en el cual la Ley se va apartando del camino de la «justicia» para entrar en el de la «gracia»—dictó el Tribunal Supremo tendrán también, si se reiteran, «cierta trascendencia normativa»? La sola idea de una respuesta afirmativa nos repugna profundamente y ni siquiera se halla en el espíritu *pro reo* de la LECRIM.

17. No sería tampoco demasiado atrevido aseverar igualmente que la diferencia del concepto de *congruencia* tiene gran influencia en la diferenciación de los recursos de casación civil y penal, y ello podemos considerarlo como una concausa para que la «violación de doctrina legal» (?) no sea un motivo de apertura de la casación penal (122).

18. Añadamos que la misma y constante dificultad con que se tropiezan las diferentes Salas del Tribunal Supremo en la determinación de lo que sea un «documento auténtico» a efectos de casación (arts. 1.692, 7.º, de la LEC, y 849, 2.º, de la LECRIM), es un obstáculo más a que se conceda «cierta trascendencia normativa» a su jurisprudencia, y aún más, en lo penal (123).

19. Y aún otra observación: en lo civil existe un recurso de casación en «interés de la Ley»—descendiente del originario francés—, a cargo del defensor de la Ley (del Ministerio Fiscal), con fines de «formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas

(121) « .La Sala Segunda, previos los trámites ordinarios, podrá declarar haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma, *aunque no lo hubiesen sostenido como procedente las partes personadas ni el Fiscal.*»

(122) «La congruencia en el proceso civil y en el proceso penal.. están sujetas a reglas muy diversas, surgidas de una diferente conjugación entre la forma contradictoria, de una parte, y los principios dispositivo y de oficialidad, de otra» (cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*. Barcelona, 1971, págs. 89 y sigs.)

(123) Cfr. sobre estas dificultades en lo civil, por ejemplo, PRIETO CASTRO: «Los hechos en casación», en sus *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. Madrid, 1950, t. I, esp. págs. 258 y sigs. (del mismo y de DE LA OLIVA SANTOS una breve alusión en *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular*, comunicación presentada a la X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas, Madrid, 1974, páginas 25 y sigs.); FENECH: «El concepto de documento auténtico», en *RGLJ*, t. 169 (1941), año LXXXVI, págs. 216 y sigs.; GINZO SOLO: *El recurso de casación en el procedimiento criminal. El documento auténtico y el arbitrio judicial*, en la misma revista, t. 174 (1943), año LXXXVIII, págs. 42 y sigs.

en el pleito, pero sin que por ellas pueda alterarse la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes» (art. 1.782 de la LEC), y también en materia laboral, en el artículo 185 del Decreto de Procedimiento Laboral de 13 de agosto de 1973: «...Se dará el recurso en interés de la Ley, que podrá plantear la Fiscalía del Tribunal Supremo cuando estime dañosa o errónea la doctrina sentada por aquél» (por el Tribunal Central de Trabajo, y se nos ocurre preguntar: ¿Doctrina «dañosa» o «errónea» para quién? ¿Para uno de los particulares? No. Para el «interés general», que es el de la Ley, envuelto en los oscuros y a veces temerosos paños del «bien común», que cada cual interpreta como quiere).

Aquí sí que podría hablarse de «cierta trascendencia normativa» de tales sentencias del Tribunal Supremo, por actuar en favor del *ius constitutionis* y no del *ius litigatoris*.

En materia penal no existe tal tipo de recurso de casación probablemente porque el Ministerio Fiscal interviene en todos los procesos por razón de delitos públicos, y sea o no—no es éste el lugar de discutirlo—una «parte imparcial» puede interponer siempre el recurso de casación ordinario (a menos que haya retirado la acusación), en lo cual no defiende un interés personal suyo, sino de la comunidad.

Y con el estado nuevo de cosas que instaura el Título Preliminar del Código civil, la llamada «cierta trascendencia normativa» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo también se va a extender a *todos* los recursos de casación penales (la Comisión «no distinguió entre civil y no civil» adrede), igualando así los recursos instados por el Ministerio Fiscal a los instados por los particulares, confundiendo el *ius constitutionis* con el *ius litigatoris*...

Hay «algo que no suena bien» aquí...

20. De otro lado, existen diferencias notabilísimas entre la sentencia penal y la civil (que ya de por sí solas obstarían a la formación y extensión de un orden a otro—como quiere la Comisión de Justicia de las Cortes—de esa «cierta trascendencia normativa», de esa extraña ósmosis).

«En la sentencia penal se exige la separación de los hechos de las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa, mientras en lo civil las pretensiones de las partes se han de hacer constar, con la concisión posible, al mismo tiempo y en el mismo lugar que los hechos en que se fundan» (124).

«Es curioso ver cómo en la práctica se incumplen con vicios contrapuestos ambos preceptos: el penal, porque en lugar de hacer constar en la sentencia las conclusiones definitivas completas, se coloca un breví-

(124) Cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*, cit., pág. 97.

simo resumen comprensivo tan sólo del delito y la pena como sustitución de las conclusiones de la acusación, y respecto de la defensa del imputado, en la mayor parte de los casos, se limita a consignar que pidió la absolución, sin más, a pesar de que el precepto legal no autoriza resúmenes ni extractos, que perjudican la posible denuncia en casación de la incongruencia y hacen más difícil aún el problema de la identidad del hecho, a efectos de determinar los límites de la cosa juzgada en las sentencias absolutorias.»

«En lo civil, en cambio, se da la práctica viciosa opuesta..., la de sustituir el resultando de hechos por la inserción literal de la demanda y contestación de las partes, y ello a pesar del precepto concreto, que ordena de forma taxativa al Tribunal Supremo y a las Audiencias que velen por el puntual cumplimiento de lo que se ordena respecto de la forma de la sentencia, haciendo para ello las advertencias oportunas a los Tribunales y Jueces que les estén subordinados cuando no se hubiesen ajustado en sus sentencias a lo prevenido...» (125).

Pero es que además de estos vicios de la práctica, ya la fórmula de las sentencias civiles y penales es muy diferente, lo que aumenta la diferencia y la necesidad imperiosa de que el estudio por el Tribunal Supremo de unas sentencias penales no conduzcan a la creación de esa «cierta trascendencia normativa» sobre la base de la «doctrina» sentada en sentencias civiles.

21. Y enfocando el problema desde otro ángulo, válido también—la misma cosa juzgada, las cuestiones perjudiciales en su actual regulación en la LECRIM y en la LEC—, vemos igualmente que son las profundas diferencias entre las sentencias civiles y penales las que impiden que operen automática y directamente de un orden procesal al otro (125 bis), lo cual nos hace abundar en nuestro parecer de la imposibilidad—contra la cual se alza esa «cierta trascendencia normativa, sin distinguir entre dichos órdenes jurisdiccionales, indiscriminación deseada y obtenida por la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas a propuesta del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS—de que la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo pase a tener esa repetida y «cierta trascendencia normativa» en lo penal y viceversa.

(125) Cfr. FENECH, *ob. últ. cit.*, págs. 97 y sigs.

(125 bis) Cfr., por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA: «Eficacia de la sentencia civil en el proceso penal», en *RDPr.*, Madrid, 1945, II, págs. 165 y sigs., y en sus *Comentarios*, cit., t. I, págs. 148 y sigs.; del mismo; *Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil*, en la misma revista, 1949, IV, págs. 601 y sigs.; del mismo, «La acción civil de delito», en *Rev. Der. Priv.*, 1949 (XXXIII), págs. 185 y sigs.; ARIAS: «La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil», en *Revista Derecho Privado*, 1951 (XXXV), págs. 371 y sigs.

22. Y pasemos a considerar otro punto más del tema, que permitiría soslayar el «trasvase» de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Sala a Sala; peligrosísimo, como estamos viendo.

En 1893, Friedrich STEIN concibió a las que denominó «máximas o normas de la experiencia» (*Erfahrungssätze*), como «definiciones o juicios hipotéticos de cualquier contenido, independientes del caso que se examina en el proceso concreto y de los hechos que lo componen, obtenidos de la ciencia, pero no vinculados a los casos singulares de cuya observación se inducen y por ello válidos para otros» (126).

Esta utilísima figura permite justificar que la famosa «premisa mayor» de las sentencias no sea una norma jurídica, sino también un principio (o máxima) perteneciente a ámbitos extrajurídicos, como pueden serlo la familia, el comercio, el arte, las ciencias, la medicina, por ejemplo (y son numerosos en España los ejemplos de aplicación de «máximas de la ciencia médica» por la Sala VI del Tribunal Supremo en materia de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales) (127).

Y es este concepto de STEIN el que podría «suavizar» la diferencia entre la libérrima apreciación de la prueba por los Tribunales penales, ordenada en el artículo 741 de la LECRIM, y la prueba tasada, prevista en el proceso civil, con respecto a los medios de «confesión en juicio» y «documentos públicos».

Y con ello intentar hallar la única justificación posible a la norma que extiende el valor de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (¡siempre! esa «cierta trascendencia normativa» de la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil, pese a que las «Exposiciones de Motivos» no gocen de fuerza legal, aunque lo disfrutan a título de «interpretación del texto por los propios legisladores», lo cual no es ninguna futesa) a lo penal.

[Extensión bien clara, si tenemos en cuenta que la Comisión suprimió la expresión «en materia civil»—y no por casualidad—y ampliando ese campo de actuación, con autorización benévola (cfr. la no discusión,

(126) Cfr. *El conocimiento privado del Juez*, traducción española de la obra de STEIN: *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider prozesse*, Leipzig, 1893, por DE LA OLIVA SANTOS, Ed. de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, págs. 25 y sigs.; *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 11.^a ed., de los comentarios fundados por GAUPP, Tübingen, Mohr, 1913, t. I, págs. 689 y sigs., com. al § 282, y esp. pág. II, 3, págs. 692 y sigs.; STEIN: *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, Mohr, 1921, págs. 159 y sigs.; STEIN-JUNCKER (con un prólogo conmemorativo de RICHARD SCHMIDT): *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, Mohr, 1928, págs. 241 y sigs.

(127) Cfr. nuestro trabajo «La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Temas del Ordenamiento procesal*, cit., t. II, páginas 1126 y sigs.

sino mero diálogo, pleno de conformidad, entre los Procuradores MARTÍNEZ ESTERUELAS y, por la ponencia, ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO), accedió al inadmisibile «trasvase» de la jurisprudencia reiterada de la Sala I del Tribunal Supremo (y también de la VI) a la II, y a la recíproca.]

Un punto de contacto entre los sistemas de apreciación de la prueba civil (y laboral y penal) se halla:

A) Del lado civil, en los artículos 609, 632 y 659 de la LEC, que imponen a los Jueces y Tribunales el aplicar las «reglas de la sana crítica» a la apreciación de las pruebas pericial y testifical, y en el artículo 1.253 del Código civil, que les impone, en la elaboración de presunciones, el atender a que «entre el hecho demostrado (indicio) y aquel que se trata de deducir (presunción) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (128).

(128) «Los artículos 609, 632 y 659 de la LEC... dejan al Juez en libertad para apreciar 'la prueba pericial' y la 'fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos', pero debe hacerlo ajustándose a las 'reglas de la sana crítica'. Esta prescripción legal, extremadamente interesante y desconocida en los restantes derechos, y que viene a dar, como otras tantas, una fisonomía tan particular, significa lo siguiente: Entre la regulación legal de la fuerza probatoria de la confesión judicial y de los documentos, cuya vulneración puede denunciarse al amparo de la primera parte del número 7 del artículo 1.692 ('cuando en la prueba haya habido error de derecho'), y la libertad absoluta que se propugna por muchos, sin ir más lejos, acogiendo a esos mismos artículos, en cuya lectura parece como si se detuvieran antes de llegar a la cortapisa de las reglas de la sana crítica, cortapisa que hallamos también en la LECRIM, aunque con una versión que puede conducir a resultados mucho más irracionales (art. 741: 'El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas...'), hay un término medio, precisamente el representado por los repetidos artículos, que no cabe duda están escritos para permitir al Tribunal Supremo un control sobre los hechos, pues si no está puesta la limitación de las reglas 'de la sana crítica' con la finalidad de vigilar su observancia, entonces sobraría y sería preferible una formulación como la de cualquier Código corriente» (cfr. PRIETO CASTRO: «Los hechos en casación», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, t. I, págs. 260 y sigs.).

Es alabado este criterio con las siguientes frases:

«Esta fórmula, como nota GORPHE, tiene suficiente flexibilidad para bastarse a sí sola y hacer innecesaria una reglamentación minuciosa. Respetando el principio de libre arbitrio, que no se puede negar al Juez, ofrece una garantía contra el particularismo de impenetrable de cada 'convicción íntima' y refuerza el criterio de apreciación con una estimable base lógica objetiva» (nota de D. MARIANO RUIZ FUNES a la traducción española de *La crítica del testimonio*, de GORPHE, Madrid, Reus, 1933, págs. 22 y sigs.).

Las palabras del propio GORPHE, en el libro y texto anotados, son elocuentes:

«Sin embargo, encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 una sabia prescripción comprendida entre las ideas que hemos expuesto: se recomienda expresamente a los Jueces apreciar siempre el valor de los testimonios 'conforme a las reglas de la sana crítica', y teniendo en cuenta las circunstancias y su sentencia puede ser casada si se averigua que no se han conformado a estas reglas (art. 659)... Esta prescripción, si se aplica con método, puede mejorar el empirismo y la subjetividad de la simple 'convicción íntima', a la vez que hace

Hagamos notar que la fórmula peligrosa del artículo 741 de la LECRIM tiene una limitación, que se debe apreciar en sentido amplio: la del artículo 717 de la LECRIM, según el cual «las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial *tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional*» (129).

Y, en efecto, también los Jueces de lo penal se hallan vinculados por las normas de la lógica y de la experiencia. Tales normas de experiencia se han establecido recientemente, sobre todo para las investigaciones que se practican sobre la «psicología de la declaración testimonial» (130) (131).

[Al fijar máximas de la experiencia (arg. en el art. 717), la LECRIM se aleja de la prueba, rigurosamente libre en su apreciación, si estas máximas están fijadas legalmente: así, la ya vista sobre la fuerza de las declaraciones de los testigos (art. 717), la que prohíbe preguntas sugestivas o capciosas o reconocimiento de personas que han comparecido solas] (132).

B) Del lado procesal penal, en el ya citado artículo 717 de la LECRIM, cuyo texto hemos reproducido, *supra*.

Esto es, en general, nuestras Leyes procesales tratan de las «reglas de la sana crítica» y sus análogas «reglas del criterio humano» (artículo 1.253 del Código civil) y «reglas del criterio racional».

Y debemos añadir que la doctrina ha equiparado a las «reglas de la sana sana crítica» con las «máximas de la experiencia» (133).

[Y debemos recordar, una vez más, que las Salas I y VI del Tribunal Supremo consideran—hasta ahora—como una de sus misiones la

innecesaria una reglamentación complicada de exclusiones y de tachas de testigos» (cfr. GORPHE, *ob. cit.*, pág. 22).

(129) Para GINZO SOTO, las «reglas del criterio racional» del artículo 717 de la LECRIM son equivalentes de la frase «según su conciencia» del artículo 741, y a ellas se debe obedecer siempre (pág. 44), por lo que el Tribunal no puede aplicar ampliamente su arbitrio de «soberanía» en la apreciación de la prueba según el artículo 741 (pág. 45); la aplicabilidad de la «lógica» la hace el Tribunal Supremo al examinar alguna construcción de presunciones (Sentencia de 22 de febrero de 1935), lo que es natural si contemplamos el artículo 1.253 del Código civil (cfr. GINZO SOLO: «El recurso de casación en el procedimiento criminal. El documento auténtico y el arbitrio judicial», en *RGLJ*, t. 174 (1943), LXXXIII, páginas 44 y sigs.).

(130) Cfr., por ejemplo, LOIS ESTÉVEZ: *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal*, Santiago de Compostela, Ed. Porto, 1951, *passim*.

(131) Cfr. GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos*, cit., págs. 101 y sigs.

(132) Cfr. GOLDSCHMIDT, *ob. últ. cit.*, pág. 103.

(133) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I., pág. 47; t. II, vol. 1.º, 2.ª parte, Madrid, *idem*, 1947, arg. página 674; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1968, t. I, pág. 514.

de controlar la aplicación de las «reglas de la sana crítica» efectuada por los Tribunales de Instancia y que incluso «crean ellas tales máximas»] (134).

Ahora bien: si el artículo 741 de la LECRIM («Apreciación de la prueba según conciencia») se viese limitado por la necesidad de que el Tribunal de Instancia se sujetase en tal «libre apreciación» a las «reglas de la sana crítica» o «máximas de la experiencia», sometiéndose el control de la prueba practicada al del Tribunal Supremo, ¿hallaríamos quizá un terreno en el cual se pudiera admitir que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo tuviera «cierta trascendencia normativa» en el dominio de lo penal, esto es, que obligase de modo «cierto» (?) a los Tribunales penales?

23. Veamos, antes de opinar, cuál es la dirección (son dos) adoptada hasta ahora por la Sala II del Tribunal Supremo en esta espinosa cuestión de los «frenos» a la apreciación «según conciencia» de la prueba por los Tribunales penales de Instancia.

En una gran masa de sentencias—alguna de ellas incluso posterior al Título Preliminar del Código civil—, el Tribunal Supremo, Sala II, no ha tocado el problema, limitándose a confirmar el «poder soberano» de los de Instancia en la apreciación de la prueba según su conciencia.

Y así vemos, con posterioridad a la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil, la Sentencia de 12 de diciembre de 1974 (*Aranzadi*, núm. 5.181):

«...quedará totalmente viva y vigente la facultad de aquél (del Tribunal de Instancia) para juzgar el caso conforme a la facultad soberana concedida por el artículo 741 de la LECRIM, valorando las pruebas practicadas en conciencia y llegando a las conclusiones que según su criterio y su *intangibile e intacta potestad apreciativa* estime procedentes; dicho de otra forma, y para terminar este proemio: que la primera sentencia podrá y puede operar como medio de prueba no privilegiado en el segundo proceso o en ulterior sentencia dictada en el mismo proceso para fundar el libre convencimiento del juzgador, pero sin que produzca efectos prejudiciales de cosa juzgada por los que necesariamente haya de pasar éste» (135).

(134) Cfr. nuestro trabajo *La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española*, cit., págs. 1065 y sigs. (Sala I, civil). y 1127 y sigs. (Sala VI, laboral).

(135) No en balde hicimos una referencia—por analogía—a la cosa juzgada. Cfr. *supra*.

Sentencia de 2 de julio de 1974 (*Aranzadi*, núm. 3.043):

«...al resultar plenamente libre la Audiencia criminal, según el artículo 741, sin más limitaciones que la impuesta en el número 2 del artículo 849 de la LECRIM...»

Auto de 29 de enero de 1973 (*Aranzadi*, núm. 326):

«...que la soberanía del Juez penal para fijar como obligación propia jurisdiccional la premisa menor de la sentencia, reflejo de la conducta juzgada, resulta de los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM, en orden a poder hacer luego sobre ella la calificación adecuada en lo jurídico y plasmar el fallo...»

Auto de 2 de febrero de 1973 (*Aranzadi*, núm. 598):

«...el Juez penal, al hacer uso de *las facultades de soberanía que le concede la Ley*, está vinculado a establecer en la sentencia el hecho probado, que esclarezca y fije la conducta sometida a juicio, pues así lo determinan los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM, cuyo cumplimiento le obliga a expresar el relato fáctico *como resultado de su convicción psicológica*, obtenida a través de las pruebas practicadas...»

Auto de 7 de marzo de 1973 (*Aranzadi*, núm. 1.162):

«...concretamente, en los artículos 142-2 y 741 de la LECRIM se otorga (al Tribunal de Instancia) la *facultad y el deber de establecer según su conciencia los hechos probados soberanamente*...»

Sentencia de 7 de junio de 1973 (*Aranzadi*, núm. 2.603):

«...(el Juez penal)... *posee libertad probatoria absoluta por propia iniciativa, ya que la convicción psicológica ni la tiene tasada ni limitada, sino que depende de su misma conciencia —artículo 741 de la LECRIM—y poder personal de creencia*...»

Sentencia de 4 de marzo de 1972 (*Aranzadi*, 972):

«...si la prueba testifical dentro del proceso penal, como una más de las dirigidas a conseguir la demostración y la certeza de los hechos investigados y *el deseado convencimiento del Juez*,

forjando su convicción psicológica, soberana y libremente, de acuerdo con el artículo 741 de la LECRIM, que sólo pone el límite de su íntima creencia...»

Sentencia de 16 de mayo de 1972 (Aranzadi, núm. 2.124):

(El Tribunal) «...estaba facultado para precisar y circunscribir su relato fáctico de manera a como lo hicieron las partes, *apreciando según su conciencia las pruebas y resultancia del juicio, conforme al artículo 741 de la LECRIM...*»

Sentencia de 25 de septiembre de 1972 (Aranzadi, núm. 3.749):

«...por constituir la premisa menor de la sentencia penal y base esencial de su estructura, el artículo 142-2 de la LECRIM exige que en los resultandos de la misma se haga expresa y terminante *declaración de los hechos que se estimen probados según la convicción psicológica de la Sala, de acuerdo con el artículo 741...*»

De toda esta serie de sentencias puede extraerse como corolario que la impugnación de los hechos probados en la casación penal no puede hacerse, a menos que estén en contradicción con otro hecho cuya certeza resulte de documento auténtico (136).

Pero he aquí que aun con anterioridad a la promulgación del Título Preliminar del Código civil, el Tribunal Supremo (Sala II siempre) adopta otra dirección, dando entrada en la apreciación de la prueba a la «sana crítica»:

Sentencia de 16 de abril de 1969 (Aranzadi, núm. 2.251):

«...en nuestros enjuiciamientos procesales civil y penal ha perdido relevancia el llamado sistema probatorio de 'la prueba tasada', instaurándose con mayor o menor amplitud el libre sistema de la apreciación probatoria... En el enjuiciamiento criminal, quizá por el carácter eminentemente público del Derecho penal..., se omiten estas reglas sobre la forma de apreciar las pruebas, *sustituyéndose por imprecisos mandatos*, tales como los contenidos en el artículo 142-2..., y, por otra parte, el esencial artículo 741 ordena apreciar 'según conciencia' 'las pruebas practicadas en el juicio', todo lo cual podrá *hacer suponer que la facultad de determinar qué hechos se admiten probados era*

(136) Cfr. FENECH: *Enjuiciamiento y sentencia penal*, cit., pág. 112.

omnínmoda, ilimitada y de libre arbitrio; entendimiento rechazable, pues la libertad que a los juzgadores se concede no quiere decir, ni mucho menos, que caprichosamente puedan afirmar o negar los hechos debatidos, sino que, por el contrario, al invocar la sana crítica y la conciencia juzgadora, la refiere y constriñe al recto examen crítico de las pruebas practicadas...»

Aquí, el Tribunal Supremo, en su Sala II, ya admitía las «reglas de la sana crítica» como moderadoras de la «apreciación según conciencia» de la prueba, prevista en el artículo 741 de la LECRIM.

Pero de mayor importancia es el hecho de que, ya bastante después de la promulgación del Título Preliminar del Código civil, el mismo Tribunal Supremo, Sala II, haya hecho expresa referencia en una sentencia suya a artículos del Código civil referentes a las «reglas del criterio humano» y a las de «la sana crítica», aplicándolas como «imperantes en el orden penal» (aunque no alude a jurisprudencia civil alguna, lo cual no deja de ser importante en cuanto a la «cierta trascendencia normativa» de la misma en lo penal).

Sentencia de 27 de diciembre de 1974 (*Aranzadi*, diciembre de 1974, núm. 5.286):

«Que si es cierto que el ánimo que impulsa al agente del delito es un hecho-consecuencia de carácter valorativo, sujeto como tal a la censura de la casación, tampoco cabe impugnar peyorativamente, como lo hace el recurso, la prueba indiciaria empleada para indagarlo por el Tribunal de Instancia, pues tal prueba, salvo en excepcionales casos de reconocimiento paladino por el autor de la infracción, será la que normalmente se utilice para llegar al conocimiento de aquel estado anímico del sujeto activo del delito, que por ser de índole psicológica e interna es generalmente de difícil inquisición, para lo cual hay que atender a signos externos y sensibles que materialicen el propósito del sujeto, como ya lo dan a entender en el plano civil los artículos 1.249 y 1.253 del Código del ramo, cuando exigen para que tenga validez la prueba indirecta de presunciones que el hecho de que ha de deducirse la presunción (hecho base) esté completamente acreditado, y que entre aquel hecho básico o de arranque y el que se trata de deducir (hecho consecuencia) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano o sana crítica del Juez, que es lo que en el orden penal impera, hasta ser el fundamento de su libre convicción probatoria, como

proclama el fundamental artículo 741 de la LECRIM, por el que se someten a un juicio de conciencia todas las pruebas practicadas en el plenario.»

Queda claro, según esta sentencia, que los Tribunales penales, en la apreciación de la prueba, han de sujetarse, pese a la redacción del artículo 741 de la LECRIM («según su conciencia») a las «reglas del criterio humano» o «reglas de la sana crítica», previstas en el Código civil y LEC.

Aunque esta sentencia no alude a ninguna otra procedente de la Sala I del Tribunal Supremo, tenemos la impresión de que la Sala II se ve ya influida por el Título Preliminar del Código civil, y abierta un poco la puerta a éste, no sería de extrañar que la misma Sala II llegase en el futuro a aplicar «reglas del criterio humano» o «de la sana crítica» formuladas en la jurisprudencia de la primera Sala citada [y, por cierto, nos extraña mucho que en esta ocasión la Sala II no haya citado al artículo 717 de la LECRIM («reglas del criterio racional»), lo cual hubiera estado muy en su punto].

Pero a la por nosotros temida conclusión de que la Sala II del Tribunal Supremo llegue a aplicar «reglas del criterio humano» o «reglas de la sana crítica» fijadas en la jurisprudencia reiterada de la Sala I (civil), hay que oponer siempre el mismo argumento: el de la diversidad de principios que informan a ambos procesos; son muy diferentes—e incluso pueden configurarse en ocasiones como «pares dialécticos» totalmente opuestos (137)—, así como muy distinto el modo de obtener pruebas en ambos órdenes jurisdiccionales.

«Esa opinión dominante—dice GÓMEZ ORBANEJA—se justifica fundamentalmente por la diversidad de principios que gobiernan la averiguación y fijación de los hechos en los dos procesos. El civil está regido por el principio dispositivo: el Juez falla *secundum allegata et probata*; respecto de lo que no es traído al litigio ha de abstenerse de toda investigación y decisión; los hechos alegados y no contradichos son puestos en la sentencia con la misma eficacia que si el Juez quedase convencido, gracias a la prueba, de su existencia. Por añadidura, la prueba de lo discutido puede hallarse limitada por la Ley. En virtud de todo esto, admitir que el Juez penal tenga que basarse obligatoriamente en lo resuelto, respecto a una de las condiciones de la penalidad, por el otro Juez implicaría la negación de los principios de 'verdad material' y de 'inmediación' del proceso criminal» (138).

(137) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN: «Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid. Ed. Revista Derecho Privado, 1955, págs. 251 y sigs. y esp. 260 y sigs.

(138) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA: *Comentarios a la LECRIM*, cit., t. I, pág. 149.

Por ello, una solución del conflicto que el nuevo Título Preliminar del Código civil plantea en cuanto a la «cierta (?) trascendencia normativa» de la «jurisprudencia reiterada» del Tribunal Supremo sobre el orden jurisdiccional penal—nos abstenemos aquí de entrar en el peliagudo problema de las relaciones entre las Salas de lo civil y penal, de un lado, y las de lo contencioso-administrativo, del otro—, debe sujetarse siempre al recuerdo de tan fundamental diferencia; como resultado de este principio fijo nos parece claro que *la Sala II del Tribunal Supremo nunca podrá admitir sin más* aplicación de «reglas de la sana crítica» o del «criterio racional» que se hayan creado o aplicado por los Tribunales civiles (incluyendo a la cabeza, naturalmente, a las Salas I y VI del Tribunal Supremo), esto es, la «cierta (?) influencia normativa» podría, a lo sumo, ser «interna» de cada Sala, pero nunca extravasarse a las demás; concluyendo, rechazamos rotundamente la «cierta (?) influencia normativa» (138 bis), «inter-órdenes jurisdiccionales» y, naturalmente, entre Salas del Tribunal Supremo con referencia a la de lo penal.

El Título Preliminar del Código civil ha provocado un problema (¡muchos!) al tratar de esa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia, *sin discriminar los órdenes jurisdiccionales a que se refiere* (y el *iter* hacia lo peor se ve claramente, a partir de la primera redacción—la que proponía la ponencia—, limitando las cosas a la «materia civil», y tanto por la sugerencia o desafortunada enmienda del Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, como de su inmediata aceptación por dicha ponencia, *sin límites a lo civil, confundiéndolo con lo no civil*).

Antes de su entrada en vigor, la Sala II del Tribunal Supremo vela por la libertad en la apreciación de la prueba por parte de los Tribunales de Instancia (introduciendo *motu proprio* el «freno» de la «sana crítica—cfr. la Sentencia de 16 de abril de 1969—, pero sin ajustarse a ninguna «cierta trascendencia legislativa»); de aquí en adelante tememos que la situación para ella se torne difícil, por la vaguedad del texto legal y la aún mayor de la «Exposición de Motivos»—que

(138 bis) Sirva de explicación al lector el porqué de la (?) cada vez que nos referimos a la «cierta influencia normativa» de la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código civil; como los diccionarios nos dan tantas acepciones (cfr. *supra*, la enojosa y paciente labor a que nos ha obligado la palabra «cierta»), nosotros seguimos dudando algo de cuál será la «preferida». Tan grave es el asunto, que al utilizar la palabra—y lo decimos sin ironía—, la misma (?) hubiera debido aparecer en el texto legal para dejar mayor apertura al Tribunal Supremo. Hubiera sido extrañísimo, pero más extraño nos parece que se nos complique la vida con la utilización en «puntos clave» de palabras anfibo-lógicas y a sabiendas.

para eso sirven, entre otras cosas: para aclarar la mentalidad del legislador.

Y con certeza—que pensamos inevitable, tal es la gravedad de la situación provocada—estimamos que *nunca deberá poder aplicarse por un Tribunal penal una «regla de la sana crítica» POR EL HECHO DE QUE ESTA SE HALLE AMPARADA POR OTRA Sala del Tribunal Supremo; sólo podrá esta Sala II crear y controlar, en su caso, sus propias «reglas de la sana crítica» o «reglas del criterio racional».*

Y nada más.

COLOFON

Hemos comenzado este heterogéneo trabajo, en el cual sólo se intenta reflejar algunas impresiones de las muchas que nos ha producido el nuevo Título Preliminar del Código civil, por reflejar lo que en la Comisión de Justicia de las Cortes se dijo sobre «la falta de interés de la opinión pública» para el anteproyecto (lo cual hubiera podido repercutir en la famosa «hibernación» a que fue arrumbado, a la que también se aludió allí), y a unas injustas e inadmisibles palabras—por peyorativas—de un señor preopinante sobre el hecho (a su responsabilidad sus palabras, tomadas del *Diario de Sesiones* de la Comisión de Justicia) de que dicho anteproyecto no tenía por qué interesar «al buen pueblo», sino sólo «al Derecho», a «los juristas». Quizá lo que ocurre es que a «los juristas» que hubiéramos podido estar en contacto directo con el resto «del buen pueblo español»—del cual también formamos parte antes que ser juristas, y por ello protestamos enérgicamente—... no se nos informó debida y autorizadamente sobre el contenido de ese anteproyecto, como ha ocurrido en otras ocasiones.

Al manifestarse así el referido señor preopinante quedaba automáticamente inhabilitado para preopinar o votar sobre el artículo 6-1 del Decreto-Ley definitivo, que reza así: «La ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento» (139), ya que a él mismo no le importaba que el «buen pueblo» conociese o no lo que se preparaba *para él* (y no solamente para el preopinante citado (140)).

(139) No sabemos qué intervención tuvo el citado señor en la elaboración de este texto. Debería haberse opuesto de ser congruente con su anterior preopinión.

(140) Debemos hacer constar aquí algo que seguramente dicho señor ignora: en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Uppsala en el mes de agosto de 1966, se manifestaron, en cuanto al citado principio, dos tendencias claramente opuestas: las de los juristas que representaban las opiniones

Hemos contemplado—siempre a través de afirmaciones de distintos Procuradores en Cortes—cómo, al parecer, el texto articulado de la «Ley» (luego Decreto-Ley) estaba ya preparado con antelación al de la Ley de Bases, esto es, haciendo el camino al revés.

Nos ha ocupado también—siempre a través de la discusión del anteproyecto y del proyecto en las Cortes—la faceta de la inconstitucionalidad de los mismos; pero guardamos nuestra opinión para expresar que existe, al menos, en cuanto a un punto concreto (que no vemos fuera objeto de examen desde este punto de vista por los intervinientes: el del muy dudoso papel atribuido a la «jurisprudencia»).

Es curioso cómo pese a dominar oficialmente en España, y en la actualidad, la doctrina de la «unidad de poder y división de funciones» (y de denostarse no poco contra la doctrina de la separación de poderes del Estado), hay algunos Procuradores que, indudablemente, llevados por el prestigio de que pese a todo y para algunos sigue gozando, se dejan guiar por ella, y en sus intervenciones aluden con claridad meridiana a los «poderes ejecutivo» y «legislativo».

La expresión «cierta trascendencia normativa» (de la «jurisprudencia» del Tribunal Supremo) es muy dudosa dada la enorme cantidad de acepciones de la palabra «cierta» en los *Diccionarios*—comenzando por el de la Real Academia de la Lengua—; estimamos que se ha elegido la más ambigua de todas, según la cual «cierto» o «cierta» «se usa precediendo inmediatamente al sustantivo—lo que es el caso—en sentido *indeterminado* (cierto lugar, cierta noche)», lo cual nos deja sin saber cuál es esa certeza: si es o no cuantitativa (y no se *determina* esa cantidad) o cualitativa, esto es, si pese a lo que la «Exposición de Motivos» dice, se trata de una fuente del Derecho, aunque sea indirecta.

Hubiera debido intentarse, al menos, conectar al Título Preliminar con el «Anteproyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia», que ya existía a la sazón de la discusión del primero (y en el que se contenían futuras normas, tanto sobre la planta como sobre las atribuciones del Tribunal Supremo; «Anteproyecto» que pasó luego a ser la «Ley de Bases Orgánica de la Justicia» de 28 de noviembre de 1974); pero este intento de conexión, defectuosa y vagamente entablado, no dio resultado alguno, ya que en la última Ley citada, y pese a hacerse en

de los países de la Europa occidental y de América, favorables a la desaparición del mismo, por el enorme desarrollo de la actual legislación en cualquier país y la imposibilidad de que todos los ciudadanos del mismo «conozcan todas las Leyes», y las de los que representaban las opiniones de las repúblicas socialistas del Centro-Oriente de Europa; en sentido contrario: en el de mantenerlo como necesario a la comunidad.

su «Exposición de Motivos» algunas consideraciones sobre «el criterio ordenador de las resoluciones del Tribunal Supremo», etc., cuando se trató de su competencia, se la redujo a la actual vigente sin alusión alguna a su capacidad de «crear jurisprudencia» «con cierta trascendencia normativa»—lo cual en un lugar u otro hubiera debido explicarse—, y no sólo hay laguna, sino también confusión: no es lo mismo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenga «cierta trascendencia normativa» (Título Preliminar del Código civil), que tenga «valor orientador» (Exposición de Motivos de la LBOJ); una «jurisprudencia» que «no es fuente de Derecho», pero que «complementa al ordenamiento jurídico». Confusión en cuanto al lugar que esa «jurisprudencia» debe ocupar.

A través de la historia de la «doctrina legal» en nuestro ordenamiento jurídico y de los conceptos de «jurisprudencia»—*vexata questio*— «de los Tribunales», sin dejar de observar el papel monopolizador desempeñado por el Tribunal Supremo a partir de la LEC de 1855 para reducir la «jurisprudencia de los Tribunales» a la suya propia, formulada como doctrina legal única, llegamos a convencernos de que la «jurisprudencia» es una categoría jurídica estética (confirmada esta estética por la fuerza de cosa juzgada de las sentencias que la integran), una categoría jurídica que indica estáticamente el «punto de aplicación de una fuerza jurídica», mientras que la «doctrina legal» está constituida por el desarrollo de la referida fuerza—dinámica del Derecho—, de la cual sabemos la «dirección»: va hacia una «cierta trascendencia normativa»; mas no conocemos su intensidad, hasta dónde llega en ese camino, ya que el punto *ad quem* no ha sido señalado por el Título Preliminar del Código civil sino con esa «incertidumbre».

Sin embargo, sí que conocemos—a través de ella misma—los caracteres de dicha fuerza:

Precisa la concurrencia de dos sentencias conformes del Tribunal Supremo para que la «doctrina legal» pueda constituirse; dicha «doctrina» no es estática, sino «dinámica»; esto es, evoluciona al compás de las nuevas necesidades de la vida jurídica (y económica) del país—circunstancias de su evolución—; los casos sobre que versen las sentencias han de ser idénticos; se diferencia de la ley siempre con respeto del principio de separación del Poder judicial con referencia al Legislativo, así como la obra de éste; su función consiste, en gran medida, en suplir lagunas legales y en interpretar las leyes, fijando su recta inteligencia y aplicación; defiende su propia uniformidad, impidiendo que se la contradiga a efectos de tal defensa, por parte de los inferiores; mas, como ya se dijo, es «progresiva», viéndose obligado el Tribunal Supremo a

completarla por causa de las realidades de la vida y de las progresivas concepciones jurídicas.

Hay que hacer constar también que la simple desestimación del recurso no implica el que el Tribunal Supremo acepta la doctrina del inferior.

Y, finalmente, la sentencia de «casación»—en el caso de que prospere un «recurso por infracción de ley o de doctrina legal»—es la primera, la que realmente «casa», y no la segunda; y ello porque en ésta, en la positiva, lo que hace el Tribunal Supremo es simplemente subrogarse en el papel sentenciador del inferior.

Uno de los problemas más graves que, a nuestro entender, plantea el nuevo Título Preliminar del Código civil es el de si es posible o no, desde su promulgación en adelante, que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo (civil y laboral) pueda tener esa «cierta influencia normativa» sobre la Sala II (penal) y sobre el resto de los Tribunales penales.

Se planteó este problema en la discusión parlamentaria por el Procurador MARTÍNEZ ESTERUELAS, al sugerir (o pedir por enmienda) a la Comisión que, en cuanto a la aplicabilidad de la «jurisprudencia», no se hiciese «distinción entre materia civil y las que no lo son», proyectándose así «a todas las ramas del ordenamiento jurídico» el Código civil.

Con gran sorpresa nuestra (al leer el *Diario* correspondiente a la sesión de la Comisión de Justicia del 21 de noviembre de 1972, fecha de los hechos), la Comisión—por voz del Procurador ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y OLANO—contestó que «no tiene inconveniente... en quitar el inciso 'en materia civil'». Así fue.

Esto es, la ponencia se hallaba ante un texto previo en que «se distinguía» sobre el valor de la jurisprudencia aplicándolo tan sólo a la «materia civil» (orden interno de la Sala I), pero lo modificó en el sentido de «no distinguir», extendiendo así el valor esa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia a todos los órdenes jurisdiccionales, y no excluyendo, con su total falta de distinción, el que la «jurisprudencia» de las Salas I y VI del Tribunal Supremo pudiera aplicarse también con tal «trascendencia» a los Tribunales penales. Error pesado en consecuencias posibles, nos parece, como se verá.

Por la desafortunada intervención de MARTÍNEZ ESTERUELAS «se dejó de distinguir», admitiendo así que la «cierta influencia normativa» de la jurisprudencia se extendiera por todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el penal. Y «donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir», según ha afirmado reiteradamente el mismo Tribunal

Supremo. El problema, en resumen, se centra en determinar si es posible que la jurisprudencia de las Salas I y VI del Tribunal Supremo opere con esa famosa «cierta (?) eficacia normativa» sobre los Tribunales penales.

La doctrina está de acuerdo en que no existe la doctrina legal en materia penal ni procesal penal (y no está incluida en la LECRIM), y ello por la razón de que el mecanismo de ambos procesos—civil y penal—es muy diferente y porque los Tribunales penales han de apreciar la prueba libremente «según su conciencia» (art. 741 de la LECRIM); no conviene olvidar el primer presupuesto, al que hemos de volver.

Si no se discute apenas el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo penal «para conocer el Derecho realmente vivido», no tiene nunca efecto vinculante en la actualidad, pues los Tribunales penales conservan siempre su libertad frente a los precedentes y, de hecho, el propio Tribunal Supremo ejercita esta libertad, modificando a veces la doctrina sentada en resoluciones anteriores, y huelgan aquí ejemplos, ya dados, *supra*.

Entrando de modo solamente incidental en ellos, hay casos y figuras que no hacen aconsejable el extender a lo penal esa «cierta (?) influencia normativa» de la jurisprudencia de las Salas I y VI; anotamos entre estos casos, el de la «casación en causas de muerte» de la LECRIM; el de la diferente figura de la «congruencia» en lo civil y en lo penal; la posibilidad de una diversa apreciación de los «documentos auténticos» en uno y otro orden jurisdiccional; lo «chocante» que va a resultar de aquí en adelante el «recurso de casación en interés de la Ley» civil y laboral—inexistente *et pour cause* en lo penal—, ya que en él sí que podría llegarse a pensar en «cierta trascendencia normativa», dado que se piensa tan sólo en el *ius constitutionis* y no en el *ius litigatoris*..., sin contar con las diferencias a considerar entre las sentencias civiles y penales y entre las respectivas cosas juzgadas.

Para intentar utilizar el concepto de «máximas de la experiencia» de STEIN (que aparecen en la LEC bajo los nombres de «reglas de la sana crítica» o «del criterio humano», y en la LECRIM bajo el de «reglas del criterio racional»), a los efectos de «suavizar» la diferencia entre la «libérrima apreciación de la prueba», ordenada a los Tribunales penales por el artículo 741 de la LECRIM, y la «prueba de fuerza legal o tasada» civil (confesión y documentos públicos), esto es, para hallar la única justificación posible al texto, que extiende el valor de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (Salas I y VI) a lo penal y viceversa, precisa, hemos analizado la jurisprudencia de la

Sala II del Tribunal Supremo con respecto a esa «libre apreciación de la prueba» («según conciencia») del artículo 741 LECRIM, así como la introducción de las «reglas de la sana crítica» en la apreciación de dicha prueba penal, como «moderadora» de esa simple «conciencia psicológica del Tribunal».

Y hemos hallado dos tendencias:

La primera—mantenida desde hace muchos años y confirmada incluso por una sentencia posterior a la promulgación y entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil—sigue la tendencia de conservar «las facultades de soberanía que concede la Ley» a los Tribunales penales para, en orden al artículo 741 de la LECRIM, «juzgar según su conciencia», «como resultado de su convicción psicológica» y «poder personal de creencia»; «convicción psicológica» que «no tiene tasada ni limitada», sino que es «soberana y libre». Para nada se habla en estas sentencias de límites en la apreciación de la prueba, aunque sea con motivo de observar «reglas de la sana crítica» (máximas de la experiencia).

La segunda tendencia aparece aún antes de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil y ya tiene en cuenta «la sana crítica» al lado de la «conciencia juzgadora» (Sentencia de 16 de abril de 1969), así como al «examen crítico de las pruebas practicadas».

Y la Sentencia de 27 de diciembre de 1974—largamente después de la promulgación del citado Título Preliminar del Código civil—se refiere a las «reglas del criterio racional o sana crítica del Juez» en lo civil, como reglas que «imperan en el orden penal», sin citar jurisprudencia concreta alguna civil, pero, como se ve, dando entrada expresa en su «considerando» a estas figuras del Código civil y de la LEC.

Intentamos ver en esta sentencia ya cierta influencia del nuevo texto legal (esto es, la de la posibilidad del para nosotros inadmisibles «travase» de «cierta influencia normativa» de la jurisprudencia civil sobre los Tribunales penales); pero a ello debemos oponer, una vez más, las profundas diferencias existentes entre los sistemas de principios que operan en el proceso civil y en el penal, así como, concretamente, los muy diferentes medios de obtener pruebas en cada uno de ellos.

Por ello cualquier solución debe respetar esta fundamental diferencia, impidiéndose que esa famosa «cierta (?) trascendencia normativa» de la jurisprudencia de unas Salas del Tribunal Supremo pueda influir sobre los Tribunales penales y viceversa. No cabrá que éstos, so pretexto de aquella «incierto» figura e influencia, «tomen» de otro orden de la jurisdicción «máximas de la experiencia», «reglas de la sana crí-

tica», sin perjuicio de olvidar las diferencias entre el proceso penal y los demás.

Otra cosa es que de modo «racional», pero sin la exigencia superior de esa «trascendencia normativa», la Sala II pueda admitir una «regla de la sana crítica» construida por la I o por la VI y recíprocamente, pero «sin exigencias», como hemos dicho.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Catedrático de Derecho procesal en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valencia

La reclamación gubernativa previa al proceso civil frente al Estado

SUMARIO: I. *Nociones generales*: 1. Concepto.—2. Naturaleza jurídica: a) Reclamación previa y vía administrativa. b) La reclamación previa es un presupuesto procesal: a') Si la falta de reclamación previa ha de ser tenida en cuenta de oficio o a instancia de parte. b') Momento en que ha de darse. c') Momento en que ha de examinarse la existencia.—3. Regulación.—II. *Requisitos*: 1. Idea general.—2. Requisitos subjetivos: a) Órgano administrativo. b) Interesado.—3. Requisitos objetivos: a) Procesos en los que la reclamación es requisito previo. b) Contenido de la reclamación.—4. Requisitos de la actividad: a) Lugar. b) Tiempo. c) Forma.—III. *Procedimiento*: 1. Iniciación.—2. Desarrollo.—3. Terminación: a) Resolución. b) Silencio administrativo.—IV. *Efectos*: 1. Efectos jurídico-materiales.—2. Efectos jurídico-procesales: a) Estimación de la reclamación previa: a') Regla general. b') Impugnación por un tercero. c') Revisión de oficio por la Administración. b) Desestimación de la reclamación previa.

I. NOCIONES GENERALES

1. CONCEPTOS

La Administración pública no siempre está sujeta al Derecho administrativo. Las entidades que integran la Administración pública pueden actuar como cualquier otra persona, sometidas al mismo Ordenamiento que los particulares.

El proceso administrativo está instituido para conocer las pretensiones que se deduzcan «en relación a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», según expresión del artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción contenciosoadministrativa; pero no para conocer «las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la Jurisdicción ordinaria, y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyen por una Ley a la Jurisdicción Social o a otras jurisdicciones» (art. 2.º, a), de la misma Ley).

Cuando las pretensiones que se deducen frente a la Administración están fundadas en Derecho privado (civil o mercantil), serán objeto del correspondiente proceso civil ante la Jurisdicción ordinaria. Cuando estén fundadas en Derecho laboral, se deducirán ante la Jurisdicción laboral y serán examinadas en el procedimiento laboral.

En uno y otro supuesto se exige como requisito procesal previo la reclamación ante la propia entidad que ha de ser demandada, a fin de que pueda verificar el fundamento de la pretensión y, en consecuencia, acceder o no a ella al margen del proceso. Como tal requisito previo se establece en el artículo 138 de la Ley de procedimiento administrativo y en el artículo 376 de la Ley de régimen local.

2. NATURALEZA JURÍDICA

a) *Reclamación previa y vía administrativa*

a') La reclamación previa a la vía judicial ha de decidirse en un procedimiento al que la misma da nacimiento, que se tramita ante la propia Administración. Lo que plantea el problema de las analogías y diferencias entre este procedimiento y el procedimiento administrativo. Existe una nota común entre ellos: la que deriva de la exigencia de una decisión administrativa para poder iniciar la vía procesal. «En España—dice ROYO-VILLALVA (S.)—, antes de acudir a los Tribunales (ordinarios o contencioso-administrativos) es preciso haber agotado la vía gubernativa» (1).

b') Ahora bien, entre uno y otro procedimiento existen marcadas diferencias:

a'') Por lo pronto, como diferencia esencial, las cuestiones que en uno y otro se plantean. Mientras que en el procedimiento administrativo propiamente dicho las cuestiones son jurídico-administrativas, en el procedimiento en que se tramita una reclamación previa a la judicial, el Derecho que se discute no es administrativo, sino civil, mercantil o laboral (2).

b'') En cuanto al procedimiento, el régimen jurídico es distinto. Requisitos, tramitación y efectos se regulan de modo diferente en uno y otro procedimiento. Así como el procedimiento administrativo está

(1) «El procedimiento administrativo como garantía jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, págs. 108-109.

(2) ROYO-VILLANOVA, A. y S.: *Elementos de Derecho administrativo*, 24 ed., Valladolid, 1955, II, pág. 898; GONZÁLEZ NAVARRO: *Procedimientos administrativos especiales*, Madrid, 1967, I, pág. 64; RIBES PUIG: «La reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles contra entidades locales», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 98, pág. 178.

informado por el principio de la jerarquía, en el de reclamación previa se emplea lo que CLAVERO denomina «técnica extrajerárquica» (3): «en este sentido—dice—debe consignarse la ausencia de recurso jerárquico, ya que si bien la reclamación se interpone ante la suprema autoridad, en la materia, de la provincia, su resolución le corresponde en única instancia al ministro del ramo, previos los asesoramientos oportunos».

c') No obstante las diferencias señaladas, el procedimiento previo a la vía judicial, en cuanto se tramita ante la Administración y responde a un privilegio de ésta, siquiera sea en el ámbito de las relaciones de Derecho común o especial laboral y no en el del Derecho administrativo, puede considerarse administrativo (4), por lo que, en lo no regulado en el capítulo dedicado al mismo se aplicarán las normas generales de la Ley de procedimiento administrativo. Así, el artículo 138 de esta Ley, dice: «La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el derecho privado o laboral contra el Estado y Organismos autónomos. Dicha reclamación se tramitará y resolverá por las normas contenidas en este capítulo, y, en su defecto, por las generales de esta Ley».

b) *La reclamación previa es un presupuesto procesal*

a') Se trata de un acontecimiento previo al proceso, del que depende su eficacia: sin la reclamación previa en vía gubernativa, cuando se demanda a una entidad administrativa, faltaría un requisito esencial. (Así, art. 138 de la Ley de procedimiento administrativo y art. 50 de la Ley de régimen local). Por eso el demandado podría oponer siempre la falta de reclamación previa en la vía gubernativa como excepción, al amparo de la causa séptima del artículo 533 de la Ley de enjuiciamiento civil, y ello impedirá al órgano jurisdiccional entrar en el fondo del asunto (5). Es más, en alguna disposición se prohíbe expresamente a los Tribunales admitir demandas «sin que antes se acredite debidamente en autos que los interesados han agotado la vía gubernativa» (art. 70 de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto de 15 de abril de 1964).

(3) *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa*, estudios dedicados al Profesor GARCÍA OVIEDO. Sevilla, 1954, vol. I, Derecho administrativo, págs. 237-239.

(4) LÓPEZ-NIETO: *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1950, pág. 358.

(5) PRIETO CASTRO: *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid, 1959, I, páginas 69-70; GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 291; ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961, págs. 13-15; SOTO NIETO: «Excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa», *Revista de Derecho español y americano*, abril-junio 1968, págs. 107 y sigs.; GARCÍA CASAS: *Vía gubernativa y proceso civil*, Barcelona, 1975, págs. 87 y sigs.

b') Se considera como equivalente al acto de conciliación, que no procede cuando sea parte una entidad administrativa (art. 460, número tercero, de la Ley de enjuiciamiento civil), «pues si bien por la naturaleza especial y realmente privilegiada de los derechos del Estado, que no puedan ser objeto de transacción, se exceptúan del requisito de conciliación aquellas que se dirigen contra la Hacienda o el Estado, como por una parte no sería justo que el Estado se viera comprometido en un litigio sin la preparación necesaria, y por otra parte puede, en algunos casos, ser tan perfecto el derecho del particular demandante, que debe ser, desde luego, reconocido: de aquí la conveniencia y necesidad de que a falta del acto de conciliación, y como garantía en favor de los derechos del Estado, con ventajas posibles para los particulares, se exija la reclamación previa en la vía gubernativa antes de entablar demanda contra el Estado» (Exposición de Motivos del R. D. de 23 marzo 1866) (6).

El tratamiento jurídico de este requisito procesal ha planteado importantes problemas prácticos, derivados de sus analogías y diferencias con el acto de conciliación. Concretamente, se han planteado las cuestiones siguientes:

a') *Si la falta de reclamación previa ha de ser tenida en cuenta de oficio o a instancia de parte*

La reclamación previa es un presupuesto del proceso civil. No haberse cumplido con este requisito previo constituye una de las excepciones dilatorias que enumera el artículo 533, 7.ª, de la Ley de enjuiciamiento civil. La representación del Estado demandado puede, pues, oponer esta excepción, con las consecuencias propias de las llamadas «excepciones dilatorias».

Ahora bien, dado el dominio del principio dispositivo en el proceso civil, ¿no puede el juez apreciar de oficio la falta de este defecto procesal?

(6) Que la reclamación previa viene a cumplir función análoga a la de la conciliación, lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Real Decreto de 23 de marzo de 1886 y así señalado por la doctrina. Cfr., por ejemplo, ROYO-VILANOVA, S.: *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 108-109; CLAVERO: *Consideraciones*, cit., págs. 220-223; ALONSO OLEA: *La reclamación*, cit., páginas 15-17.

Ahora bien, pese a que su función es análoga y a que en ambos casos estamos ante un presupuesto procesal, su naturaleza es distinta: la conciliación tiene carácter procesal, mientras que la reclamación previa tiene carácter administrativo. Por eso dice GUASP que entre una y otra «no hay una verdadera afinidad de esencia». *Derecho procesal civil*, cit., pág. 1236.

BARROS MARTÍNEZ: *Derecho local de España*, 1951, pág. 411; GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, pág. 321.

Aparte de los argumentos que, desde un punto de vista estrictamente procesal, podrían aducirse para justificar la potestad del juez ordinario para plantear de oficio la cuestión de si se ha cumplido este requisito procesal (7), están los textos categóricos del Ordenamiento jurídico-administrativo, al establecer la reclamación previa como requisito inexcusable previo al ejercicio de las acciones civiles. Así, el artículo 138 de la Ley de procedimiento administrativo, respecto del Estado. Más categóricos que este precepto general son el art. 70 de la Ley del Patrimonio del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril) y el artículo 11, apartado 6, c), de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, así como el artículo 376 de la Ley de régimen local. Si a tenor de estas normas, «los Tribunales no admitirán demanda alguna... sin que antes se acredite en autos que los interesados han agotado la vía gubernativa» (según expresión del artículo citado de la Ley del Patrimonio), y «no se admitirá la demanda sin que se acredite haber agotado previamente contra el Estado la vía gubernativa», parece evidente que el órgano jurisdiccional ante el que se tramita un proceso civil frente al Estado puede—y debe—de oficio, aun cuando no se haya planteado por las partes, apreciar la existencia de este defecto procesal.

b') *Momento en que ha de darse*

El presupuesto procesal consistente en la reclamación previa, como cualquier otro presupuesto procesal, debe darse antes de incoarse el proceso. Si es un requisito *previo*, si no debe admitirse la «demanda» sin haberse acreditado el agotamiento de la vía gubernativa, es obvio que para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar la cuestión de fondo deberá haberse resuelto la reclamación previa o transcurrido el plazo previsto en la Ley para que se presuma denegada por silencio administrativo.

Ahora bien, el principio de economía procesal se impone cada día con mayor amplitud. Lo que ha determinado una tendencia jurisprudencial justamente elogiada por la doctrina (8), que permite la subsanación de los defectos susceptibles de ello durante el curso del proceso.

Respecto del acto de conciliación esta posibilidad de subsanación se encuentra expresamente consagrada en el artículo 462 de la Ley de

(7) Una referencia completa al tratamiento en general de los presupuestos procesales en ENCISO: «Acción y personalidad» contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Privado*, t. XXIII (1936), págs. 126 y sigs.

(8) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 1. 1.ª, pág. 304.

enjuiciamiento civil. ¿Es aplicable este régimen de subsanación al requisito de la reclamación previa?

La contestación afirmativa parece imponerse en la jurisprudencia más reciente. En este sentido, una sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975 (de que fue Ponente BELTRÁN HEREDIA) contiene una doctrina terminante e irrefutable (9). Con perfecto

(9) En sus considerandos 3.º y 4.º establece:

Considerando: Que el motivo tercero del recurso, y con amparo procesal en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia interpretación errónea del 138 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, así como del 533. número 7. de la Ley Procesal Civil, y violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que cita; tomando el alegato como punto de partida la desestimación del motivo anteriormente examinado, es decir, considerando que se está en presencia de un acto realizado por la Administración o alguno de sus organismos autónomos como persona jurídica privada, que implica, de acuerdo con la normativa en vigor establecida en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo citada, la necesidad de la reclamación previa por la vía gubernativa, cuyo defecto en decir del recurso es insubsanable acarreado la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento seguido; apareciendo en el caso contemplado que la representación letrada del Estado, tanto en el acto de la comparecencia ante el Juzgado como al contestar a la demanda, alegó que este trámite no había sido cumplimentado, como, en efecto, no lo fue, a la vista de lo cual el Juzgado de Primera Instancia que entendía el asunto, en Auto de 17 de febrero de 1973, apreció la existencia del vicio, pero aplicando analógicamente lo dispuesto para el acto de conciliación en el párrafo segundo del artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento, consideró que era subsanable, suspendiendo las actuaciones hasta que el trámite fuese cumplido, cumplimiento que efectivamente se practicó con resultado negativo, proceder que fue confirmado en un todo por la sentencia recurrida, que es contra el que se alza el motivo del recurso que ahora es objeto de examen.

Considerando: Que el problema, que el recurrente plantea con acierto, es el relativo a la naturaleza y alcance jurídicos de la referida reclamación previa en la vía gubernativa y su relación con el acto de conciliación, sobre todo a los efectos de la posible subsanación o no del defecto del trámite, que, como se ha dicho, se permite expresamente para el segundo por el legislador procesal común en el párrafo número 2 del artículo 462 de la Ley de Enjuiciamiento, para cuya solución, y al margen de las opiniones doctrinales de carácter científico, coincidentes en general si no en la equiparación, al menos en la similitud de ambas instituciones, por lo que respecta al fin que persiguen, que no es otro sino el de evitar que el particular o la Administración se vean envueltos en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo, es preciso tener en cuenta la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, la cual, ciertamente, como en el recurso se dice, alguna vez sostuvo la disparidad, afirmando que la falta de reclamación previa era un vicio insubsanable al modo como aparece en las Sentencias de 22 de marzo y 26 de abril de 1963 y 3 y 26 de abril de 1974—última de las recaídas sobre el tema—; pero en su inmensa mayoría, que constituye un auténtico cuerpo de doctrina homogénea, que debe ser mantenida, se inclinó por la tesis de que los dos institutos—la reclamación previa y el acto conciliatorio—eran equiparables por su finalidad, a que antes se hizo referencia; que no podía decirse alterada por el hecho de que en un caso interviniese la Administración pública, justo porque al hacerlo en estos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, no lo hace con la potestad o imperio que le es característico, sino como una simple persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público, sino pri-

sentido de la Justicia, interpretando adecuadamente el principio anti-formalista que debe inspirar la interpretación procesal, aunque tantas veces se olvide—y mucho más por los jueces ordinarios que por los administrativos, aunque se crea lo contrario—, esta sentencia de 20 de marzo de 1975 se pronuncia definitivamente por la aplicación del artículo 462, párrafo segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil, a la reclamación previa. «Al margen de las opiniones doctrinales de carácter científico—dice el 4.º considerando de esta sentencia—, coincidentes en general si no en la equiparación al menos en la similitud de ambas instituciones... el conflicto que se trata de evitar en el expediente que en este momento se discute es un puro conflicto de intereses privados sin que la falta, *subsanable en todo instante*, pueda implicar la nulidad de lo actuado, *por razones de economía de toda índole y para evitar las graves consecuencias que caso contrario podrían producirse...*».

c') *Momento en que ha de examinarse la existencia*

El requisito de la reclamación previa está sujeto a un régimen peculiar en orden al momento en que el órgano jurisdiccional debe examinar su cumplimiento. No está limitado al momento de decisión de las excepciones dilatorias—en el supuesto de que se hubiesen formulado por el demandado—o al de dictar sentencia. Sino que puede verificar su existencia:

vado, como pueda serlo el de cualquier particular, de lo que inevitablemente se deduce que el conflicto que se trata de evitar con el expediente que en este momento se discute es un puro conflicto de intereses privados, sin que la falta, *subsanable en todo instante*, pueda implicar la nulidad de lo actuado, por razones de economía de toda índole y para evitar las graves consecuencias que en caso contrario podrían producirse; doctrina ésta que, aunque con diferentes argumentaciones particularizadas, aparece recogida, entre otras, en las Sentencias de 30 de diciembre de 1953; 17 de febrero de 1954; 23 de enero de 1959; 23 de marzo y 12 de mayo de 1961; 9 de enero, 20 de febrero y 12 de mayo de 1962; 15 de marzo de 1965; 10 de junio de 1968, y 18 de febrero de 1972, y cuyo mantenimiento, antes anunciado, obliga a la desestimación del motivo que se examina; desestimación que se confirma, desde otro punto de vista, si se tiene presente que toda la citada jurisprudencia—incluida la Sentencia de 26 de abril de 1974, alegada con razón por el recurrente en pro de la tesis contraria respecto de la cuestión fundamentalmente alegada—es concorde en que el defecto denunciado se refiere a una actividad meramente formal, que no tiene ni puede tener otra repercusión en la esfera judicial que la de su acogida en el apartado séptimo del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento—denunciado como infringido, según quedó expuesto por el recurso—, el cual, por su carácter adjetivo, no puede servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina legal—como es el aquí formulado—, que sólo enjuicia y resuelve cuestiones de Derecho material o sustantivo.

Un resumen de la doctrina jurisprudencial, en GARCÍA CASAS, *Vía gubernativa y proceso civil*, Barcelona, 1975, págs. 184 y sigs.

- En el momento de incoarse el proceso, en cuanto no debe dar trámite a la «demanda» si no se acredita el cumplimiento del requisito.
- En cualquier momento ulterior del proceso.

Ahora bien, en todo caso jugará el artículo 462, párrafo segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil. Y las consecuencias de apreciar que concurre este defecto serán la subsanación en los términos prevenidos en este precepto, tal y como de modo inequívoco declara la sentencia de 20 de marzo de 1975.

3. REGULACIÓN

El régimen vigente de las reclamaciones previas al proceso civil frente al Estado viene regulado:

- a) El régimen común, en los artículos 139 a 144 de la Ley de procedimiento administrativo.
- b) Pero, aparte del régimen general, subsisten regímenes especiales. La propia Ley de procedimiento administrativo prevé un supuesto especial en el artículo 144. Y fuera de esta Ley existen algunos procedimientos regulados por disposiciones específicas. Pese a la tendencia a la uniformidad legislativa de la Ley de procedimiento administrativo, pueden señalarse los siguientes:

- Reclamación previa al proceso civil sobre propiedad o titularidad de montes catalogados (arts. 11, 12 y 14 de la Ley de Montes).
- Reclamación previa al proceso civil sobre las cuestiones de esta naturaleza que surjan en los expedientes de cuentas o alcance (art. 6.º. Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas).
- Reclamación a que se refieren los artículos 179 a 183 del Reglamento general de recaudación.

II. REQUISITOS

1. IDEA GENERAL

Para que la reclamación previa sea admisible y produzca sus efectos normales, deberá cumplir los requisitos exigidos por la Ley. Si no se cumplieran estos requisitos, el órgano ante el que se deduzca deberá

declararla mal planteada, no podrá pronunciarse sobre la cuestión de fondo y el demandante no habrá agotado la vía gubernativa previa a efectos de incoar el correspondiente proceso civil.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS

a) *Organo administrativo*

En las reclamaciones gubernativas previas frente al Estado, la competencia para deducir la reclamación corresponde al Ministerio competente por razón de la materia objeto de la reclamación (art. 140, 3; art. 141, 1, de la Ley de procedimiento administrativo).

Se ha planteado el problema de si la delegación del Ministro al Subsecretario del Departamento para resolver recursos comprendía la competencia para decidir reclamaciones gubernativas.

Por lo dicho al referirnos a la naturaleza jurídica, es evidente la diferencia existente entre uno y otro supuesto—la reclamación no es un recurso administrativo—. No obstante, pese a la diferencia, el Consejo de Estado estimó que la Orden resolutoria de una reclamación previa por el Subsecretario del Departamento—al que el Ministro sólo había delegado para resolver recursos—no constituía una «incompetencia manifiesta» que permitiera declarar la nulidad o la anulación por el procedimiento de revisión de oficio de los artículos 109 o 110 de la Ley de procedimiento administrativo (10).

b) *Interesado*

Deberá deducir la reclamación el que haya de demandar al Estado o a una entidad pública institucional. Para deducir la reclamación administrativa previa bastará esta posición de futuro demandante para ostentar un interés que confiere legitimación para deducir la reclamación administrativa previa.

No es necesario en esta vía previa estar legitimado activamente en el proceso que se piensa incoar. El órgano administrativo no podrá declarar inadmisibles por falta de legitimación en el proceso que se piensa incoar.

(10) Dictamen de 8 de mayo de 1970, expediente 36.956.

3. REQUISITOS OBJETIVOS

a) *Procesos en los que la reclamación es requisito previo*

El artículo 138 de la Ley de procedimiento administrativo dice que la reclamación «será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en el Derecho privado». El precepto, pues, no puede ser más general. Existen, por supuesto, las especialidades del artículo 144. Pero, en principio, la reclamación será presupuesto de todo proceso civil, cualquiera que fuese la pretensión objeto del mismo.

Se ha planteado, no obstante, el problema de si también es requisito previo de los procesos interdictales, cuando sean admisibles frente a la Administración pública. Es cierto que la generalidad de los términos de la Ley de procedimiento administrativo no parece permitir la excepción—en cuanto en ellos se ejercita una acción civil, rige la regla del artículo 138—. Pero la exigencia de la reclamación previa—y subsiguiente resolución—como requisito previo del proceso pugna con la naturaleza y finalidad de los interdictos. Si lo que éstos persiguen es la protección del hecho posesorio, tal protección quedará desvirtuada—y el despojo consumado—si el juez no pudiera intervenir hasta que la Administración pública hubiese resuelto la reclamación o hubieran transcurrido los plazos para que se hubiese producido la denegación presunta por silencio administrativo.

Esto explica que, aunque la jurisprudencia de las Audiencias no sea unánime, domine la contraria a la exigencia de la reclamación como presupuesto de la acción interdictal. No obstante, esta falta de unanimidad jurisprudencial—con los consiguientes problemas que plantea—aconseja que se consagre expresamente la excepción en la Ley de procedimiento administrativo. Y así figura en alguno de los trabajos preparatorios de la revisión de la Ley que han quedado en vía muerta como consecuencia de las cada día más frecuentes crisis—o ajustes—ministeriales.

b) *Contenido de la reclamación*

La reclamación deberá contener la pretensión que se piense deducir en el proceso. En ella se deducirá la petición con expresión de los motivos que permitan su identificación y conocer las razones que asisten al demandante. A la misma se acompañarán «los documentos en que los interesados funden su derecho» (art. 139 de la Ley de procedimiento administrativo).

Por tanto, no se cumplirá este requisito esencial si la pretensión que en su día se deduzca en el correspondiente proceso es distinta de la que se dedujo en la vía gubernativa previa. Pueden aplicarse aquí las reglas acerca de la identidad entre la pretensión deducida en conciliación y en el proceso ordinario para que quede cumplido aquel presupuesto procesal (11).

4. REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD

a) *Lugar*. La reclamación se presentará «en el Gobierno civil o en la Jefatura provincial del Servicio si la hubiere, y tratándose de órganos centrales en el Ministerio a que corresponda el asunto» (art. 139 de la Ley de procedimiento administrativo). Por tanto, la regla general es que ha de presentarse en el Registro correspondiente de estos órganos.

Ahora bien, no existe razón alguna para no aplicar a las reclamaciones administrativas previas el artículo 66 de la Ley de procedimiento administrativo, y en consecuencia, admitirse el escrito interponiendo la reclamación, en cualquier caso, en las oficinas que el mismo enumera (12).

b) *Tiempo*. La reclamación deberá presentarse antes que prescriba la acción que el interesado piensa ejercitar. No existe un plazo especial para deducir la reclamación—por lo que no se señala en la Ley de procedimiento administrativo—, sino que se aplican las reglas generales sobre prescripción de acciones de la legislación civil.

c) *Forma*. No existen unos requisitos formales especiales, salvo la exigencia—ya apuntada—de que se acompañen los documentos en que los interesados funden su derecho (art. 139 de la Ley de procedimiento administrativo), por lo que el escrito de reclamación se ajustará a las exigencias formales del artículo 69 de la Ley de procedimiento administrativo. En cumplimiento del apartado b) de su párrafo primero, se indicará con claridad la pretensión y que ésta se formula con el carácter de reclamación previa al proceso civil.

(11) Sobre el problema, ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, Sevilla, 1961, págs. 41-44. Aunque se refiere al requisito en el proceso laboral, formula una doctrina general, aplicable, por tanto, a cualquier tipo de reclamación administrativa previa.

(12) GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 387-391.

III. PROCEDIMIENTO

1. INICIACIÓN

a) El órgano ante el que se hubiere interpuesto la reclamación la remitirá al Ministerio correspondiente, en unión de todos los antecedentes del asunto, dentro de los cinco días siguientes al de su presentación (art. 140, párrafo primero, de la Ley de procedimiento administrativo). El Ministerio, en su caso, ordenará que se completen los antecedentes.

b) El Ministerio, dentro de los quince días siguientes a la recepción del escrito de reclamación y antecedentes, remitirá el expediente a la Dirección General de lo Contencioso (art. 140, párrafo primero, de la Ley de procedimiento administrativo).

c) «La Dirección General de lo Contencioso podrá solicitar cuantos datos, documentos y antecedentes estime necesarios y acordar las diligencias que juzgue oportunas para formar completo juicio de las cuestiones planteadas, y podrá delegar la práctica de aquéllas en los órganos o funcionarios que al efecto designe» (art. 140, párrafo segundo, de la Ley de procedimiento administrativo).

3. TERMINACIÓN

a) *Resolución*

El Ministro dictará resolución, que se notificará y simultáneamente (art. 141, párrafos primero y segundo):

a') A la Dirección General de lo Contencioso.

b') Al interesado, a través de la propia Dirección General de lo Contencioso.

b) *Silencio administrativo*

En las reclamaciones administrativas previas fue donde primeramente se aplicó la doctrina del silencio administrativo. El artículo 1.º, regla octava, del R. D. de 23 de marzo de 1886, decía que si no se comunicase la resolución al interesado en el plazo de cuatro meses desde la presentación de la instancia, se entenderá denegada la solicitud. Y

la vigente Ley de procedimiento administrativo, en su artículo 141, párrafo segundo, dispone: «Si la Administración no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación, al efecto de formular la correspondiente demanda judicial».

Se trata, por tanto, de un supuesto especial de silencio administrativo automático. No se exige la denuncia de la mora. Basta el transcurso de tres meses—han de computarse meses naturales—desde el momento de la presentación de la reclamación (13).

IV. EFECTOS

1. EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES

a) La presentación de la reclamación administrativa previa produce el efecto de interrumpir los plazos de prescripción: aun cuando el proceso se inicie una vez transcurridos los plazos de prescripción, si la reclamación está dentro de un plazo no opera la prescripción.

b) En el supuesto de que la resolución sea estimatoria de la reclamación, se darán los efectos jurídico-materiales propios de la declaración que se contengan en la resolución—reconocimiento de derechos, modificación o extensión de relaciones jurídicas, etc.

2. EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES

a) *Estimación de la reclamación previa*

a') *Regla general*

La estimación de la reclamación producirá para el reclamante una satisfacción extraprocésal de la pretensión. Por la vía de este equivalente procesal, se habrá producido una satisfacción de la pretensión y, por tanto, será inútil el proceso. Al menos para el reclamante. En cuanto ha obtenido el reconocimiento de sus derechos, no tendrá que acudir al proceso, salvo para el supuesto—no improbable—de que no logre la ejecución de la resolución estimatoria de su reclamación.

(13) Se aplican las reglas generales sobre el cómputo de plazos.

Ahora bien, si no es concebible, en principio, que el reclamante haya de acudir a ningún proceso ulterior—ni a cualquier otro modo de impugnación—frente a una resolución que le favorece, sí es concebible la reacción de un tercero perjudicado o de la propia Administración pública que considere erróneo el acto dictado.

b') *Impugnación por un tercero*

Si la estimación a favor del reclamante supone un desconocimiento o vulneración de los derechos de un tercero, ¿qué actitud procesal debe adoptar éste? No olvidemos que se encuentra ya con una resolución administrativa, dictada por la Administración en un procedimiento seguido ante la misma. Pues bien, ante esta resolución, caben dos posibilidades:

a'') Que a través de la resolución dictada en procedimiento de reclamación previa a la vía judicial civil, se haya decidido una cuestión jurídico-administrativa. Es incuestionable que si la Administración pública ha actuado sujeta al Derecho administrativo, el interesado puede, frente a aquella resolución, deducir el oportuno recurso administrativo, y resuelto éste o transcurrido el plazo del silencio administrativo, iniciar la vía contencioso-administrativa.

Como la reclamación administrativa previa se decide por el Ministro, el único recurso administrativo admisible sería el de reposición previo al contencioso-administrativo.

No obstante, a esta interpretación se opone el claro texto del artículo 40, apartado e), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que, sin distinción, excluye de la vía contencioso-administrativa las resoluciones que ponen término a la vía gubernativa. Y así lo reconoce una sentencia de 9 de marzo de 1967 (Ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES).

b'') Si la cuestión es típicamente civil se habrá producido una situación en perjuicio del tercero, que deberá decidirse a través del correspondiente proceso civil. Pues bien, si en éste ese tercero interesado ha de adoptar la posición de demandante, ¿ha de deducir una nueva reclamación administrativa previa, o la ya resuelta le dispensa de la exigencia de una nueva, análogamente a lo que ocurre en vía administrativa con el recurso de reposición, según el artículo 126, párrafo tercero, de la Ley de procedimiento administrativo?

Parece evidente que en este caso el titular de los derechos lesionados deberá deducir nueva reclamación administrativa previa frente a la Administración, antes de incoar el correspondiente proceso civil.

c') *Revisión de oficio por la Administración*

Si, una vez dictada la resolución por la Administración, se considera que se ha incurrido en infracción del Ordenamiento jurídico, ¿existe algún procedimiento para obtener su declaración de nulidad o anulación?

En cuanto no estamos ante un acto administrativo, debe descartarse la solución del proceso de lesividad ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo impone el artículo 40, e), de la Ley de esta Jurisdicción. Si este artículo excluye del «recurso contencioso-administrativo» «las resoluciones que pongan término a la vía gubernativa como previa a la judicial», tal exclusión opera respecto de todo «recurso contencioso-administrativo», tanto ordinario, como especial, y, por tanto, también respecto del contencioso de lesividad incoado por la propia entidad que dictó el acto.

Y como los procedimientos de revisión que regulan los artículos 109 y 110 de la Ley de procedimiento administrativo constituyen una excepción de la lesividad en los supuestos de nulidad o anulación por infracción manifiesta de la Ley que los mismos prevén, por la misma razón que no cabe utilizar el proceso de lesividad frente a la resolución de la reclamación previa, ha de excluirse aquella posibilidad de revisión. Es cierto que los artículos 109 y 110 se refieren genéricamente a «actos» y no a «actos administrativos», y el artículo 47 a «actos de la Administración»; pero parece incuestionable que unos y otros preceptos regulan procedimientos de revisión de actos sujetos al Derecho administrativo.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha considerado admisible la revisión de oficio de una resolución estimatoria de una reclamación previa en el Dictamen de 8 de mayo de 1970 (Expediente 36.956) (14).

b) *Desestimación de la reclamación previa*

El artículo 142 de la Ley de procedimiento administrativo, después de la revisión de 1963, dispone: «La demanda ejercitando la acción correspondiente deberá ser presentada en el plazo de dos meses, a contar de la notificación de la resolución denegatoria, o, en su caso, en el de cuatro meses desde el transcurso del plazo señalado en el párrafo tercero del artículo anterior». Por tanto, el plazo para incoar el proceso civil será de dos a cuatro meses, según que la resolución sea expresa o se presuma dictada por silencio administrativo.

(14) Me remito a mi trabajo *La justicia administrativa en España*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, págs. 130-131.

En este segundo caso se plantea el problema de los efectos de la resolución expresada tardía (15). En aplicación de los principios elementales que informan la doctrina del silencio administrativo (16), es evidente que el silencio administrativo supone una simple presunción para que el interesado, si lo desea, considere desestimada su petición, pero puede optar por esperar a la resolución expresa, que en todo caso viene obligada a dictar la Administración (art. 94 de la Ley de procedimiento administrativo). El artículo 141, párrafo tercero, en esta línea, habla de «el interesado *podrá considerar desestimada* su reclamación». Luego si no lo considera así y espera a la resolución expresa, es indudable que podrá incoar el correspondiente proceso dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la resolución expresa (art. 142 de la Ley de procedimiento administrativo), aun cuando en ese momento haya transcurrido el plazo de cuatro meses que el mismo artículo señala para iniciar la vía procesal en los supuestos de silencio administrativo.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho administrativo
Registrador de la Propiedad

(15) Sobre el problema, ALONSO OLEA: *La reclamación administrativa previa*, cit., págs. 51-55.

(16) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 500-521.

Sobre el artículo 1.901 del Código y la obligación natural

Desde hace algún tiempo me viene preocupando el artículo 1.901, Código civil, preocupación que yo calificaría de *fantasma*: va y viene sin acabar de tomar cuerpo. Y ante la pretensión de indagar la causa de tan peculiar preocupación, dos son las respuestas que se me ocurren.

La primera, guarda relación cómica (aunque no lo sea) con mi particular situación: la estancia en las proximidades del trópico, por prolongada, ¿influirá para que me haga susceptible a los rayos del sol? Alguien me decía en alguna ocasión, aludiendo al régimen fidelista de Cuba (y, naturalmente, quien me lo decía era exiliado), que allí había una *dictadura tropical*, resaltando toda la carga peyorativa de la expresión. Y cabe que el artículo 1.901 no exprese en mí sino una *preocupación tropical*.

La segunda, tiene mayor fundamento, que deriva de la insatisfacción sentida ante las explicaciones en torno al aludido precepto para configurarlo como *sedes materiae* de la obligación natural, no empece algunos robustos argumentos exhibidos por la doctrina. Aunque también aquí debo señalar que, muy posiblemente, no es el artículo 1.901 el que plantee preocupaciones, sino que me esté preocupando ante el artículo 1.901—lo que es completamente distinto—, sencillamente porque no acabo de entenderlo.

En realidad, personalmente prefiero inclinarme por considerar que aquella preocupación responde a esta última alternativa (sin abandonar la posible causación tropical, seamos sinceros). Y, de ser esto así, creo poder esperar las disculpas ajenas si a lo largo de las presentes páginas no se encierra un deseo de decir algo nuevo, quedando limitada la meta a pensar en «alta voz». Aunque esta finalidad no sea útil para los demás, sino solamente para uno mismo por cuanto me permite aclarar

mis ideas, como quiera que las ideas claras sí ayudan a colaborar con los demás, puedo concluir que la posible utilidad de lo que sigue pueda trascender mi reducida e irrelevante esfera personal.

* * *

Es de todos conocida la problemática que, en la doctrina, se vino planteando acerca del alcance del artículo 1.901, Código civil, como contentivo prácticamente de la esencia de una teoría sobre la obligación natural.

Fue MARTÍN PÉREZ (1) uno de los primeros es afirmar que el precepto de referencia encerraba en su seno el reconocimiento de la obligación natural, con posibilidades para una teoría general de la misma. Recogiendo su elaboración doctrinal—que personalmente no he podido conocer todavía—, la resume MARTÍNEZ Y GÓMEZ CALCERRADA del siguiente modo: «MARTÍNEZ PÉREZ hace un estudio minucioso del artículo, para concluir en la apreciación de la obligación natural a través de su contexto. En efecto, el citado catedrático de La Laguna comienza afirmando que el artículo 1.901 de nuestro Código está cumpliendo la misma función que los artículos 1.235 y 1.237 en los respectivos Códigos franceses e italiano. En tal idea, al tratar todos los supuestos de que se pague algo que no se debe, hay que equiparar la frase española 'sin embargo, se puede retener este pago en el caso de que se pueda probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa', con las francesas e italiana 'sin embargo, se puede retener ese pago en el caso de que exista una obligación natural'; o sea, que la expresión, a 'título de liberalidad o por otra causa justa' se corresponde y está cumpliendo aquí la misma función que en los Códigos francés e italiano la expresión *obligación natural*, luego el espíritu de ésta en nuestro Código debe resplandecer. Por otro lado, criticando a ROCA SASTRE, al afirmar que la interpretación de 'justa causa', por contraposición a 'título de liberalidad' ha de ser causa onerosa, el citado profesor considera esta interpretación un poco gratuita y arriesgada, riesgo a veces común en las deducciones 'a contrario'. Y ello en méritos a que si esta justa causa fuere onerosa o jurídica, de las que el Derecho reconoce como bastantes para justificar un pago debido, así como para exigirlo, entonces estaríamos en el caso de este artículo que está hablando de entregar una cosa que nunca se debió; si esta justa causa fuere una causa típica, se debería la prestación y el artículo sería inaplicable, no

(1) MARTÍN PÉREZ, A.: *Explicaciones de cátedra sobre Derecho de obligaciones*. 1956, en cita de MARTÍNEZ Y GÓMEZ-CALCERRADA, L.: «Problemática de las obligaciones naturales», *RGLJ*, 1964, separata.

planteándose entonces la cuestión de si lo prestado y pagado era debido, porque esa causa lo haría tal y exigible. Concluye, por ello, afirmando que esa justa causa estará más bien fuera de las causas civiles típicas y, en virtud de la teoría del deber moral como sustrato de la obligación natural, puede hablarse de una *causa moral* que el Derecho positivo, a través de este artículo, acoge, valora y considera suficiente para hacer el pago irrepitable, aunque no para exigirlo y, por ende, de la presencia de una obligación natural» (2).

Hasta aquí la larga cita. Naturalmente, MARTÍNEZ PÉREZ y GÓMEZ-CALCERRADA acepta y participa en las conclusiones de MARTÍN PÉREZ sobre el artículo 1.901, Código civil, «porque el supuesto de hecho a que se refiere puede subsumirse en las conocidas notas de deber moral cualificado, que sería esa causa moral equivalente a 'justa causa'; contenido patrimonial, valor de la cosa entregada; inexigibilidad del acreedor, ya que no se faculta para reclamarla e irrepitibilidad por cuanto éste puede retenerla» (3).

Antes que los dos citados estudiosos, DE BUEN (4) vino a afirmar que el artículo 1.901, Código civil, podría servir de apoyo a una tendencia jurisprudencial como la francesa, esto es, a identificar la obligación natural con el deber moral, en función precisamente de la alusión a la *causa justa* (5). Y, poco tiempo después de preocuparse MARTÍN PÉREZ del tema, LACRUZ BERDEJO prestó atención al artículo 1.901, para concluir lo mismo. Buscando parangón al citado precepto en los artículos 1.235, *Code*, y 1.237, *Codice civile*, de 1865, quiere reforzar la sanción legislativa de la obligación natural dentro del reiteradamente citado precepto del Código español recurriendo a la investigación de los antecedentes históricos, destacando cómo el Proyecto de 1851, al redactarse por GARCÍA GOYENA la parte correspondiente a obligaciones naturales por encargo de la Comisión codificadora, omitió toda alusión a la obligación natural: «No se verán, pues, usadas nunca en este Código las palabras obligación natural, ni se sabrán sus causas o fuentes, ni sus efectos o consecuencias», es la protesta de GARCÍA GOYENA. Y como el vigente Código civil incluye un artículo 1.901, cuyo texto no se contenía en el Proyecto citado, «si lo añadieron los codificadores del 89, tuvo que ser precisamente porque echaron en falta un apoyo más explícito para las obligaciones naturales» (6). Y, finalmente, apoyándose en

(2) *Loc. cit.*, págs. 40 y sigs.

(3) *Ibidem*, pág. 41.

(4) DE BUEN: *Notas*, a COLIN y CAPITANT, en cita de LACRUZ BERDEJO: «Las obligaciones naturales», en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, pág. 173.

(5) DE BUEN: *Notas*, cit., III, pág. 894, 4.ª ed., actualizada por BATLLE.

(6) LACRUZ BERDEJO, *op cit.* pág. 175

RIPERT (7), y en la conocida sentencia de 17 de octubre de 1932, viene a concluir que el artículo 1.901, aunque pueda haber pasado un tanto inadvertido, es la base de desarrollo de una teoría general de la obligación natural, en que se da entrada en Derecho a los criterios morales.

Como quiera que el artículo 1.901 parece contraponer la liberalidad a «otra causa justa», parece normal que la doctrina se preocupase de determinar la razón de esa contraposición y, luego, su alcance, como, en buena técnica, lleva a cabo LACRUZ BERDEJO (8).

En la preocupación suscitada por el artículo 1.901, Código civil, y en mi personal esfera, claro es, pienso si no sería útil una búsqueda del sentido del precepto limitando—al menos en principio—el campo de actuación al lugar en que está incluido, esto es, a la Sección Segunda, del Título XVI, del Libro IV, del Código civil. No son frecuentes las ocasiones en que el legislador nos ofrece Secciones dotadas de pocos artículos, y pudiera ser conveniente aprovecharlo.

* * *

Sin pretensiones de originalidad, puede hacerse una pregunta: ¿podría referirse el artículo 1.901, Código civil, a una hipótesis que no tuviera nada que ver con la obligación natural? Con mayor fundamento, ¿cabría considerar que el artículo 1.901, Código civil, no conserva la menor relación con los deberes morales?

Regularmente, la doctrina cita y menciona el artículo 1.901 por sí mismo. Los absorbe del lugar en que está situado dentro del contexto del Código, y da la impresión de que se produce un olvido de la relación que pueda existir entre él y los artículos 1.895 y siguientes, Código civil.

¿De qué tratan estos artículos? Una lectura rápida y superficial de los mismos produce la impresión de que en ellos se regula una situación anormal, consistente en que una persona reciba un pago al que no es acreedora, disponiéndose en consecuencia por el legislador los criterios que deben presidir la devolución o repetición.

El artículo 1.895 sanciona tajantemente este principio, al indicar que «cuando se recibiere alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Los siguientes artículos, 1.896 y 1.897, así como el 1.898, concretan y detallan cómo se debe efectuar la devolución. El primero de

(7) *La regla moral en las obligaciones civiles*, en cita de LACRUZ BERDEJO.

(8) LACRUZ, *op. cit.*, págs. 185 y sigs.

ellos, el 1.896, se preocupa de fijar qué debe devolverse por quien aceptó un pago que no se le debía, actuando de mala fe: debe reintegrar la cosa recibida, el interés legal o los frutos, según se trate de pago en dinero o en especie, conforme se previene; y, además, responde de las pérdidas, menoscabos o perjuicios que se le produzcan al que «pagó», pero no del caso fortuito si éste se hubiese producido incluso no habiéndose efectuado el pago. Hasta ahora, pues, parece que no se dice nada nuevo, limitándose el precepto a reiterar una serie de principios dispersos en el artículo del Código civil (9). Y el segundo de los citados, el 1.897, también se ocupa de precisar qué debe devolverse, si el acreedor recibió el pago con buena fe. Tampoco aquí se dice nada nuevo. En fin, el artículo 1.898 es palpable prueba de que se están reiterando por el legislador una serie de principios ya conocidos, desde el momento en que se efectúa una expresa remisión a los artículos 430 y siguientes.

Así, pues, y hasta ahora, nuestro legislador inicia la Sección segunda aludida, repitiendo cosas ya sabidas. Naturalmente, la repetición es también concretadora; pero aunque este tipo de repetición es relativamente frecuente en el artículo del Código, no es menos cierto que las reiteraciones legales suelen llevarse a efecto por dos razones (al menos): *a*), porque la repetición viene a significar una determinación, un detalle concretador, esto es, una deducción; *b*), porque, conjuntamente con aquella función, o con independencia de la misma, el legislador pretende resaltar algo específico.

Si, por hipótesis, considerásemos que aquí el legislador, aparte de reiterarse, intenta precisar, detallar, especificar algo, encontraremos, ciertamente, una distinción en el artículo 1.899, que, enfrentándose al principio general, conforme con el cual quien recibe lo que no le pertenece, debe devolverlo, comienza el precepto señalado que «queda exento de la obligación de restituir». ¿Quién? Sencillamente, «el que creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito, legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías...».

CASTÁN TOBEÑAS (10) recoge las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, según las cuales, aunque la hipótesis es posible, es rara, por cuanto supone un doble error: por parte del que paga, que pagó lo que no debía exactamente; y por parte de quien recibió el pago, que cobró algo que no era, también exactamente, lo que podía cobrar. Esta advertencia de

(9) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*. Madrid, 1972, págs. 461 y sigs.

(10) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español. común y foral*. IV. Madrid, 1956. 8ª ed., pág. 805.

CASTÁN TOBEÑAS es importante; quizá más de lo que, inicialmente, pueda imaginarse uno. Y la importancia no deriva del acierto del que fue Presidente del Tribunal Supremo, sino del enfoque que su afirmación autoriza. Pero de esto he de hacer luego las oportunas indicaciones.

«Pero no es menos extraña, y quizá arbitraria, la solución del Código que deja a salvo al acreedor de toda consecuencia perjudicial cometida por su parte, y declina enteramente las consecuencias perjudiciales en el que pagó indebidamente (11). Quizá estas palabras en torno a la hipótesis del artículo 1.899 puedan ser, en principio, una luz acerca del problema del artículo 1.901. Al menos, tal pienso si se me acepta —como es aceptado— que el artículo 1.899 puede ser otra versión, diferente pero preñada del mismo espíritu, de la contenida en el artículo 1.159, en relación con el artículo 1.158, ambos, Código civil. En estos dos últimos, y en la primera proposición del artículo 1.899 se piensa en un supuesto muy parecido: persona que paga la deuda de otro; y aunque los detalles de ese pago son en verdad diferentes, existe, indudablemente, una causa que les es propia.

En efecto, quien paga por cuenta de otro extingue la expectativa de satisfacción del acreedor, porque, evidentemente, éste ya ha cobrado; y la deuda se extingue radicalmente, aunque lo ignore el deudor, porque la expectativa de satisfacción se identifica con la de prestación, ya realizada. Pero, como no parece frecuente ese gesto de pagar por otro, se reconoce a quien satisface el débito ajeno, que puede repetir lo pagado, salvo, ciertamente, que lo hiciese contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158, Código civil). Por tanto, quien satisface la deuda ajena, puede reclamarla. Una forma elemental de efectuar tal reclamación es considerar al realizador del débito como un acreedor del deudor original; pero el artículo 1.159 dificulta la solución, pues «el que pague en nombre del deudor ignorándolo éste, no puede compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos»; pero sí puede, precisamente por cerrarse la subrogación, reclamar el pago al deudor original, siempre que el pago se efectuase sin la oposición expresa del sujeto pasivo en la relación jurídica de deuda.

El artículo 1.899 vuelve a repetir lo mismo: quien, por equivocación, paga la deuda de otro, y el acreedor cree, erróneamente, que con dicho pago se trata de satisfacer el débito del sujeto pasivo de la relación —procediendo entonces a actuar como si el crédito se hubiese satisfecho por el obligado—, es una persona que ha liquidado un débito ajeno; y, como no puede subrogarse en el lugar del acreedor, y éste no viene obligado al reintegro de lo recibido (ante el riesgo de no ser satisfecho

(11) *Ibidem*.

por el deudor original, debido a la extinción de las garantías, del título, etcétera), aquel que «pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva». Con excepción de la referencia a los fiadores, respecto de los cuales los artículos 1.822 y siguientes, nos precisan su garantía para con el débito, la proposición final del artículo 1.899 se ha limitado a indicar que «el que pagase por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad».

Es claro que el artículo 1.899 no contempla un supuesto de pago del débito contra la expresa voluntad del deudor; mientras que (también es cierto) la hipótesis del artículo 1.158 refleja un pago hecho conscientemente, explicándose el reembolso, contra la hipótesis del artículo 1.899, en que el pago se efectúa, no sólo sin conciencia, sino equivocadamente. Sin embargo, *objetivamente*, se ha producido un mismo fenómeno.

Consecuentemente, el artículo 1.899 tampoco parece muy revolucionario en el contexto del Código al traernos la afirmación de que el acreedor no tiene que devolver lo cobrado en las circunstancias conocidas. Como la satisfacción del débito se ha producido en condiciones tales, que, si el acreedor efectúa la devolución, lo más seguro es que no pueda cobrar nunca; pero el que pagó conserva aún la posibilidad de reintegrarse exigiendo al deudor primigenio que le reembolse del pago equivocadamente efectuado, no parece conclusión demasiado desajustada la siguiente: que el legislador no ha elegido, ni una hipótesis rara, ni una solución arbitraria. Como las obligaciones ligan, si, lamentablemente, se ha roto la cuerda de modo improcedente, deben aprovecharse los restos. Y existiendo un deudor que debe y una persona que, aunque no debe, pagó, aún pueden arreglarse las cosas si quien pagó indebidamente puede cobrarse del que, sin haber pagado, debía hacerlo.

Dicho con otras palabras, el legislador refiere a la persona que pagó lo que no debía para exigirle al auténtico sujeto pasivo del débito abonado al acreedor («el verdadero deudor») el reclamo de lo que, por error, se satisfizo y se cobró. Y si el legislador deja a salvo al acreedor de toda consecuencia perjudicial del error que se ha cometido, ello se debe, simplemente, a que dicho acreedor ha «... inutilizado el crédito o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho...», confundido por la apariencia.

Lo interesante del artículo 1.899 es, por consiguiente, que, por primera vez, se plantea, ante una situación de anomalía por error, una alteración del principio de devolución. Hasta ahora, quien entrega lo

que no debe (lo que *precisamente* no debe), puede reclamarlo; con el artículo 1.899 se viene a decir lo contrario: si los actos del acreedor y el confusiónismo de acreedor y deudor, hacen peligrar la posibilidad de que el sujeto activo de la relación de deuda original pueda ver satisfecha su expectativa frente al auténtico deudor, dicho sujeto activo no viene obligado a reintegrar lo que se le pagó (realmente, lo que se le entregó y que por las condiciones en que se efectúa, se convierte en pago). Por consecuencia de todo ello, quien pagó sólo puede reclamar al «verdadero deudor» que ha visto extinguirse su débito en función del pago y cobro de lo indebido realizado por el tercero.

El artículo 1.900 pretende concretar aspectos procesales, indicando que la prueba del pago (indebido) corresponde al que pretende haberlo hecho. Y no sólo debe probar el pago, sino el error con que se hizo. Pero, luego de ambas precisiones, dicho artículo 1.900 parece emplear unos términos que expresan las ideas correspondientes con poca claridad (siempre, para mí).

1.º Si el demandado niega haber recibido la cosa, quien pagó indebidamente no tiene que probar el error; sino solamente la entrega de la cosa: «La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negase haber recibido la cosa que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió».

Ahora bien, ¿quién es ese demandado? ¿El que recibió el pago indebido o el «verdadero deudor, al que alude el artículo 1.899, Código civil? La proposición última del artículo 1.900 parece identificar al demandado con la persona que recibió—supuestamente—lo indebidamente pagado: «Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone que recibió». Sin embargo, el artículo 1.899, al indicar que quien pagó lo indebido sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor, parece afirmar que, quien recibió el pago indebido no es el demandado, sino que dicho demandado es «el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva», del artículo 1.899, proposición segunda, Código civil.

Y es entonces cuando el artículo 1.901 viene a complicar las cosas, pues aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo: *a)*, por liberalidad; *b)*, por otra causa justa.

Si los artículos 1.900 y 1.901, de relieve procesal, se sitúan a continuación del artículo 1.899, alguna relación deben guardar con éste. Y el artículo 1.899 da la impresión—autoriza, al menos, para suponer—

lo—de contemplar una hipótesis compleja, no solamente de una relación entre dos partes, sino de una relación también entre tres. Y parece sensato reconocer que no existe razón alguna para no remitir a ambas posibles hipótesis la normativa de los artículos 1.900 y 1.901, Código civil. Es entonces, creo, cuando la «causa justa» puede tener un alcance diverso al que se le atribuye como *sedes materiae* de la obligación natural.

En principio, hemos de admitir que, ya se trate de una relación entre dos partes, ya entre más, la «causa justa» debe ser lo mismo. Después, lo mejor es analizar las hipótesis en concreto.

A) En una relación entre dos partes, constituida cada una por un individuo, se produce un pago de lo indebido y el correspondiente cobro. Si el acreedor no ha extinguido el título de su crédito, etc. (hipótesis del art. 1.899, Código civil), viene obligado a la devolución en los términos señalados por los artículos 1.895 y siguientes. Pero, si inutilizó el título, dejó prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías, todo ello pensando de buena fe que se le hacía un pago por algo debido, no existe obligación de devolver. Demandado por el que pagó, quien demostró haber efectuado la entrega (art. 1.900), así como el error con que se hizo la misma, el demandado puede oponer: a), que le era debido lo que se supone que recibió; b), que inutilizó el título, dejó prescribir la acción, etc.; c), que el pago reclamado se hizo por ánimo de liberalidad u otra causa justa.

La primera excepción, de convertirse en auténtica, lo único que demuestra es que no se había realizado ningún cobro indebido, ni éste fue precedido por pago indebido, sino que existía una deuda y fue satisfecha.

La segunda excepción, lo único que puede significar es que quien cobró no puede probar la existencia de un crédito a su favor y, por ello, acreditada la entrega que se le hizo, debe devolverla. Pero puede recurrir a la tercera posibilidad.

La tercera excepción es que el pago se le hizo por ánimo de liberalidad, con los inconvenientes que, en el Código civil, ofrece salvaguardar un negocio gratuito. O bien, puede, si no puede probar la liberalidad, probar otra justa causa. Aquí, ningún inconveniente habría para admitir un deber moral como justa causa.

Pero aquí es donde tiene relevancia el juicio de CASTÁN TOBEÑAS. Se trata de una hipótesis muy rara, que exige un doble error, por parte de quien paga y por parte de quien recibe. Pero, la rareza no excluye, obviamente, la probabilidad. Sin embargo, esa escasa probabilidad, relacionada con otra hipótesis diversa, puede ser un serio argumento, creo,

para no pretender encerrar en la expresión *justa causa* a la obligación natural.

B) En una relación entre tres partes, acreedor, deudor y tercero, viene en resultar que éste satisface al acreedor una deuda que se atribuye como pago del deudor. Entonces, y conforme los artículos 1.895 y siguientes, vuelve a existir la obligación de devolver, que deja de tener vigencia si, el acreedor, «creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito, legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho». Entonces, el que pagó indebidamente, «sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor» o contra sus fiadores activos.

Demandado el verdadero deudor, habiéndose acreditado el pago y el error, aquél puede oponer a su vez una serie de excepciones.

La primera excepción, es acreditar que lo que el demandante pagó le era debido al demandado, con lo cual el pago de lo indebido sólo resultaría indebido en cuanto a la persona que lo recibió, pero no en cuanto a su sustancia.

La segunda excepción sería argumentar, acreditado que lo pagado nunca se debió o que ya había sido pagado si es que se debía efectivamente, que se trataba de una liberalidad; y también aquí aparecen las dificultades inherentes a los negocios gratuitos.

Finalmente, cabría oponer por el demandado, que había otra justa causa, exhibiendo por tal un deber moral.

Ahora bien, ¿qué tipo de relaciones debieran darse para hacer factible el cobro de lo indebido? CASTÁN TOBEÑAS, he indicado, resalta la enorme dificultad para que la hipótesis se dé, debido a la presencia de tanto error.

Personalmente, no creo que la hipótesis de cobro de lo indebido sea difícil de darse. Precisamente, las entidades bancarias, las de ventas «financiadas» y, en general, el tráfico seriado y repetitivo del mundo mercantil, que mueve numerosísimas cuentas de numerosísimos clientes, cuentas que, además, se fraccionan en una enormidad de pagos (unos, atribuibles al capital; otros, a los intereses; aquéllos, a los «gastos de financiación»; éstos, a los derivados de la «apertura de cuenta» o a su «cierre»; y tantos conceptos creados *ad hoc*; tales entidades, no obstante el rigor con que suelen llevar sus cuentas, incurren en dichos errores. ¡Bien lo sabré yo, que por dos veces en menos de un año he pagado lo que no debía... sin enterarme, además, de que había hecho pago alguno! Confiado uno en el rigor de la contabilidad ajena, confundidos por la variedad de cuentas que uno maneja con numerosos clientes, es fácil realizar un pago indebido (cuanto más un cobro); para ello, es sufi-

ciente un leve error en un asiento ligeramente defectuoso, o asentar para A lo que debió serlo para B.

No es raro, pues, pagar indebidamente, o cobrarlo. Lo extraño (y esto es lo que pensaba CASTÁN-TOBEÑAS) es que tal posibilidad se dé en la vida *civil*, en un mundo de relaciones infrecuentes o espaciadas entre mismas personas. Y también es muy extraño que, siendo en este mundo *civil* donde pueden surgir fácilmente relaciones que vinculen mediante deberes morales, no resulte sencillo el error en el cobro y en el pago.

Por el contrario, donde es relativamente fácil el error al cobrar o al pagar, no parece fácil que se dé coincidencia de dos personas unidas por deberes morales, vinculadas por un cobro o pago equivocado. En este mundo, que de civil tiene muy poco, la enorme multiplicidad de relaciones que surgen es de tal magnitud, que pretender la coincidencia de personas vinculadas por un deber moral en una relación de cobro indebido por error es, prácticamente, un atentado a la ley de probabilidades.

Entonces, ¿cómo es posible que el legislador abra la puerta al deber moral allí donde el cobro es muy difícil de producirse; y, allí donde puede surgir con facilidad, las posibilidades reales hagan prácticamente imposible coincidir a las personas que podrían estar vinculadas por un deber moral (invocable, al menos, como excusa para no devolver lo indebidamente pagado)? Creo no decir nada absurdo si afirmo que un legislador que así actuase estaría erigiendo la sorna y el cinismo en principio general de Derecho.

Ciertamente, y en el plano desde el que me sitúo, no veo inconveniente serio alguno para que, si surge esa hipótesis tan difícil, en lo *civil*, se invoque el artículo 1.901, Código civil, y se interprete su justa causa como expresiva de un deber moral o de una obligación natural. Pero no parece adecuado ir a buscar obligaciones naturales (su posibilidad teórica) en hipótesis legales cuyo sustrato social no es dable de producir conexiones generadores de deberes morales. Y ésta es la impresión que me viene produciendo el artículo 1.901. Su encuadre parece tan concreto, tan particular, que no le veo posibilidades serias para que sirva como pilar de la teoría de la obligación natural. Naturalmente, no condeno el esfuerzo, digno de elogio, de LACRUZ BERDEJO; lo criticable es que se imponga la necesidad de recurrir a preceptos como el 1.901 para dar entrada a los deberes morales.

No pretendo tampoco afirmar con lo dicho, que la «justa causa» implica la otra cara de la liberalidad, esto es, lo oneroso, ni tan siquiera lo remuneratorio. Precisamente, mi preocupación ante el artículo 1.901 es que no le veo especial significado a esa expresión, y, para mí, no pasa

de ser una fórmula de circunstancias. Porque, si se hubiese querido admitir la obligación natural, ¿por qué no decirlo francamente?

Además, en un sistema jurídico en que—se dice, aunque no se haga—el Derecho Natural lo informa constantemente; en un Ordenamiento en que los llamados Principios Generales se esgrimen como enriquecedores de la ley positiva (no empece que se les exijan tantos requisitos, que la ley positiva haga, frecuentemente, escarnio de los mismos); y en un texto, como el Código civil, en que la buena fe late constantemente en todo su articulado, ¿para qué recurrir a una simple expresión buscando en ella la sanción concreta de un deber moral? Para que un sinvergüenza, y Doctor en Medicina, luego de mantener relaciones ilícitas con una joven de dieciséis años, que luego abandona, venga obligado a pasarle una pensión, no hay que recurrir a lucubraciones, pues ancho margen ofrece un precepto como el artículo 1.902. Que la jurisprudencia haga malabarismos para intentar encontrar soluciones justicieras ante situaciones como ésta, no exige que invoquemos artículos como el 1.901, u otros en que quepan los deberes morales mejor o peor traídos; lo conveniente es exponer socialmente la hipocresía social. Procedimientos indirectos en cuestiones de deberes morales lo único que aseguran es la falta de moralidad de nuestra española sociedad en muchos de sus niveles y en muchas de sus concepciones; es decir, el desfase entre la formalidad jurídica y los valores, inclinándose por aquélla en detrimento de éstos (debido, en buena medida, a que nunca han sido tales). Ante estas situaciones, me parece más adecuado recurrir a principios generales, susceptibles de albergar una rica variedad de deberes morales para someter a ellos a las conductas que lo requieran, que intentar dar cabida a dichos deberes en una expresión pasajera, incluida, ¡para colmo! en una problemática de «pesos y centavos».

Por lo dicho, y para terminar, no creo conveniente asentar la obligación natural al amparo del artículo 1.901, Código civil, cuya solución «arbitraria» consistente en declinar las consecuencias perjudiciales en quien pagó indebidamente, puede explicarse perfectamente como una aplicación de la autorresponsabilidad propia de un mundo en que está reconocida la autonomía privada: quien se equivoca, es responsable de sus errores.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

Régimen jurídico de las actuaciones inmobiliarias del I.R.Y.D.A.*

SUMARIO: I. *Acción del Estado en la propiedad agraria*: A) La propiedad-función y su formulación legal.—B) El I.R.Y.D.A. como órgano de la actuación estatal: 1. Competencia. 2. Representación. 3. Actuaciones.—C) Legislación anterior y vigente.—II. *Adquisición de tierras*: A) Adquisiciones voluntarias.—B) Adquisiciones por expropiación forzosa: 1. Especialidades en los distintos períodos del trámite: a) Declaración de utilidad pública o interés social. b) Necesidad de ocupación. c) Determinación del justo precio. d) Pago y toma de posesión. 2. Reflejo registral de la expropiación. 3. Fincas expropiables en zonas de interés nacional: a) Las llamadas tierras reservadas. El Decreto 2.871/1974, de 27 de septiembre. b) Tierras en exceso. c) Tierras exceptuadas.—III. *Redistribución y adjudicación de tierras*: A) Plazo de la redistribución.—B) Destino de las tierras adquiridas: 1. Explotaciones familiares. 2. Explotaciones comunitarias. 3. Huertos familiares.—C) Régimen de las fincas adjudicadas: 1. Adjudicaciones en concesión. 2. Adjudicaciones en propiedad: a) Normas generales. b) Transmisión *inter vivos* y *mortis causa*. c) Legislación anterior a 1968. 3. La figura de los patrimonios familiares.—IV. *Comarcas y fincas mejorables*: A) Planes de mejora.—B) Catálogo de fincas.—C) Efectos: 1. Arrendamiento forzoso. 2. Consorcio forestal. 3. Expropiación forzosa.—D) Fincas mejorables.

I. ACCION DEL ESTADO EN LA PROPIEDAD AGRARIA

Viejo como la misma humanidad es el problema de la tierra y su distribución y muy dispares los sistemas doctrinales o legislativos que pretenden solucionarlo.

Desde la tesis rotunda de la propiedad individual como derecho sagrado e inviolable hasta la concepción comunitaria que prácticamente la desconoce y anula por perniciosa, existen multitud de teorías intermedias o distintas según sea el prisma con que se estudie este fenómeno humano.

(*) Ponencia expuesta en el Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura, Mérida, diciembre 1974.

Lo cierto es que prácticamente todas las sociedades políticas han tenido que mostrar su intervención regulando la propiedad agraria, básica para la vida, entre la gama de supuestos posibles. Y también es cierto que se suelen rechazar los extremos aceptando que el dominio, aun sirviendo primordialmente al propietario, lleva consigo unas limitaciones que impiden el daño a los demás y que, en definitiva, configuran lo que se ha venido a llamar su función social.

La veterana expresión «reforma agraria», concebida como simplista reparto de tierras en favor de quienes la trabajan, ha quedado desfasada por la aparición de otros problemas no menos importantes que han venido a desplazarla poco a poco. No se trata tan sólo de trocear grandes fincas, sino recomponer las explotaciones integradas por minifundios, dotarlas de capital y técnica, realizar obras de infraestructura y transformaciones que mejoren su producción, promocionar socialmente a los agricultores y tantos otros aspectos que suponen no sólo una elemental reforma, sino un auténtico desarrollo que eleve el nivel de vida campesino.

Por supuesto, tales metas pueden llevarnos tan lejos que fácilmente se roza la utopía, de lo que queremos huir. Por eso, en este trabajo nos proponemos apartar las múltiples disquisiciones teóricas que pudieran aparecer para centrarlo tan sólo en las normas y la práctica jurídica de nuestro país.

A) LA PROPIEDAD-FUNCIÓN Y SU FORMULACIÓN LEGAL

La función social de la propiedad es el pórtico de entrada de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, como queriendo marcar cuál es el rumbo a seguir con carácter general en el campo de la agricultura.

Fue la Ley Allende, de Comarcas y Fincas Mejorables de 1971, la que recogió la idea solemnemente proclamada en el Fuero del Trabajo y en los Principios del Movimiento, dándole formulación y desenvolvimiento en normas legales concretas que han sido recogidas por la nueva Ley compiladora.

Después de sentarse, más bien a título de principio básico doctrinal que de disposición coactiva, que «el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional», la Ley marca en el artículo 2.º, no ya simples limitaciones para el titular de las fincas rústicas, sino obligaciones de carácter positivo:

a) Explotar la tierra de modo eficiente, o sea, con criterios técnicos adecuados a la finalidad principalmente agraria de la finca, aunque con el límite natural de la debida rentabilidad.

b) Potenciar las fincas y mejorarlas, introduciendo en ellas las transformaciones necesarias para obtener la explotación adecuada de acuerdo con el nivel técnico existente y con el mismo límite de que las inversiones sean rentables económica y socialmente.

c) Llevar a cabo las inversiones necesarias de carácter social, proporcionadas a la dimensión e importancia de la Empresa, para la promoción de sus trabajadores.

El incumplimiento de la función social de la propiedad, formulada tal como hemos visto, puede desencadenar la declaración de finca mejorable con las consecuencias que estudiaremos más adelante.

Pero, naturalmente, no bastaría con establecer tales obligaciones si no existiere una acción programada con carácter general y en todo caso supletoria de la Administración que ponga en juego sus facultades.

La transformación económica y social de grandes zonas por razones de interés nacional hacen necesario el apoyo y la acción directa del Estado en todos los aspectos, especialmente técnicos, financieros y jurídicos.

La declaración de interés nacional de una zona determinada se produce por Decreto del Gobierno, en el que se señalan las actuaciones a realizar y que pueden ser, según el artículo 92 de la Ley:

— Las que se llevan a cabo en grandes zonas regables dominadas por obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado.

— Y las que se realicen en grandes zonas de secano transformando el sistema productivo, o en marismas o terrenos que deban ser defendidos o saneados, cuando abarquen gran superficie.

B) EL I.R.Y.D.A. COMO ÓRGANO DE ACTUACIÓN ESTATAL

1. *Competencia*

La realización de estas acciones está encomendada al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (cuya abreviatura I.R.Y.D.A. ya se ha generalizado) que fue creado por Ley de 21 de julio de 1971, como continuador y sucesor de los extinguidos Instituto Nacional de Colonización y Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, con el cometido de impulsar y coordinar las acciones de éstos en el problema de las estructuras agrarias, para lograr una reforma económica y social de la tierra, y a la vez la incorporación del sector

agrario al proceso general del desarrollo del país. Para ello se atribuyeron al naciente Instituto todas las funciones y competencias que las normas legales y reglamentarias entonces vigentes asignaban a los organismos absorbidos; del mismo modo se declaraban traspasados por el mandato legal tanto las subvenciones y beneficios fiscales como las obligaciones y cargas de dichos organismos.

Al I.R.Y.D.A. corresponde también, según el artículo 4.º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, realizar todas las demás funciones que en relación con el desarrollo rural y la reforma agraria se le encomienden.

2. *Representación*

Es un punto interesante, en el aspecto práctico, conocer quiénes dentro del I.R.Y.D.A. tienen facultades representativas y dispositivas para llevar a cabo las actuaciones inmobiliarias que originen mutaciones jurídicas con reflejo en los libros del registro.

El I.R.Y.D.A. se configura como Organismo Autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura que se rige por las disposiciones de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y la legislación de Entidades Estatales Autónomas. Por Decreto 3220/1971 de 23 de diciembre, complementado por Orden del Ministerio de Agricultura de 28 de enero de 1972, se articuló su estructura orgánica.

Al frente del Instituto existe un Presidente auxiliado por un Secretario General que puede sustituirle en el ejercicio de sus funciones.

Son funciones del Presidente del I.R.Y.D.A., según el Decreto de 13 de agosto de 1971:

- a) Cuantas le correspondan como Jefe del Organismo conforme a la legislación vigente sobre Entidades Estatales Autónomas.
- b) La representación del Organismo para toda clase de actos y contratos.
- c) Las que le atribuye especialmente la legislación sobre reforma y Desarrollo Agrario.

Por resolución de la Presidencia del I.R.Y.D.A. de 27 de diciembre de 1973, se delegan parte de estas atribuciones en el Secretario General, Directores, Directores Adjuntos, Inspectores Regionales y Jefes Provinciales del I.R.Y.D.A.

5. *Sus actuaciones*

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, recogiendo y ordenando las funciones típicas que llevaban a cabo los antiguos organismos integrantes del I.R.Y.D.A. (Colonización, Concentración Parcelaria y Ordenación Rural) y la que pretendía la citada Ley Allende de 1971, señala en su artículo 5 que el Gobierno puede encomendar al Instituto, en zonas o comarcas a determinar por Decreto, todas o alguna de las siguientes actuaciones:

a) *Transformación economicosocial, por razones de interés nacional, de grandes zonas*, mediante la realización de obras requeridas para el aprovechamiento de tierras y aguas y la creación de nuevas explotaciones agrarias.

b) *Ordenación de las explotaciones agrarias* para que alcancen dimensiones suficientes y adecuadas características socioeconómicas.

c) *Establecimiento de planes de mejora para comarcas deprimidas*, en las que suelen predominar las fincas de gran extensión. En definitiva, se trata de exigir a los propietarios unas inversiones bajo pena de expropiación de la finca si tales planes de mejora no se cumplen.

d) *Concentración Parcelaria*, que puede estar incluida en el concepto general de la Ordenación Rural o al margen de ella, y que consiste, como es sabido, en la reorganización de la propiedad rústica de una zona, adjudicando a cada propietario en coto redondo o en un reducido número de fincas de reemplazo una superficie equivalente en clase de tierra y cultivo a la de las parcelas de procedencia que anteriormente poseía.

Los auxilios económicos y técnicos encuadrados en lo que antes se llamaba «Ordenación Rural» y «colonización de interés local» sólo tienen reflejo en el Registro en los casos en que se garantizan mediante hipoteca, sin otras especialidades.

Por tanto, en este estudio nos ceñiremos a la adquisición de tierras, su transformación y redistribución para crear o mejorar explotaciones y su régimen jurídico posterior, así como lo referente a la nueva faceta de las comarcas y fincas declaradas mejorables.

C) LEGISLACIÓN ANTERIOR Y VIGENTE

De la norma general de devolución a los propietarios afectados por las ocupaciones de la reforma agraria republicana se exceptuaron las fincas enclavadas en zonas regables o declaradas de alto interés nacional; estas fincas quedaron en régimen de arrendamiento forzoso a favor del Instituto Nacional de Colonización, que fue autorizado para adquirir las. Junto a ellas estaban las ofrecidas en venta para creación de

colonias y las que adquiriese el Instituto, por su importancia social, para el acceso a la propiedad de arrendatarios instalados en ellas o para la parcelación de agricultores modestos.

Así, y partiendo del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 autorizando la adquisición de fincas rústicas con fines de parcelación, se desenvolvió una prolija serie de disposiciones sobre la materia, entre las que citaremos tan sólo las de rango legal:

- Ley de 26 de diciembre de 1939 sobre colonización de grandes zonas.
- Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiación de fincas rústicas por causa de interés social.
- Ley de 21 de abril de 1949 sobre colonización y distribución de la propiedad de las zonas regables, aclarada por la de 17 de julio de 1958 y modificada por otra de 14 de abril de 1962.
- Ley de 15 de julio de 1952 sobre patrimonios familiares, de nula efectividad práctica.
- Y Ley de 27 de julio de 1968 sobre régimen de las tierras adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización o afectadas por sus planes.

Todas ellas han sido derogadas, quedando absorbidos sus preceptos por los del vigente texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado el 12 de enero de 1973.

Sin embargo, en las numerosas disposiciones transitorias de esta última última se contemplan casos en los que será preciso acudir a la legislación anterior citada. Es de especial atención la transitoria 7.^a sobre el régimen aplicable a los actuales adjudicatarios de lotes o parcelas, según ellos hubiesen optado, al publicarse la Ley de 27 de julio de 1968, por acogerse o no a sus normas, aspecto en el que nos detendremos más adelante por su trascendencia registral.

II. ADQUISICION DE TIERRAS

Excluimos la Concentración Parcelaria no sólo por haber sido estudiada en otra ocasión, sino también porque en ella hay tan sólo un simple cambio en la base física, desde las parcelas de procedencia a las fincas de reemplazo después de la reordenación, por el dispositivo de la subrogación real. No hay, por tanto, adquisición de fincas por el Estado para pasarlas a otros propietarios.

El supuesto típico al que nos hemos de referir es el de reordenación de una zona o comarca, previa adquisición de fincas afectadas para transformarlas con regadíos u otras mejoras y su posterior redistribución. Centrada así la cuestión y dejando aparte la ya vista secuela de las fincas afectadas por la reforma agraria republicana, está claro que el I.R.Y.D.A. tiene dos formas de adquirir: la voluntaria y la expropiación.

A) ADQUISICIONES VOLUNTARIAS

Va siendo cada vez más frecuente la oferta voluntaria de venta de grandes fincas, puesto que sus propietarios, normalmente absentistas y no residentes en la zona, encuentran no pequeñas dificultades para su explotación directa. Por otra parte, al agudizarse la escasa rentabilidad de la tierra y escatimar las inversiones sobre ella es evidente la posibilidad de incurrir en causa de expropiación si la finca se declara mejorable.

Estos son motivos que inclinan abiertamente a ofrecer de modo voluntario las fincas al I.R.Y.D.A., con lo cual el dueño obtiene el precio al contado y evita problemas.

La Ley faculta, en el artículo 20, al Instituto para adquirir las fincas de propiedad particular que voluntariamente deseen enajenar sus propietarios, para lo que bastarán las siguientes condiciones:

- Que haya previa tasación.
- Que se apruebe el plan de parcelación y redistribución.
- Que la finca se destine al cumplimiento de las finalidades específicas de la acción estatal en el campo de la reforma y el desarrollo agrario, que detalladamente se fijan en los artículos 3 y 4 de la Ley, ya vistos. —
- Y que se apruebe el precio y las condiciones de la adquisición por el Consejo del I.R.Y.D.A., según señala el artículo 11, cuando el valor del conjunto de las fincas adquiridas supere los cinco millones de pesetas.

Estas fincas, por imperativo legal, serán inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del Instituto y, cuando sea procedente, en favor de los adjudicatarios en el momento oportuno.

B) ADQUISICIONES POR EXPROPIACIÓN FORZOSA

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 prescribe en su artículo 97 que las expropiaciones por causa de «colonización» (en terminología entonces vigente) y de fincas mejorables se

regularán por su legislación especial, incluso en lo relativo a los órganos, medios de valoración y recursos, rigiendo la Ley general como supletoria.

Las diferentes normas, bastante dispersas, que existían han sido recogidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que en su artículo 20-3 señala que el Instituto podrá adquirir tierras por expropiación en los casos y con los requisitos establecidos en la misma Ley. Y en los artículos 115 y 254, tras proclamar como supletoria a la legislación general sobre expropiación forzosa para lo no regulado especialmente, se sienta norma de carácter común, que en los trámites establecidos por tal legislación las funciones que ésta atribuye a los *Gobernadores civiles corresponden al Presidente del Instituto*.

1. *Especialidades en los distintos periodos del trámite*

Siguiendo el método de comparar con la legislación común o general, vamos a estudiar las diferencias que se contienen en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en materia de expropiación siguiendo para ello sus clásicos periodos:

a) *Declaración de utilidad pública o interés social*

Sabido es que la norma general exige la declaración por Ley, aunque se considera implícita en los planes de obras del Estado, provincia o municipio; si la utilidad pública está reconocida genéricamente, la declaración precisa acuerdo del Consejo de Ministros.

En la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, según los artículos 115 y 126, tratándose de transformación de zonas regables, así como en zonas de secano y marismas, se entiende implícita la utilidad pública o la declaración de interés nacional junto con la aprobación del Plan de Transformación.

Es diferente también el concepto de «interés social» del artículo 13 de la Ley de Expropiación, referido a los artículos 30 y 31 del Fuero de los Españoles, del contemplado en la Ley Agraria, que lo configura más bien como «problema social de carácter no circunstancial», cuya resolución requiere acudir a la expropiación de fincas. Esta declaración de interés social se hará en cada caso y para cada finca por medio de Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura (artículo 242). Son estas actuaciones análogas a las parcelaciones iniciales o la reforma agraria simple; se trata tan sólo de expropiar grandes fincas para instalar en ellas a agricultores modestos que ya las venían cultivando como renteros; se reparte la finca tal como está y sin transformaciones que mejoren su sistema productivo. Esta expropiación se regula en los artículos 241 a 255 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

b) *Necesidad de ocupación*

El procedimiento ordinario consiste en formular relación concreta e individualizada de los bienes a ocupar, información pública para rectificaciones en su caso y acuerdo consiguiente del Gobernador civil, recurrible en alzada administrativa, pero no en posterior vía contenciosa. La necesidad de ocupación se entiende implícita en la aprobación de proyectos que contenga descripción detallada de las fincas aceptadas. Si se ha seguido el procedimiento de urgencia de la Ley de Expropiación (art. 52), se entiende cumplido el trámite y la ocupación puede ser inmediata, previo depósito, cuyo resguardo, junto con un acta que se levanta, es título bastante para la anotación preventiva en el Registro (art. 32 del Reglamento Hipotecario y 60 del Reglamento de Expropiación).

En la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se entiende que en las grandes zonas, ya sean regables, de secano o marismas, la declaración por el Gobierno del interés nacional, unida a la publicación del Decreto aprobando el Plan de Transformación o proyecto de obras correspondiente, implica la necesidad de ocupar los bienes necesarios para ejecutar las obras de transformación de la zona. La ocupación en sí, sin necesidad de expresa declaración de urgencia, se llevará a cabo en procedimiento especial antes dicho, pero con la particularidad de elevarse en un 30 por 100 la cuantía del depósito previo, que establece el artículo 52 de la Ley de Expropiación, cuando el inmueble figure en Catastro no revisado después del año 1936 (arts. 113, 126 y 248).

c) *Determinación del justo precio*

Según la Ley de Expropiación, cada propietario presenta hoja de aprecio, que puede ser avalada por Perito; si la Administración no acepta la valoración presentada extenderá otra hoja de aprecio fundada, que se notifica al propietario, y si éste la rechaza pasa el expediente al Jurado Provincial de Expropiación, que tasará las fincas según normas de valoración que se fijan, abonándose al expropiado además un 5 por 100 como premio de afección.

En la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se marcan, en el caso de transformación para zonas regables, en los artículos 113-4, 245 y 247, las siguientes especialidades:

a') El justiprecio de cada finca lo realizarán dos Peritos, uno nombrado por el propietario y otro designado por el Instituto; cada uno de los Peritos razonará su parecer, pero en un solo documento suscrito por ambos. Para la tasación se tendrán en cuenta el valor con que la finca aparezca catastrada, la renta producida en el último quinquenio y el

valor en venta de fincas análogas del mismo término o comarca. Pero debe tenerse en cuenta en este justiprecio que:

- Las valoraciones deberán ajustarse inexcusablemente a los precios fijados en el Decreto aprobatorio del Plan.
- Respecto al valor en venta de fincas análogas sólo podrá tenerse en cuenta el de las situadas en la misma comarca, pero fuera de la zona regable.
- No podrán incluirse en la valoración las mejoras realizadas después de la publicación del Decreto aprobatorio del Plan si se han hecho sin autorización del Instituto.

b') Si los dos Peritos estuviesen de acuerdo o la diferencia entre ambos no excediere del 5 por 100 del precio fijado por el Perito del Instituto, la Presidencia del I.R.Y.D.A. fijará, sin ulterior recurso, el precio dentro de los límites comprendidos por la tasación de los dos Peritos.

c') Si la diferencia entre la valoración de los dos Peritos fuese superior al 5 por 100 indicado, se solicitará del Juzgado de Primera Instancia competente donde radique la finca el nombramiento de un tercer Perito, el cual, a la vista del expediente, emitirá informe motivado sobre el justiprecio. A la vista del informe de los tres Peritos, el Instituto fija el precio en una cantidad que esté comprendida dentro de los límites señalados por aquéllos.

d') El justiprecio debe realizarse en plazo de cuatro meses, ampliable por dos meses más, a contar de la declaración de interés social del inmueble. Si el Perito del propietario no comparece o no firma en dichos plazos, se entenderá disconformidad, continuándose el trámite del justiprecio como se ha señalado en el apartado anterior, sin tener en cuenta otros elementos de juicio que las valoraciones de los Peritos del Instituto y el nombrado por el Juzgado.

En las zonas de secano y marismas se siguen iguales normas, pero, según el artículo 126, caso de disconformidad en el justiprecio de los Peritos, cualquiera que sea su cuantía, corresponderá al Ministro de Agricultura, previo informe del Presidente del I.R.Y.D.A., fijar en resolución motivada el precio que haya de abonarse a cada uno de los propietarios expropiados; no se estimarán las plusvalías producidas como consecuencia del Plan de Transformación o por obras efectuadas por el Estado.

d) *Pago y toma de posesión*

Según la legislación común de expropiación, el pago ha de realizarse precisamente en dinero en plazo de seis meses, levantándose acta ante el Alcalde; caso de no ser aceptado por los titulares expropiados, se procede al depósito del precio e intereses. Si el impago persiste durante dos años, el artículo 58 de la Ley de Expropiación impone una nueva tasación de la finca. A no ser que existiera ya ocupación previa por razón de urgencia, pagado o depositado el precio se puede ocupar la finca o ejercitar los derechos, todos ellos por vía administrativa.

En la legislación del I.R.Y.D.A. no existe especialidad en cuanto al pago, pues se establece en el artículo 92 que éste se realizará al contado y en dinero de curso legal, haciéndose remisión en los demás preceptos a la Ley de Expropiación. Pero la ocupación se llevará a cabo conforme a las normas de la expropiación de urgencia, sin necesidad de haberse así declarado expresamente.

2. *Reflejo registral de la expropiación*

Según el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa, el acta de pago y la de ocupación serán título bastante para que se inscriba en el Registro de la Propiedad la transmisión del dominio o se cancelen las cargas y gravámenes en su caso; el acta de ocupación con el resguardo de la consignación o depósito surten iguales efectos, teniendo incluso la consideración de títulos inmatriculables. Todo ello se desenvuelve en los artículos 60 a 62 del Reglamento de Expropiación y el 32 del Reglamento Hipotecario, de sobra conocidos y sin especialidad alguna en actuaciones del I.R.Y.D.A.

3. *Fincas expropiables en zonas de interés nacional*

Al señalar las especialidades de la expropiación hemos visto que en las grandes zonas de actuación del I.R.Y.D.A., sean regables, de secano o marismas, la necesidad de la ocupación va implícita en la declaración por el Gobierno del interés nacional unida a la publicación del Decreto aprobando el Plan de Transformación o Proyecto de Obras. La norma es lógica, puesto que en dicho Plan se establecen, por imperativo legal, las fincas o partes afectadas, señalando las reglas para determinar las superficies que pueden reservarse los propietarios cultivadores directos, las no afectadas en absoluto por la transformación y las restantes, llamadas en exceso, que son las susceptibles de expropiación.

A primera vista resalta que a partir del Decreto de declaración de

interés nacional hay un período de incertidumbre jurídica por limitarse, en diferente grado y según las diversas fases en que se encuentre la transformación de la zona, las facultades dispositivas de la propiedad privada, por lo que debe procurarse la mayor publicidad, que evite, tanto a los enajenantes como a los adquirentes, incurrir en las sanciones establecidas en el artículo 108 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Por ello, el I.R.Y.D.A. debe comunicar cuáles son los términos municipales afectados y el perímetro de la zona a los Notarios y Registradores, para que los primeros hagan las oportunas advertencias en los documentos que otorguen, y los Registradores hagan constar la existencia de la transformación en curso, tanto en las notas de los títulos como en las certificaciones relativas a estas fincas, salvo que se acredite que están exceptuadas.

Veamos, pues, las distintas situaciones de fincas que pueden presentarse y su tratamiento legal:

a) *Tierras reservadas*.—Son aquellas que de acuerdo con las normas señaladas en el Decreto aprobatorio del Plan General pueden ser atribuidas a los propietarios cultivadores directos de tierras y que, por tanto, no son expropiadas (art. 104).

Para ello, dentro del plazo fijado en el Decreto, los propietarios cultivadores directos presentarán escrito manifestando las superficies en reserva que solicitan, comprometiéndose a respetar las normas que al efecto se establezcan y con aceptación expresa de las consecuencias para caso de incumplimiento. Esto último determina la posibilidad para el I.R.Y.D.A. de expropiar al propietario las superficies que fueran reservadas por el mismo procedimiento seguido en el resto de la zona. La misma sanción recae sobre los propietarios que en el plazo de cinco años, a contar de la «puesta en riego», no hayan realizado en las tierras los trabajos de nivelación y acondicionamiento técnicamente necesarios o no alcancen en la explotación el grado mínimo de intensidad previsto en el Plan General. Una vez transformadas las tierras y alcanzado el nivel de intensidad previsto, las superficies reservadas quedarán sujetas a las normas generales de la propiedad inmueble.

Sin perjuicio de que el Instituto pueda obtener anotación preventiva del crédito refaccionario en el Registro de la Propiedad mediante la presentación de los contratos que hubiese formalizado, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario establece, en el artículo 77, que todas las fincas reservadas en las zonas regables, cualquiera que sea su poseedor, están afectas con carga real al pago de las cantidades invertidas en las obras en la proporción imputable al propietario; la afección no excederá de la cantidad máxima que será fijada para cada finca por el Instituto y aceptada por el propietario antes de concederse la reserva. Por otra parte, en

el artículo 118 de la misma Ley se dispone que el título adecuado para hacer constar en el Registro el régimen, cargas y condiciones a que están sujetas las fincas reservadas deberá ser expedido conforme a lo que se disponga conjuntamente por los Ministerios de Justicia y Agricultura.

Y por el *Decreto de la Presidencia del Gobierno 2.871/1974, de 27 de septiembre*, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 12 de octubre, se cumple el anterior mandato legal regulándose el modo de reflejar en el Registro este especial régimen de publicidad y garantía de las tierras reservadas, tanto en el período inicial de la transformación como en el de la expedición del título. Se debe tener en cuenta que las disposiciones de este Decreto se aplicarán con carácter retroactivo, aunque sin retroceso en los trámites, a todas las reservas, incluso a las ya otorgadas y a los débitos y subvenciones pendientes.

a') *Al solicitarse la reserva* se habrá de presentar por el interesado certificación registral del dominio y cargas o negativa si la finca no estuviese inscrita; se solicitará la certificación por el titular registral o representante facultado y su expedición, con indicación de la fecha y de haberse hecho a efectos de este expediente, constará en el Registro *por nota marginal*, lo cual se reflejará también en la misma certificación.

Esta nota marginal, aparte de su función de publicidad, entendemos que es de las llamadas por ROCA «sucedáneas», pues sustituye en la realidad a una verdadera anotación preventiva de la garantía real del I.R.Y.D.A. y establece una preferencia de rango en su favor; así se señala en el propio Decreto al decir que las inscripciones posteriores a la nota no constituirán en ningún caso obstáculo para la preferencia de los asientos relativos a la reserva de tierras y carga real correspondiente.

La nota marginal se cancelará por caducidad a los seis años de su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente.

b') *Terminada la transformación*, el Instituto extenderá y autorizará el *Acta de Ordenación de la Propiedad*, que será el título adecuado para hacer constar el régimen, cargas y condiciones a que están sujetas las fincas reservadas.

El Acta contendrá las circunstancias necesarias para la inscripción de cada finca en el Registro y, además, de modo especial:

- La sujeción al régimen de reserva y las condiciones a que quede sujeta la finca, según la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y que modifiquen desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio o inherentes a los derechos reales.

- La expresión de que queda afecta con carga real al pago de la parte que corresponde al propietario en las obras realizadas por el Instituto conforme al Plan General de Transformación.
- La cantidad máxima de que responderá cada finca y condiciones del reintegro.

Apartando el caso de que exista concentración parcelaria, que se registrá por sus normas ya conocidas, el artículo 3 del Decreto señala que el Acta de Ordenación será título suficiente una vez firme:

- 1.º Para la inmatriculación de la finca reservada, aunque estas inscripciones no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años de su fecha, lo que constará en el asiento.
- 2.º Para la inscripción del régimen y condiciones de la reserva y de la carga constituida en favor del I.R.Y.D.A., aunque la finca esté inscrita a nombre de persona distinta del beneficiario siempre que se haya justificado en el expediente administrativo que es causahabiente del titular registral y que, citado éste o sus herederos, no hayan formulado oposición. Estas inscripciones producirán plenos efectos, dejando a salvo los derechos del titular registral; la salvedad deberá hacerse constar expresamente en la inscripción y podrá cancelarse, transcurridos diez años, a instancia de cualquier interesado, siempre que estén ya cumplidos treinta años desde la última inscripción precedente a la reanudación del tracto. También podrá cancelarse mediante alguno de los procedimientos de reanudación del tracto establecidos en las Leyes o en virtud de resolución judicial firme.
- 3.º Para segregación de parte de una finca inscrita cuando sólo afecte a una porción de ella la reserva y consiguiente inscripción, para lo cual el Acta debe contener las circunstancias descriptivas necesarias.

Detengamos la atención, aunque brevemente, en este nuevo título, llamado Acta de Ordenación, que se introduce en el campo hipotecario por vía reglamentaria, estudiando sus analogías y diferencias con el Acta de Reorganización de la concentración, que indudablemente ha servido de pauta a sus creadores.

Ambos tienen su origen en la legislación especial agraria y miran a la registración de fincas o situaciones resultantes de las actuaciones del I.R.Y.D.A., y es de suponer, aunque el Decreto no lo diga, que el Acta de Ordenación será protocolizada notarialmente, pero se diferencian:

1.º En que el Acta de Reorganización se extiende a todas las fincas incluidas en el perímetro de la concentración, mientras que el Acta de Ordenación creada por el Decreto se refiere tan sólo a las fincas o partes de ellas declaradas en reserva sin comprender las restantes superficies afectadas por la mejora o transformación.

2.º En que, aunque ambos son inmatriculadores, en concentración el asiento no surte efectos respecto de terceros hasta transcurridos noventa días, mientras que en las inscripciones de reserva se amplía a los dos años clásicos.

3.º En que en la concentración se inscriben las fincas de reemplazo sin hacerse referencia alguna a las parcelas de procedencia y aunque éstas aparezcan inscritas en favor de personas distintas, es decir, rompiendo en absoluto con el pasado registral. En el Decreto, en cambio, se respeta ese pasado, lo que es correcto y no presenta dificultad alguna si el titular registral es el mismo beneficiario de la reserva; en cambio, si es persona distinta se articula, como hemos visto, una especie de reanudación del tracto a base de justificar en el expediente que es causahabiente del titular, de la falta de oposición de éste o sus herederos y de dejar a salvo expresamente sus derechos por los plazos que se determinan.

4.º En que la garantía de los débitos por obras de concentración se configura claramente como hipoteca, autorizándose en el artículo 86 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario su constitución en el Acta de Reorganización (lo que supone una excepción al art. 145 de la Ley Hipotecaria que exige la escritura), mientras que en el Decreto, en cambio, se habla de «afección» o «carga real», pero sin atreverse a emplear claramente el término «hipoteca», que quizá fuese comprometido al no constar, como hemos visto, en el artículo 77 de la Ley. Queda en duda, por tanto, la verdadera naturaleza jurídica de esta carga real, aunque tenga cierta analogía con la hipoteca de máximo; lo confirma el artículo 8 del Decreto, que señala el procedimiento para fijar, transcurridos cinco años desde la puesta en riego, la cifra, que concretará de modo definitivo, a efectos registrales, la suma garantizada por cada finca, que se hará constar por nota marginal. Desde el punto de vista práctico, sea o no hipoteca, entendemos que no se presentarán graves inconvenientes dado el sistema de *numerus apertus* que rige nuestra normativa registral, según el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

b) *Tierras en exceso* son las que pueden ser objeto de expropiación y adjudicación al Instituto. Dentro del año siguiente a la aprobación del plan de obras se publica el proyecto con plano parcelario para que los interesados puedan formular reclamaciones, dictándose a su vista resolución por el Presidente del Instituto, recurrible ante el Ministro de

Agricultura, que resolverá sin ulterior recurso, ni siquiera el contencioso-administrativo.

Tendrán la consideración de tierras en exceso, según el artículo 108:

- En primer lugar, las que se determinen como tales en la resolución indicada.
- Las pertenecientes a los propietarios que no hubieran presentado, en tiempo y forma, solicitud de reserva de tierras.
- Las tierras sujetas a reserva adquiridas por actos *inter vivos* desde la aprobación del Plan General hasta que pasen a regularse por las normas generales de la propiedad inmueble, o sea, transcurridos cinco años y obtenido el nivel mínimo de productividad.
- Y las enajenadas sin autorización del I.R.Y.D.A. desde la publicación del Decreto declarando la zona de interés nacional hasta publicarse el Plan General, siempre que además se dé alguno de los supuestos siguientes: que la transmisión implique parcelación o división de la finca, que el enajenante sea dueño de otra finca en la misma zona o que la transmisión se haya realizado en favor de sociedades o personas jurídicas.

Cuando se hayan incumplido las condiciones establecidas para la reserva y se haya iniciado por el Instituto expediente para declarar que la finca reservada pasa a tierra en exceso o expropiable, el artículo 6 del Decreto de 27 de septiembre de 1974 señala que se hará constar por nota marginal, que caduca a los tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente.

c) *Tierras exceptuadas*.—Son las que continúan en poder de sus propietarios por no estar sujetas a las normas antes detalladas sobre reserva y exceso, debiendo entenderse, por tanto, que no resultan afectadas en modo alguno por la existencia del Plan de Transformación, aunque en principio puedan encontrarse dentro del perímetro determinado.

El artículo 111 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario señala como exceptuados:

- Los predios o parte de ellos sitos en la zona, pero a los que no afecte la puesta en riego y que hayan de seguir cultivándose en secano, o excluidos en sentido estricto.
- Las tierras que al publicarse el Decreto declaratorio del interés nacional estuviesen ya transformadas en regadío y cultivadas de modo satisfactorio.
- Y las que al publicarse el mencionado Decreto estuviesen en proceso de transformación, con agua suficiente para el cultivo

en regadío y si se hubiese invertido, al menos, el 25 por 100 del presupuesto, con tal que además se hayan terminado las obras de transformación en la fecha de publicación del Decreto aprobatorio del Plan General.

III. REDISTRIBUCION Y ADJUDICACION DE TIERRAS

A) PLAZO DE LA REDISTRIBUCIÓN

La actuación del I.R.Y.D.A. debe cumplirse con la celeridad que los problemas planteados requieren, pero dando el margen necesario para que se lleven a cabo las transformaciones precisas, que implica el lapso de tiempo preciso para las numerosas cuestiones técnicas y jurídicas que se deben resolver en estos procesos, que son comúnmente complicados.

El plazo normal establecido en la Ley para la aplicación de las tierras adquiridas a los fines a que se destinan es de tres años a partir de la adquisición; pero en atención a las necesidades técnicas apuntadas, se cuenta el día inicial del plazo en las zonas declaradas de interés nacional desde la declaración de puesta en riego o desde que las tierras hayan quedado en adecuadas condiciones para los nuevos sistemas de cultivo una vez terminadas las obras de transformación (art. 22).

Para el caso de fincas expropiadas por interés social, el plazo se reduce a un año, a contar del pago del inmueble, y si transcurre sin haberse aplicado a los fines para que se expropió, el dueño tiene, según el artículo 253 de la Ley, el derecho de reversión por el mismo precio de valoración, que debe ejercitarse dentro de los seis meses siguientes.

Salvo el ejercicio de esta reversión, si no hubiese peticiones de concesión o adjudicación (caso difícil en la práctica), se venderán las tierras en pública subasta, a no ser que se trate de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, que habrán de ser antes ofrecidas en venta, por el precio que se considere justo, primero a los propietarios colindantes y después a los titulares de explotaciones agrarias de la comarca.

B) DESTINO DE LAS TIERRAS ADQUIRIDAS

Sabido es que el destino de las tierras que el Instituto adquirió es precisamente la distribución de las mismas con el fin de crear o completar explotaciones de carácter normalmente familiar o comunitario, en

las que previo un período de concesión, se adjudican los nuevos lotes a título de propiedad. Ha desaparecido la figura atípica y desdibujada del «asentado» de la reforma agraria republicana, carente de derechos y atado a la tierra como siervo de gleba, absorbido además por unas colectividades o comunidades campesinas, que difuminaban su iniciativa personal a declarar prevalente la figura del «colono», hasta llegar hoy al concepto nuevo del «empresario agrícola», que si bien parte del individuo y su entorno familiar colaborador, le permite unirse, pero voluntariamente, formando cooperativas o agrupaciones sindicales. La Ley ordena al Instituto que procure adjudicar sus unidades en coto redondo, efectuando en las tierras antes de otorgar la concesión los trabajos previos para ordenar las explotaciones y colocar en ellas a los beneficiarios, así como realizando las obras y transformaciones precisas para que aumente la productividad y mejora de las condiciones vitales de los adjudicatarios.

Según el artículo 21 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aunque excepcionalmente el Instituto podrá retener las tierras precisas o cederlas a entidades oficiales para fines generales o especiales de carácter educativo, mejora, demostración o experimentación agraria, la norma general es que las adquiridas deberán ser aplicadas por el I.R.Y.D.A. a la constitución de explotaciones familiares, comunitarias o huertos familiares. Veamos estas finalidades:

1. Constituir o completar *explotaciones familiares*, entendiéndose por tales las cultivadas directa y personalmente por una familia laboral tipo que cuente con dos unidades de trabajo, por lo que esta explotación debe conformarse con una magnitud y características tales que permitan a la familia titular un nivel de vida decoroso y digno, teniéndose para ello en cuenta los diversos cultivos y rendimientos.

Este fue el núcleo central de la filosofía de la «colonización», que marcó una época importante en la política agraria española y bajo cuya pauta se transformaron y distribuyeron muchos millares de hectáreas, creando explotaciones basadas en familias labradoras, hoy extendidas por toda nuestra geografía.

Sus especiales características motivaron una regulación, que por su indudable importancia veremos después estudiando el régimen jurídico de estas fincas resultantes.

2. Constituir *explotaciones comunitarias*, lo que responde a las modernas concepciones del laboreo de tierras, unido a los medios técnicos superiores del cultivo, que en algunos ha producido exageraciones hasta pretender el olvido del núcleo inicial y básico; se ha llegado a decir, en frase incisiva, que «la explotación familiar es la explotación de la familia».

Sin embargo, como es lógico, la función del I.R.Y.D.A. no va orientada primordialmente a la gran empresa, que emplea el gigantismo en sus técnicas de cultivo, y aun admitiendo y fomentando la explotación comunitaria, lo hace sin perder de vista el núcleo familiar, que sigue considerando digno de atención preferente.

Así, el artículo 26 de la Ley prescribe que si bien las explotaciones comunitarias que se constituyen a su amparo tendrán la estructura social adecuada y una magnitud económica viable, los ingresos previsibles para cada uno de sus miembros no rebasarán en el momento de la constitución los que proporcionaría en la zona una explotación familiar. Se adjudicarán las explotaciones comunitarias a Cooperativas, Grupos Sindicales de Colonización u otras agrupaciones de explotación en común, con la limitación en cuanto a sus componentes de que sólo podrán estar formados por agricultores que cultiven personalmente unidades inferiores a las explotaciones familiares o por trabajadores agrarios, dándose preferencia a las agrupaciones constituidas por jóvenes con formación profesional.

Estas explotaciones quedan sometidas al mismo régimen jurídico que las familiares.

3. Establecer *huertos familiares* para trabajadores, especialmente para los empleados en explotaciones agrarias, a los que se concederá preferencia. La institución del huerto familiar es considerada en algunos países como complementaria del contrato de trabajo, siendo regulada por el Derecho laboral más que por el agrario. En la legislación española, aunque no se llegue a conclusiones tan rotundas, se trasluce una tendencia parecida; así, el artículo 24 habla tan sólo de concesión y disfrute de los huertos y la propiedad no se transmite directamente a los trabajadores beneficiados, sino a las Hermandades de Labradores y Ganaderos o a las correspondientes entidades municipales. A los trabajadores, insisto, sólo se atribuye el disfrute, que podrá verificarse individualmente o por Cooperativas o Grupos Sindicales de Colonización constituidos a este fin. Se regularán por el Decreto de 12 de mayo de 1950, señalándose en el artículo 6 la sucesión en el disfrute al fallecimiento del titular de cada uno de los huertos.

C) RÉGIMEN DE LAS FINCAS ADJUDICADAS

Las relaciones entre el Instituto y sus entonces llamados «colonos» se fueron instrumentando a base de disposiciones circunstanciales, que más bien respondían, con indudable tono experimental, a las necesidades de cada momento.

En principio se trataba de instalar colonos, que habrían de amortizar

a largo plazo su parcela, vivienda y capitales circulantes recibidos para la explotación. Se consideraba al colono en período de «tutela» durante cinco años; mientras tanto se articulaba por la Orden de 30 de mayo de 1945 una modalidad especial de aparcería, en virtud de la cual el Instituto, aportante de la tierra y elementos de cultivo, recibía a cambio un tanto por ciento determinado del colono, que, por su parte, se obligaba a aportar el trabajo familiar y los gastos de la explotación. Después pasaba al «acceso a la propiedad», que atribuía al colono una situación más estable, pero puramente posesoria.

La propiedad plena sólo se adquiría cuando el colono reintegraba totalmente el importe de su lote y demás elementos complementarios recibidos, y lo cierto es que estas unidades parcelarias carecían del régimen especial que defendiese su destino y conservación. Así se reconocía en el preámbulo de la Ley sobre Colonización de Zonas Regables de 1949, añadiendo que «de momento no ha constituido este aspecto un problema acuciante, ya que la generalidad de los colonos se encuentran en régimen de acceso a la propiedad»; la afirmación es sorprendente, pues no es solución aplazar el problema, que sí se había presentado ya; la prueba es que se dictó un Decreto un año antes, con fecha 13 de febrero de 1948, concediendo al Instituto un derecho de retracto o reversión para los casos de venta sin autorización de lotes o parcelas por los colonos dentro del plazo de diez años de su adquisición definitiva.

Con el intermedio de la Ley de Patrimonios Familiares, que no ha tenido efectividad práctica, no se ha regulado esta materia *in extenso* hasta la Ley 51/1968, de 27 de julio, sobre régimen de tierras adquiridas por el Instituto o afectadas por sus planes, cuyas disposiciones han sido incluidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Sin embargo, la Ley de 1968 permitió a los titulares de lotes o parcelas optar por acogerse a sus preceptos o a los de la legislación anterior; como algunos, aunque pocos relativamente, ejercitaron esta opción, deberá tenerse en cuenta por sus indudables consecuencias prácticas, que señalaremos; a tal efecto, al otorgarse las escrituras se determina la legislación aplicable.

El Decreto de 10 de julio de 1969, dictado para la aplicación de la Ley de 1968, estableció las normas que deberían concurrir en los asalariados, trabajadores autónomos y empresarios agrícolas para ser considerados agricultores profesionales, a fin de solicitar la adjudicación de lotes, los plazos máximos de reintegro (veinte años para la tierra y treinta para la vivienda) y los requisitos de las escrituras de transferencia de propiedad. Estos son, además de las estipulaciones generales, el precio, indicando la parte pendiente y las garantías que lo aseguran, tanto respecto del adjudicatario como de los adquirentes futuros, y la expresión

de que los bienes adquiridos quedan sometidos a la legislación sobre la materia.

Indiquemos también que las relaciones internas entre el Instituto y los empresarios agrícolas instalados en sus fincas se rigen actualmente por la Orden de 19 de junio de 1971, que ha suprimido la consideración de aparcería del vínculo existente entendiendo que los auxilios técnicos y económicos prestados para la puesta en marcha de las explotaciones son simples créditos supervisados.

En la actualidad han desaparecido los antiguos períodos de tutela y acceso, quedando tan sólo los de concesión y propiedad, que vamos a estudiar con sus regímenes respectivos, haciendo referencia después a los patrimonios familiares.

1. *Adjudicaciones en concesión*

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario trata esta materia en los artículos 29 a 33, el primero de los cuales ordena que las tierras destinadas a constituir explotaciones se adjudicarán siempre en concepto de concesión administrativa.

La norma de la provisionalidad es lógica, pues se trata de someter a un examen previo al adjudicatario, con el fin de comprobar si tiene aptitudes, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones respecto a la explotación, y que son:

- Cultivarla personalmente, siendo además titular de la empresa.
- Observar las normas de explotación formuladas por el Instituto, el cual puede especificar la intensidad que debe alcanzarse.
- Y tolerar la ejecución de obras o llevarlas a cabo por sí cuando expresamente se ordene en los planes de la zona.

La concesión en el sentido aquí contemplado es un derecho o más bien una situación itinerante en marcha, cuyo fin normal es consolidarse en dominio pleno o, en otro caso, declararse caducada. Por ello entendemos que no se refiere a ella el artículo 30-2 del Reglamento Hipotecario al decir que se inscribirán en el Registro las concesiones otorgadas por la Administración para colonización; nuestra opinión se basa en el carácter transitorio y como a «título de prueba» de la concesión, y por ello el Reglamento se refiere más bien tan sólo al título definitivo en propiedad; se deduce también claramente de la equiparación que hace el mismo precepto reglamentario con la concentración parcelaria, que sólo admite adjudicaciones dominicales como inscribibles en el Registro.

Para exponer su régimen jurídico, aunque creemos que no tiene repercusiones registrales, reseñaremos las normas de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sobre la transmisión y caducidad de la concesión.

a') *Inter vivos*.—La concesión se realiza *intuitu personae* y, por tanto, no puede ser objeto de transmisión entre vivos. Sin embargo, el artículo 31 permite transmitirlo, en globo y no por partes, en favor de un hijo o descendiente o, en defecto de éstos, en favor de un ascendiente o un hermano, agricultores profesionales en todo caso y además cooperadores en la explotación de no ser descendientes. Esta transmisión será notificada al Instituto, el cual o la declara nula si no concurren los requisitos o la confirmará, quedando entonces el nuevo concesionario subrogado en la concesión originaria.

b') *Mortis causa*.—El artículo 32 señala que por muerte del concesionario se transmite la concesión por este orden:

1.º Al cónyuge viudo.

2.º A uno de los hijos o descendientes que sea agricultor profesional. Si hubiese varios, al designado por el padre en el testamento, y al no haber disposición al respecto, al elegido de común acuerdo entre ellos. Si no hay acuerdo tampoco, el Instituto adjudicará la concesión al que viniere cooperando habitualmente en el cultivo, y entre ellos al de mayor edad.

3.º Al designado por el concesionario en su testamento, a falta de los anteriores, o al heredero abintestato declarado judicialmente si fuere agricultor. Si hay varios, con las preferencias señaladas en el apartado anterior.

Es también precisa la notificación al Instituto, y a efectos de valoración en el inventario del caudal relicto sólo se computará lo que se hubiere pagado a cuenta del precio y las mejoras útiles realizadas en la finca por el concesionario.

c') *Caducidad*.—Caduca la concesión por falta de aptitud en el ejercicio de la empresa agraria o incumplimiento de las condiciones expresadas para ser concesionario cuando medien dolo o culpa grave o reiterada, a no ser que se transfiera la concesión al cónyuge e hijos mayores de dieciocho años, colaboradores habituales. También caduca por muerte del concesionario sin que exista persona apta para sucederle. El artículo 33 de la Ley señala el procedimiento y los efectos de la declaración de caducidad.

2. Adjudicación en propiedad

Hasta la Ley de 27 de julio de 1968 era norma cerrada que no se podía otorgar título de propiedad hasta que el colono no hubiese satis-

fecho totalmente el importe de la parcela adjudicada y los elementos de explotación con sus intereses. Esta Ley supuso un gran avance al permitir el otorgamiento, con las seguridades debidas, antes de dicho reintegro, con lo que se anticipaba para los titulares la cualidad de propietarios en situación de obtener créditos con la garantía real de las fincas ya suyas. Las normas, bastante complejas, se han recogido en la Ley de Reforma y desarrollo Agrario y vamos a exponerlas, pero deberá tenerse en cuenta la posibilidad de opción en favor de la legislación anterior que se concedió a los adjudicatarios de lotes en la Ley de 1968 citada.

a) *Normas generales*

Transcurridos ocho años, a contar desde la instalación del concesionario en la explotación, plazo reducible a cuatro años por el Ministerio de Agricultura, el Instituto otorgará a favor de cada concesionario la escritura pública de transferencia de la propiedad de los inmuebles objeto de la concesión, estableciéndose las hipotecas y los derechos o condiciones suficientes para garantizar el pago de la parte de precio u otras cantidades pendientes o el cumplimiento de las obligaciones de los adquirentes. Para ello es preciso que el concesionario no haya sido declarado falto de aptitud para ser empresario, haya cumplido las obligaciones derivadas de la concesión y que tenga en regla su cuenta con el I.R.Y.D.A. Termina estableciendo el artículo 34 que el Instituto entregará al adquirente, con cargo a su cuenta, el título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Es norma general importante que la explotación familiar constituida o completada por el Instituto forme un todo indivisible. Según el artículo 28, no se podrá sin autorización del Instituto, que sólo se concederá mediante causa justificada:

- Desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que la integran.
- Agrupar o dividir dichas explotaciones o agregarles nuevos elementos inmobiliarios.
- Transmitir o gravar todo o parte de cualquiera de ellos.

También deben tenerse en cuenta como normas generales:

- Que los inmuebles que sustituyen a los enajenados quedarán afectos, en principio, a la explotación.
- Que la desafección de los inmuebles, como los cambios de titularidad por actos *inter vivos* o *mortis causa*, previos los

requisitos que veremos, deberán hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

- Y que la explotación, aun transmitida de su titular inicial a otro u otros sucesivos, continuará sujeta a las prescripciones legales especiales.

b) *Transmisión de la explotación*

Veamos los supuestos posibles del traspaso de la propiedad del lote, según la nueva Ley y la legislación antigua para los acogidos a ella.

a') *Inter vivos*.—Se precisa autorización del Instituto, mediando causa justificada, para gravar o transmitir entre vivos la explotación o alguno de sus elementos (art. 28-1, d)). Si no se acredita la autorización previa del Instituto (que podrá concederse por los Jefes Provinciales por delegación de la Presidencia), el Registrador puede practicar la inscripción, pero haciendo constar en ella y en la nota al pie del título la reserva explícita a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento sin que se justifique tal autorización, se cancelará la inscripción de oficio o a instancia de parte.

No será precisa autorización previa, aunque sí notificación posterior al Instituto, para la transmisión *inter vivos* cuando se realice en favor de un hijo o descendiente que sea agricultor profesional, o en defecto de ellos, en favor de un ascendiente o un hermano que, además de la profesionalidad agrícola, reúna la condición de cooperador en la explotación.

b') *Mortis causa*.—Las transmisiones por causa de muerte de las tierras, viviendas y demás elementos de la explotación se verificarán de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil o la legislación especial o foral aplicable, con la excepción de las siguientes reglas contenidas en el artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:

1.º Si concurrieran a la sucesión dos o más herederos y la explotación no fuera declarada divisible, se adjudicará ésta a uno solo. El testador, sin perjuicio del usufructo sobre la totalidad de la explotación, que en todo caso corresponderá al cónyuge supérstite que sea cultivador directo, podrá designar al heredero o legatario a quien haya de atribuirse ésta. Si hubiere legitimarios hará la designación entre ellos, salvo justa causa de desheredación.

2.º A falta de disposición testamentaria al respecto, la adjudicación se hará al legitimario que lo pretenda y hubiere cooperado habitualmente en el cultivo o al que de entre ellos elijan por unanimidad si existen varios en quienes concurren tales circunstancias. Si no existieren legitimarios cooperadores, la explotación se atribuirá al que elijan entre ellos,

unánimemente, los herederos. En defecto de acuerdo, la adjudicación se hará en favor del de mayor edad.

3.º El adjudicatario tendrá, en su caso, la obligación de abonar el exceso en dinero a los herederos que sean legitimarios. Si el adjudicatario fuera un legitimario, tal obligación se limitará al importe de la parte que a éstos corresponde en el tercio de legítima estricta, salvo que hubiese otros bienes en el caudal relicto bastantes para su pago o que, con arreglo a la legislación civil aplicable, la legítima se hará computando en la masa hereditaria como valor de la explotación el que resulte de su tasación a este efecto por el Instituto, el cual, al realizarla, deducirá el importe de las subvenciones que haya otorgado.

4.º Los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfechas, se hará constar la afección, por nota marginal, en el Registro de la Propiedad. La nota caducará a los cinco años de su fecha.

5.º Si la explotación se declarase divisible, la sucesión respecto de cada una de las porciones se regirá por lo dispuesto en el presente artículo.

c) *Legislación anterior a 1968.*—Es la aplicable para los adjudicatarios que optaron expresamente en tal sentido en el plazo de seis meses que se les concedió a partir de la publicación de la Ley de 1968.

El artículo 30 de la Ley sobre colonización y distribución de la propiedad en zonas regables de 21 de abril de 1949 estableció que las superficies enclavadas en la zona quedan sujetas a las normas generales de la propiedad inmueble, pero dejando a salvo siempre la cabida mínima señalada a la unidad de explotación de tipo medio en la zona. En la disposición final séptima se preveía una ordenación, que plasmó en la Ley de Patrimonios Familiares, que luego estudiaremos.

Pero la disposición más importante y prácticamente única aplicable es el Decreto de 13 de febrero de 1948, que trató de impedir que los titulares de las parcelas pudieran enajenarlas libremente con miras especulativas a personas que no reúnan las condiciones para ser beneficiarios.

Por ello se exige autorización del Instituto para enajenar los lotes o parcelas en todo o en parte dentro de los *diez años* de su adquisición definitiva. Igual autorización deberán obtener los que, dentro de dicho plazo, adquieran y pretendan enajenar de nuevo los mismos predios.

Si la enajenación se realiza sin la indicada autorización, el Instituto puede ejercitar un derecho de reversión, en plazo de un mes, abonando el valor del lote al hacerse la concesión y sus mejoras útiles.

En los títulos que el Instituto otorgue se consignarán expresamente la limitación de las facultades dispositivas y el derecho de reversión,

como cláusula de trascendencia real, que constará en el Registro de la Propiedad y se cancelará de oficio por nota marginal transcurridos los diez años. Para los Notarios se establece la obligación de exigir la autorización del Instituto, y si no les fuere presentada, lo harán constar en la escritura con advertencia del derecho de reversión.

3. *La figura de los patrimonios familiares*

La Ley de 15 de julio de 1952 inició la normativa de los lotes adjudicados por el Instituto considerándolos en todo caso constituyentes de los llamados patrimonios familiares.

El carácter formalista y a la vez obligatorio de su constitución y la rigidez de sus normas, poco acordes con las condiciones actuales de la agricultura, hicieron que en la Ley de 27 de julio de 1968 se introdujese la modificación fundamental de ser precisa la solicitud expresa de los titulares para que la explotación pase a tener la consideración de patrimonio familiar y se rija por sus normas, con lo cual la institución pasó a ser totalmente voluntaria.

Está por estudiar si es la reseñada rigidez normativa de esta figura la que pesa decisivamente en el ánimo de los agricultores, hasta el punto de que sus indudables ventajas no consiguen nivelar la balanza en su favor, o si influye también la inercia contra el encasillamiento y el papeleo, innata en el hombre de campo. Lo cierto es que hasta la fecha no se ha constituido formalmente ningún patrimonio familiar, y dado el tiempo transcurrido, más que prudencial, es de temer que la figura no pase de la Ley a la realidad.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario dedica los artículos 36 a 42 a regularlos y he aquí el esquema de sus normas:

- La constitución es voluntaria y formalista, pues ha de realizarse siempre por documento público inscrito en el Registro de la Propiedad, debiendo los inmuebles aportados ingresar libres de cargas y gravámenes.
- El patrimonio familiar constituye una unidad indivisible no sólo en el aspecto económico, sino en el jurídico, y su propiedad sólo puede quedar atribuida, como único titular, a una persona física.
- El titular debe realizar la explotación mediante cultivo personal y directo, como regla general.
- La transmisión *inter vivos*, por cualquier causa, tan sólo puede realizarse en favor de quien cultive de modo directo y per-

- sonal, previa autorización del Ministerio de Agricultura, sin cuyo requisito el Registrador no puede practicar la inscripción.
- La sucesión *mortis causa* se deferirá en favor de la persona designada en el testamento, salvo la preferencia del heredero forzoso si lo hubiere. De no haber testamento se seguirá la legislación civil aplicable; pero como sólo puede heredar uno, se preferirá a quien cultivara habitualmente el patrimonio, varón antes que hembra y mayor de edad. Si no existiesen hijos del titular habidos en matrimonio anterior corresponde al cónyuge viudo el usufructo, resolviéndose este derecho por ulteriores nupcias. Se reduce a un tercio la porción legítima de los demás herederos a efectos de pagarles en metálico la compensación, quedando afecto el patrimonio a una hipoteca legal, y se sienta, a modelo de conocidas instituciones forales, que los legitimarios varones menores pueden continuar viviendo a expensas del patrimonio familiar, conforme a las costumbres de una familia campesina de la comarca.
 - Los inmuebles constituyentes del patrimonio no podrán gravarse con derecho real, salvo el de hipoteca, y no son embargables a no ser por razón de impuestos o contribuciones del Estado, provincia o municipio.

IV. COMARCAS Y FINCAS MEJORABLES

La función social de la propiedad, que constituye entrada y cabecera de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se concreta en la letra b) del artículo 2, donde se marca para el titular la obligación de que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles.

La Ley de 21 de julio de 1971, que contempló estos supuestos, ya consideraba que la existencia de fincas mal explotadas podía atribuirse no sólo a la falta de voluntad o al absentismo de los propietarios, sino también a las deficientes estructuras y a la falta de capital y de dirección técnica. Por ello se debía procurar la superación de estas situaciones, articulando un sistema combinado de medidas privadas y de la Administración para lograr las finalidades propuestas, a cuyo efecto se elaboran planes de mejoras mínimas, cuyo incumplimiento comporta determinadas consecuencias, que estudiaremos en su aspecto jurídico.

A) PLANES DE MEJORA

El artículo 40 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario faculta a la Administración para establecer Planes de Mejora, que pueden ser individuales, referidos a fincas concretas, o comarcales, para zonas de economía deprimida, caracterizadas por existir en ellas defectos de infraestructura económica social o técnica que impidan o dificulten la mejor utilización de sus recursos.

Los Planes Comarcales de Mejora se aprobarán por Decreto y contendrán el perímetro de la zona afectada, actuaciones a realizar con sus directrices generales e índices de productividad a alcanzar en los plazos máximos que se señalen e implican la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación si fuese preciso acudir a la expropiación.

Cuando se publique el Decreto aprobatorio del Plan Comarcal, el Instituto deberá comunicar los términos afectados y determinar el perímetro incluido a los Notarios del Distrito para que hagan las oportunas advertencias en los documentos que otorguen, y a los Registradores de la Propiedad correspondientes para que en las notas de despacho de los títulos de fincas afectadas o en certificaciones relativas a las mismas hagan constar que resultan incluidas en dicho Plan.

En los Planes individuales referidos a fincas situadas en comarcas deprimidas, y siguiendo las directrices del Plan Comarcal, se especificarán las mejoras a realizar, señalando el plazo de ejecución y cifra total de inversión.

B) CATÁLOGO DE FINCAS

Es un Registro administrativo dependiente del Ministerio de Agricultura, en el que se incluyen las fincas rústicas sujetas a un Plan Individual de Mejora de ejecución forzosa.

La inclusión en el Catálogo lleva implícita la declaración de interés social del Plan Individual de Mejora a todos los efectos legales y en especial para la expropiación y el arrendamiento o consorcio forestal forzoso.

En consecuencia, en aras de la publicidad y seguridad jurídica de los posibles adquirentes de estas fincas, la Ley ordena en el artículo 152 que de esta inclusión en el Catálogo se tome razón en el Registro de la Propiedad y entendemos que bastará por nota marginal. Para ello se expedirá certificación administrativa, en la que constará haberse entendido las actuaciones con el titular registral y la forma en que se hayan hecho al mismo las notificaciones procedentes. Si la finca no estuviese inscrita, se impone a su titular la obligación de inmatricularla, pudiendo,

por lo demás, la Administración solicitar en cualquier momento la anotación preventiva de suspensión que corresponda.

Una vez excluida la finca del Catálogo, en los casos de ejecución del Plan y demás previstos en la Ley, se cancelarán los asientos practicados en el Registro de la Propiedad, en virtud de comunicación de la Administración.

C) EFECTOS

Para que se cumpla el Plan Comarcal y se lleve a cabo la mejora, caso de no llegar a efectuarse por los respectivos propietarios afectados, la Administración puede elegir, respecto a cada finca inscrita en el Catálogo, entre someterla a arrendamiento o consorcio forestal forzoso o proceder a su expropiación.

1. *Arrendamiento forzoso*.—Las fincas pueden ser cedidas con carácter forzoso en arrendamiento a quienes se comprometan a realizar las mejoras de ejecución forzosa y llevar la explotación en condiciones sociales y técnicas adecuadas, según garantías que serán establecidas (art. 156).

La Ley señala el procedimiento de elección del futuro arrendatario marcando la prelación y las normas, debiendo suscribirse el contrato por él y el propietario o por la Administración si éste no lo hace, y se regulan en el artículo 164 las condiciones del derecho de acceder a la propiedad cuando el arrendatario haya realizado el Plan Individual de Mejora a satisfacción de la Administración.

2. *Consortios forestales forzosos*.—Serán concertados por el ICONA y en las condiciones establecidas en la legislación de montes. La Administración puede transferir sus derechos y obligaciones de contenido económico en favor de otra persona o entidad seleccionada mediante concurso público.

3. *Expropiación forzosa*.—Según el artículo 166 de la Ley, las fincas catalogadas pueden ser expropiadas mediante acuerdo del Ministro de Agricultura, por el cual se saquen a subasta pública.

Son especialidades de esta expropiación:

1.^a Que la fijación del tipo de licitación se efectuará en el modo marcado para la expropiación de fincas rústicas por causa de interés social, pero teniéndose sólo en cuenta para el justiprecio el valor con que la finca aparezca catastrada, la renta del último quinquenio capitalizada al 4 por 100 y, en su caso, las obras que el propietario hubiese realizado para ejecutar el Plan de Mejora. La diferencia que resulte en la subasta entre el precio y el tipo de licitación quedará en beneficio del propietario expropiado.

2.^a Antes del acto de subasta se arbitrará un trámite para que sólo sean admitidas las personas que prestando las garantías a exigir por la Administración, se obligan a realizar la mejora prevista en el Plan Individual de carácter forzoso.

D) FINCAS MEJORABLES

Se refiere la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en este caso, a las fincas aisladas de explotación deficiente, tan sólo imputable a la negligencia del propietario, sin que concurren defectos de infraestructura general, como hemos visto antes en las comarcas deprimidas.

Para que por Orden ministerial se declare mejorable una finca que no radique en zonas afectas por Planes Comarcales se requiere:

1.º Que sea manifiestamente mejorable por estar inculta o en cultivo deficiente, tomándose como medida, de raigambre en nuestras Leyes, el uso y costumbre de un buen labrador de la comarca.

2.º Que sea de extensión superior a 50 hectáreas en regadío, 200 hectáreas de secano o aprovechamiento forestal de especies de crecimiento rápido y de 300 hectáreas en los restantes casos. La división *inter vivos* realizada para eludir la declaración de mejorables no impedirá que se lleve a cabo, si ello se demuestra previo expediente.

Siendo firme la declaración de finca mejorable, el propietario debe presentar un Plan de Mejora y en su defecto, o caso de rechazarse, se procederá por la Administración a elaborar otro, que será ya forzoso y cuyo incumplimiento acarreará las consecuencias antes vistas respecto a las fincas sitas en comarcas mejorables.

CONCLUSION

No entro ni salgo en la consideración crítica de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, pues sus normas son, en definitiva, las ya existentes con anterioridad, pero ordenadas, lo que es ya un bien por sí mismo, sobre todo si se compara con la inmensa maraña anterior.

He querido contemplar este aspecto del régimen de las tierras afectadas por las zonas de interés nacional del I.R.Y.D.A. y he tratado de exponerlo de modo breve y con la única aspiración de servir a la práctica profesional de cuantos trabajamos en el ambiente del campo. Si lo hubiese conseguido me daría por contento.

Diciembre 1974.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

NOTAS

Una reforma necesaria

El Título I del Reglamento Hipotecario

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria, fundamental en el sistema registral, ha sido objeto de grandes críticas por los comentaristas. Por su tono imperativo, por sus redundancias, por la heterogeneidad de su contenido. No es cosa de volver sobre ello, que es lugar común en la doctrina. Al tratar indiscriminadamente de bienes sujetos a inscripción, de títulos inscribibles o de derechos que acceden al Registro, parece justificar aquellas críticas. Bien es verdad que tampoco los autores son unánimes al indicar qué es lo que se inscribe. Para dar una opinión más, podríamos decir que en el Registro se inmatriculan las fincas, se registran los títulos y quedan inscritos los derechos. Pero aun admitiendo esta pluralidad doctrinal, el citado artículo 2 ciertamente pudo hallar una redacción más precisa.

Pues bien, las anteriores críticas y vacilaciones forzosamente habrán de volcarse a los numerosos artículos del título I del Reglamento Hipotecario, que vienen a ser el desarrollo normativo de aquel artículo 2. Concretamente, los artículos 4 al 32 del texto reglamentario adolecen de aquellos defectos que la doctrina encontraba en el correlativo de la Ley.

Dejando a un lado los tres primeros artículos del título I del Reglamento y los 33 al 38, que se ocupan de materias distintas, el núcleo central, formado por los 4 al 32, no puede resultar más abigarrado. Aunque se ocupa fundamentalmente de los derechos inscribibles, trata a veces de aspectos más bien formales, que pudieron tener mejor encaje en el título siguiente, sobre la forma de la inscripción. Así ocurre, entre otros, en los artículos 8, segunda parte, y 31, a que luego nos referiremos.

Por otra parte, a aquella impresión de abigarrado contribuye no poco

la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que tan hondamente afectó al título I. Al suprimir o refundir artículos, al introducir otros nuevos de contenido original, forzosamente habría de distorsionar el contorno reglamentario. Siendo así que, por lo demás, la reforma no pudo ser más necesaria y, en general, acertada.

Si lo hasta aquí dicho tiene carácter genérico, otras críticas más específicas y de fondo podrían hacerse a partes concretas del título I del Reglamento, objeto de nuestra consideración. Los artículos dedicados a la inscripción de bienes del Estado son una muestra inmejorable de esto. Aquí puede decirse sin temor a errar que la actual redacción clama por la reforma.

A comentar algo ese punto y otros tres bastante concretos de dicho título I van destinadas estas líneas. Que, en definitiva, pretenden probar cómo bastan quince años para que una reforma quede anticuada o necesitada de complemento. El comentario se cerrará con unas observaciones de tipo sistemático, de las que, en general, tan necesitada está nuestra legislación hipotecaria y, en concreto, el título I de su Reglamento.

II. BIENES Y DERECHOS EXCEPTUADOS DE INSCRIPCION

A) *Planteamiento general*

Tras sentar el artículo 4 del Reglamento que los bienes son inscribibles cualesquiera que sean sus propietarios, el 5 enumera determinados inmuebles exceptuados de inscripción.

Pues bien, fácilmente se ve que frente a los números 1, 2 y 4, que excluyen determinados inmuebles en razón a la naturaleza de su dominio, lo cual también puede predicarse del número 4, relativo a los templos, en cambio, el número 3 añade las servidumbres legales, donde la excepción tiene otro fundamento. Aquí no son bienes determinados, sino toda una gama de derechos (aquellas servidumbres), los eliminados de registración.

Por ello resultaría mucho más armónico el precepto si se limitara a los citados números 1, 2 y 4. Es más, con tal limitación, el artículo 6, que sigue inmediatamente, cobraría sentido más pleno. Pues el cambio de naturaleza o destino donde puede darse es en esos bienes de dominio público o en los templos, que son susceptibles de tener otro destino o afectación. No, en cambio, en las servidumbres legales, que en tanto la Ley subsista mantienen su naturaleza.

Entonces el número 3 del artículo 5 necesitaría otro enclave. Y tal sería el artículo 9. Pues así como el 8 y el 7 enumeran los derechos reales susceptibles de inscripción, el 9 completaría el cuadro con la parte negativa. Por un lado, expresando la no inscripción de los derechos personales (que es el contenido actual). Por otro, al enumerar aquellos derechos reales que, pese a esta naturaleza, no necesitan el acceso al Registro. Y aquí encajarían las servidumbres legales. Ciertamente, la enumeración podría completarse con las limitaciones del dominio, servidumbres aparentes que hieren los sentidos u otros supuestos que menciona la doctrina. Pero lo fundamental es este nuevo enclave sistemático de tales excepciones, que quedarían así separadas de aquellos otros bienes excluidos de inscripción, de los que se seguiría ocupando el artículo 5.

B) *El caso de los bienes del Estado de servicio público*

El número 1 del artículo 5 se ocupa de los bienes de dominio público del Estado. Precisamente por no distinguir excluye igualmente a los de uso y servicio público. Y en ello hay una evidente diferencia con los bienes de las Corporaciones Locales, donde el número 2 (reformado en 1959) sólo excluye los inmuebles de dominio y uso público.

Ante criterio tan dispar, ¿tiene fundamento hoy la excepción respecto a los bienes estatales de servicio público? El problema es especialmente agudo en cuanto a los edificios que albergan los organismos públicos y a los que la Ley de Patrimonio del Estado atribuye carácter demanial.

Sin embargo, no se ve inconveniente en que tales edificios sean inscritos en el Registro de la Propiedad. Recordemos cómo se pronunciaba la exposición de motivos del Real Decreto de 6 de noviembre de 1863 sobre inscripción de bienes del Estado: «No hay necesidad de inscribir los bienes de uso público general... ni es indispensable que estén señalados con un número en el Registro para que sea notorio su estado civil. Debe, pues, renunciarse a la inscripción de todos estos bienes, pero no a la de aquellos cuyo estado no sea tan conocido, por más que se hallen también amortizados con destino a algún servicio público. Los edificios ocupados con este objeto por la Administración... deben inscribirse, toda vez que podría dudarse de la pertenencia de muchas de ellas.»

No es, pues, extraño que modernos administrativistas, entre los cuales hay que recordar a GARRIDO FALLA, se inclinen por la inscripción de tales edificios públicos. El ejemplo de la legislación local, mucho más moderna, puede ser decisivo.

Y, finalmente, la propia legislación de Patrimonio del Estado abonaría tal inscripción. El artículo 85 del Reglamento de 5 de noviembre

de 1964 prescribe la misma para los bienes del Estado y no exclusivamente del Patrimonio del Estado. Y del artículo 109, relativo a la adquisición de inmuebles, podría obtenerse argumento favorable a tal inscripción.

Con todo, para que la reforma fuera prudente y más bien en el sentido de que en cuanto a tales edificios públicos la excepción de inscripción es una no necesidad, pero no una imposibilidad, al número 1 actual del artículo 5 del Reglamento se podría añadir: «Los edificios donde estén instalados los organismos y servicios públicos podrán, sin embargo, inscribirse en el Registro correspondiente.»

III. UNA REFERENCIA A LAS CONCESIONES

De éstas se ocupa el artículo 31 del Reglamento, dentro del título I, y los 60 a 72 del propio texto, dentro del título II, dedicado a la forma y efectos de la inscripción. Precisamente por el carácter formal, la mención del artículo 31 a que el título inscribible es la escritura pública o el documento de concesión podría ir al título II indicado.

Así, el artículo 31 debía destacar más que la concesión es inscribible como tal y como figura que abre folio registral. Con lo cual cobraría más sentido el siguiente párrafo, que comienza «sin perjuicio de practicar después...». Se distinguiría así entre lo fundamental y las obras complementarias de la concesión. Desde luego, el régimen detallado de inscripción de las distintas formas de ésta debería quedar para los artículos 60 y siguientes.

Por cierto, que al dedicarse el párrafo 1 del artículo 31 a sentar la inscripción de la concesión en sí podría completarse con una matización de cuáles son las concesiones que tienen acceso al Registro de la Propiedad. Ciertamente han de referirse a bienes inmuebles, pero qué se entiende por concesión no es tema totalmente claro.

En tal sentido puede prestar una ayuda considerable la Resolución de la Dirección General de los Registros de 18 de abril de 1969. Pues delimitaba la concesión del permiso, licencia o figuras afines. Son afirmaciones fundamentales: que pueden tener acceso al Registro «todas aquellas que por sus características y efectos puedan ser consideradas como verdaderas concesiones administrativas». Y más adelante: «Sólo pueden tener acceso al Registro aquellos actos administrativos que generan en favor del interesado un verdadero derecho real oponible a terceros y que vinculan a la Administración durante un determinado plazo.»

Con aquella distinción apuntada al principio y con estas precisiones que introduce el Centro Directivo, el precepto reglamentario sobre la concesión podría cobrar mucho más relieve y precisión.

IV. LA INSCRIPCION DE BIENES DEL ESTADO

Antes citábamos el Real Decreto de 6 de noviembre de 1863. Desde entonces datan los preceptos que el actual Reglamento Hipotecario dedica a la inscripción de inmuebles del Estado. No puede extrañar que al cabo de más de cien años tal normativa esté totalmente desfasada. Como testigo de ello, CAMY, al abordar tal regulación, ha de proclamar que todos esos artículos han quedado totalmente inservibles. El expone la materia siguiendo la actual legislación de Patrimonio del Estado.

Y es que no sólo tales artículos 17 al 24, comprimidos por la reforma de 1959, están anticuados, sino que, lo que es más grave, responden a una legislación desamortizadora, cuyos criterios están absolutamente superados en la actual normativa de Patrimonio del Estado. Lo que no implica que canonicemos todo lo que ha establecido esta nueva regulación.

Ante disparidad tan total sólo cabe entender sustituidos dichos artículos 17 al 24 por los 85 al 90 del Reglamento a la Ley de Patrimonio del Estado. Ciertamente modesto alcance tendría la reforma del Reglamento Hipotecario si se limitara a transcribir aquellos preceptos del texto de 1964. Pero entre eso y mantener la actual normativa, incompleta y anacrónica, no cabe opción. Por supuesto, la labor reformadora podría no limitarse a la transcripción; pero tampoco es el objeto de estas líneas detallar el posible contenido de la misma, sino destacar su necesidad.

Como, a su vez, el artículo 86 del Reglamento de Patrimonio del Estado se remite al 18 del Hipotecario, habría que asumir su contenido, lo que no encierra mayor dificultad. Por otra parte, al ser bastante completa y moderna la normativa sobre aquel Patrimonio, algún precepto del Reglamento Hipotecario podría remitirse a aquélla en lo no regulado expresamente en éste.

Y en cuanto a la inscripción de bienes de las Corporaciones Locales y de la Iglesia habría que remitirse a la legislación respectiva (la de Régimen Local y el Concordato), sin perjuicio de que de forma supletoria fuera aplicable lo establecido para la inscripción de los bienes del Estado. Tampoco aquí podemos descender a detalles.

V. INSCRIPCIONES EN EXPEDIENTES DE APREMIO

Si los artículos 17 al 24 están clamando por la reforma, no puede decirse menos de los 25, 26, 27, 28 y 29, que son los últimos de los que vamos a ocuparnos.

Del 25 parece innecesaria la mención a los embargos, pues éstos se materializan mediante anotación preventiva, estudiada en otro lugar. Podría mantenerse en cambio la declaración de que, en materia de adjudicación de bienes en expedientes gubernativos, se aplicaran supletoriamente las normas sobre recaudación de tributos.

En el artículo 26, reformado en 1959, el párrafo tercero sobre cesión de inmuebles traía causa de la Ley de 27 de diciembre de 1956. Al estar agotada su vigencia, el precepto tendría mejor encaje en el artículo 29, al que después no referiremos. Sobre los demás párrafos del artículo 26, hoy hay que estar a lo dispuesto en el Reglamento de Recaudación de 1968.

Los artículos 27 y 28, sobre anulación de ventas de bienes del Estado, están aquejados también de anacronismo. Porque se basan en un sistema, el de las leyes desamortizadoras y el de la Instrucción de ventas de bienes del Estado de 1903, en el que, mientras el comprador no estaba en la pacífica posesión de la cosa, la competencia para resolver todas las incidencias correspondía a la Administración. El acuerdo de la Administración activa era reclamable en vía económico-administrativa (no en balde se trataba de un ingreso de la Hacienda Pública), y después en vía contenciosa.

Este régimen está totalmente superado en la actual legislación de Patrimonio del Estado. Aquí, al no establecerse nada en contra, el conocimiento de todas aquellas incidencias corresponde a los Tribunales ordinarios, pues se trata de materia típicamente patrimonial. Con ello, los artículos 27 y 28 resultan absolutamente impensables.

Sin embargo, esos preceptos que directamente nada resuelven, al estar basados en criterios hoy desaparecidos, sí que pueden tener aplicación en materia de recaudación por débitos fiscales, pues en los expedientes de apremio sigue dándose la competencia de la Administración para restablecer el imperio de la Ley, aunque hubiera precedido la enajenación del inmueble. Sobre ello nos remitimos a nuestra obra sobre lo económico-administrativo, sin que la aparición del nuevo Reglamento de Recaudación altere fundamentalmente lo que aquí sentábamos.

Claro que si esto es así, los artículos 27 y 28 debían redactarse de

nuevo, para que directamente se refirieran a lo que puede ser su materia. Desde luego, el 28 sobre la quiebra habría de desaparecer. El 27 podría dedicarse a regular la anotación preventiva, cuando se instruyere expediente o reclamación para pedir la nulidad de la venta con que termina el procedimiento de apremio. Y el 28 se destinaría a la inscripción de tal anulación por resolución administrativa firme; cuando el bien hubiera pasado a tercero se aplicaría el artículo 82 de la Ley, cual prescribió la reforma del Reglamento de 1959 al modificar el artículo 27 actual.

Finalmente, el artículo 29 podrá seguir regulando el retracto de fincas adjudicadas a la Hacienda por débitos fiscales. Mas, como la Ley de 27 de diciembre de 1956 está superada y no hay noticias de otra que la sustituya, el precepto puede conservarse con el carácter de norma supletoria, en defecto de lo que pudiera disponer la que en cada caso concediera tal retracto.

VI. CONSIDERACIONES SISTEMATICAS

Se ha dicho que la claridad es la cortesía del intelectual. Pues bien, una buena sistemática, si no es la claridad misma, ayuda notablemente a que ésta se de. En tal sentido es ejemplar la nueva redacción del título preliminar del Código civil. Aun prescindiendo de la mejora de contenido, el solo hecho de distribuir su materia en cinco capítulos ya contribuye decisivamente al mejor entendimiento y aplicación de esa parte de nuestro primer cuerpo legal.

Y si eso ocurre en este título de dieciséis artículos, mucho más habrá de suceder en el I del Reglamento Hipotecario, con número mucho mayor de artículos. La distribución en capítulos ya supondría una primera ventaja.

Supuesto lo anterior, pensamos que hasta seis capítulos podrían estructurarse en tal sentido. El primero, dedicado al Registro de la Propiedad, abarcaría los artículos 1, 2 y 3 actuales, de materia bien delimitada.

El capítulo II podría denominarse: Bienes inscribibles y exceptuados de inscripción. A él pueden pasar los artículos 4, 5 y 6 actuales. Si bien en cuanto al 5 eliminando el número 3, relativo a las servidumbres legales, por las razones expuestas en el apartado II de este trabajo.

El capítulo III, con el epígrafe de derechos y actos inscribibles, es ciertamente el más extenso. Una primera sección, dedicada a los principios generales, puede formarse con los artículos 7, 8 y 9. Si bien en

este último se incluiría el número 3 del artículo 5, junto a los otros derechos exceptuados de inscripción, cual en su momento exponíamos. La segunda sección, sobre supuestos especiales, comprendería los artículos 11 y 12, sobre capellanías y deslindes; 16, derecho superficie; 30, inscripción de montes, y 31, sobre concesiones administrativas en general. Finalmente, una tercera sección puede formarse con los artículos 10 (sentencias relativas a la capacidad civil), 13 y 15 (arrendamiento y derecho de retorno) y 14 (sobre inscripción del contrato de opción). Son supuestos en que lo inscrito no es propiamente un derecho real.

El capítulo IV regularía especialmente la inscripción de bienes del Estado y de Corporaciones. Aquí se contempla el sujeto titular. Ya decíamos en el apartado IV que los ocho artículos, 17 al 24, podían sustituirse por los correlativos 85 al 90 del Reglamento de Patrimonio del Estado. Para mantener igual número, cabría introducir dos preceptos: uno de remisión en general a tal normativa de Patrimonio; otro, en fin, aplicando supletoriamente lo estatuido para los bienes del Estado, a los de la Iglesia y Corporaciones Locales o institucionales.

El capítulo V puede denominarse Inscripciones en expedientes de apremio o de expropiación forzosa. En este caso el criterio delimitador está en el origen de la adquisición. Sobre los expedientes de Recaudación, el contenido lo darían los artículos 26, 27, 28 y 29, con las modificaciones sugeridas en el apartado V de este trabajo. El artículo 25 podría sentar la aplicación supletoria de las normas anteriores a las demás adjudicaciones en expedientes gubernativos. Cerraría el capítulo el actual artículo 32 sobre los expedientes de expropiación forzosa.

Finalmente, el capítulo VI puede tener la rúbrica de Título inscribible. Documentos auténticos. Comprende lógicamente los artículos 33 al 38, que son un desarrollo de los 3 y 4 de la Ley. Todavía el artículo 38 debía anteponerse al 37, pues la materia de éste es la propia para cerrar todo el capítulo.

VII. CONCLUSION

Una reforma hipotecaria es ciertamente deseable. No hay que olvidar que nuestra Ley, aparte sus treinta años de antigüedad, es fruto del arrastre y herencia de leyes anteriores mucho más viejas. Su sistemática y contenido padecen muchas veces por ello.

Pero mientras tal obra se acomete, labor ciertamente delicada, el Reglamento Hipotecario puede ser el vehículo para introducir las reformas

más urgentes o convenientes, siempre que no desborden el flexible marco legal.

A esa finalidad más modesta iban dirigidas estas reflexiones. Sin entrar de lleno en el sentido y redacción concreta de tales reformas, sí han querido destacar: la necesidad que de ellas sufre el título I de dicho Reglamento, las mejoras que podrían lograrse con meros retoques de sistemática, y la conveniencia imperiosa de modificar partes completas de su regulación que han quedado totalmente anacrónicas. Todo esto y algunas sugerencias de contenido técnico han sido el objetivo de estas líneas.

Sólo queríamos que ellas fueran de alguna utilidad en esa labor que empezamos por bautizar como «una reforma necesaria». Con esto quedaríamos recompensados.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado

VIDA JURIDICA

Segundo Seminario de Derecho Registral en Puerto Rico

Auspiciado por el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico, Inc., se celebró, durante los días 18 y 19 de abril de 1975 un pequeño encuentro internacional, en el que participaron representantes de Argentina y de Puerto Rico.

La brevedad del tiempo disponible, y la circunstancia de que los delegados argentinos venían obligados a realizar un viaje de «fin de semana», explica la intensidad del programa, que se extendió desde las cuatro de la tarde del día 18, para finalizar a las ocho y media de la noche, hasta, iniciándose a las ocho de la mañana, las cinco de la tarde del día 19.

Correspondiéndose con la visión *práctica* que el jurista portorriqueño tiene del Derecho, y como destacó el mantenedor del seminario, Licenciado Dubón, padre, se trataba de hacer una exposición de los problemas que sufre el Registro de la Propiedad puertorriqueño. A tal efecto, la planificación del programa comprendía una exposición de dichos problemas por parte de la representación puertorriqueña, seguida de un análisis de la reserva de prioridad, para terminar con una proyección de diapositivas del Registro Federal Inmobiliario de Buenos Aires, acompañadas de su explicación correspondiente.

Puerto Rico estuvo representado—en palabras de la Dirección Ejecutiva del Instituto—por la crema del Notariado puertorriqueño: señores Dubón, Miranda, Fournier, etc. Argentina envió a dos destacadas figuras de su cuerpo jurídico, los doctores Edgardo A. Scotti y Francisco Fontbona, quienes no requieren presentación. Invitados de honor lo fueron desde el señor Gobernador y varios de los Secretarios de su Gabinete hasta el Tribunal Supremo en pleno, y varios persidentes de las Comi-

siones Senatoriales y Camerales (ninguno de los cuales pudo hacer acto de presencia), así como el presidente del Colegio de Abogados y el Decano de la Escuela de Derecho, hijo de la Directora Ejecutiva del Instituto. Asimismo, asistieron los representantes—y Notarios—de diversos Bancos de Puerto Rico y de entidades financieras con nexos en los Estados Unidos de Norteamérica.

El temario de la primera sesión se ofrecía sumamente interesante: «El Notario y... 1) El negocio jurídico en gestión en Puerto Rico (1). 2) Financiamiento interino y permanente. 3) Documentos a otorgarse. 4) Responsabilidad del Notario en la fase asesora y en el momento del otorgamiento de los documentos. 5) Función del Registro de la Propiedad en esta etapa. 6) El seguro de título».

Se comenzó la sesión con algún retraso, de media hora aproximadamente, a la espera de una audiencia algo más abundante; y el mantenedor, señor Dubón, padre, resaltó el enfoque *práctico* del tema. Luego de la presentación de los penalistas, se inició la exposición de uno de los representantes de la Banca privada, quien resaltó los problemas que suponen las concesiones de financiamiento para la construcción y los problemas que el Banco debe afrontar en ello. Llamó la atención acerca de la importancia que tiene el asesoramiento del Notario en esta fase, muy destacadamente en consideración a los diversos efectos que implica la presencia de una sociedad cerrada (no mayor de once socios) o abierta, ya que, conforme con la legislación federal norteamericana vigente en Puerto Rico, la sociedad cerrada tiene la consideración de persona natural y, consiguientemente, no se le pueden hacer préstamos con interés superior al fijado por la Ley de Usura.

Continuó el Notario señor Guillemard, hijo, quien, como representante de un «Banco de Hipotecas», expuso la finalidad de dichas instituciones, consistente en preparar al peticionario de una línea de crédito toda la documentación correspondiente, destacando la importancia de la intervención notarial para orientar al cliente acerca de la conveniencia o no de formar una sociedad a efectos de posibilitar la financiación, etc., y expuso cómo la función de dichos «Bancos de Hipotecas» resulta compleja, por tratarse de instituciones que certifican las diversas fases de construcción, a un costo menor que si cada constructor tuviera que emplear personal especializado al efecto. Como entidades de descuento —pues, y en resumen—las funciones de estos «Bancos de Hipotecas» se diversifican en: a) la labor de gestoría administrativa inherente al trá-

(1) No sé hasta qué punto es exacta la denominación de «el negocio en gestión». Personalmente creo preferible la expresión: «La gestión del negocio», y en función de lo que se dijo habría eludido el calificativo «jurídico».

mite del financiamiento bancario; b) la obtención para el cliente de dicho préstamo mediante la deducción de una comisión; c) la certificación de las diversas partes de la construcción (2); d) la «administración» de la hipoteca en beneficio del acreedor hipotecario, por darse en Puerto Rico la circunstancia de que todas las hipotecas que en la isla se constituyen van a terminar en la Banca comercial norteamericana, sirviendo la Banca comercial puertorriqueña como mediadores del descuento.

A continuación le fue cedida la palabra al Notario señor Miranda, quien, con sistemática, hizo una exposición de la legislación federal aprobada recientemente (1969 y años posteriores), cuya finalidad es asegurar al consumidor que las entidades de financiación no le están engañando en sus transacciones. El casuismo de la legislación norteamericana explica la peculiaridad de tales garantías: obligación de ofrecer al perceptor del préstamo una información detallada del costo total del mismo, desglosando los diversos gastos inherentes al mutuo; formularios requeridos para tales gestiones, etc., etc., destacando el señor Miranda—también Notario, representante de un Banco comercial local—el plazo «de enfriamiento» concedido al prestatario, quien puede resolver (3) el negocio de préstamo en el plazo de tres días, luego de la firma. La intervención del señor Dubón, hijo (4) —Notario representante de otro Banco comercial local—, aclaró que, tomando en cuenta que el Notario tiene que pagar los sellos de rentas internas inherentes a la documentación, similares al impuesto por sello notarial de otros países, y en atención a que consume su tiempo y el del Banco, en Puerto Rico los Notarios debieran acogerse a la práctica de dejar la documentación sin tramitar durante ese plazo de enfriamiento de tres días, para proceder luego a la ratificación de los documentos proyectados. El señor Miranda insistió en que, en los Estados Unidos de Norteamérica, la documentación se otorga por las partes, siendo después de su firma que se inicia el plazo de enfriamiento, corriendo los gastos por cuenta de la entidad financiadora en caso de resolución del acuerdo. Y a mí me pareció que la práctica que fervorosamente ofrecía el señor Dubón, hijo, a los otros Notarios presentes, dando la impresión de que cumplía con la letra de la ley—existencia de un plazo de tres días para resolver los acuerdos—evadía su

(2) Supongo que tal certificación lo es con destino a la Banca comercial, ya que la única inspección eficaz jurídicamente lo es la que realiza la Junta de Planificación (cuya mayor actividad es precisamente la inspección de obras).

(3) El Notariado local destacó que se trataba de una *rescisión*. Personalmente discrepo, por cuanto la rescisión opera fundamentalmente por causa de lesión. Al menos, ésta es la perspectiva en el Código civil español y en el puertorriqueño, que le sigue aquí literalmente.

(4) Hubo dos señores Dubón hijo; al menor de los mismos me he permitido identificarle con el término inglés abreviado (*jr.*).

espíritu, que es autorizar, una vez firme el acuerdo de financiamiento, o compra con financiamiento, la resolución.

Posteriormente, el señor Dubón hijo pasó a exponer la función del Notario en la fase de otorgamiento de escrituras. Resaltó el señor Dubón—supongo que inconscientemente—, insistiendo en ello, el otorgamiento de escritura hecho por el Notario. Siempre he pensado que el Notario interviene en el otorgamiento, pero pudiera ser que en Puerto Rico otorgue la escritura, conclusión que no sería equivocada, a la luz de la participación que los prestigiosos Notarios puertorriqueños hicieron en el Seminario. Destacó el señor Dubón, hijo, cómo debe el Notario atenerse a las condiciones generales que para la cesión de financiamientos haya fijado el Consejo de la entidad financiadora, al efecto de ajustar el trámite particular a dichas condiciones. Expuso los pasos que en el Banco supone el trámite del préstamo y destacó que, ya una vez otorgada la escritura, la responsabilidad completa es del Notario, porque—llamando a este el momento más importante de la función notarial—, habiéndose concedido el préstamo, el dinero está ya «en la calle».

Interrumpió aquí el doctor Francisco Fontbona para precisar algunas circunstancias inherentes a la financiación—desde una perspectiva estrictamente jurídica—, para lo cual le fue necesario aclarar a los prestigiosos Notarios locales la identidad terminológica existente entre el mutuo y el préstamo. Hizo expresiones previas el doctor Fontbona del asombro que le estaba produciendo la fluidez de la parte puertorriqueña y su dominio de la materia.

Posteriormente, el señor Guillemard, padre, también en representación de la Banca comercial local, hizo una gran exposición de los diversos documentos que los Bancos usan para el otorgamiento de financiamientos, recurriendo a la nomenclatura inglesa por estimar que en castellano era difícilmente adaptable. Llamó la atención acerca de las diversas fases que se dan en el financiamiento y la enorme responsabilidad del Notario, quien, en base a los aranceles, no cobra lo que debe cobrar, e hizo un llamado a los colegas Notarios para reforzar la pretensión de que se modifiquen las leyes arancelarias vigentes. El participante demostró un perfecto conocimiento de la nomenclatura norteamericana de los distintos impresos usados en la financiación, exponiendo que, por las limitaciones económicas que la legislación federal establece para cobrar honorarios y gastos al adquirente de una vivienda, al prestatario que destina el crédito a la adquisición de casa, etc., debe compensarse cobrando más a la otra parte, a quien, frecuentemente, el Notario sirve, también, como Abogado, modo éste de que el Notario no se perjudique económicamente.

Finalmente, el señor Luis Dubón, Jr., hermano del antes citado, pasó

a relatar el significado del seguro de título, materia que él conoce como experto por ser representante, como Notario, de una firma norteamericana dedicada a esa rama mercantil. Advirtió que, contra lo que pueda decirse, él aseguraba a la audiencia la necesidad del seguro de título, indicando las diversas modalidades de seguro existente (de dominio, de acreedor hipotecario, de la situación a que advengan ambas partes en el contrato, etc.), aduciendo las ventajas del seguro, muy principalmente por las dificultades para conseguir, en breve plazo, la investigación del título y por el riesgo del retraso en la registración.

Nueva intervención del doctor Fontbona, quien, para aclarar su perspectiva del Derecho puertorriqueño, planteó algunas preguntas al conferenciante, porque le extrañaba la existencia, presente el Registro y la intervención notarial, de la investigación del título. El planteamiento del doctor Fontbona permitió aclarar que la «investigación del título» es, simplemente, el estado de situación inmobiliaria que consta en el Registro.

Y en cuanto a los peligros derivados del retraso por efectuarse la registración, el doctor Fontbona rogó se le aclarase el funcionamiento del trato y de la prioridad registral, así como la eficacia que podría tener, en el marco obligacional, la condición de acreedor hipotecario por mero contrato, sin trascendencia real por ser inexistente la inscripción. Después de ofrecerse algunas disparidades de criterios por la brillante representación puertorriqueña (unos estimando la mención de hipotecas como existente; otros, basándose en resoluciones de los Tribunales, recordando que la jurisprudencia ha estimado al acreedor hipotecario, por mero contrato sin inscripción, como acreedor preferente, porque, de haberse seguido el trámite, la hipoteca se habría inscrito y habría sido eficaz), el señor Dubón, padre, puso punto final al aspecto aludido, al recordar que la legislación federal de quiebras que rige en Puerto Rico estima al acreedor de mero contrato hipotecario como privilegiado.

Continuó el señor Dubón, Jr., resaltando la necesidad e importancia que tiene para el Notario usar el seguro de título, ya que, citando jurisprudencia norteamericana, acreditó que el seguro por «*negligencia profesional*» (*malpractice*) no cubre todos los posibles errores que pueda cometer el Notario puertorriqueño en las escrituras que él otorga (*sic*). Y de ahí precisamente las ventajas del seguro de título, que garantiza a las partes sus derechos (si bien personalmente creo que solamente garantiza un contenido económico equivalente) y la tranquilidad con que queda el Notario por sus errores.

Aquí me surgió la duda de si la eficacia de ese seguro es como se expuso. Por ejemplo, se dijo por el conferenciante de turno que el seguro garantiza al comprador el título de su propiedad, del acceso a la misma, etc. Y yo me pregunto, ante un caso de reivindicación triun-

fante, ¿cómo puede garantizar el seguro la propiedad? Sigo pensando que garantiza solamente un *quantum* dinerario.

Finalmente, el señor Dubón, Jr., afirmó que el seguro es muy económico, pasando a demostrar el enorme conocimiento que tenía sobre las diversas modalidades de póliza, y proporción entre el costo de cada una conforme la relación con la suma asegurada. Sinceramente, me asombró la rapidez con que refirió las cantidades proporcionales de prima.

La mañana del día 19 estaba prevista para atenderse en ella el tema de la Reserva de prioridad. Lamentablemente, y por causas ajenas a mi voluntad, me fue imposible asistir a las sesiones, que imaginaba del mismo interés que la sesión del día anterior. Mi único consuelo es que no estuve solo en mi ausencia, pues la audiencia se redujo sensiblemente, quizá (y es mera especulación) por no ser la Reserva de prioridad un tema *práctico* al sentir y entender del Notariado puertorriqueño.

Y siento muchísimo haberme perdido la sesión porque debió corresponder a los doctores Scotti y Fontbona la autoría del tema. A ambos los conozco actuando, y siempre han demostrado el entero dominio de la materia, la precisión del léxico, la claridad de ideas propias de grandes juristas. Y a ello debemos añadir su iniciativa para convertir la reserva de prioridad, mediante su instrumentación mecánica, en un elemento adicional de garantía del Registro Inmobiliario. Pero sí pude asistir, por segunda vez en un plazo de tiempo no muy dilatado, a la proyección de diapositivas sobre el funcionamiento del Registro de la Propiedad Inmueble de la capital federal de Buenos Aires. La proyección fue acompañada de clarísimas explicaciones del doctor Fontbona y del doctor Scotti. La audiencia puertorriqueña se interesó principalmente por el costo posible del sistema mecanizado, el diseño de algunas máquinas determinadas y, en un caso concreto, se pensó en que, con el sistema que funciona en Buenos Aires, no hace falta Registrador. Claro es que, quien tal afirmó, no había comprendido la proyección de diapositivas, ni el funcionamiento del Registro bonaerense, ni la función calificadora.

En general, debe reconocerse que la parte puertorriqueña dio en el Seminario su máxima altura. Yo al menos dudo mucho de que puedan llegar más lejos que en la tarde del día 18. El Notariado allí presente demostró el interés que tiene en la función notarial y sus constantes preocupaciones profesionales, su concepción del Derecho y sus proyecciones. Prsonalmente, estimo que sería muy conveniente reiterar estos encuentros, con una amplia participación internacional. De este modo, medio mundo podría conocer el estado del Derecho en Puerto Rico.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

10. INEXACTITUD REGISTRAL.—LA OMISIÓN DE UN DERECHO ENCAJA DENTRO DE LA INEXACTITUD A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY, POR LO QUE HASTA QUE INSTE SU INSCRIPCIÓN EL TITULAR QUE NO LE TENGA INSCRITO, MEDIANTE LA NUEVA PRESENTACIÓN DEL TÍTULO, PARA QUE UNA VEZ CALIFICADO EN CUANTO A ESA PETICIÓN CONCRETA, SEA O BIEN INSCRITO, EN CUYO CASO DESAPARECE EL OBSTÁCULO SEÑALADO EN LA NOTA, O BIEN SE ENTIENDA QUE NO CABE LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA OMITIDA, EN CUYO SUPUESTO PODRÁ INTERPONERSE EL CORRESPONDIENTE RECURSO GUBERNATIVO.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de enero de 1975 (B. O. del E. de 10 de febrero).

El 17 de abril de 1966, doña Rosario Reillo Amores—viuda de don Santiago Felipe Olivares Sepúlveda, fallecido el 10 de marzo del mismo año—y los hijos de ambos, doña Dolores, don Manuel Antonio y don Santiago Olivares Reillo, otorgaron ante el Notario, que entonces era de Campo de Criptana, don Teodoro Alía Nombela, escritura pública de aprobación y protocolización de participación, donación y renuncia de

cuota viđual, figurando entre otras fincas donadas por la recurrente una a favor del hijo, don Manuel Olivares Reillo, descrita como casa en la calle de Calvo Sotelo, número 11, sita en Campo de Criptana, de 335 metros cuadrados, que linda: derecha, entrando, y espalda, con doña Elpidia Varela, y por la izquierda, con otra del mismo caudal; inscrita en el tomo 409, folio 176, finca número 3.367, inscripción 14; que la donación se hace «con la condición de no poder vender los bienes donados los donatarios, mientras viva la madre donante sin su consentimiento y poder hacerlo ella si lo estima conveniente; que las donaciones y la cláusula anterior fueron aceptadas por los hijos del donatario, omitiéndose en la inscripción del citado documento en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan—ignorándose a qué pudo ser debido—la disposición de la cláusula anterior que dice «y poder hacerlo ella si lo estima conveniente»; que doña Rosario Reillo Amores, haciendo uso de la facultad que se había reservado en la mencionada escritura de participación, vendió a su hijo don Santiago Olivares Reillo en escritura pública, otorgada ante el mismo Notario que autorizó la primera, y con fecha de 11 de julio de 1973, la casa número 11 de la calle de Calvo Sotelo ya señalada.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de compraventa mencionada fue calificada con nota de tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de aparecer inscrita la finca a favor de don Manuel Antonio Olivares Reillo, con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante doña Rosario Reillo Amores, sin su consentimiento expreso, en el tomo 409 del archivo, libro 102, folio 176, finca 3.367, inscripción 14.»

Doña Rosario Reillo Amores interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que hay un error material de omisión padecido por el Registrador de la Propiedad de Alcázar de San Juan al extender la inscripción 14 de la donación hecha a favor de don Manuel Antonio Olivares Reillo por la recurrente, inscripción en la que se omitieron las palabras «y poder hacerlo ella si lo estima conveniente» que figuran en la parte dispositiva del título presentado y que tenía a la vista el Registrador cuando la extendió; que el error material de omitir unas palabras en una inscripción, del que es únicamente responsable el funcionario que la practicó, a pesar de tener a la vista el título auténtico, en el que constaba íntegramente y sin la menor duda la condición y la voluntad de la donante, en ninguna forma puede perjudicar a ésta, resultando obligada la subsanación o rectificación del error por el funcionario causante; que el desacuerdo existente entre el Registro y la realidad jurídica causado por el error material de omisión de unas palabras constituye defecto subsanable mediante la exhibición del título correspondiente, procediendo la rectificación del asiento por el funcionario causante del error.

El Registrador informó: Que la nota denegatoria es debida a que el Registro proclama como titular dominical de la finca a don Manuel Antonio Olivares Reillo, aunque afecta con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante doña Rosario Reillo, sin su consentimiento expreso, siendo la disponente persona distinta de la que declara el Registro como titular del dominio, considerando el defecto como insubsanable; que la referida inscripción 14 de la escritura de partición y donación otorgada el 17 de abril de 1966 sólo expresa «con la condición de no poderla vender durante la vida de la donante sin su consentimiento expreso», no constando la frase siguiente «y poder hacerlo ella si lo estima conveniente», que aparece en la escritura; que la recurrente aporta para acreditar el error del Registro una copia autorizada de la escritura de participación y donación indicada; que en el supuesto presente, el Registrador debe tener en cuenta la inscripción 14 de la finca registral 3.367, que es la última vigente de dominio de la finca vendida por

doña Rosario Reillo en la escritura de 11 de julio de 1973, la cual proclama como único titular a don Manuel Antonio Olivares Reillo, si bien con la condición de no poderla vender sin el consentimiento expreso de la citada doña Rosario; que el hecho de que el Registro publique como titular dominical al citado don Manuel Antonio, impone que la inscripción de la venta sea denegada, por imperativo del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y considera la falta como insubsanable, ya que aunque se alegue que la referida inscripción 14 contiene el error de omisión de no reflejar la facultad de vender reservada a su favor por la donante y recurrente doña Rosario Reillo, ello no permite que dicha inscripción deje de producir todos sus efectos, por estar bajo de salvaguardia de los Tribunales, mientras no se declare tal inexactitud en los términos fijados por la referida Ley (párrafo tercero del artículo 1.º); que las alegaciones de la recurrente declaran la existencia de una inexactitud registral que se da por probada, no mediante el título inscrito, sino en virtud de otra copia notarial del mismo; que los derechos que proclama a favor de don Manuel Antonio Olivares Reillo la indicada inscripción 14 están bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos fijados por la Ley Hipotecaria (artículo 1.º, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria); que el pretendido error invocado por la recurrente como existente en la reseñada inscripción 14 de la finca 3.367, que obstaculiza la inscripción del título de compraventa calificado, no puede ser subsanado mediante un recurso gubernativo, sino por los medios señalados en el título VII de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes, tanto de ella como de su Reglamento, según tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de fecha de 11 de noviembre de 1970; que asimismo la Resolución de fecha 4 de junio de 1924 tiene declarado no ser procedimiento adecuado al recurso gubernativo para impugnar un asiento, sino el de rectificación, promovido por los interesados, cuando existan errores de concepto, o en un juicio declarativo si la inscripción adoleciera de un vicio de nulidad.

El Notario autorizante de la escritura de compraventa calificada informó: «Que la misma fue otorgada por la recurrente tomando como base lo convenido en la escritura de donación entre ella y sus tres hijos, sin la menor sospecha del error del Registro, y por consiguiente con presumible buena fe por parte de todos; que en esta escritura de donación y participación se contiene una estipulación válida que únicamente puede quedar sin efecto, o por acuerdo de los interesados o por resolución judicial, pero no por simple error de omisión del asiento en el Registro; que el artículo 65 de la Ley Hipotecaria que distingue los defectos subsanables e insubsanables, en su último párrafo, deja en cierto modo al criterio del Registrador la distinción de los defectos o faltas diciendo que atenderá «a los asientos del Registro con él relacionados»; que resulta evidente que a la vista solamente de la inscripción 14 del Registro pudo considerarlo como insubsanable, pero como en el título de la compraventa se copia íntegra la estipulación de la donación de la que derivan sus facultades de vender, y además los interesados presentaron la copia autorizada de la escritura de donación en la que prestó su asentimiento el hijo Manuel Antonio, que podía ser el perjudicado, lo que prueba que se trata solamente de una inexactitud del asiento al que son extraños los interesados, debe estimarse que el Registrador debió considerarlo como defecto subsanable para dar a los interesados la posibilidad de conseguir la rectificación de la omisión por el procedimiento del título VII de la Ley Hipotecaria.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que este funcionario, al comprobar la autenticidad de la escritura de donación en la que el titular inscrito—el donatario—aparece como

aceptante en el mismo título de la donación y de la condición, debió inscribir la citada cláusula o derecho a favor de la recurrente, puesto que no existe error material o de concepto, sino simplemente la omisión de un derecho a favor de la donante del que el título inscrito a favor del donatario trae causa, y para ello basta con que el titular del derecho inste su inscripción.

Vistos los artículos 18, 20, 40 y 216 de la Ley Hipotecaria, 98, 117 y 434 del Reglamento para su ejecución y 233 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

Considerando que en la escritura de 17 de abril de 1966, de «aprobación y protocolización de partición, donación y renuncia de la viuda a su cuota», se contiene en la cláusula tercera de sus disposiciones una ampliación que no figuraba en el cuaderno particional a protocolizar, y que consistía en el reconocimiento por todos los interesados de la facultad de poder vender libremente la viuda los bienes que ella había donado, facultad que no resulta de los libros registrales, tras la inscripción de la mencionada escritura, por lo que, como indica el Registrador, que al calificar de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, ha de tener en cuenta los obstáculos del Registro, no puede procederse a la inscripción de la escritura de compraventa en cuanto que no aparece previamente inscrito el derecho que la interesada se reservó.

Considerando que es de advertir la incongruencia señalada por el funcionario calificador de no recurrirse contra la nota de calificación, sino que se pretende con este recurso el obtener la declaración de que se rectifique un asiento registral, fundándose en la anterior escritura de donación, que no ha sido ahora presentada en el Registro, sino acompañada al escrito de interposición del recurso, por lo que incluso de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario habría que rechazar además la petición de estar basada en documento no presentado en tiempo y forma, y no calificado por el Registrador en cuanto al punto concreto discutido.

Considerando que aun cuando con lo anteriormente expuesto quedaría terminado el examen del recurso, las circunstancias especiales que presenta el expediente, unido al principio general de lograr la máxima eficacia administrativa que inspira nuestro ordenamiento general basado en los principios de economía y celeridad que deben presidir toda actuación, hace aconsejable examinar las cuestiones discutidas para tratar de lograr su resolución, si es posible sin necesidad de plantear nuevos expedientes o recursos.

Considerando que cualquiera que haya podido ser el origen de la omisión padecida en el asiento registral—bien por no constar en el título presentado en su día a inscribir, o bien en el propio asiento por no haberlo transcrito del título, o incluso, lo que parece menos probable, que se inscribiera el documento salvo la parte final de esa cláusula concreta, dado que entonces constaría la denegación al margen del asiento de presentación, tal como prescribe el artículo 434 del Reglamento Hipotecario—, es indudable que se ha producido una discordancia entre la realidad jurídica y la extrarregistral, que podrán ser puestas de acuerdo a través del medio idóneo correspondiente que, según los diversos supuestos, establece el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que, como ha puesto de relieve con acierto el auto presidencial, no ha habido en este caso un error de concepto—artículo 216 de la Ley Hipotecaria—, «sino simplemente la omisión de un derecho a favor de la donante» que encaja dentro de la inexactitud a que hace referencia el artículo 40 de la misma Ley en el párrafo a), originada por no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria—como sucede en este caso—, para lo que basta, de acuerdo con este mismo artículo, que inste su inscripción el titular del derecho que no lo

tenga inscrito, mediante la nueva presentación del título correspondiente —escritura de donación—, para que una vez calificado en cuanto a esa petición concreta, y con la independencia de criterio que a los Registradores les reconoce la legislación hipotecaria—artículo 18 de la Ley—, sea o bien inscrito, en cuyo caso desaparece el obstáculo señalado en la nota para la posterior inscripción de la compraventa realizada, o bien entienda que no cabe la inscripción de la cláusula omitida, en cuyo supuesto podía la interesada, de acuerdo con el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, interponer el correspondiente recurso gubernativo.

Esta Dirección General ha acordado que procede:

Primero.—Confirmar la nota del Registrador.

Segundo.—Que la interesada puede presentar en el Registro de la Propiedad la escritura de 17 de abril de 1966, solicitando se rectifique el asiento y se complete mediante la inscripción de la parte omitida de la disposición tercera de la mencionada escritura, dejando siempre a salvo la libertad que para la calificación de este acto está reconocida legalmente al Registrador.

- 11.—ES POSIBLE LA AGREGACIÓN DE UNA FINCA YA INSCRITA BAJO FOLIO PROPIO A OTRA TAMBIÉN INSCRITA CUYA EXTENSIÓN REPRESENTA POR LO MENOS EL QUÍNTUPLO DE AQUÉLLA, SIN NECESIDAD DE QUE LA AGREGADA SE HAYA SEGREGADO DE OTRA EN EL MISMO ACTO.

Resolución de 14 de marzo de 1975.

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Pamplona ante el Notario don Juan García Granero Fernández el 18 de junio de 1974 se procedió a la liquidación de la Compañía mercantil «Barañain, S. A.», y a la adjudicación a los socios de los bienes integrantes del patrimonio de la Sociedad disuelta, efectuándose como actos previos la agregación de una finca de 460 metros cuadrados a otra de 349.911,84 metros cuadrados, quedando la finca menor integrada en la mayor en el mismo folio y número registral que ésta, que en lo sucesivo tendría la descripción expresada en la escritura, haciéndose seguidamente la división material de la finca resultante a fin de formar doce nuevas y distintas.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Pamplona primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentada hoy esta escritura con el número 698 del diario 142, se deniega la inscripción de la agregación solicitada, por no ajustarse a lo que dispone el artículo 48 del Reglamento Hipotecario, pues si bien se da la desproporción de superficie exigida por aquel precepto, se pretende agregar a otra mayor una finca independiente, inscrita en su folio propio y no una parte de la finca segregada de otra; y consiguientemente no se practica la división material de la finca total formada. Pamplona, a 31 de octubre de 1974.»

Reiterada y presentada de nuevo la escritura fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, en unión de escrito por duplicado, suscrito en esta ciudad por don Juan García-Granero Fernández, el día 16 de los corrientes, solicitando se practique la inscripción en concepto de agrupación, en lugar de segregación, todo ello sin perjuicio de hacer expresa reserva de interponer recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los tomos, libros, folios, números de fincas e inscripciones que expresan los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de las fincas que el mismo título comprende. Pamplona, a 16 de diciembre de 1974.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo a efectos doctrinales contra la primera calificación y alegó: Que el artículo 48 del Reglamento Hipotecario—único precepto dedicado al supuesto de agregación—no pretende en modo alguno definirla en el sentido de exigir, inexcusablemente, un acto de previa segregación, sino que atiende a ésta como uno de los supuestos previsibles; que la diferencia entre agregación y agrupación no es cualitativa, sino meramente cuantitativa,

estribando simplemente en si se da o no determinada relación de proporcionalidad entre las superficies respectivas de las fincas, exigiéndose para agregación que la finca menor no exceda de la quinta parte de la mayor; que es legalmente posible la agregación de una finca a otra mayor—siempre que la superficie de ésta sea cuando menos el quintuplo de aquélla—, no sólo en el caso de que la finca agregada resulte por segregación de otra, sino también en el supuesto de que figure ya inscrita en el Registro como Entidad inmobiliaria independiente en folio separado y bajo número propio; que aun cuando una interpretación superficial del párrafo primero del artículo 48 del Reglamento Hipotecario pudiera erróneamente hacer entender lo contrario, lo cierto es que la figura jurídica de la agregación de una finca a otra mayor no exige, como acto previo y necesario, la segregación de aquélla siempre que se mantenga la relación de proporcionalidad que establece el citado precepto: que éste es el criterio de los tratadistas que se han planteado el problema de forma concreta, así Morell y Terry, Lacruz Berdejo y especialmente Camy Sánchez Cañete en sus «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», en que mantiene que «es práctica corriente la de agregarse a otra finca, tanto una finca originada por segregación como una finca inscrita en el Registro bajo folio propio», y que esta práctica—verdadero uso jurídico—tendrá la consideración de costumbre, que servirá para integrar las evidentes lagunas que en orden a la agregación registral de fincas ofrece la Legislación Hipotecaria; que por razones de equidad no se puede exigir imperativamente que se lleve a cabo la agrupación en lugar de la agregación en aquellos casos en que la finca sea independiente y no segregada, ya que se lesionarían injustamente los legítimos derechos del interesado al aumentarse en muchas ocasiones desproporcionadamente las bases fiscal y arancelaria.

El Registrador informo: Que la cuestión que se discute más que de doctrina es de pura mecánica registral, y que ni la Ley ni el Reglamento Hipotecario emplean el nombre de «agregación» ni ningún otro para designar el supuesto en cuestión, lo que induce a pensar que se trata más que de una figura especial modificativa de la entidad finca, de una excepción a la normativa general de las segregaciones y a la forma de reflejarla en los libros registrales, siendo la doctrina la que comenzó a usar tal denominación, que se ha ido generalizando; que el criterio del informante es que para que pueda tener lugar la agregación registral de una finca a otra mayor es necesario que aquélla proceda de segregación de otra, tesis que coincide con la del artículo 48 del Reglamento Hipotecario, artículo que el recurrente interpreta arbitrariamente al afirmar, en apoyo de la suya, que la diferencia entre agregación y agrupación no es cualitativa, sino meramente cuantitativa, y que la agregación no exige como acto previo y necesario la segregación; que si bien la redacción del artículo 59 del Reglamento Hipotecario de 1915, equivalente al actual 48, no tuvo la conformidad de todos y hubo críticas, lo cierto es que no fueron acogidas ni en la reforma del año 47 ni en la que originó el vigente Reglamento de 1959, sin duda porque el legislador no estimó oportuno introducir reformas, y no porque desconociera tales críticas; que en un plano teórico puede sostenerse la conveniencia de incluir con más amplitud al lado de la agrupación, división y segregación la figura de la «agregación», extendiéndola a los casos en que se tratara de reunir fincas de muy diferente extensión, prescindiendo de si la menor era finca independiente o derivaba por segregación de otra, pero dentro del marco del derecho positivo, no es posible admitir interpretaciones caprichosas, y el Registrador, al calificar, ha de atenerse a las normas legales aplicables al contenido del documento que en el caso que nos ocupa son claros; que el Reglamento regula esta materia en los artículos 44 a 50 reunidos bajo el epígrafe «Inscripción, agrupación, división y segrega-

ción de fincas», sin que se mencione la agregación; que el artículo 45 del Reglamento que regula la agrupación no exige para la misma el factor de diferencia de superficie, careciendo por tanto de base la afirmación del recurrente—la de referirse a finca independiente no a parcela segregada—de que «si la superficie de la finca menor excede de la quinta parte de la mayor, procede la agrupación»; que el artículo 47 establece la norma general para practicar la segregación, y a continuación el artículo 48 consigna una excepción a esa norma general, permitiendo que la finca segregada no pase por el trámite normal de formar finca independiente bajo diferente número, siempre que el trozo segregado se pretenda reunir con otra finca que tenga, por lo menos, una superficie cinco veces mayor, y que si falta alguno de estos requisitos ya no se aplica la excepción y se sigue el criterio general en las segregaciones, es decir, formar finca nueva con el trozo segregado y agrupar éste con la otra finca, dándole número diferente; que la idea y finalidad del precepto es bien clara, sin que pueda apelarse a la aplicación analógica para extenderlo a casos que no se quisieron recoger; que el artículo 50 que cierra la serie sólo hace referencia a la «agrupación, división y segregación a que refieren los cinco artículos anteriores...», no estimando la agregación como merecedora de un trato específico, sin que pueda recurrirse a supuestos olvidados por parte del legislador; que se manifiesta en desacuerdo con la doctrina mantenida por los tratadistas citados por el recurrente en pro de su criterio, en especial con la afirmación sentada por Camy Sánchez Cañete de que «es práctica corriente agregarse a otra una finca inscrita bajo folio propio», práctica que el informante niega y que manifiesta no haber conocido en su vida profesional y que si se diera no constituiría un uso jurídico, sino una verdadera corruptela.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el mismo y considerando además: Que el criterio del funcionario calificador no puede ser sustituido por el del recurrente cuando la impugnación no se sustenta en transgresión de la verdadera normativa, sino en tesis discutida por la doctrina con tendencia correctora del ordenamiento constituido; y que la estructuración del sistema legal sólo puede reconsiderarse por el legislador, no siendo alterable por el «uso jurídico», aunque existiera en este caso, pues como fuente está supeditado a la conformidad con la Ley a tenor del artículo 3, 3.º, del Código civil en la última reforma.

Interpuesta apelación por el Notario recurrente, la Dirección General resolvió recurso acordando revocar el auto apelado y la nota del Registrador (1), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Este recurso, interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, plantea la cuestión de si es posible que se le pueda a una finca inscrita de 349.911,84 metros cuadrados agregar otra también inscrita de 460 metros cuadrados, mediante su inclusión en el folio registral abierto a la primera, o si por el contrario procede agrupar las dos para formar una finca nueva, a la que se le abriría hoja independiente.

La modificación de entidades hipotecarias aparece regulada en el Reglamento Hipotecario en los artículos 44 a 50 inclusive, en los que indica la forma en que ha de practicarse la reunión de dos o más fincas en una sola—artículo 45—, la división en dos o más porciones de la totalidad de una finca inscrita—artículo 46—y la separación de parte de un inmueble inscrito para formar otro independiente o agregarlo a otro igualmente inscrito—artículos 47 y 48.1.º—, guardando silencio en el supuesto de que una finca inscrita pretenda agregarse a otra que también lo esté.

(1) VISTOS los artículos 45 a 50 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 25 de mayo de 1943.

El referido artículo 48 regula el supuesto de segregación de parte de un inmueble para unirlo a otro, y distingue según que la porción segregada exceda o no de la quinta parte de la otra finca a la que se va a incorporar para que en el primer caso se proceda a la agrupación, y sólo en el segundo se practique la inscripción en el Registro de la finca mayor sin alterarse su numeración, por lo que una interpretación rigurosamente literalista podría llevar a la conclusión de que siempre que no haya habido segregación simultánea aunque uno de los inmuebles tenga una extensión de, por lo menos, el quintuplo del otro, no cabe aplicar la solución del párrafo primero del artículo 48.

No obstante, el mencionado precepto no puede entenderse en el sentido de que recoge como único caso admisible el de agregación procedente de segregación de otra finca inscrita, sino que se limita a regular este supuesto, sin obstaculizar otros que puedan presentarse, como es el de la agregación de finca ya inscrita en el Registro bajo folio propio a otra también inscrita, y así lo entiende unánimemente la doctrina, que da como razón de fondo la de que de ninguna manera puede sostenerse que en este caso se forma una nueva finca, sino que sólo hay una ampliación de la absorbente y que así se evita la creación de fincas nuevas con un carácter tan transitorio que inmediatamente habrían de quedar extinguidas, con el resultado de un innecesario gasto de folios en los libros registrales, sin ninguna utilidad práctica y con la consiguiente pérdida de tiempo al realizar asientos inútiles.

En el presente caso las mismas razones abonan la solución indicada, máxime cuando, que de no ser así, se tendría que abrir nueva hoja formando una finca nueva con número diferente para, inmediatamente, al dividirse la resultante en otras doce, proceder, conforme al artículo 46 del Reglamento Hipotecario, inscribir cada una de las resultantes como nuevos inmuebles, con lo que se habría creado una finca sin historial hipotecario alguno, en clara contravención del superior principio administrativo de economía y celeridad con mengua de la eficacia del servicio público.

COMENTARIO.—En cierto sentido cabe decir que el comentario de esta resolución es sencillísimo: en el sentido de que todas las alegaciones posibles en favor y en contra de cada una de las dos posiciones contrarias mantenidas en el recurso se encuentran recogidas en el escrito de interposición y en el informe del Registrador. Todo lo que cabe decir está allí recogido con altura y, lo que es menos frecuente, con brevedad.

Pero también en cierto otro sentido el comentario resulta muy difícil, como nos demuestra la distinta solución dada por el auto presidencial y la Resolución de la Dirección. La dificultad estriba en que cada una de las dos soluciones deriva de una de las dos posiciones que pueden adoptarse ante el problema fundamental de la esencia del Derecho y de la Ley.

El Presidente de la Audiencia, cuando dice que la estructuración del sistema legal sólo puede reconsiderarse por el legislador, no siendo alterable por el uso jurídico aunque exista, tiene razón. Pero también tiene razón la Dirección General cuando rechaza una interpretación rigurosamente literalista del artículo 48 del Reglamento Hipotecario y refrenda la doctrina que ha construido un concepto de agregación que, tomando de este precepto solamente el requisito del quintuplo, viene a separarla del régimen de la agrupación del artículo 45, a pesar de que éste, literalmente interpretado, sólo admita la agrupación como medio de reunir dos o más fincas inscritas para formar una sola.

Dice René David (2) que «quien quiera alimentar ficciones o denomi-

(2) RENÉ DAVID *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, 1973, pág. 108.

nar Derecho a la parcela del mismo constituida por las normas legislativas, puede hacerlo; pero quien quiera ser realista y tenga una visión más amplia, y a nuestro juicio más exacta del Derecho, habrá de reconocer que la doctrina constituye todavía, como en el pasado (tradición romano-germánica), una fuente muy importante y viva del mismo». Y tiene razón René David. Pero también tendrán razón cuantos mantengan que una alegre admisión de la costumbre, la doctrina y la Jurisprudencia contra Ley nos conduce a un camino cuyo comienzo se conoce, pero no su final.

Por lo que hemos dicho, fácilmente se comprende que el ponerse de parte del Registrador y Presidente de la Audiencia o de parte del Notario recurrente y Dirección General, en la discusión planteada en este recurso, dependerá del temperamento jurídico general de cada uno, y hablo de temperamento porque acaso la ciencia biológica descubra algún día las misteriosas leyes que regulan la adscripción de cada individuo a determinadas posiciones, escuelas o tendencias jurídicas, filosóficas o políticas.

Personalmente, y procurando abstraerme de mi oposición, en principio, al positivismo legal, me muestro inclinado a la solución dada por la Dirección partiendo de los tres datos siguientes:

a) Los artículos 45 a 50 del Reglamento Hipotecario contienen una regulación notablemente deficiente de las alteraciones de las fincas que intentan reglamentar. Falta un criterio para diferenciar la división de la segregación e igualmente para separar la agrupación de la agregación. Incluso, como se desprende de este recurso, la agregación como figura típica no se menciona salvo en el caso de segregación-agregación. El que en materia de honorarios sólo se contemplen la agrupación y la segregación si bien para estimarlas conceptos arancelarios independientes cuando van unidas a otro acto jurídico, pero no para aclarar cuál deba ser la base en ambos supuestos frente a los correlativos de agregación y división (ver art. 598) ha ocasionado que muchas apreciaciones críticas de las normas reglamentarias resulten perturbadas por motivaciones arancelarias y fiscales. Si no hay más remedio que reconocer que la normativa de dichos artículos es deficiente, la posición metodológica positivista tendrá que rendirse a la evidencia, admitiendo una eventual superioridad de la doctrina frente a la Ley en este caso concreto. Otra cosa es que la doctrina haya conseguido o no estar a la altura del problema, que no es nada baladí en cuanto puede originar notables diferencias en la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados.

b) No es totalmente cierto que la agregación sea un concepto ajeno a la Ley y al Reglamento Hipotecario y quepa defender, por tanto, que no hay más agregación que la derivada de segregación simultánea (artículo 48).

Dentro de una posición positivista a ultranza la jerarquía de las fuentes pasa a primer plano (art. 1.º 2 del Código civil) y el artículo 110 de la Ley Hipotecaria no solamente habla de agregación de terrenos, sino que al no hacer ninguna referencia cuantitativa permite mantener que en él la agregación es la figura general para unión de fincas (no se entenderán hipotecados juntamente con *la finca...* las mejoras que... consistan en agregación de terrenos). Este artículo 110 de la Ley Hipotecaria nos demuestra que, al menos en un pasaje legal, la agregación es un concepto de superior rango al de agrupación, del que la Ley prescinde al regular la extensión objetiva de la hipoteca.

c) Por otra parte, no tengo más remedio que defender la aplicación analógica del artículo 48 al caso de que una finca independiente se una a otra cuya extensión represente, por lo menos, el quintuplo de la de aquella, para ser congruente con todo lo que dije sobre la distinción entre división y segregación en mi comentario a las Resoluciones de 28 de

febrero de 1968 y 28 de mayo de 1971 (3). Creo firmemente en la siguiente ecuación: división es a agrupación como segregación es a agregación. Y opino que el primer criterio de deslinde entre división y segregación y entre agrupación y agregación debe ser el principio «lo accesorio sigue a lo principal»: Separar de una gran finca una pequeña porción es sin duda segregar; unir a una gran finca otra relativamente pequeña, debe ser agregar. Cuando las diferencias de importancia relativa disminuyen y la aplicación del criterio principal-accesorio se dificulta, las figuras de agrupación y división surgen y los criterios de deslinde pueden pasar a ser otros, incluso el capricho del otorgante reflejado en el nombre que se dé a la operación registral en la escritura. Pero es absurdo que la voluntad del interesado pueda ser en todo caso determinante cuando las consecuencias fiscales y arancelarias son importantes. Por eso, también es absurdo que Arancel y Actos jurídicos documentados tengan por base el valor de una finca de casi 350.000 metros cuadrados cuando la operación registral consiste en agregarle una parcela de 460.

La legislación fiscal es la más interesada en solucionar de una vez el criterio de liquidación del Impuesto de actos jurídicos documentados en los casos de agrupación y división, de un lado, y de segregación y agregación, de otro. En este problema, como ocurre en el de fusión y absorción de sociedades, el abandonar el trato fiscal a la voluntad de los particulares a través del nombre dado a la operación, prescindiendo de todo criterio objetivo, conduce naturalmente a que todas las fusiones sean absorciones, todas las divisiones, segregaciones y todas las agrupaciones, agregaciones. Precisamente para que esto no sea así, es necesario que la legislación hipotecaria señale criterios objetivos para la distinción de figuras dentro de las modificaciones de fincas, evitando tanto que todo sea segregación (incluso la división de una finca en dos iguales) como que todo sea agrupación (incluso el caso del recurso).

En este sentido, el criterio del quintuplo podría ser aceptable tanto en las operaciones de unión como en las de separación, siempre que no se le aplique con criterio rígido. Pensemos en el supuesto de la agregación (incluso de la literalmente regulada en el artículo 48) de una parcela de terreno para piscina o campo de tenis de un bloque de apartamentos de varias plantas, cuando dicha parcela excede ligeramente de la quinta parte de la superficie del solar del bloque de apartamentos. Conforme al apartado 2.º del artículo 48, sería necesario realizar agrupación, con las grandes complicaciones que surgen en caso de estar la finca inscrita en régimen de propiedad horizontal. El sentido común conduciría a realizar la operación como agregación (interpretando que la extensión del bloque es la suma de las superficies de sus plantas) por lo más sencillo y claro de las operaciones registrales a practicar, comparándolas con las complicaciones derivadas de abrir nuevo folio al edificio, que habría de repercutir en todos los folios de los pisos y locales. Con el criterio de agregación bastaría una inscripción de agregación y ampliación de elementos comunes y breves notas de referencia a ella en los folios de los pisos y locales. Los positivistas deben comprender que el legislador no puede estar en todo.

La Resolución del 25 de mayo de 1943—única citada en el Vistos—declara extendida, con arreglo a las formalidades legales, una escritura en la que se describen en forma completa dos fincas (colindantes, según resulta de sus descripciones) y después, para venderla, se hace la descripción, también completa, de otra que se dice constituida por 765 metros cuadrados segregados de la primera y otro tanto de la segunda de aquéllas. El Registrador denegó por falta de descripción de las porciones

(3) Ver la reseña y el comentario conjunto de ambas resoluciones en esta Revista, núm. 486, septiembre-octubre de 1971, págs. 1229 a 1250.

que se segregan y a continuación se agrupan y por no expresarse el lindero común de cada porción segregada con su matriz. El Notario recurrente alega que no se agrupan dos fincas, sino que se constituye una sola con dos piezas de tierra colindantes, y en el escrito de apelación estima aplicable por analogía el artículo 59 del Reglamento (hoy 48), que no exige la previa inscripción de la porción segregada en la agregación. Los considerandos de la Dirección muestran posiblemente un criterio excesivamente tolerante en la materia y procuran extraer de las tres descripciones completas los datos suficientes para tener por cumplidos los requisitos de colindancia y acoplamiento de las porciones agrupadas y de los restos; pero lo que más nos interesa destacar es el considerando pesimista, en el que se viene a decir que los problemas de modificaciones, agrupaciones y segregaciones de fincas dados los escasos desenvolvimientos catastrales han de acomodarse únicamente a las «modestas disposiciones reglamentarias aunque éstas se hallen muy lejos de lo que exigiría la posibilidad de identificar inscripciones y fincas». El informe del Registrador destaca como otro inconveniente más el que una de las dos fincas con las que se opera había sido objeto de una segregación anterior que se reseña y tiene en cuenta al indicar la cabida, pero que no había originado al parecer descripción de resto ni en aquella anterior segregación ni en la escritura calificada. En cambio nadie parece preocuparse de que después de las segregaciones-agrupación objeto del recurso parece que tampoco había descripciones de resto de las matrices.

A pesar de todo lo dicho, el Registrador de Pamplona tenía perfecto derecho (acaso obligación) a mantener que reglamentariamente la agregación es la agregación tal como aparece en el artículo 48 y nada más; que sin existir trasiego de parcela de finca a finca debe hacerse agrupación conforme al 45, que no distingue por la extensión relativa de las fincas agrupadas. También tiene razón en que la práctica de ampliar la agregación al supuesto de finca independiente no es tan corriente como Camy cree, y hasta me temo que si la cuestión pudiese ser objeto de encuesta entre Registradores y Notarios resultaría que la mayor parte de las uniones de fincas en que se dé el requisito del quintuplo se han venido haciendo por vía de agrupación y no de agregación. Hay que tener en cuenta que Roca Sastre se ajusta completamente a la tesis mantenida por el Registrador en su nota e informe, aunque a pie de página y sin ningún comentario crítico exponga las opiniones de Morell, de Sanz y de Lacruz respecto a una interpretación extensiva del artículo 48 (4). Igualmente es puramente reglamentarista la exposición de la agregación en el Chico-Bonilla. Por ello no tiene nada de particular la indignación del Registrador ante la afirmación de Camy de ser práctica corriente la agregación de finca inscrita bajo folio propio, y creo que el considerando 4.º exagera un poco con el adverbio «únicamente».

Ahora bien, si Roca Sastre se funda en la regla «ubi eadem legis ratio...» para desbordar el texto literal del 48 y ampliarlo al caso de que sean más de una las porciones segregadas, incluso más de una las fincas de las que las porciones se segregan, ¿qué le detiene para continuar con el método analógico y ampliar la agregación al caso debatido? El artículo 4.º 1 del Código civil dice ahora que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. El Registrador afirma que la idea y finalidad del precepto es bien clara, sin que pueda apelarse a la aplicación analógica para extenderlo a casos que no se quisieron recoger. Yo no veo tan claras su idea y finalidad.

Para determinar la finalidad del precepto es necesario separar las dos

(4) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968, págs. 432 a 437

simplificaciones de mecánica registral que junta. En virtud del artículo 48 se simplifica la fase de segregación: si de una finca inscrita se va a separar una parte, procedería una segregación completa, y el 48 elimina esta segregación; a continuación la parte segregada se va a unir a otra finca, luego procedería la operación registral completa de agrupación, y el 48 simplifica también esta segunda operación transformando la agrupación en agregación (tampoco hace falta ahora abrir nuevo folio). Al existir dos simplificaciones parecería lógico que cada una se amparase en sus especialidades propias y que para la primera se tuviese en cuenta la entidad relativa de la porción segregada respecto de su matriz, igual que para la segunda simplificación se tiene en cuenta la extensión comparada de las dos que se van a unir. Al no hacer esto, el precepto nos confunde y la doctrina se empeña en ver en él una norma especial de la segregación, sin percatarse de que antes y más que eso es una norma especial de la agrupación. Si lo fundamental es la simplificación en la segunda fase (agrupación abreviada, sin apertura de nuevo folio, en razón a la escasa entidad de la porción unida), la aplicación por analogía a nuestro caso está expedita. Si la especialidad del 48 incide sobre el conjunto separación-unión y deriva de un principio mal perfilado de permanencia de folios registrales, la analogía parece dificultarse, pero también es lícita porque el requisito del quintuplo en la fase de agrupación (unión) sigue siendo la idea de fuerza.

En resumen, creo que el principio jurídico de que lo accesorio sigue a lo principal (375 a 377 del Código), el amplio concepto legal de agregación que apunta el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, el principio de simplificación de las operaciones registrales, el de equidad en materia fiscal y arancelaria y sobre todo el respeto a la introducción de la analogía en el artículo 4.º del Código civil, nos deben conducir a ver la Resolución comentada como muestra de una jurisprudencia progresiva en materia de modificación de entidades hipotecarias.

T. C. G.

0

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CÍVIL

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

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL Y LOS DATOS DESCRIPTIVOS: SE EXTIENDE A LA SUPERFICIE DE LA FINCA, POR LO QUE, SI EN EL REGISTRO NO EXCEDE DE UNA HECTAREA, CABE EL RETRACTO DE COLINDANTES. VALOR DE LA CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1974).

Caso del retracto de colindantes de la finca «Las Feixetas»

Hechos.—Don Pedro Salamó Blanch dedujo demanda de retracto de colindantes contra don Juan Riu Coll respecto a la finca «Las Feixetas», que había sido vendida en escritura en la que constaba la superficie de 85 áreas 69 centiáreas, consignándose así en la inscripción.

El demandado contesta oponiéndose, porque, a pesar de la escritura y de la inscripción, la cabida real de la finca es de una hectárea 49 áreas y una centiárea, con lo que queda excluido el retracto conforme al artículo 1.523 del Código civil.

El Juez de Primera Instancia de Puigcerdá dictó sentencia declarando haber lugar al retracto, pero la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, declarando no haber lugar al mismo.

El recurso de casación.—El demandante interpone recurso basándose, entre otros motivos, en que el demandado había confesado que cuando compró la finca sabía lo que medía y que la agregó a otra colindante propiedad de su madre, y la Sala no tuvo en cuenta esta prueba de confesión judicial, que explicaba por qué la medición del perito arrojaba más de una hectárea, cometiéndose con ello error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción violadora del artículo 1.232 del Código civil.

Además, en el motivo cuarto del recurso alega violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con el 201, regla 2.ª, de la misma Ley

y con el 298, párrafo 5.º de su Reglamento, pues «la Sala entiende que la extensión superficial que la inscripción atribuye a las fincas registradas no es más que un dato secundario de identificación fuera de la protección del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; mas la Sala desconoce que eso varía cuando la extensión superficial es elemento constitutivo y tipificador de un derecho inscrito...; el Registro manifiesta el esquema del derecho de retracto del colindante, tal como se expresa en el artículo 1.523 del Código civil, por lo que aquí la medida superficial ya no es un secundario elemento de identificación, es un elemento integrador de un derecho; los excesos de cabida se miran con recelo y no puede alterarse la medida con perjuicio de los colindantes (apartado A), art. 298, núm. 5 del Reglamento Hipotecario) si no es por los procedimientos correspondientes (art. 201, regla 2.ª de la Ley Hipotecaria...); «ahora resulta que todo eso no tiene ningún valor, que lo importante es lo que diga un perito partiendo de los límites que le cuenta el arrendatario del propietario». «Al seguir en pie la inscripción y no atenerse el juzgador a lo que en el Registro se declara y variar el dato sustancial para el retracto de la extensión superficial registrada, se viola el artículo 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria».

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso:

a) En cuanto a la prueba de confesión judicial, señala que incurre en error de derecho el Juez o Tribunal que desconozca, en lo que sea perjudicial al confesante, la eficacia probatoria de dicho medio de prueba (y cita las sentencias de 16 de junio de 1910, 30 de octubre de 1911, 30 de abril de 1935, 24 de enero de 1940).

b) En cuanto al artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con la medida superficial, se contiene la siguiente doctrina en el «Considerando» 2.º:

«Considerando: Que también es viable el motivo cuarto, aducido por el número primero del artículo 1.692, por infracción por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, porque contrariamente a lo que se expresa en los Considerandos segundo y tercero de la Sentencia recurrida, es indudable, por su constancia en autos, que el demandado y hoy recurrido adquirió la finca, objeto de la acción retractual, mediante escritura de 13 de diciembre de 1971, en la que se expresó como cabida la de 85 áreas y 68 centiáreas, título que tuvo acceso al Registro de la Propiedad el 28 de febrero de 1972, causando la inscripción tercera, finca número 252, así pues, desde la fecha de la inscripción se originó, por el principio de publicidad—artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento—, la formal de la *totalidad* del asiento y por el de la fe pública y la legitimación registral, la presunción legal de exactitud del Registro; la relación jurídica—compraventa—al ser inscrita, accedió al Registro, en la forma determinada en la escritura, a cuyo contenido, justificado por el hoy recurrente, se atuvo para el ejercicio de la acción de retracto, por integrar suficiente base probatoria del dato físico de la cabida, no estando obligado a acreditarlo, con la mención de la finca objeto del retracto, porque además de lo expresado, esa prueba podría ser de imposible realización, de oponerse a ella el adquirente de la finca, supuesto que haría ilusorio el ejercicio de la acción mencionada, teniendo en cuenta también lo reducido del plazo para ejercitarla. La viabilidad de los motivos mencionados hace innecesario el examen de los demás.»

COMENTARIO.—A) *El principio de legitimación registral y los datos físicos: Referencia especial a la medida superficial.*—La presente sentencia mantiene de una forma rotunda la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (legitimación registral) al dato físico de la medida superficial. Con ello se confirma la doctrina de la importante sentencia de 21

de marzo de 1953, ya robustecida, antes de la sentencia de 20 de mayo de 1974, por la de 25 de enero de 1958 y por la de 27 de enero de 1973.

Al mismo tiempo queda esclarecido y superado el ambiente más o menos confuso creado por una serie de sentencias que contenían algunas declaraciones contrarias, o por lo menos no favorables, a la aplicación del principio de legitimación a las circunstancias descriptivas.

Precisamente para aclarar un poco esta confusa dirección jurisprudencial y situar debidamente esta sentencia, vamos a examinar detenidamente los tres grupos de sentencias que se han producido:

- a) Sentencias que extienden la legitimación a los datos físicos.
- b) Sentencias que, de una u otra forma, ponen obstáculos a la aplicación de la presunción de exactitud a los datos físicos.
- c) Menciones de la sentencia de 18 de marzo de 1967.

a) *Dentro del primer grupo*, tendremos las siguientes:

1. Sentencia de 21 de marzo de 1953 (1), que podemos llamar la del «Caso de las fincas Valhondo y El Cuartillo», y, desde luego, marca época, pues tiene un gran contenido doctrinal sobre la aplicación de la legitimación registral a la superficie y linderas. Se refiere al conflicto planteado entre los propietarios de esas dos fincas, reivindicando el titular de «Valhondo» la faja de terrenos próxima a la finca del demandado, llamada «El Cuartillo». Con ello salen a relucir las descripciones registrales de las fincas, produciéndose el ambiente propicio para el planteamiento del tema que estudiamos.

El actor alegaba que la finca «Valhondo», de su propiedad, lindaba por el Saliente con «Suertes de Santa María», lo que implicaba que la faja de terreno discutida era de su pertenencia. A ello se opone el demandado contestando que la citada finca no llegó nunca a lindar con las Suertes de Santa María, a pesar de los términos de la inscripción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, teniendo en cuenta los linderos y la superficie que figuraban en el Registro. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocó la sentencia del Juzgado, basándose en la existencia de unos mojones y de un lindón o desnivel en la finca del actor en la zona discutida.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, aludiendo en el escrito del recurso a la intensificación dada por la última legislación al principio de legitimación registral y destacando lo siguiente, a propósito del párrafo 1.º del artículo 38: «en una correcta interpretación de este precepto, aplicado al presente caso, si la finca «Valhondo» pertenece al demandante, según admite la sentencia y contraparte, y si tal finca le pertenece en la forma—superficie y linderos—que el Registro proclama, se opera una inversión en la carga de la prueba, por lo que el problema de la suficiencia o no de la prueba practicada por el actor, único problema que la sentencia recurrida se plantea, se convierte, en pura ortodoxia, en el de la suficiencia o no de la contraprueba efectuada a iniciativa de los demandados».

La sentencia de 21 de marzo de 1953 se plantea el problema de la acción reivindicatoria en la esfera del Derecho Hipotecario, examinando la cuestión de los linderos y de la superficie en los títulos y en los asientos.

Podemos sistematizar la doctrina de esta trascendental sentencia, distinguiendo tres aspectos:

1.º El principio de legitimación registral se extiende a los datos físicos de superficie y linderos. Se refiere a ambos datos, pues a ellos aludía el escrito del recurso. Respecto a los linderos, la sentencia insiste en el lindero Saliente, «Suertes de Santa María», que figuraba en el título y en

(1) *Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1955, marzo 1953, núm. 100, pág. 301.

la inscripción; también alude a la medida superficial registrada. Y más adelante razona así la necesidad de atender a estos datos registrales en el brillante «Considerando» penúltimo:

«Considerando que en nuestro Derecho Hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama, y no extiende *con igual intensidad* la protección a las situaciones o circunstancias de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro; pero lo que no se puede afirmar sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, es que la inscripción nada vale, ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregona, pues, por virtud del principio de letimitación registral, la inscripción ampara al titular, no sólo con prerrogativas de rango y disponibilidad del derecho inscrito, sino también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a situación jurídica como a circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular «secundum tabulas» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1.º, 9.º, 21, 38, 40 apartado d) y 41 de la Ley Hipotecaria reformada y de su exposición de motivos; por lo que, al no entenderlo así la Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del Derecho Civil, sin considerar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el artículo 38, según denuncia también el primer motivo del recurso.»

2.º La presunción registral, aunque es «iuris tantum», es «vigeresa», no siendo admisible frente a ella elementos indiciarios no concluyentes. Esto es muy importante y creemos que no ha sido suficientemente destacado por los autores, pues hay que tener en cuenta que si se dijera simplemente que la legitimación registral se extiende a superficie y linderos, pero se añadiera también que cualquier prueba e indicio vale para destruir la presunción registral, todo quedaría en letra muerta. Ahora bien, no es así en esta sentencia, ya que en el último «Considerando» destaca la fuerza o vigor del asiento registral en estos términos:

«Considerando que a los Tribunales está encomendado el amparo o salvaguardia de los asientos del Registro y, a la vez, la facultad de declarar su inexactitud o discordancia con la realidad extrahipotecaria, debiendo atenerse en el cumplimiento de este doble cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción «iuris tantum» de veracidad registral en punto a extensión y linderos de la finca descrita, y si bien la sentencia recurrida afirma el hecho no desmentido de casación de que en el perímetro de «Valhondo», según el Registro, y al Poniente de la zona de terreno en litigio, existen unos mojones y un lindón o desnivel de la finca, es lo cierto que la información pericial apreciada a este respecto en la sentencia recurrida no ofrece, en trance de apreciación jurídica del hecho probado, elementos de juicio por sí solos insuficientes para enervar la *vigorosa presunción de exactitud registral*, ni para estimar que la aludida faja de terreno pueda constituir finca independiente, la cual, todo caso, nunca podría pertenecer a los demandados, ni como predio independiente ni como parte integrante de la finca «El Cuartillo», ya que respecto a dicho trozo de terreno carecen de todo título de dominio, según lo reconoce la propia sentencia impugnada.»

3.º No deja de ser interesante subrayar también que en esta sentencia, aunque sea «a mayor abundamiento», se atiende a la interpretación sistemática resultante del conjunto de varios asientos, saltando incluso por encima del folio en cuestión, para contrastarlo con las descripciones

de las fincas colindantes. A sí, añade que se confirma lo relativo a superficie y linderos, teniendo igualmente en cuenta los asientos registrales de «Suertes de Santa María», «Valhondo» y «El Cuartillo», que «son coincidentes en que esta última finca—la del demandado—no linda por el Poniente con «Valhondo», como tendría que lindar si se le agregase la zona de terreno en discusión, y coinciden en que «Valhondo» debe llegar por el Sahente hasta las «Suertes de Santa María» (2).

2. *Sentencia de 25 de enero de 1958* (3), que denominaremos la del «Caso del monte "Sant Antonio del Monte"». Confirma la doctrina de la sentencia anterior, si bien sólo tiene ocasión de referirse a los linderos, pues era el único dato que se discutía. Se trataba de una acción de deslinde y el recurrente alegó que la Sala de instancia se atuvo al lindero que figuraba en el asiento registral, sin tener en cuenta que había sido modificado unilateralmente el lindero Oeste que figuraba en la inscripción primera de posesión. El Tribunal Supremo atiende, en definitiva al contenido final del Registro, con la modificación efectuada, que no considera decisiva (4), siendo de destacar la parte final del «Considerando» tercero, que rechaza el error de derecho alegado por el recurrente diciendo que «la realidad es que en tal escritura se mantiene este lindero, si bien por manifestación de los otorgantes se consigna que va desde él al Monte de la Broza, y que por el mismo lindero limita con fincas de las personas que menciona, sin que de tal suerte delimitada la finca aparezcan tales linderos enervados por prueba alguna en autos, siendo de tener en cuenta, además, que, hallándose inscrita tal escritura en el Registro de la Propiedad, así como otra otorgada posteriormente, mientras nada se decida que contrarie la situación jurídica que resulta de la inscripción registral a favor de los demandantes y sobre el particular nada se ha interesado en el pleito, éstos tienen derecho a que se les respete en la posesión que a su favor proponen tales asientos, y, por tanto, a solicitar el deslinde que interesan en su demanda».

Esta sentencia destaca, por tanto, la importancia que la inscripción tiene en cuanto a los linderos y, además, revela que no hay que separar de forma tajante lo físico y lo jurídico, pues bien claramente habla de la «situación jurídica que resulta de la inscripción registral», a pesar de que se trataba del dato descriptivo de los linderos.

3. *Sentencia de 27 de enero de 1973*.—Representa igualmente un refuerzo de la línea iniciada por la de 21 de marzo de 1953. Aunque la alusión al artículo 38 es muy lacónica, relacionando la declaración del «Considerando» con el escrito del recurso recogido en los «Resultandos», se obtiene una doctrina interesante a propósito de los datos descriptivos contenidos en la inscripción. Se trata de un caso en que el asiento registral de declaración de obra nueva expresaba que la casa construida lindaba por todos los aires con terreno de la propia finca. La Sala de instancia entendió que, según el Registro, la casa no lindaba con la finca contigua del demandante (como éste pretendía a efectos de cierre de ventanas), aplicando la presunción legitimadora del artículo 38. El actor recurrente alega aplicación indebida de este precepto, y el Tribunal Supremo dice que el artículo «establece una presunción que la Sala respetó, al no existir en los autos nada que la contrariase». Esta escueta declaración queda coloreada a través de los antecedentes expuestos en el sentido de que hay que atender a la inscripción en cuanto a la no colindancia de una casa con terreno ajeno (5).

(2) Unas ideas generales de interpretación de las inscripciones pueden verse en el comentario que hicimos a la Sentencia de 3 de mayo de 1972, RCDI, núm. 497, pág. 977.

(3) *Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1961, pág. 448, núm. 43, enero 1958.

(4) Aquí aparece otra muestra de la interpretación sistemática, pero no de asientos de distintas fincas, sino de asientos de la misma finca.

(5) De esta sentencia ya nos ocupamos en otra ocasión. Para más detalles véase el resumen y comentario que hicimos en esta Revista, núm. 502, págs. 662 y sigs.

La presente sentencia de 20 de mayo de 1974 confirma, definitivamente, esta orientación jurisprudencial. Pero antes de comprobarlo, veamos algunas declaraciones contrarias de otras sentencias.

b) *Sentencias no favorables a la aplicación de la presunción de exactitud registral a los datos físicos.*—Numerosas sentencias contienen declaraciones contrarias a la tesis que resultan de las sentencias antes examinadas, pero tales declaraciones no siempre son decisivas, pues la mayor parte de las veces van referidas al principio de fe pública, o son «obiter dicta», y, en cualquier caso, cuando se refieren al principio de legitimación, no son convincentes ni suficientes para destruir aquella línea jurisprudencial.

1. *Sentencia de 6 de febrero de 1974 (6).*—Se ocupa de un caso de medianería horizontal (7). En lo que ahora nos interesa, el actor ejerció la acción de retracto de comuneros al venderse la parte de dos edificios, encima de la cual se apoyaba el piso segundo, propiedad del actor, por lo que entendía que era copropietario a efecto del retracto. Desestimada la demanda en ambas instancias, interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, el contenido del Registro, interpretándolo en el sentido de que su piso formaba parte del mismo edificio. En el asiento de cada una de las partes vendidas contenía la siguiente descripción: «Casa con corral y cámara, que consta de planta baja y piso principal alto, pues, si bien la casa tiene dos pisos, pertenece el segundo a don Manuel Gómez.» ¿Implica esta descripción registral que el piso segundo forma una unidad física con la planta baja y el piso principal, como entiende el recurrente?

El Tribunal Supremo mantiene la tesis de que hay una simple medianería horizontal, pero no profundiza en la interpretación de la descripción que figura en el asiento, y se limita a rechazar el motivo del recurso, acudiendo al «lugar común y fácil» de que la publicidad registral no se extiende a los datos físicos, con lo cual va a fomentar un confusionismo jurisprudencial en el futuro, pues esta sentencia es citada por otras posteriores (8). La sentencia dice que «la fe pública del Registro actúa, sin duda alguna, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas».

A pesar de esta declaración, el principio de legitimación registral no queda afectado, por lo siguiente:

1.º Porque se está refiriendo a la fe pública, no a la legitimación, ya que, aparte de hablar de «fe pública», señala que el propietario recurrente no tiene el carácter de «tercero» con relación a sus abuelos, los testadores, de quienes trae causa. Es decir, parece que enfoca la cuestión desde el punto de vista del tercer hipotecario.

2.º Porque, aunque se entendiera que emplea la expresión «fe pública del Registro» en sentido amplio, se refiere a un caso anterior a la reforma hipotecaria de 1944-46, pues la demanda de retracto fue presentada el 4 de junio de 1941; y, como en aquella época el principio de legitimación no tenía el desarrollo ni la regulación que hoy tiene, mal podrá traerse a colación esta sentencia para un supuesto regulado por la legislación vigente.

3.º Porque, en cualquier caso, resultaba innecesaria esa declaración en contra de los datos de mero hecho que figuran en la inscripción, pues lo que revela el Registro es lo contrario de lo que pretendía el recurrente, que no hay esa unidad de finca registral, ya que se alude al piso segundo

(6) *Jurisprudencia Civil*, febrero 1947, núm. 36, pág. 507.

(7) De este tema nos ocupamos en el número 498 de esta Revista, pág. 1243, al comentar las Sentencias de 23 de mayo de 1943 y 28 de abril de 1972.

(8) Así, las Sentencias de 5 de diciembre de 1949, 16 de noviembre de 1960 y 29 de abril de 1967.

no para incluirlo en la casa, sino para excluirlo por pertenecer a otra persona. Bastaba esto, sin desvirtuar para nada el contenido del Registro ni entrar a valorar negativamente los datos de hecho.

2. *Sentencia de 5 de diciembre de 1949* (9).—En esta sentencia sólo hay un «obiter dictum», sin trascendencia alguna. Después de dar un gran valor a la nota denegatoria y al contenido del Registro, se limita a decir en la parte final del «Considerando» 2.º: «Sin que huelgue recordar, frente a las alegaciones de dicho motivo, que como ya declaró esta Sala en su sentencia de 6 de febrero de 1947, la fe pública del Registro actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.» No obstante, si se pretendiera dar mayor valor a este «obiter dictum», en todo caso, habría que tener en cuenta lo que hemos dicho respecto a la sentencia anterior de 6 de febrero de 1947, cuyo contenido recoge.

3. *Sentencia de 13 de mayo de 1959* (10).—Se trata de un caso de deslinde de fincas, y el Tribunal Supremo consideró correcto el deslinde efectuado, sin que pueda alegarse la descripción de las respectivas inscripciones, dado que contemplan linderos imprecisos e indeterminados. Pero esto demuestra que no es que no valgan los datos descriptivos de los asientos, sino que lo que no puede servir de apoyo es el dato impreciso o indeterminado. Más adelante, en el último «Considerando», se lee: «A pesar del artículo 9.º de la Ley y 51 de su Reglamento, es *dudoso* ampare la inscripción en cuanto a límite, extensión, etc., la fe pública registral.» No obstante, esta frase no puede ser decisiva tampoco, pues, aparte de que se refiere a la fe pública y no a la legitimación, emplea un tono dubitativo que no es suficiente a efectos de doctrina legal.

4. *Sentencia de 16 de noviembre de 1960* (11).—Esta sentencia es la que realmente se opone, de un modo terminante, a que los datos físicos queden cubiertos por el principio de legitimación registral.

Contempla un caso en que el actor solicita se declare que una porción de terreno de 47 metros cuadrados le pertenece como parte de la finca inscrita a su nombre, a pesar de haber construido el demandado en la misma, extralimitándose respecto a la finca de su propiedad. Desestimada la demanda por el Juez de 1.ª Instancia, la Sala revoca la sentencia declarando que el demandado construyó de buena fe en terreno ajeno, condenándole al abono del terreno al actor y ordenando la rectificación correspondiente en la finca del demandante.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber al recurso, aludiendo claramente y con separación a los principios de legitimación y de fe pública en relación con los datos físicos descriptivos.

En relación con el principio de legitimación, se dice que «la fuerza o energía de la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, materia sobre la que propiamente actúa el principio de legitimación, no se extiende a los datos registrales que sean meramente de hecho (como son los relativos a la existencia material de la finca y a sus circunstancias físicas, etc.), como afirman los preceptos de la Ley Hipotecaria, básicos en la materia (párrafo 1.º del art. 38, art. 97 y párrafo 3.º del art. 1.º). Y más adelante señala que tampoco es aplicable el párrafo 2.º del artículo 38, «al no existir en el caso de autos discordancias jurídicas, sino

(9) *Aranzadi*, año 1949, núm. 1 448, pág. 863

(10) *Aranzadi*, año 1959, núm. 1 998, pág. 1221

(11) *Aranzadi*, año 1960, núm. 3 480, pág. 2265

datos de hecho o materiales por lo que no se trata de acción contradictoria o impugnadora de derechos».

Por tanto, esta sentencia excluye del ámbito de la legitimación registral los datos físicos o de hecho. Pero merece una fuerte crítica, pues si bien tiene parte de razón en lo referente al principio de fe pública (12), no convence en el razonamiento que utiliza respecto al principio de legitimación, que sólo contempla una presunción «iuris tantum».

Efectivamente, de los artículos 38, 97 y 1.º no se desprende, de ningún modo, que la legitimación no se extienda a los datos físicos, sino más bien lo contrario, pues en el párrafo 1.º del artículo 38 se alude a «la forma determinada en el asiento respectivo», que lógicamente debe comprender la totalidad del mismo. Y es que esta sentencia parte de una separación entre lo físico y lo jurídico que no es muy adecuada. Como dijimos en otra ocasión (13), «en Derecho no cabe hacer esa separación entre la sustancia física y la jurídica, pues lo físico está invadido e invadiendo al mismo tiempo lo jurídico, de modo que la llamada «sustancia jurídica» del Registro es también la finca y sus circunstancias».

Por otro lado, resultaba innecesario haber hecho esa glosa del principio de legitimación restringiendo su ámbito, cuando en el «Considerando» 8.º se encuentra la contestación adecuada, partiendo de la presunción «iuris tantum» de dicho principio, aunque aquí se habría producido la prueba en contrario, pues dice que del conjunto de la prueba practicada «aparece de manera evidente que a la superficie de la finca del demandado, conforme al título de adquisición, le sobran más de 67 metros cuadrados, mientras que a la del actor le faltan más de 57, extensiones ambas muy aproximadas y ligeramente superiores a la parcela discutida, lo que indica que el primero ocupó parte de la finca del segundo». Podía haberse dicho que el principio de legitimación se extiende a los datos físicos, pero que el conjunto de la prueba practicada aparecía de manera evidente lo contrario. La solución del caso hubiera sido idéntica y, sin embargo, no se habría creado el confusonismo existente, al contrariarse la acertada doctrina de la anterior jurisprudencia, representada por las sentencias de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958.

5. *Sentencia de 31 de octubre de 1961* (14).—En el recurso se alegó interpretación errónea no sólo del artículo 34, sino también del 38. El Tribunal Supremo, en el «Considerando» 6.º, dice:

«Considerando: Que . como se declara en la sentencia de 16 de noviembre de 1960, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto no puedan hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta, lo que ya indicaba la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de junio de 1952, al expresar que los datos físicos de la finca no se hallan amparados por la fe pública, ni aun en aquellos regímenes hipotecarios más perfectos, como el alemán, por estar éste fundado sobre un Catastro bien organizado.»

(12) En el «considerando» 4.º dice que «la fe pública podrá por una ficción hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en la realidad jurídica no existe, pero el legislador no puede, por la sola fuerza de la Ley, crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde sólo hay un solar, *res facti iuris civilis infirmari non potest*, y así, si una finca no existe o es distinta a como el Registro la describe, ninguna disposición del Derecho puede hacer que la finca se conforme a lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta». Pero si esto está bien en el principio de fe pública, no es aplicable al de legitimación, pues cabe la prueba en contrario de lo que el Registro indica.

(13) En «Identificación de fincas rústicas», que escribimos con FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS y se publicó en RCDJ, núm. 505 Véase nota 102, al final, pág. 1373.

(14) *Aranzadi*, año 1961, pág. 2373, núm. 3 630.

A pesar de estas frases terminantes, hay que tener en cuenta que se refiere a la «fe pública» y no a la legitimación, aunque en el recurso se alegaban ambos artículos.

Pero, aparte de esto, se trata de un caso patológico de doble inmatriculación, en el que lo normal es que los principios hipotecarios queden sin aplicación.

En último término, la cita de la Resolución del 13 de junio de 1952, también recogida por la sentencia de 16 de noviembre de 1960, no es del todo adecuada, pues precisamente esa resolución de la Dirección General de los Registros destaca la importancia de los datos físicos identificadores, lo que ocurre es que en «obiter dictu» y por vía concesiva añade: «si bien los datos físicos no se hallan amparados por la fe pública...».

6. *Sentencia de 30 de junio de 1964* (15) (Caso del deslinde de la finca «Es Pla»).—Aparte del problema de si la acción de deslinde es contradictoria del dominio inscrito, a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 (16), esta sentencia se ocupa de la legitimación registral en relación con los datos descriptivos en los «Considerandos» 9.º y 10.º:

«Considerando: Que en el motivo tercero se alega la infracción, por no aplicación del mismo artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo 1.º, que sanciona el principio de legitimación registral, y del artículo 1.250 del Código civil, relativo a las presunciones legales, que dispensan de la prueba a los favorecidos por ellas, infracciones que, a juicio del recurrente comete la sentencia impugnada, al sostener que, a pesar de tener a su favor la presunción de la realidad de la medida de la finca, tenía la carga de probar la medida superficial de ella.»

«Considerando: Que la sentencia impugnada no desconoce el principio legitimador del Registro, sino que lo que proclama es que la extensión superficial constituye un elemento físico, cuya realidad y exactitud no están amparadas por aquel principio—tesis ésta admitida por la jurisprudencia de este Tribunal—y, a mayor abundamiento, agrega que «en autos no se ha producido la medición que al promotor de este proceso podía interesar, deficiencia e inactividad probatoria sólo a él imputable», y que «los actos de los señores F. M. en el área cuestionada han sido lo suficientemente expresivos como para crear un estado de conciencia colectivo... y para que públicamente se les considere como propietarios», es decir, aprecia la prueba practicada como bastante para destruir aquella presunción invocada.»

Por un lado, observamos que expone la tesis de la sentencia apelada acerca de la no aplicación del principio de legitimación a la extensión superficial, y dice entre paréntesis que es «tesis admitida por la jurisprudencia de este Tribunal», sin citar ninguna sentencia en concreto. Hasta la fecha de 30 de junio de 1964 no había más que una sentencia decisiva en este aspecto—la de 16 de noviembre de 1960—; en cambio, existían las sentencias contrarias de 21 de marzo de 1953 y de 25 de enero de 1958. Entonces, ¿por qué aludirá a la «jurisprudencia»? ¿Se estará refiriendo a las sentencias que tratan de la fe pública o que sólo contienen meros «obiter dicta» sobre la legitimación?

Ahora bien, por otro lado, señala que la Sala de instancia apreció la «prueba practicada como bastante para destruir aquella presunción invocada». Esto presupone que la legitimación registral se aplica al dato físico en la medida superficial, si bien reconociendo que en el caso se había producido la prueba en contrario de la presunción «iuris tantum» que aquélla implica. Luego la sentencia más bien aplica el artículo 38, en lugar de excluirlo.

(15) *Aranzadi*, año 1964, núm. 3.737, pág. 2295

(16) En el comentario de la *RCDI*, núm. 304, pág. 1165, critiqué esta sentencia en este aspecto

7. *Sentencia de 29 de abril de 1967* (17).—También es ambigua esta sentencia a propósito del principio de legitimación.

Por un lado, parece que se refiere exclusivamente al principio de fe pública y no al de legitimación, ya que emplea la expresión «fe pública» y cita, además de la ambivalente sentencia de 16 de noviembre de 1960, las de 6 de febrero de 1947, 13 de mayo de 1959 y 31 de octubre de 1961, que se ocupan de la fe pública.

Pero, por otra parte, se le escapa la expresión amplia de «presunción de la exactitud registral», excluyendo los datos físicos del ámbito de la misma. No obstante, creemos que la emplea para no repetir la expresión «fe pública», que acababa de utilizar.

8. *Sentencia de 16 de abril de 1968* (18).—Es evidente que aquí no hay ninguna referencia al principio de legitimación registral, sino sólo al principio de fe pública. En el escrito del recurso se alegó interpretación errónea de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, y en línea con este motivo, he aquí lo que dice el «Considerando» 5.º:

«Considerando: Que tampoco cabe estimar el motivo cuarto, que alega infracción por interpretación errónea de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, pues, según reiterada doctrina de esta Sala, la fe pública del Registro actúa, sin duda alguna, asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas, pues como se declara en las sentencias de 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto no pueden hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción. .»

c) *Mención especial de la sentencia de 18 de marzo de 1967*.—Mención separada merece esta sentencia, que contempla un caso similar al de la presente sentencia de 20 de mayo de 1974: frente al retracto de colindantes, el demandado recurre alegando que la finca estaba inscrita con superficie superior a una hectárea. Como se verá, es el mismo caso que el de la sentencia motivo de comentario, sólo que a la inversa: en lugar de basar la acción de retracto en el contenido registral en que figuraba con superficie inferior a una hectárea (sentencia de 20 de mayo de 1974), se pretendía la exclusión de la acción de retracto porque del Registro resultaba que la finca era superior a una hectárea (sentencia de 18 de marzo de 1967).

En el «Considerando» 2.º de esta sentencia de 1967, se lee: «Considerando: Que no habiendo logrado demostrar el recurrente que la finca litigiosa tiene naturaleza urbana, debe pasarse al examen y decisión del error de derecho que quiere hacer descansar en que, como el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral, y la inscripción proclama que la finca litigiosa excede de una hectárea, no puede prevalecer contra ella la prueba pericial ni tampoco la certificación del Catastro; pero al argumentar de ese modo olvida que para patentizar un error de derecho en la apreciación de la prueba es preciso demostrar que con tal apreciación se han vulnerado determinadas normas valorativas de prueba, que ni siquiera se invocan, y que, además, como también atinadamente se razona en la sentencia impugnada, «ni se ataca la inscripción, ni la fe pública registral responde de que sean exactos los datos descriptivos de las fincas», ni la protección registral en que quiere basarse el recurrente pasa de ser una presunción «iuris tantum», como se dijo en la exposición de motivos de la Ley de 1944, que, por tanto, admite prueba en contrario.»

(17) Aranzadi, año 1967, núm. 3 256, pág. 2316.

(18) Aranzadi, año 1968, núm. 2 169, pág. 1480.

La sentencia no admite el contenido del asiento registral respecto al dato de la superficie y, además, citando la sentencia impugnada, dice que la «fe pública registral no responde de que sean exactos los datos descriptivos de la finca». Aquí sí que está claro que la expresión «fe pública» tiene un sentido amplio, pues alude a ella a propósito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Desde esta perspectiva, habría que incluirla en el grupo b). Pero hay que tener en cuenta que en el fondo del razonamiento late más bien la idea de que la legitimación se extiende a los datos físicos, aunque sea como presunción «iuris tantum», que admite prueba en contrario, pues bien claro y expresivo es el párrafo final de este «Considerando». 2.º

En definitiva, esta sentencia nos recuerda un poco a la de 30 de junio de 1964, pero, de incluirla en algún grupo, habría que hacerlo entre las que estiman que la legitimación registral se extiende a los datos físicos.

En medio de esta situación jurisprudencial, confusa y vacilante, llega la presente sentencia de 20 de mayo de 1974.

La medida superficial registrada es la protagonista de la misma, por lo que las referencias a ella en relación con el principio de legitimación constituyen terminante «ratio decidendi» del fallo. Todo el litigio giraba en torno a ella, pues de la superficie de la finca dependía la procedencia o no del retracto de colindantes. En el escrito del recurso se invoca como infringido el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, al no haber tenido en cuenta la Sala de instancia que en el Registro la finca no excedía de una hectárea. El Tribunal Supremo estima el recurso porque el título de compra «tuvo acceso al Registro de la Propiedad», originándose, por el principio de legitimación registral (19) «la presunción legal de exactitud del Registro», «a cuyo contenido se atuvo el actor para el ejercicio de la acción de retracto», «por integrar suficiente base probatoria del dato físico de la cabida», «no estando obligado a acreditarlo». Frases todas estas bien expresivas en pro de una actuación amplia del principio de legitimación registral respecto a los datos descriptivos. Además, parece que se resalta que la inscripción no sólo es una presunción que *dispensa de prueba* (aspecto negativo de la presunción), sino que es también un *medio de prueba positivo*, pues «integra suficiente base probatoria del dato físico de la cabida».

Por tanto, la sentencia de 20 de mayo de 1974 es decisiva; tanto como la sentencia de 21 de marzo de 1953. Aunque no tiene el contenido doctrinal de ésta, llega a un efecto práctico más espectacular, ya que la superficie registrada determinó nada menos que la exclusión del retracto de colindantes, a pesar de la prueba pericial contraria a la inscripción.

Si la sentencia de 21 de marzo de 1953 marcó época, iniciando una interesante doctrina legal sobre el principio de legitimación, la sentencia de 20 de mayo de 1974 vuelve a marcar una época, esclareciendo el sentido de la jurisprudencia, después de la multiplicidad de sentencias de signo diverso, y reforzando la doctrina legal de la de 21 de marzo de 1953 y las que la siguen, de 25 de enero de 1958 y 27 de enero de 1973; con lo que, en definitiva, hay fuerte base para entender que el Tribunal Supremo extiende la presunción «iuris tantum» de exactitud registral a los datos físicos de la finca.

B) *El exceso de cabida superior a la quinta parte y el retracto de colindantes.*—La solución dada por esta sentencia nos sugiere también relacionar estas dos instituciones. Dado el valor que se asigna a la me-

(19) Aunque la sentencia alude también al principio de «fe pública», se trata de un mero *obiter dictum*, pues no se discutía para nada el artículo 34 LH, sino solamente el 38

dida superficial que tiene acceso al Registro, a efectos del retracto de colindantes, cabe preguntarse: ¿podrá inscribirse el exceso de cabida inferior o igual a la quinta parte recogido en una escritura de venta de finca que no exceda de una hectárea en la inscripción precedente, pero que va a superarla una vez consignado el exceso de cabida? O en otras palabras: si una finca figura inscrita con la superficie de 95 áreas, y en la escritura de venta se indica que, según reciente medición tiene una hectárea cinco áreas, ¿podrá inscribirse ese exceso de diez áreas?

A primera vista, no hay nada que lo impida, siguiendo a la letra el párrafo D) del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, creemos que ese párrafo D) contempla los excesos de cabida podríamos decir «inofensivos», correctores de un comprensible error en la medición primitiva; la prueba es que no exige que se acredite el exceso, sino que basta con que no sea superior a la quinta parte de la cabida inscrita.

Por tanto, esa idea no la podemos aplicar, a nuestro entender, cuando el exceso de cabida es pequeño en su cuantía, pero grande en cuanto a su posible efecto perjudicial para el colindante. El párrafo A) del citado número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, aunque contempla un procedimiento independiente del señalado en el párrafo D), revela la idea general del legislador de evitar perjuicios a los colindantes. En nuestro caso, el perjuicio existe, pues si se hace constar en el Registro que la finca mide más de una hectárea, se produce la presunción «iuris tantum» en tal sentido, que el colindante tendrá que destruir.

Cierto que si tal exceso de cabida accede al Registro será con la salvedad de que es «sin efectos respecto a terceros hasta transcurridos dos años». Pero, en tales circunstancias, es mejor que no acceda al Registro, si no se acredita de otra manera, pues es discutible el concepto de «tercero» en esa expresión utilizada por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pudiéndose afirmar, desde el punto de vista técnico, que se refiere al tercer adquirente, más que al colindante; y, en cualquier caso, hay que procurar que no tenga acceso al Registro una mera declaración unilateral que puede ser anulada a renglón seguido.

Por tanto, entendemos que por lo menos hay que recelar de tales excesos de cabida declarados en escrituras de venta de fincas que en anterior medición no superaban la hectárea, exigiendo que se confirmen a través de alguno de los otros procedimientos reglamentarios, por ejemplo, el sencillo de la letra B) del repetido número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

II. DERECHOS REALES

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: NO SE APLICA A ELLA EL ARTICULO 1.302 DEL CODIGO CIVIL, QUE SOLO SE REFIERE A LA ACCION DE ANULABILIDAD. INTERPRETACION DE UN CONTRATO DE VENTA RESPECTO A SI EL OBJETO FUE VENDIDO POR UNIDAD DE MEDIDA O COMO CUERPO CIERTO: REQUISITOS DE LA FUNCION INTERPRETATIVA; PREVALENCIA DE LA INTENCION SOBRE LAS PALABRAS (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1974).

Hechos.—Don Francisco Soriano Miras dedujo demanda contra don Segundo Gutiérrez Rodríguez y contra otras tres personas que formaban el llamado «Grupo de Tenerife», exponiendo sustancialmente como he-

chos: Que don Segundo, después de haber realizado segregaciones y ventas de varias parcelas, vendió al «Grupo de Santa Cruz de Tenerife», constituido por los tres codemandados, por escritura otorgada el 14 de marzo de 1965, una porción de su finca de 37.422 metros cuadrados, siendo la venta por unidad de medida, y no de cuerpo cierto, pues aunque la interpretación de la escritura era confusa, la intención debía prevalecer sobre las palabras. Se basa en que el día anterior la finca fue medida por las partes, arrojando la superficie de 100.000 metros cuadrados (una vez deducidas las anteriores segregaciones), lo que demostraba que si hubiera querido comprar la totalidad del terreno se hubiera consignado esa cabida en la escritura. Ante este hecho, no debía darse relevancia a la cláusula final relativa al «cuerpo cierto», ni a la expresión de unos linderos que abarcaban mayor superficie que la que realmente se vendía, a razón de diez pesetas metro cuadrado, por un total de 375.000 pesetas. Y precisamente porque la venta se refirió sólo a 37.422 metros cuadrados, habían quedado a don Segundo 60.000 metros cuadrados, que fueron vendidos al actor por medio de escritura otorgada el 21 de febrero de 1968, a pesar de lo cual los componentes del «Grupo de Tenerife» no reconocían la propiedad del actor, pues querían ampliar la superficie de la finca que adquirieron en 1965 a costa de los 60.000 metros cuadrados del actor, a base de interpretar que la escritura de venta se refirió a un cuerpo cierto perfectamente delimitado por los linderos y no por la medida superficial inscrita en el contrato de 1965. El actor concluyó suplicando al Juzgado que, previo el pertinente trámite, se dictara sentencia declarando: 1.º) Que la transmisión efectuada por don Segundo Gutiérrez Rodríguez a los otros tres demandados, incorporada a la escritura de 14 de marzo de 1965, concreta su efecto a una superficie de 37.422 metros cuadrados, los cuales fueron enajenados a razón de diez pesetas metro. 2.º) Que los linderos consignados en dicha escritura deben ser corregidos por no corresponder a los propios de la finca vendida. 3.º) Que, efectuada la transmisión referida, el vendedor don Segundo Gutiérrez Rodríguez aún conservaba terrenos sin vender, con una cabida superior a los 60.000 metros cuadrados. 4.º) Que la compraventa posterior concertada entre don Segundo Gutiérrez Rodríguez y el actor, que consta en la aludida escritura de 21 de febrero de 1968, es válida, siendo la superficie vendida no superior a la que en este momento conservaba el vendedor.

Los demandados componentes del «Grupo de Tenerife» contestan a la demanda oponiéndose, alegando varias excepciones, entre ellas la falta de acción del actor, y manifestando que lo que compraron en 1965 fue como cuerpo cierto y que el otro demandado, don Segundo, venía actuando últimamente en connivencia con el actor.

El Juzgado de Primera Instancia de Puerto del Rosario dictó sentencia estimando totalmente la demanda.

«La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, estimando la demanda sólo en cuanto a la declaración de que era válido el contrato otorgado el 21 de febrero de 1968, desestimando las demás peticiones de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso interpuesto por el actor, partiendo de que la venta otorgada el 14 de marzo de 1965 fue por unidad de medida y no de cuerpo cierto, y de que el actor está legitimado para interponer la acción declarativa del dominio de su finca, aunque tenga que apoyarse en la interpretación de otro contrato otorgado «inter alios», siendo decisivos, a efectos de doctrina, los «Considerandos» 4.º y 5.º de la primera sentencia.

«Considerando: Que si bien es cierto que la interpretación contractual, por ser facultad privativa del Juzgador de instancia, debe prevalecer en casación, también lo es que no debe prosperar cuando, combatida por el ordinal primero del artículo 1.692, ya citado, se acredite la infracción de normas legales de hermenéutica contractual, y, es evidente que la función interpretativa requiere, de una parte, la concreción, derivada de la valoración de la prueba, de los elementos y circunstancias que exterioricen la voluntad declara, y, de otra, la aplicación a esos elementos de las normas referidas, para determinar el alcance y sentido de la verdadera voluntad de las partes. Dado el contenido de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, no ofrece duda que la intención de los intervinientes en la escritura de 14 de marzo de 1965 es contraria a la literalidad de sus términos, en orden a la extensión superficial de la finca vendida, así como al precio. Si se afirma como probado—«Considerando» 10.º de la sentencia del Juzgado, aceptado—que lo vendido fueron 37.422 metros cuadrados al precio de diez pesetas metro, es inadmisibles la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia de que la escritura referida es «de contenido claro, no necesita interpretación especial y todo el terreno que esté dentro de los límites ha de estar comprendido en la enajenación, a los fines de cumplimiento obligatorio, incluyendo la cláusula de cuerpo cierto»—«Considerando» 5.º—, porque la voluntad de las partes, en dicha escritura, no se puede obtener, según los hechos probados, de la simple literalidad de sus estipulaciones, ha de derivar de la intención de los mismos, al contratar, que por ser opuesta a la literalidad ha de prevalecer, por aplicación de lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil, infringido, por tanto, por violación, aducida al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, en el motivo cuarto, que ha de ser acogido.»

«Considerando: Que el contenido del Suplico de la demanda evidencia que el actor no solicitó la anulabilidad de la compraventa que fue objeto de la escritura de 14 de marzo de 1965, sino, de manera principal, la declaración o constatación de dominio con base en la escritura de adquisición de dicho derecho, fecha 21 de febrero de 1968, frente a los demandados personales, que lo discuten y se lo atribuyen, y según esta escritura, cuya validez tiene reconocida, la declaración de dominio se refiere a la finca, que su cabida ha de determinarse en función tanto de la total de la finca matriz, de la que fue segregada, como la de las otras, centiáreas expresadas en dicha escritura, sino también las seis objeto de mandados, a virtud de la escritura de 14 de marzo de 1965, cuestión que exige la concreción de la extensión superficial de la mencionada últimamente; en la cual es indudable el interés del actor, porque, de prevalecer lo de la venta a cuerpo cierto, resultaría que los demandados personados adquirieron no sólo las tres hectáreas setenta y cuatro áreas y veintidós centiáreas expresadas en dicha escritura, sino también las seis objeto de la escritura de 21 de febrero de 1968, compradas por el hoy recurrente, y es igualmente evidente que, cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no interviene en el mismo, el ajeno del contrato deja de ser tercero, precisamente porque el beneficio o perjuicio excepciona el aforismo «res inter alios acta aliis neque prodest neque nocere potest» del Código justiniano. El supuesto del artículo 1.302 del Código civil no se verificó en el caso de autos, no obstante lo cual fue aplicado por la Sala de instancia—«Considerando» 3.º—, lo que integra la infracción, por aplicación indebida, de dicho precepto, alegado, al amparo de igual cauce procesal que el anterior, en el motivo primero, que también debe prevalecer.»

En la segunda sentencia confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Puerto del Rosario.

ACCION REIVINDICATORIA: NO SE CUMPLEN SUS REQUISITOS. ACCION DE DESLINDE: REQUIERE CONFUSION DE LIMITE ENTRE LAS FINCAS. ARTICULO 38 LEY HIPOTECARIA Y SUPERFICIE INSCRITA: AUNQUE DICHO PRECEPTO ESTABLECE UNA PRESUNCION «IURIS TANTUM» DE EXACTITUD DEL REGISTRO, SE HA DESVIRTUADO POR PRUEBAS EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El Ayuntamiento de Lesaca presentó demanda contra don José Larralde Martiarena, sobre declaración de propiedad y reclamación de perjuicios, alegando que hace unos años hubo diferencias entre el Ayuntamiento y el demandado sobre la propiedad de una finca sita en el término municipal de Lesaca y paraje de Bagobacarria, llegándose a un acuerdo transaccional otorgándose una escritura ante Notario el 13 de septiembre de 1956. En dicha escritura se reconoció como propiedad de don José Larralde la finca que se describe, y se reconoció como terreno comunal la finca que también se describe, quedando ambas inscritas en el Registro de la Propiedad de Pamplona. Posteriormente, cuando el 7 de febrero de 1970 el Ayuntamiento sacó a subasta un aprovechamiento forestal de árboles de haya y roble, don José Larralde dijo que diecisiete de esos árboles eran de su propiedad. A la vista de ello se hizo una visita a aquel paraje y se comprobó que el cierre abarcaba una extensión superficial superior a la establecida en la escritura pública, y que los diecisiete árboles discutidos estaban en terreno comunal. Suplica se dicte sentencia declarando que es terreno comunal de la propiedad del Ayuntamiento la finca descrita y que el demandado ha invadido una porción de dicha finca, condenándosele a que devuelva esa zona y sea destruido el cierre que llevó a cabo indebidamente, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; declarándose igualmente que las fincas de ambas partes deben ser deslindadas.

El demandado se opone diciendo que la realidad es que desde el primer día lo que ocupó fue lo que se le adjudicó en la escritura de transacción, y así se han podido comprobar las viejas señales hechas en los árboles para fijar los linderos y que no ha habido invasión alguna de terreno ajeno. Formula demanda reconvenzional, para el caso de que se estime la demanda en cuanto a la devolución de la porción discutida, solicitando se declare su derecho a la indemnización correspondiente por los gastos necesarios y útiles hechos en la citada zona.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Pamplona estimó la demanda del actor y también la reconvencción.

Apelada la anterior resolución por el demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona revocó la del Juzgado en todos sus pronunciamientos, a excepción del primero acerca de la finca propiedad del Ayuntamiento, no dando lugar a los demás pedimentos de la demanda ni de la reconvencción.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, destacando los «Considerandos» 3.º, 4.º y 6.º:

«Considerando: Que a igual conclusión desestimatoria hay que llegar respecto a los motivos tercero y cuarto, en los que se invoca la violación de los artículos 348 y 349 del Código civil y de la doctrina legal relativa a los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción reivindicatoria, pues basta observar: a) En cuanto al dominio del actor, que si bien es cierto que la sentencia recurrida, confirmatoria en este punto de la del Juzgado, declara que es terreno comunal propiedad de aquél la

finca cuyo dominio se le reconoce en la aludida escritura de 13 de septiembre de 1956, también lo es que el demandante no ha probado que sea suya porción alguna de la otra finca cuyo dominio se reconoció al demandado en el mismo instrumento; b) En cuanto a la identificación del objeto reivindicativo, que, a tenor de aquella resolución judicial, ni siquiera ha alegado el actor el lugar o dónde pueda encontrarse, dentro de la finca ocupada por el interpelado, la porción que trata de reivindicar, cuya cabida asciende, según afirma, a 33.890 metros cuadrados; c) En cuanto a la posesión o detentación de esa porción indeterminada por parte del demandado, que la Sala sentenciadora también declara probado que ni éste ha invadido terreno propiedad del actor ni el último ha justificado que posea menos tierra de la que en la repetida escritura se le adjudicó en propiedad.»

«Considerando: Que el motivo quinto acusa la infracción por inaplicación del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, motivo que tampoco puede prosperar, pues si bien este precepto establece una presunción «iuris tantum» de la exactitud del Registro Inmobiliario, ningún facto favorable para la reivindicación postulada por la Corporación recurrente puede derivarse de que la finca del demandado no figure inscrita más que con una extensión superficial de 15 hectáreas 95 áreas y 90 centiáreas, toda vez que tras la ponderada y meticulosa apreciación de las pruebas practicadas en el juicio llega el Tribunal «a que» a la conclusión de que en la expresión de dicha cabida se padeció un error, originado, sobre todo, por la defectuosa confección del plano acompañado a la escritura de 13 de septiembre de 1956, que sirvió de título formal para la inscripción en el Registro, y, en concordancia con esta conclusión, llega a establecer como hechos probados, según ya antes se ha indicado, que por parte del interpelado no ha habido invasión unilateral y posterior a la repetida escritura, ni extralimitación alguna al efectuar el cierre de su finca, cierre que realizó ajustándose estrictamente a lo que se le señaló y adjudicó materialmente al verificar la división del predio primitivo, y, que, por su parte, el actor no ha justificado que posea actualmente menos tierra de la que en la misma ocasión se le adjudicó.»

«Considerando: Que también debe rechazarse el motivo octavo y último, que aduce la infracción, por no aplicación, de los artículos 384 y 385 de aquel Código, en primer lugar porque es doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 2 de abril de 1965 y 27 de mayo de 1974, y en las que en ellas se citan que la acción de deslinde requiere, como uno de sus supuestos fundamentales, la confusión de límites entre dos predios contiguos, confusión que no se da en el caso litigioso, según asevera el fallo impugnado, y, en segundo término, porque, como se afirma en el «Considerando» sexto de la sentencia combatida, falta interés en el demandante para el ejercicio de dicha acción una vez desestimada la reivindicatoria, «ya que si solicitó el deslinde fue como medio de diferenciar lo que a él le correspondía una vez que el demandado entregara el exceso de cabida que la Corporación estima no le pertenece y que invadió como de su propiedad, invasión que, como reiteradamente se ha dicho, no efectuó el señor Larralde, el cual se limitó a cercar lo que ya para él se le había delimitado con estacas o mojones.»

NOTA.—Respecto a la actuación del principio de legitimación registral en cuanto a la medida superficial inscrita, véase el comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1974, en este mismo número. La presente sentencia apenas se refiere a ese problema, pero más que excluir del ámbito de la presunción la extensión superficial, presupone su aplicación a la misma, pues destaca que se ha producido una prueba contraria a dicha presunción. Por ello podemos situar esta sentencia junto a la de 18 de marzo de 1967, a la que aludimos en el expresado comentario.

SERVIDUMBRE DE PASO DE VEHICULOS DE MOTOR: LA EXISTENCIA DE UN CAMINO PUBLICO VECINAL NO ES TITULO CONSTITUTIVO DE DICHA SERVIDUMBRE, NI CONSTA OTRO TITULO DE LA MISMA (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Doña María Molina Pérez formula demanda contra doña Rosario Veladez Ledesma y contra aquellas personas desconocidas o inciertas que pudieran considerarse afectadas por los pedimentos de la demanda, versando sobre acción negatoria de servidumbre, estableciendo en síntesis: que la actora es propietaria de una finca rústica, cortijo denominado de «La Higuera», que está libre de cargas y gravámenes, según certificación del Registro de la Propiedad; que tal finca está atravesada, según la descripción del Registro, por un camino de herradura o vereda que se dirige a las huertas La Acedía; que en 1950 la actora abrió en su finca un nuevo camino o carretera con la finalidad de una mejor explotación de su finca, pues permitía la entrada y salida de camiones y demás vehículos de motor hasta la casa, existiendo, por tanto, desde entonces, dos vías de acceso: el carril o camino de herradura y la carretera de la exclusiva propiedad de la actora. Suplica se dicte sentencia declarando que su finca está libre de servidumbre de paso de camiones y demás vehículos de motor, condenando a la demandada a estar y pasar por este pronunciamiento.

Contestada a la demanda con oposición y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 1 de Marbella dictó sentencia estimando la demanda, pero fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que desestimó la demanda, absolviendo de la misma a todos los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara haber lugar al recurso, pues aunque destaca que no ha existido vicio de incongruencia, sí ha habido infracción de los artículos 539, 540 y 546 del Código civil, a través de los «Considerandos» 1.º y 3.º de la primera sentencia:

«Considerando: Que el examen de la sentencia recurrida permite sentar los siguientes antecedentes fácticos: a) la finca de la actora, denominada cortijo de «La Higuera», es atravesada por un camino, que aquella resolución llama *antiguo*, que va en dirección a las huertas de La Acedía, y por otro *nuevo*, abierto por ella en el año 1950, construido en parte paralelo al antiguo, y en parte aprovechando y sobre trazado del mismo; b) el camino antiguo, también denominado «vecinal», que tiene carácter público, permite incluso el paso por él de carretas, y por donde éstas pasaban pueden hoy hacerlo vehículos de motor, y el camino nuevo permite la entrada y salida de camiones y demás vehículos de la clase indicada; c) no consta título alguno constitutivo de servidumbre sobre la parte del camino nuevo cuyo trazado no coincide con el antiguo, ni tampoco consta el reconocimiento de tal gravamen por escritura otorgada por el dueño del predio que se dice sirviente, ni por anterior sentencia firme.»

«Considerando: Que los motivos segundo y tercero acusan, respectivamente, la infracción por violación de aplicación de los artículos 539 y 540 y del artículo 564 en relación con el número 1.º del 339, todos del Código civil, motivos que merecen ser estimados por las razones siguientes: a) Respecto al camino antiguo o vecinal, incluida la parte de él cuyo trazado coincide con el nuevo, si el mismo tiene carácter público, según apreciación del Tribunal «a que» no atacada eficazmente por la recurrente, es obvio que, al ser un bien de dominio público, ya lo sea del Estado (artículo 339 citado) o mejor de la provincia o del pueblo (artículo 344 del mencionado Código), el paso por el mismo no está sujeto al régimen

de derecho privado concerniente a la adquisición de las servidumbres discontinuas, como la debatida en autos, y a la manera de suplir la falta de título constitutivo de dichos gravámenes, como tampoco está sujeto a las normas jurídico-privadas relativas al contenido y goce de las servidumbres, por lo que ese paso no permite afirmar la existencia de uno de tales gravámenes sobre la finca de la actora. b) Respecto al camino nuevo, en la parte cuyo trazo no coincide con el antiguo, el paso por él está sometido, en cambio, a dicho régimen, y como, tratándose de una pretendida servidumbre discontinua, no consta la existencia de título constitutivo de la misma ni que la falta de ese título haya sido suplida por los medios determinados en el artículo 540 de aquel Código, hay que llegar a la conclusión de que está libre la finca de la actora de la servidumbre de paso de camiones y demás vehículos de motor, consideraciones que ya hacen innecesario el estudio del motivo quinto.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima fundamentalmente la demanda, pero deja a salvo el paso por el camino antiguo, que es de carácter público.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA NOVACION PRECISA EL MISMO ACUERDO DE VOLUNTADES QUE SE EXIGE PARA CONTRAER CUALQUIER GENERO DE OBLIGACIONES. EL REEMPLAZO DE PARTE DE LA MAQUINARIA DE UNA INDUSTRIA ARRENDADA HECHO POR EL ARRENDATARIO, NO ALTERA LA CALIFICACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El actor arrendó una fábrica de harinas que venía explotando directamente, al demandado, por cuatro años prorrogables. Contrato que podía ser denunciado por cualquiera de las partes con once meses de anticipación al término de la prórroga. Durante el arrendamiento se inutilizaron ciertas máquinas que fueron sustituidas por otras, propiedad del arrendatario. Al ejercer el arrendador la denuncia del contrato, y negar tal derecho al arrendatario, lo demanda y obtiene el desahucio.

Doctrina de la sentencia.—El objeto del contrato lo constituyó la entrega, por tiempo determinado y precio cierto, del goce de un complejo de elementos materiales, coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, para ser destinados a un uso industrial concreto y específico, y en estado de funcionamiento, que por haber sido creado por el arrendador y estar explotado por él en el momento de la estipulación, contiene los requisitos esenciales para que se aprecie la existencia de la unidad patrimonial con vida propia a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley de 11 de junio de 1964, excluida, en cuanto a las relaciones arrendaticias que de ella dimanen de dicha ley, y sometida a las disposiciones del derecho común.

Si bien es cierto que junto a la novación extintiva los artículos 1.203, 1.204 y 1.207 del Código civil permiten deducir la existencia de otra meramente modificativa, respecto a la cual no se ha negado la posibilidad de acreditarla por medio de presunciones, no lo es menos que esta figura jurídica, en cualquiera de sus fases, precisa para ser válida el mismo

acuerdo de voluntades que los artículos 1.261, número 1.º y 1.262 de dicho cuerpo legal, exigen para contraer cualquier género de obligaciones, debiendo resultar probado con toda claridad el «animus novandi» o voluntad de otorgarla por parte de los contratantes.

El simple cambio o reemplazo de parte de la maquinaria, menaje o mobiliario de una industria arrendada por otros elementos análogos o las aportaciones o mejoras que con relación a ellos haya realizado el arrendatario, no alteran la calificación del contrato ni modifica su naturaleza, siempre que queden subsistentes los demás elementos esenciales que la integran. Una interpretación contraria equivaldría a admitir la renuncia del arrendador a su propia industria, sin deducirla de términos claros, explícitos y terminantes, con lo que se contravendría la doctrina de esta Sala en relación con la renuncia de derechos.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un funcionario del Ayuntamiento que acudía a realizar notificaciones, cayó por el hueco del ascensor de un edificio propiedad de la Organización Sindical, produciéndose la muerte. Su viuda e hijos demandan al conservador de los ascensores, que fue condenado, y a la Organización Sindical, que es absuelta. Recurren los actores solicitando la condena también de la Organización Sindical, pero su tesis no es estimada.

Doctrina de la sentencia.—En opinión de la recurrente debía condenarse a los dos con responsabilidad directa, pues se da entre ellos una relación mercantil o industrial de la empresa y su dependiente, y ese dependiente realiza el daño con ocasión de sus funciones, por lo que ha existido culpa «in eligendo» en la Organización Sindical. Con relación a este motivo, conviene destacar que el invocado artículo 1.903 del Código civil contiene cinco normas específicas diferentes y una general común a todas, pues contempla cinco tipos distintos de relaciones jurídicas originadoras de la responsabilidad de uno de los elementos personales de cada relación. Aun en el supuesto de que pudiera entenderse que la recurrente se refería a la relación del dueño o director de un establecimiento con los dependientes al servicio del mismo, sería muy difícil poder encajar en ella la relación contractual que mantiene la propiedad de un edificio con el encargado oficial del mantenimiento y conservación del ascensor; y en último término, aun admitiendo esa violenta asimilación, la potencial responsabilidad de la propiedad en el caso de autos habría cesado, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del precepto indicado, pues había concertado el servicio con persona oficialmente apta y no había incumplido ninguna de las órdenes de la Delegación de Industria.

CONTRATACION ENTRE AUSENTES (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Huarte y Cía. concertó con Construcciones Hosan la ejecución de una obra. Se discute en el pleito si Huarte se retrasó en tal ejecución y si por tanto está obligada a pagar la indemnización pactada.

Doctrina de la sentencia.—A efectos del cómputo del plazo de ejecución de las obras estipuladas por las partes y de la determinación del

día inicial del mismo, por «fecha del contrato» de autos, no debe entenderse la del documento que encerraba la oferta, sino el día en que se manifestó el consentimiento y se perfeccionó el contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación (art. 1.262 del Código civil), concurso que en el supuesto de contratación entre ausentes no se produce, conforme dispone el párrafo segundo de ese precepto, sino desde que la aceptación llega a conocimiento del que hizo la oferta y siendo así que aquel documento redactado y firmado por Huarte y Cía. el 1 de agosto de 1969, fue remitido seguidamente a la recurrente para que lo aceptase y lo suscribiese, quien lo devolvió con su firma por carta de 21 del propio mes, no pudiendo tener conocimiento la actora de esa aceptación antes del siguiente día 22, es llano que el referido plazo de ejecución no pudo empezar a contarse sino desde el mencionado día 22 de agosto.

CARACTER GENERICO DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia violación por inaplicación del 1.214 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al «onus probandi», de imposible prosperabilidad justo de acuerdo con esta doctrina que es constante y uniforme en destacar el carácter genérico del indicado precepto que le hace inviable a los fines pretendidos de denunciar su infracción si no se relaciona con alguna norma concreta referente a las pruebas que pueda decirse infringida. No puede decirse que se aplica indebidamente un precepto que para nada utiliza ni tiene presente el Juzgador de instancia. Se alega violación por inaplicación de la doctrina legal relativa a los actos propios elaborada por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y debe ser desestimado porque se mezclan cuestiones de hecho relativas a la prueba con apreciaciones jurídicas en relación con la indicada doctrina, que están haciendo supuesto de lo realmente cuestionado y que no es lícito en casación.

EL DEJAR PARA EL PERIODO DE EJECUCION DE SENTENCIA LA FIJACION DE LA CANTIDAD A QUE SE CONDENA A LA PARTE DEMANDADA, NO IMPLICA INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El uso que los Tribunales hagan de la facultad que les concede el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando para el período de ejecución de sentencia la fijación de la cantidad a cuyo pago condenan a la parte demandada, no implica incongruencia a efectos del artículo 359 de la misma ley, porque el primero de los preceptos citados deja dicha potestad al libre arbitrio de los Juzgadores. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala no restringen la aplicación de la mencionada norma legal a los supuestos de que el objeto de la reclamación consista simplemente en el abono de frutos, intereses, daños o perjuicios, sino que la extienden a aquellos otros en que se solicite la entrega de sumas que, aunque concretadas en la demanda, no sean susceptibles de determinarse sin practicar una previa liquidación.

El artículo 1.214 del Código civil, por su carácter genérico, relativo al «onus probandi», no permite el éxito de un recurso de casación en el fondo más que en el supuesto de que se haya invertido en el fondo la

carga de la prueba, pero no cuando, como aquí sucede, lo realmente pretendido por el impugnante consiste en combatir la valoración de la misma.

El artículo 1.285 del Código civil no es aplicable más que cuando los términos literales del contrato no sean claros.

CESION DE CREDITOS: NO EXIGE NINGUN REQUISITO DE FORMA
(SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Conforme tiene reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir, por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda.

La cesión de créditos no se halla sujeta a requisito alguno de forma para que pueda entenderse perfeccionado. La cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligar con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente, y esta doble vertiente que se desprende del artículo 1.527 del Código civil, ajena a la perfección de la cesión, no tiene otro efecto que el expresado liberatorio que para el deudor pueda tener el pago hecho al primitivo acreedor con anterioridad a tener conocimiento de la cesión.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un niño cayó a un pozo que, sin protección de obra alguna, existía en un local o nave comercial, y se ahogó. Los padres demandaron a los propietarios del local, que son condenados.

Doctrina de la sentencia.—El motivo segundo denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil, planteando una cuestión no suscitada por el pleito, cual es la de que «el solo dato de la inscripción registral a favor de los demandados del local en que se encontraba el pozo donde el hecho ocurrió, no puede ser nexo causal exigido por la aplicación del artículo 1.902 del Código civil, que en consecuencia se infringe por aplicación indebida», cuando no es el nexo o relación de causalidad lo que se discute en el pleito, sino que la única cuestión debatida se centra en quién fuera el propietario y poseedor del local en que ocurrió el accidente al tiempo de producirse éste, porque el nexo entre la conducta de éste y el daño causado no se pone en duda por las propias partes.

COSTUMBRE LOCAL: ES PRECISO SE ACREDITE SU EXISTENCIA
(SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Para que sea de apreciar una costumbre o uso local, como fuente supletoria de derecho, a tenor del artículo 6.º, pá-

rrafo segundo, del Código vigente en la época en que el siniestro se produjo, o de su artículo 1.º, número 1, en la redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973, articulada por decreto de 31 de mayo de 1974, sería preciso que su existencia se hubiera acreditado adecuadamente (sentencias de 24 de marzo de 1947 y 24 de febrero de 1962), cosa que no ha sucedido en el supuesto que aquí se contempla.

RETRACTO DE COLINDANTES: DEBE CUMPLIRSE POR PARTE DEL RETRAYENTE LA OBLIGACION INELUDIBLE DE CONSIGNAR EL PRECIO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El colindante de una finca rústica enajenada pretende re-traerla, pero consigna sólo 16.000 pesetas, siendo el precio muy superior. Su demanda no se estimó.

Doctrina de la sentencia.—Siendo requisitos conjuntamente esenciales para que pueda darse curso a las demandas de retracto, conforme a los claros y precisos términos del artículo 1.524 del Código civil, el de que se interponga dentro de nueve días contados desde la inscripción de la venta en el Registro, y en su defecto desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta, y el de que se consigne el precio, si es conocido, o, si no lo fuere, que se de fianza de consignarlo luego que lo sea, siendo el acto conciliatorio deducido en el plazo preclusivo que la ley señala, medio idóneo y modo adecuado de ejercitar aquel derecho, ya que sustituye a los efectos que se persiguen a la interposición de la demanda, hasta el extremo de que si en él hubiere avenencia, quedaría realizado el retracto, debe cumplirse por parte del retrayente la obligación ineludible de consignar el precio, o en su caso la de prestar fianza, requisitos que no concurren en el caso de autos, al haber caducado la acción, al intentarse extemporáneamente el acto de conciliación, aparte de la notoria insuficiencia del precio, que por desconocido, cosa extraña dadas las relaciones de parentesco que unían a los litigantes, fue calificado en la demanda previa de fianza y mucho más tarde elevado diez veces en su cuantía.

TIENE CAUSA ILICITA UN DOCUMENTO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA HECHO PARA ENCUBRIR EL PAGO DE UN SOBREPRECIO O PRIMA EN LA VENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Fernando y don Pedro firmaron un documento por el cual el segundo reconocía deberle cierta suma al primero. Como no la abonó, don Fernando demanda a don Pedro, pero no prosperó la demanda pues tal cantidad constituía la prima por la venta de cuarenta viviendas de porteccción oficial.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.275 del Código civil establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral; en el caso de autos ha de llegarse a la conclusión de que el origen o causa del reconocimiento de deuda que se lleva a cabo no es un adeudo consecuencia de distintas operaciones mercantiles, sino que encubre un sobreprecio de la suma de 35.000 pesetas por vivienda de un contrato de com-

praventa de cuarenta viviendas subvencionadas, construidas al amparo de la legislación de viviendas de protección oficial, de donde surge la ilicitud de la causa, pues el artículo 29 del texto refundido de la Legislación de Viviendas Protegidas establece ya la prohibición absoluta de percibir cualquier precio o prima en la venta de viviendas de renta limitada de protección oficial, y a través de los elementos expresados se ha tratado de ocultar el verdadero origen del adeudo, causa de aquellos, con la finalidad de burlar la prohibición legal, preparándolo cuidadosa y premeditadamente, con vista a producir la confusión o duda en los Juzgadores que pudieran ser llamados a resolver si se planteara algún día contienda sobre la efectividad civil del crédito en cuestión, sin que el hecho de que dichas infracciones puedan ser objeto de sanción en la vía administrativa, pueda impedir que cuando las reclamaciones que se produzcan por los interesados se funden en títulos del orden civil, cual sucede en el presente caso, sea esta jurisdicción la llamada a conocer de las mismas y juzgar sobre su efectividad y validez con arreglo a los preceptos de este orden.

EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL ES APLICABLE AL CASO DEL DUEÑO DEL TERRENO QUE SE CONVIERTE EN SU PROPIO CONTRATISTA. LOS COMPRADORES DE LAS VIVIENDAS Y LOCALES TIENEN CONTRA EL LA ACCION ESTABLECIDA POR ESTE PRECEPTO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.591 del Código civil fue promulgado en época en que la relación jurídica normal que ofrecía la construcción de edificios era la derivada del contrato de empresa, que concertaba el dueño del terreno con un empresario constructor, vulgarmente denominado contratista, y establecía la obligación de éste de responder a aquél de los daños y perjuicios que se deriven de la ruina del edificio «por vicios de la construcción si aquélla tuviera lugar dentro de los diez años contados desde que se concluyó», pero ello, sin embargo, no es óbice para que tal precepto se aplique a situaciones o relaciones jurídicas que con aquélla guarden analogía y no se hallen regulados de modo específico por la norma; esto ocurre con la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio contratista y concierta contratos separados con los diferentes gremios que han de intervenir en la construcción, para vender los locales y viviendas que la integran; no podrá alegar que como no ha celebrado un contrato de obra con un único empresario, ya no podrá hablarse de contratista responsable, pues ello equivaldría a permitir un fraude a la ley, porque en supuestos tales aquel primitivo propietario del terreno que construye indirectamente por medio de los múltiples gremios que él coordina, asume en realidad la cualidad de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto, frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida, y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que con semejante tesis y la argumentación de que el comprador no tenía contra él más acción que la de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.490 del Código Civil, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el artículo 1.591, para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal que la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieran transcurrido diez años desde la conclusión de la obra.

HAN DE RECHAZARSE LOS RECURSOS FUNDADOS EN DISPOSICIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Ha de tenerse en cuenta que no es dable en el recurso de casación la invocación de infracción de normas que se refieren a materias extrañas a la competencia de esta Sala, y por ello la jurisprudencia reiterada ha rechazado constantemente los recursos fundados en disposiciones de carácter administrativo, como lo es este Reglamento que al recurrente le sirve de base para el motivo.

LA ELECCION PARA EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE UN EDIFICIO CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL QUE RECAIGA EN PERSONA QUE NO ES PROPIETARIO, NO ES UN ACTO NULO SINO ANULABLE (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El presidente de una Comunidad de Propietarios de un edificio demanda a los constructores-vendedores del mismo por la mala calidad de la construcción, que motivó la ruina de la edificación. Proseguó la demanda a pesar de los argumentos defensivos de los demandados, que sostenían que no estaba legitimado el presidente para actuar, por no ser propietario.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 4.º del Código civil establece un principio general que se ha de aplicar en concordancia con las normas que regulen cada institución, normas que en presente caso son las contenidas en el artículo 12, párrafo 1.º, y norma 4.ª de la Ley de Propiedad Horizontal, de cuyo contexto claramente se advierte que si bien el acuerdo de los copropietarios eligiendo para el cargo de presidente de la Comunidad a persona que no tenga la condición de propietario es un acto contrario a la ley, tal acto no es nulo «ipso iure» o de pleno derecho, sino simplemente anulable a través de la oportuna impugnación ejercitada por los propietarios disidentes, puesto que éstos son los efectos que atribuye a la contravención el indicado artículo 16, norma 4.ª, y como en el caso de autos tal impugnación no se ha producido, es llano que el acuerdo de los propietarios del inmueble a virtud del cual fue elegido el presidente de la Comunidad de Propietarios es ejecutivo, y que por ende está legitimado para promover con tal carácter la demanda inicial de este pleito.

El comprador tiene acción contra el vendedor-constructor para exigirle el cumplimiento de la obligación que deriva o tiene su origen en un precepto legal, el artículo 1.591 del Código civil.

INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El escrito de contestación a la demanda pone de manifiesto que los demandados reconocen deber a la entidad demandante la cantidad que resulte ser la ajustada a los suministros reales de piensos, la determinación de cuya cantidad requiere, a su juicio, la oportuna liquidación y prueba, por que es visto que la sentencia recurrida, al desestimar en su integridad la demanda, niega a la actora in-

cluso ese derecho admitido en la contestación, apartándose así de los términos en que el debate se desenvolvió, e incurriendo con ello en el vicio de incongruencia que se denuncia.

CONTRATOS: INTERPRETACION (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Reiterada doctrina jurisprudencial viene estableciendo que siendo los términos de un contrato claros y no ofreciendo dudas sobre la intención de los contratantes, se estará, por imperativo del artículo 1.281, 1.º, del Código civil, al sentido literal de sus cláusulas, disposición ésta primordial, cuya observancia se impone, siempre que el texto contractual ofrezca esa claridad que la ley exige. No es admisible, en buena técnica hermenéutica, aquella deducción que respecto a defecto de redacción de las cláusulas del contrato y consiguiente oscuridad y contradicción de las mismas, se contiene en la sentencia recurrida, cuando resulta perfectamente clara su interpretación racional, desde el momento que no ofrece dificultad alguna extraer de la simple lectura de aquellas condiciones todas las circunstancias que deriven de las mismas.

RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Resulta acreditado la aprobación del plan general de urbanización y dentro del mismo figura dicha finca, que por ello tiene el carácter que por el Tribunal se le atribuye. Permaneciendo inalterado el carácter de urbana de la finca retraída, han de perecer los motivos, ya que no existe la interpretación errónea del artículo 1.523 del Código civil denunciado, por no ser rústica la finca y faltar por tanto dicho requisito.

DOCUMENTOS AUTENTICOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El motivo no puede prosperar por no tener el carácter de documentos auténticos en casación los aducidos en apoyo del invocado error de hecho, al no hacer por sí mismos prueba de su contenido, sin necesidad de deducciones, análisis, interpretaciones o hipótesis y no contradecir textual o claramente lo afirmado por la Sala sentenciadora, mostrando así haber ésta incurrido en equivocación evidente, no siendo documentos auténticos los dictámenes periciales, ni las facturas que se han examinado y valorado por el Tribunal «a quo», y menos cuando han sido objeto de apreciación conjunta con los restantes medios de prueba.

GRUPO SINDICAL: SEPARACION VOLUNTARIA DEL MISMO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Tratándose de la separación voluntaria de un miembro de un grupo sindical, que en ese momento sólo tiene pasivo y al que nada ha aportado el miembro dado de baja, carece de sentido

toda reclamación contra el grupo y más cuando éste le ha exonerado de toda responsabilidad en las cargas contraídas; fueran cuales fueran las ganancias que el día de mañana tuviera el grupo, de las que, de haber continuado en él les corresponderían a los recurrentes en la proporción que fijara el contrato que los agrupó, lo indudable es que en el momento en que voluntariamente pidieron la separación no había ganancias de ninguna clase, sino deudas, de las cuales por voluntad de todos se les exoneraba.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO. INHABILIDAD DE TESTIGO. CARACTER PERSONAL DE LA ACCION.—LEGITIMACION PASIVA. Artículos 694 y 705 del Código civil (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

La acción de nulidad es personal. No puede declararse la nulidad sin estar demandados todos los herederos. No está legitimado pasivamente el Notario autorizante si no se alega su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

Otorgados sendos testamentos notariales abiertos por marido y mujer mejorando a unos hijos, revocatorio de otros anteriores en los que los instituían por partes iguales, y resultando posteriormente probado que uno de los testigos, al tiempo del otorgamiento, era cuñado de uno de los hijos mejorados e instituidos herederos, el Juzgado de Primera Instancia de La Orotava estimó la demanda interpuesta por los hijos no mejorados y declaró la nulidad de los testamentos conteniendo la mejora y la validez de los anteriores en que se disponía igualitariamente; sentencia que fue confirmada por la de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, por la parte demandada y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, conforme a las consideraciones que a continuación se exponen:

Que la figura jurídica del litis consorcio pasivo necesario se caracteriza, según la sentencia de 6 de abril de 1977, por su finalidad de obtener una resolución única para todos, por tratarse de una sola pretensión que a todos afecta, no sólo porque el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieran ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de los interesados, con el peligro de condenar a una persona sin ser oída, por lo que no puede declararse la nulidad o validez de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, que son los instituidos herederos en el mismo cuya revocación o vigencia se discute, pues en la acción de nulidad de un testamento están legitimados pasivamente todos los favorecidos en él, y los contadores partidarios, bastando con demandar a los herederos instituidos para cumplir con su llamamiento las condiciones requeridas para establecer una perfecta relación procesal, según declaran las sentencias de 12 de julio de 1935.

Que siendo la acción de nulidad del testamento fundamentalmente personal, por ser forzoso dirigirla contra los interesados, según el mismo

testamento, en sostener su validez, es evidente que, cuando se inste la nulidad por el defecto de ser inhábil uno de los testigos instrumentales, sin alegarse malicia, negligencia o ignorancia inexcusable del Notario que le autorizó, en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que muy bien pudo obedecer a la actuación del mismo testador o de los testigos, por lo que, al no tener interés en la validez del testamento, no debe ser demandado, al no concurrir las circunstancias especificadas en el artículo 705 del Código civil, puesto que el mismo es aplicable cuando dichas circunstancias son las determinantes de la nulidad pretendida.

COMENTARIO.—Realmente es preocupante el tema que plantea esta sentencia y que late en todo el trasfondo del asunto, relativo a la diligencia a emplear por el fedatario para asegurarse de la idoneidad de los testigos. En la mayoría de los casos, los testigos son propuestos por los propios testadores o los parientes de éstos, a quienes hay que advertir muy especialmente acerca de todas las causas de inhabilidad en lenguaje llano y comprensible. Atendiendo a esta y otras circunstancias, tales como la dificultad de encontrarlos, ya sea en lugares apartados, ya, incluso, en las propias capitales, debido a la acusada falta de solidaridad con el prójimo y sus problemas y al temor de verse con ello comprometido, a la falta de conocimiento real por el Notario de esos mismos testigos o, en su defecto, a la falta de ese conocimiento de los testigos respecto al testador y viceversa, viniendo a ser no unos colaboradores, sino unos «invitados de piedra», etc., etc., hubo ya voces autorizadas que, hace años, abogaron por su supresión en los casos normales al menos. Así, Vicente Fausto Navarro, siendo Notario de Huesca, insistió en ello, propuesta que fue comentada favorablemente en las páginas 57 a 59 de la revista «La Notaría», correspondientes al número 6, en el año 1929; y en el año siguiente la misma revista volvió a machaconear en lo mismo (número 3, páginas 181 y siguientes), habiendo sido luego la cuestión repetida hasta la saciedad, indicando la conveniencia de tal supresión, ya que, en definitiva, ninguna garantía añaden y son un potencial peligro desde el punto de vista de la nulidad formal del documento, como se comprueba en el presente caso (Cfr., BLOCH RODRÍGUEZ: *Los testigos en los testamentos notariales*, «R. D. N.», núm. 16, págs. 353-390; núms. 17-18, págs. 315-331; «La Notaría», 1929, núm. 8, *Hacia la supresión de los testigos instrumentales*, páginas 78-81. J. BOLLINI: *Testigos instrumentales. Necesidad de su reforma*, «A. D. C.», II, 3, 1949; «Boletín Informativo del Ilustre Colegio Notarial de Granada», año 1966, pág. 335; año 1958, pág. 544. E. TAULET: *Los testigos en los testamentos notariales*, «R. D. P.», 1940, págs. 52-54).

**TITULOS NOBILIARIOS. INALIENABILIDAD. IMPRESCRIPTIBILIDAD.
MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).**

La posesión cede ante el mejor derecho al título.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando: Que por el primer motivo del recurso, amparado en el nuncio exceso en el ejercicio de la jurisdicción por la Sala sentenciadora, número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deduciendo, después de agotar la que le corresponde, al declarar el mejor de-

recho del actor, adiciona la condena del demandado a guardar perpetuo silencio en cuanto al tema del mejor y preferente derecho del actor y a abstenerse de cualquier pretensión a titularse en lo sucesivo Conde, de O, más teniendo en cuenta que esta fórmula, un tanto arcaica y anacrónica, si se quiere, que tuvo su origen en las acciones «ad silencium imponi», esto es, para la imposición de silencio perpetuo, y no constituye sino un estadio en la evolución de la acción declarativa, que se recoge en nuestra Ley de Partidos, en su forma de acción de jactancia o provocatoria, para que aquel que se vanagloria de una situación o difama la de otro promoviese el correspondiente procedimiento, condenándole, en otro caso, a perpetuo silencio, hoy no es otra cosa que la de una mera fórmula de rancio medievalismo que ha venido manteniéndose no obstante su ociosidad, dado el grado y eficacia que hoy tiene la acción declarativa, sin más significación que el de la tutela jurídica que se reconoce a la situación que se declara en la sentencia, implícitamente equivalente a que al demandado no le asiste el derecho que venía ejercitando, siendo éste el único sentido y alcance en el que puede admitirse dicha parte dispositiva del fallo de la sentencia recurrida, no puede decirse constituya extralimitación de jurisdicción, conociendo el Juzgador de asunto que no fuere de la competencia judicial, determinada por la materia que es objeto de litis, lo que hace decaer este primer motivo.

Considerando: Que por el motivo sexto del recurso, de preferente examen a sus anteriores al ampararse en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho, con cita como infringida de la doctrina que se contiene en las sentencias que se reseñan, y que se hace consistir en no darse una conexión congruente entre el hecho básico y la consecuencia que el Juzgador deduce, como lo es, el que por no existir en los autos constancia de la Real Carta de creación y de que se concediera al causante del demandado Carta de sucesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho y no licencia o autorización de uso de un título extranjero, se concluya que el Conado de O sea título castellano; mas aparte de que dicha doctrina que se da como infringida, sin especificar el concepto en el que lo sea, no hace sino abundar cuanto dispone el artículo 1.253 del Código civil, respecto a aquel enlace preciso y directo según las reglas del entendimiento humano, es que el Juzgador de instancia, para llegar a la conclusión de ser el título de nobleza Conde de O castellano, no lo cifra en sólo la deducción de dichos dos hechos, sino en la prueba directa de otros que da por probados, y así, teniendo en cuenta la falta de aportación a los autos de la Real Carta de creación, frente a la simple creencia que alega el demandado, de haber sido otorgada por Felipe IV como III de Portugal, a favor del caballero portugués don V. de M. en contemplación a su matrimonio con doña J. de C. y M. y como dote de ésta, se da por contradicho por los hechos probados de ser el título concedido por Felipe IV de España y no como III de Portugal, siendo aquél el correspondiente a la dinastía española, así como el que después de la independencia de Portugal, respecto a la persona de Felipe III, quedando al servicio de la independizada nación y a la de sus nuevos reyes portugueses dicho caballero, los de España titularon Condes de O a varios descendientes españoles de aquel matrimonio entre don V. de M. y doña J. de C., de cuyo título se concedió Carta de sucesión al causante del demandado, lo que, en el sentir del Juzgador, implicaba tratarse de un título del Reino, pero aun si se estimase que de este último hecho se dedujera aquella consecuencia, que lo habría de ser abundando en los hechos anteriores, al no caber combatirla por esta vía utilizada, el motivo habría de ser desestimado; desestimación que implica la del segundo, tercero y cuarto de los motivos, en los que el recurrente trata de que se atribuya a tal mencionado título el de naturaleza portuguesa, el primero de éstos, al denun-

ciar la violación del artículo 1.214 del Código civil, cuando es visto que el Juzgador de instancia se atuvo al principio del «onus probandi» que dicho artículo sanciona; el segundo, porque si, como se da por probado, el título se concedió por monarca español a caballero portugués, si bien quedase al servicio de Portugal y al de sus reyes, cuando se separa de la obediencia a Felipe III (1 de diciembre de 1640), que lo era IV de España, continuándose en descendientes españoles, para más tard ser rehabilitado precisamente en ascendientes del demandado, sin necesitar de su revisión y tramitación correspondiente a títulos extranjeros, a la que se refiere el artículo 30 de la ley de 4 de mayo de 1948 y 2.º del decreto de 4 de junio siguiente, puesto que aunque Portugal estuviese bajo la dinastía de los Austria, de Felipe II a IV, como reyes de dicha nación I, II y III, no fue nunca territorio español, de ahí que no sean de aplicación al supuesto de autos dichos artículos y consecuentemente se diga que hayan sido violados; y tercero, cuarto de los indicados, porque si, como se ha expresado, el Condado de O es tenido por dignidad castellana, ni el Juzgador violó los anteriormente indicados preceptos ni aplicó indebidamente el artículo 17 del Real Decreto de 17 de mayo de 1912, del que sólo puede entenderse se hace implícita referencia como argumento a mayor abundamiento, para señalar que al no tratarse de supuesto comprendido en el mismo la conclusión ha de ser a la que se llega por el Juzgador.

Considerando: Que conforme a la legislación secular que normativa cuanto a grandezas y títulos de nobleza se refiere, restablecidas, después de su abolición por decreto de 1 de junio de 1931, por ley de 4 de mayo de 1948, interesa destacar como notas más características las de su inalienabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 13 de la ley de 11 de octubre de 1820, e imprescriptibilidad a través de su transmisión por ministerio de la ley, conforme dispone la ley 45 de las de Toro, por la que al «óptimo poseedor corresponde el mejor derecho frente a cualquier poseedor de hecho, al que no cabe calificar sino de precarista y por tanto sin poder usucapir, cualquiera que fuere el tipo de posesión, y como el Juzgador de instancia da por probado por el actor toda su ascendencia por línea directa hasta remontarse a los primeros Condes de O, cuyo título fue transmitido hasta llegar como tronco común y actor y demandado doña M. de P., que casó con don J. M. de A., de cuyo matrimonio tuvieron dos hijos, una hembra, doña M. J. A. P., que casó con don J. M. C., que es la cabeza de la estirpe del demandado, y un varón, don J. C. de A. y P., cabeza de la estirpe del actor, pues este señor contrajo matrimonio con doña M. C. F. M., cuyo hijo don M. A. F. M., casó con doña M. A. D., los que tuvieron una hija, doña C. A. D., que contrajo matrimonio con don G. H. B., uno de cuyos hijos casó con doña I. C. F., de cuyo matrimonio nació don M. H. C., que casó con doña E. de R. M., padres del demandante, y si por tanto de dicha genealogía aparece, como el título se transmitió «ipso iure», esto es por ministerio de la ley, hasta llegar al hoy actor, por lo que permite calificarle de óptimo poseedor, no puede verse afectado en su mejor derecho al título por la posesión o aprehensión de hecho o material de otra persona, en el caso de autos por la del demandado, cuya posesión tiene que ceder ante la de dicho óptimo poseedor, sea cualquiera el tiempo que haya transcurrido en dicha posesión, nunca apta para usucapir, conclusión a la que llega el Juzgador de instancia al estimar la demanda, es claro que ni aplicó indebidamente la ley 45 de Toro, ni violó el artículo 1.930 en su párrafo 2.º del Código civil, ya que aquella imprescriptibilidad, a la que se hizo referencia, determina, por un lado, el que el poseedor de hecho que no tenga la posesión civilísima no puede perderla porque en verdad está poseyendo, y no pudo producirse la prescripción extintiva aunque no tenga la posesión de hecho, luego no siendo de aplicación al supuesto de autos dicho párrafo 2.º del artículo 1.930 del Código civil, no puede decirse haya sido

violado, por lo que ha de decaer el quinto de los motivos del recurso; sin que tampoco sea de admitir el que, por tratarse de título concedido en territorio que dejó de pertenecer, o sustraído de la soberanía española, se rija por las normas que en el mismo regula la prescripción, cuando es lo cierto, y por notorio así cabe afirmarlo, Portugal no fue nunca territorio español, y no menos cierto, por probado, que el título se transmitió a españoles en territorio de la soberanía de Felipe IV, después de la caída de su reinado como Felipe III de aquella nación.

Considerando: Que igual suerte adversa a la de sus anteriores ha de corresponder a los motivos séptimo y octavo del recurso, el primero de ellos al denunciarse por la vía del número 1, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo 29 del decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, y que se relaciona con el 504 y 506 de dicha ley procesal, con lo que se viene a combatir, por cauce inadecuado, la prueba de la filiación del actor, a la vez de acusarse la posible existencia de vicios procesales inoperantes en este recurso; y en cuanto al segundo, porque al acusarse la violación de la pragmática de Carlos I de 22 de diciembre de 1534, y aunque pudiera suscitarse el problema de su vigencia, al no ser hoy los títulos nobiliarios sino simplemente honoríficos, una vez perdido su carácter patrimonial suprimidas las exacciones que antes comportaban, es que, como se afirma en la recurrida sentencia, «el demandado no ha aportado a los autos prueba alguna de la concurrencia de las circunstancias que pudieran determinar la aplicación de dicha pragmática».

PARTICION. CONTADOR-PARTIDOR. CARACTER. PLAZO. Artículos 894 y 897 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1974).

El artículo 894 del Código civil se refiere sólo a los que sobreviviendo al testador sean capaces, compatibles, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo.

El plazo para desempeñar el cargo se cuenta desde que conoce la muerte del testador y su nombramiento.

La cuestión relativa al conocimiento es de hecho, incluida en el artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de casación.

Pretendida la nulidad de las operaciones particionales en razón a haberlas realizado fuera de plazo uno de los contadores-partidores, habiendo fallecido otro y subsidiariamente que se declarase rescindida la partición por lesión en más de la cuarta parte, el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, estimando parcialmente la demanda, declaró rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y la obligación de que el demandado beneficiado por ella indemnizase al actor perjudicado en la suma de 17.844 pesetas, sentencia que confirmó la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por el actor y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al mismo, conforme a los siguientes razonamientos:

Considerando: Que aunque nuestro Ordenamiento civil admite la institución de los Testamentarios, Contadores, Partidores o Comisarios, no los regula debidamente, limitándose a disponer, en el artículo 1.057 del respectivo Código, que «el testador podrá encomendar por actos inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de

hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos»; no determina, por consiguiente, ni la naturaleza del cargo ni especifica las clases, ni señala siquiera el plazo dentro del cual deben desempeñar su cargo, ni los derechos y deberes de los designados, ni las maneras de extinguirse dicho cargo, en cuanto a cada uno de los individualmente designados, ni en cuanto al órgano colegiado cuando se organiza con carácter pluripersonal.

Considerando: Que, por ello, la jurisprudencia, en su función integradora, vino a llenar parte de esas lagunas, proclamando, con carácter general, que esa especie de mandato especial post mortem guardaba cierta analogía con el cargo de albacea, y, por tanto, que le eran aplicables las disposiciones que regulan éste, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de aquél —sentencias de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero y 13 de noviembre de 1912, 23 de octubre de 1923, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947.

Considerando: Que, por lo tanto, el organismo particional, al igual que el albaceazgo, podrá ser unipersonal o colectivo, y en este último supuesto los designados podrán venir llamados para actuar sucesivamente —unos en defecto de otros—, o para actuar simultáneamente, pudiendo, a su vez, éstos estar designados con carácter mancomunado simple, o con carácter llamado «solidario» (artículo 894 del Código civil, aplicable por analogía a los Contadores, según la doctrina jurisprudencial que queda aludida).

Considerando: Que el trasplante al Derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el Derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la mancomunidad solidaria que se predicen de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuida a unos albaceas o a unos Contadores, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem.

Considerando: Que para poder calificar debidamente la naturaleza de los Contadores designados por la causante de este litigio, se hace necesario tener en cuenta que la cláusula de designación dice literalmente: «nombra Contadores-partidores de su herencia, con amplias facultades, a don Constantino López Yáñez, cura párroco de Revelle, y a don José López López, de Outerio, vecino del expresado Recelle, prorrogándoles el plazo por todo el tiempo necesario».

Considerando: Que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 897 del referido Código vici, y toda vez que no se establece claramente la solidaridad, ni se fija el orden en que deben desempeñar su cargo, «se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los artículos anteriores», es decir, que «sólo valdrá lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos, legalmente autorizado por lo demás, o lo que, en cada caso de disidencia acuerde el mayor número».

Considerando: Que la recta interpretación de esta última norma —tanto para los albaceas como para los contadores— aconseja entender que la mayoría o la unanimidad a que se refiere, es la que se exterioriza solamente por los *supervivientes* que sean *capaces*, no tengan *incompatibilidad*, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo; ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano particional a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se

privaría de seguridad jurídica a una institución nacida, precisamente, para procurar ésta.

Considerando: Que si acudimos a nuestro Derecho histórico tradicional comprobamos que, efectivamente, cuando eran varios los Contadores designados, valía lo que hiciesen los que tenían capacidad para realizar la partición, ya que, como decía la Ley 6.^a del Título X de la Partida 6.^a, «si muchos fueren los testamentarios en cuya *mano* denare alguno su testamento, todos deben ser en uno para cumplirlo, si pudieren en aquella manera... Pero si acaesciere que todos lo pueden y ser o no quieren, lo que ficiere los dos o el uno, debe valer maguer los otros no se acierten»; y siguiendo esa tradicional doctrina, el propio proyecto de 1851 prescribía que cuando son dos o más los albaceas, y no pueden o no quieren intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número, aunque sea uno sólo.

Considerando: Que nuestra antigua jurisprudencia se manifestó de acuerdo con tal doctrina, siendo ejemplo de ello la sentencia de 18 de junio de 1864, que declaró «que si son tres los albaceas nombrados, la incapacidad de uno no basta para privar a los otros de sus facultades», y la de 18 de marzo de 1865, que estableció que «si la mayor parte de los albaceas designados no quisieran o no pudieran desempeñar el albaceazgo, podrán hacerlo los que queden».

Considerando: Que este Tribunal Supremo, posiblemente teniendo en cuenta estos antecedentes históricos, siguió en esa línea tradicional, siendo ejemplo de ello los siguientes fallos: a) la sentencia de 14 de mayo de 1891, que se enfrentó con una cláusula en la que la testadora nombraba tres ejecutores testamentarios, a los cuales —decía— «doy pleno poder y facultad de cumplir este testamento», y cuya sentencia proclamó que «ni de la llana inteligencia de las palabras de la testadora en la cláusula, ni del sentido general del testamento puede deducirse que fuera la voluntad de aquélla dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas si los otros dos no aceptaban o habían muerto»; b) la sentencia de 18 de junio de 1899, que estableció que «siendo tres los albaceas nombrados mancomunadamente, los actores constituyen la mayoría, a la que expresamente se confieren en el testamento las más amplias facultades, y entre ellas la de enajenar los bienes para la ejecución de lo ordenado en el mismo, y porque si en caso de disidencia entre los albaceas mancomunados debe prevalecer el voto de la mayoría, según el artículo 895 del Código, lo que ésta acuerde dentro del círculo de sus facultades es válido, aunque dejen de concurrir a la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo; y c) la sentencia de 24 de mayo de 1954, que casó un fallo de apelación que había declarado nula una cláusula testamentaria porque en ella se había designado Contador al Notario autorizante del testamento en unión de otra persona, sentando este Tribunal de marzo de 1970, cuando el testador había fallecido en 18 de enero de 1961.

Considerando: Que en el desarrollo de este motivo y en defensa de su estimación, se alega: a) que la sentencia impugnada para rechazar la pretensión de nulidad fundada en haber sido practicada después de dos años del fallecimiento del testador, se basa en que los demandantes no han podido probar que el señor López Yáñez tuviera conocimiento de su nombramiento un año antes de haber llevado a cabo dicha partición; y b) que esto constituye un tema estrictamente jurídico, en el que basta tener en cuenta la fecha del fallecimiento del testador y la fecha en que la partición se realizó, para obtener la conclusión de que dicho plazo está caducado.

Considerando: Que realmente el problema que se plantea en este motivo del recurso es el relativo a la determinación inicial en que comienza a correr el plazo para que el Contador pueda ejercer su cometido, pues mientras los demandados y los Juzgadores de instancia sostienen que es

aquel en que, ya fallecido el causante, llega a conocimiento del Contador su designación; por el contrario, el demandante alega, ahora, en su recurso, que dicho plazo comienza a correr desde el fallecimiento del testador, sin que al impugnante de la partición realizada le incumba probar que el designado tenía conocimiento de tal designación.

Considerando: Que al argumentar de este modo el recurrente olvida: a) que cuando planteó su demanda sostenía en apoyo de su pretensión anulatoria de las particiones, «que el señor López Yáñez conocía perfectamente su nombramiento, incluso antes del fallecimiento del causante» —folio 33 vuelto de los autos del Juzgado—, y que «al conocer su nombramiento, a patir desde ese mismo instante comienza a contar el plazo en que ha de realizar las operaciones particionales», por lo que ahora no puede alterar tal alegación; b) que la sentencia de primer grado, aceptada por la de apelación, proclama que no resulta acreditado aquel extremo tan transcendental, y esta afirmación no ha sido combatida; y c) que la sentencia de segundo grado recalca, además, que ese conocimiento ha de revestir siempre «una constatación probatoria muy caravterizada, conocimiento que no se justifica en los autos haber obtenido el señor López Yáñez», y cuya apreciación no se atacó por el debido cauce.

Considerando: Que el momento inicial del plazo para que el Contador pueda realizar la partición no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código civil, pues si así se entendiera se vendría a dejar a merced de aquél la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho Contador de su designación, porque ésta, por sí sola, no le faculta para actuar, sino que su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior.

Considerando: Que en el caso de autos, estimándose probado por la sentencia recurrida que el Contador señor López Yáñez no tuvo conocimiento de su designación hasta un año antes de proceder a la práctica, y no habiéndose combatido por la vía procesal adecuada —la del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— tal afirmación fáctica resulta evidente que la ha realizado dentro del plazo legal, por lo que también el segundo motivo del recurso tiene que decaer.

COMENTARIO.—Trata esta sentencia con encomiable claridad una serie de cuestiones, algunas de las cuales ya habían sido objeto de estudio por el propio Magistrado Ponente en la «Revista General de Derecho» (*Los llamados contadores solidarios. Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación*, en «R. G. D.», enero-febrero 1958, págs. 12-21, y marzo, págs. 258-279), y que pueden sintetizarse así:

1.ª *Aplicación a los contadores-partidores de las normas relativas al albaceazgo*.—Es cuestión ya admitida pacíficamente en la doctrina y reiterada por la jurisprudencia. Muchos estudios, en sus mismos enunciados, hacen referencia a ello (v. gr.: VALLET, J.: *Intervención de albaceas y de contadores-partidores testamentariamente designados, habiendo un solo heredero actual sujeto a fideicomiso condicional y varios legatarios*, «A. D. C.», vol. XII-1, 1959, págs. 273-280. J. BATISTA: *Estudios sobre la ejecución testamentaria*, «R. D. P.», marzo 1970, págs. 215-243; abril 1970, páginas 307-344. A. WEILL: *Personnes ou autorités a qui peut être conférée la charge d'administrer la succession et de procéder au partage*, en «Estudios de Derecho Contemporáneo», II, págs. 145-174; *Administradores, curadores, ejecutores, contadores-partidores y árbitros en la sucesión por causa de muerte*, en «La Notaría», septiembre 1963, págs. 109-130). Naturalmente, desde el punto de vista conceptual, histórico y por sus respec-

tivas funciones se distinguen perfectamente todos esos cargos (Cfr. M. GÍTRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, 1950, página 149, especialmente).

2.^a *Especial sentido en que puede hablarse de mancomunidad y solidaridad; presunción favorable a la primera.*—En este último punto, la interpretación que la sentencia da al artículo 895 del Código civil puede calificarse de benévola, por cuanto la exigencia de que habla el precepto sólo se predica o entienda referida a los que efectivamente han entrado o están dispuestos a ejercer su cargo («lo hayan aceptado y quieran desempeñarlo»). En refuerzo de este punto de vista cita precedentes históricos y precedentes jurisprudenciales. Ello obliga a perfilar netamente cuál sea la voluntad del testador, pues éste puede disponer que en el supuesto de que, por cualquier causa, no puede tener lugar esa actuación conjunta, quedará sin efecto el nombramiento a favor del otro o de los otros. Piénsese en el deseo de un recíproco control.

3.^a El momento inicial en que comienza a correr el plazo de «prescripción» para el ejercicio del cargo es el determinado por la concurrencia de los dos requisitos consistentes en: conocimiento de la muerte del testador y conocimiento de su nombramiento.

En este punto cabe entender que el plazo comienza a contarse:

a) De manera fatal y automática desde que ocurre la muerte del testador, pues se presume el conocimiento por el contador-partidor o, al menos, existe para éste la posibilidad de enterarse de su nombramiento. Desde el punto y hora que existe un Registro General de Actos de Última Voluntad podría aplicarse la doctrina general de la publicidad registral a los actos de última voluntad que constan en dicho Registro.

b) Desde que el nombrado ha expresado o dado a entender con su actuación que acepta el cargo, según una interpretación literalista del artículo 904, inciso primero, del Código civil. La sentencia rechaza esta solución, dando como argumento «que si así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquél —del contador, albacea, etc.— la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio». Parece olvidarse que los herederos o los interesados en la herencia tienen un medio muy sencillo para evitar esa indeterminación, consistente en requerir al albacea, contador-partidor, etc., para que manifieste si acepta o no el cargo, en el bien entendido que «se entenderá aceptado si no se excusa dentro de los seis días siguientes...» (artículo 898 del Código civil).

c) Desde que el nombrado sabe con absoluta certeza que puede comenzar a ejercer el cargo por haber tenido noticia de su nombramiento y porque este se encuentra contenido en el último testamento válido del causante. Exigir este perfecto conocimiento, con la inversión de la carga de la prueba que ello implica para los herederos, confiados ya en que el albacea o contador-partidor no ejercería el cargo, parece en verdad excesivo.

La cuestión es delicada, pues en la práctica intervienen tanto el deseo por el ejecutor testamentario de evitar lo que pudiera estimarse como oficiosidad excesiva por su parte, como la necesidad de impedir que algún heredero o interesado en la herencia demasiado hábil vaya dando largas a fin de que transcurra el tiempo de caducidad, o sea el mismo nombrado quien, para no enemistarse con unos u otros herederos, vaya dilatando su actuación hasta poder aducir el transcurso del tiempo como causa impeditiva de la misma.

Por todo ello, pudieran sentarse las siguientes conclusiones:

1. No se presume el conocimiento de su cargo por el albacea o contador-partidor.

2. La importancia del mismo exige que de manera inequívoca se señale el momento inicial a partir del cual comienza a contarse la caducidad de su nombramiento.

3. Este momento o su determinación no puede dejarse a la libre determinación de una de las partes interesadas, sea cualquiera de los herederos, legatarios, etc., sea el propio albacea o contador-partidor.

4. El ejecutor testamentario que con su conducta o falta de actuación haya provocado la confianza de alguno de los interesados de que no intervendrá, no puede escudarse en la falta de un requerimiento o notificación formal ni en la falta de un absoluto y seguro conocimiento de su nombramiento para pretender actuar extemporáneamente.

5. Probado que el albacea o contador-partidor tuvo de alguna manera conocimiento de su cargo, siquiera imperfectamente, existe para él una obligación de diligencia o posibilidad de conocimiento más perfecto que invertiría la carga de la prueba; y, en consecuencia, bastaría a los herederos probar ese conocimiento inicial imperfecto y la conducta pasiva del albacea para que fuera éste quien se encontrase excluido de entrar en el ejercicio del cargo.

6. La notificación y requerimiento notariales hechos por cualquier interesado en la herencia al albacea o contador-partidor soslaya todos los anteriores inconvenientes.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

*PLAZO PARA EJECUTAR OBRAS DE ALUMBRAMIENTO DE AGUAS EN CANARIAS. POTESTADES DE LA ADMINISTRACION PARA CONCE-
DER PRORROGAS Y RESOLVER RECURSOS ADMINISTRATIVOS.*
(SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. Por resolución ministerial de 7 de mayo de 1965 se concedió a la Comunidad L. T. autorización para, en el plazo de cuatro años, ejecutar obras de alumbramiento de aguas en terrenos particulares situados en el término municipal de Teror.

2. El 27 de abril de 1970 se concedió una prórroga para finalizar aquellas obras, que deberían quedar terminadas el 15 de mayo de 1972.

3. Ante las dificultades surgidas en la ejecución de las obras, la Comunidad L. T. solicitó y obtuvo, por resolución de 24 de enero de 1972, una nueva prórroga.

4. La Comunidad E. A. interpuso recurso de alzada contra la concesión de la segunda prórroga, que fue estimado por resolución del Ministerio de Obras Públicas de 22 de marzo de 1973, acordándose denegar la prórroga solicitada.

5. Contra la resolución del Ministerio de Obras Públicas de 22 de marzo de 1973, interpuso recurso contencioso-administrativo la Comunidad L. T., que es resuelto por sentencia de 24 de abril de 1975.

II. LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE 24 DE ABRIL DE 1975

Esta sentencia (de que fue Ponente Jerónimo Arozamena Sierra), en los considerandos 1.º, 2.º y 3.º, sienta la siguiente doctrina:

«Que el primero de los motivos del recurso, fundado en que el acto por el que se prorrogó el plazo de vigencia de la autorización administrativa para el alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad particular en el lugar de «Las Toscas» entraña el ejercicio de una potestad discrecional no revisable por la vía de la alzada porque la finalidad de ésta es la revisión de la legalidad y no el control de la oportunidad, restringe el verdadero significado de la prolongación temporal de la eficacia de la autorización administrativa y limita, en una interpretación que no se corresponde con la razón de la exclusión de la fiscalización del contenido discrecional de los actos, los poderes de la Administración, pues ni la prórroga de la autorización es mero problema de oportunidad, ni a la

Administración puede negarse en términos generales la potestad de revocación de los actos administrativos por motivos de oportunidad cuando conoce, en virtud de recurso administrativo, de los motivos de ilegalidad propuestos por el recurrente; y es que aquel acto responde a unos planteamientos que se traducen en contenido revisable, incluso en vía judicial, y la Administración, junto a los poderes que la incumben para anular los actos que quebrantan la legalidad, podrá, en tanto se mueva dentro del marco del derecho, apreciar lo que más convenga al interés público, y, en consecuencia, revocar el acto del inferior, contrario a la valoración que la Administración superior hace de lo que conviene a los fines públicos; y es que la cita en el artículo 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de los motivos en que podrá fundarse el recurso de alzada y el derecho del recurrente a que se anule el acto recurrido cuando incida en infracción generadora de alguna de las modalidades de invalidez, no obsta a que el particular solicite y la Administración atienda, en el marco de la discrecionalidad, atenta al interés público y con ocasión del recurso, una petición de revocación, por indebida apreciación del interés público, cuando al ejercicio de esta potestad no se oponga el límite de derechos de terceros, inatacables por la vía del recurso.»

«Que la temporalidad de las autorizaciones administrativas para llevar a cabo en las Islas Canarias obras de alumbramiento de aguas en terrenos particulares por medio de socavones, galerías o pozos y, como atenuación a la rigidez de un plazo, la posibilidad de otorgamiento de prórrogas, se justifica, más que en un precepto expreso, en los principios y normatividad immanente en la naturaleza de esta modalidad de la intervención y el objetivo a que sirva, pues aunque es cierto, como ha tenido que decir este Tribunal Supremo con reiteración (en este sentido, sentencias del 13 de abril y 19 de noviembre de 1970, 13 de mayo de 1971), que no existe una norma expresa que imponga una vigencia temporal a estas autorizaciones, la temporalidad, mediante una cláusula formal o por vía de lo implícito, es inherente a la naturaleza de la autorización porque al otorgarse en contemplación a las circunstancias concurrentes, en una valoración atenta a los derechos preexistentes, a fin de asegurar, en un régimen ordenado de aprovechamientos, el respeto al principio de la «no afección» e impedir que la autorización se convierta en título que legitime una reserva indefinida que obstaculice o impida, sin el juego limitativo de un plazo, aprovechamientos futuros, ha tenido que admitirse la caducidad como uno de los modos extintivos de la autorización y configurarse ésta, como dijimos en la sentencia del 19 de noviembre de 1970, como título de legitimación que con unos límites en lo temporal (por cierto tiempo) y en lo objetivo (para alumbrar unas aguas) confiere a la persona autorizada una prioridad, caducidad que, sin embargo, no es de carácter perentorio, pues cabe la ampliación de la vigencia temporal de la autorización dependiente, más que de una libertad electiva de la Administración, de la concurrencia de unas circunstancias y del respeto de aquellos principios que inspiran la temporalidad de las autorizaciones; planteamiento que justifica la sujeción del acto de prórroga, o el opuesto de la denegación, no sólo a la revisión en alzada, sino también a la revisión judicial, en un enjuiciamiento más allá de los aspectos formales, y que penetra en el fondo del acto para dilucidar, desde perspectivas de legalidad, tanto los actos de otorgamiento de las autorizaciones como los de extensión temporal de su eficacia, o los de extinción de sus efectos por el transcurso del tiempo de vigencia.»

«Que el otro motivo del recurso enlaza con lo que acabamos de decir, pues si el plazo para el alumbramiento y, en su caso, la ampliación del mismo obedece a unas previsiones respecto al tiempo que, desde una perspectiva técnica se estima suficiente para alcanzar el resultado deseado y, por otra parte, la temporalidad de la autorización responde a

unos condicionamientos jurídicos, tendremos que enjuiciar la cuestión desde esta doble perspectiva, ajena a una estimativa discrecional exenta de revisión judicial; y, en estos aspectos, sobre la base de los informes técnicos cuya importancia en la materia es innegable, como recordábamos en la sentencia del 12 de diciembre de 1973, se plantea como uno de los puntos decisivos el de si a pesar de la previsión temporal incorporada a la autorización y de la prórroga que amplió la vigencia de esta autorización se justifica, desde un ángulo técnico, una segunda prórroga es, más que una prolongación de la eficacia de la autorización anterior, autorización con otro contenido, obtenida al margen del procedimiento que regula el Reglamento del 14 de enero de 1965 (en los artículos 2.º y siguientes) o si se ha alterado la situación de «no afección» contemplada a raíz del otorgamiento de la autorización y previsible en el tiempo normal de vigencia o han sobrevenido circunstancias que modifican el planteamiento y permitirán, en su caso, agotada la eficacia temporal de la autorización primera, promover, en el marco del Reglamento citado, en una contemplación de la realidad actual, el procedimiento para el logro de nueva autorización, mas no prolongar la vida de aquélla.»

III. COMENTARIO

En la sentencia comentada se plantean dos importantes cuestiones: las potestades de la Administración al resolver los recursos administrativos y el régimen jurídico del límite temporal de las autorizaciones para ejecutar obras de alumbramiento de aguas en terrenos particulares en Canarias.

1. *Potestades de la Administración al decidir recursos administrativos* (1).

Los recursos ordinarios se caracterizan por no exigirseles que se funden en causas o motivos tasados. Por el contrario, cualquier infracción del Ordenamiento jurídico puede servir de fundamento a los mismos. El artículo 115, párrafo primero, LPA, dice: «Los recursos de alzada y de reposición previa al contencioso podrán fundarse en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.» La única limitación se señala en el párrafo segundo, al decir: «Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos.»

En otros Ordenamientos la fundamentación del recurso administrativo puede aún ser más amplia, en cuanto el administrado puede invocar como fundamento de su petición cualquier motivo: no sólo un motivo jurídico (error de hecho o de derecho que dé lugar a la ilegalidad del acto impugnado), sino también razones de oportunidad, y hasta dirigirse a la benevolencia de la Administración (2).

En Derecho español estas peticiones graciosas no son propias del ámbito del recurso administrativo. El recurso administrativo, configurado como medio jurídico de protección del administrado, debe fundarse en un motivo jurídico, si bien en esta línea el artículo 115 LPA regula la motivación del recurso con la máxima amplitud, en cuanto puede serlo cualquier infracción del Ordenamiento jurídico (3).

(1) Sobre el problema me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1969, páginas 73-74.

(2) ISAAC *Le procedure administrative non contentieuse*, París, 1968, pág. 627. RIVERO *Droit administratif*, París, 1960, pág. 172; LARES: *Manual de Derecho administrativo*, 2ª ed., Caracas, 1970, páginas 559-560; A. RAMÓN REAL: *Estudios sobre Derecho administrativo*, Montevideo, 1967, II, pág. 73.

(3) «No se trata, pues—dice MARTÍN MATEO en *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, 1970, página 373—, de solicitar decisiones graciosas, sino de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las

La sentencia de comentamos es un claro exponente de esta amplia interpretación de la norma del artículo 115 de la LPA.

En efecto, planteado por el demandante que, decidida la prórroga de la autorización, únicamente era revisable en vía jerárquica este acuerdo si se acreditaba la infracción de un precepto del Ordenamiento jurídico, la sentencia no duda en estimar que el artículo 115 LPA faculta al órgano que resuelve el recurso para apreciar si el acuerdo se ajustó al interés público, siempre con «el límite de derechos de terceros inatacables por la vía del recurso».

Es de señalar, no obstante, que el límite de los derechos subjetivos derivado del acto juega como límite de las potestades de revisión de oficio —si no es por el cauce de los artículos 109 y 110 de la LPA—; pero no como límite de las potestades de revisión en vía de recurso, según una jurisprudencia reiterada (4).

2. El plazo para ejecutar obras de alumbramiento de aguas en terrenos particulares en Canarias y su prórroga.

Ante la inexistencia de normas expresas que impongan una vigencia temporal a estas autorizaciones, la sentencia comentada acude a los «principios y normatividad immanente en la naturaleza de esta modalidad de la intervención y el objetivo a que sirve». Lo que no es sino fiel aplicación a principios informantes de la Ley Judicial, tal y como establece su preámbulo (ap. IV, 5).

Y, en consecuencia, llega a la conclusión de que la temporalidad es inherente a las autorizaciones «porque al otorgarse en la contemplación a las circunstancias concurrentes, en una valoración atenta a los derechos preexistentes, a fin de asegurar, en un régimen ordenado de aprovechamientos, el respeto al principio de la no afección e impedir que la autorización se convierta en título que legitime una reserva indefinida que obstaculice o impida, sin el juego limitativo de un plazo, aprovechamientos futuros, ha tenido que admitir la caducidad».

Ahora bien, precisamente este fundamento de la limitación temporal de la autorización justifica la posibilidad de la prórroga, en función de las circunstancias concurrentes. De aquí que la sentencia comentada verifique los elementos probatorios unidos al expediente, a fin de determinar su procedencia o improcedencia.

J. G. P.

Leyes » Destaca esta amplitud de la fundamentación VIVANCOS en *Comentarios a la LPA*, Barcelona, 1959, págs. 186-188.

(4) Por mí comentada en mi trabajo «La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española», en *RAP*, núm. 1, págs. 149 y sigs.

LIBROS

AGUILERA DE LA CIERVA, TOMÁS: *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973.

Consta la presente obra de 326 páginas, precedidas de un prólogo firmado por el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense don Manuel Albaladejo, estando dividida en dos partes: la primera hace referencia al problema en la doctrina y la segunda a la realidad jurídica.

El presente libro, tesis doctoral de su autor, supone, como dice el señor Albaladejo, una nueva teoría sobre la clasificación tripartita en actos de administración, disposición y conservación.

Tras una introducción previa y examinando la naturaleza del acto de administración, comienza el autor por intentar un concepto técnico de los actos de administración y disposición que confrontara después con con la realidad jurídica. No obstante, antes considera preciso exponer los principales esfuerzos de la doctrina para formular la noción del acto de administración.

Conviene presentar sistematizadas las diversas tendencias. Caben distintas agrupaciones, pero cree el autor que una clasificación suficientemente amplia sería la siguiente: En primer lugar, reunir las teorías que creen posible llegar a una noción unitaria del acto de administración; dentro de ellas, cabe distinguir entre las posiciones unitarias, dualistas y tripartistas; fundándose esta distinción en que hay teorías que opinan que se puede definir el acto aislado de administración, sin necesidad de contraponerlo a ningún otro tipo de actos; mientras que otros autores opinan que sólo puede hallarse el concepto del acto de administración mediante su contraposición sea a los actos de conservación o a los actos de disposición; finalmente hay tesis tripartitas, que afirman la autonomía del acto de administración, tanto respecto del conservativo como del dispositivo.

El segundo grupo de teorías comprende a los autores que renuncian a una definición unitaria del acto de administración y, en consecuencia, aceptan las diversas nociones del mismo, según las situaciones.

Por último hace constar que existen autores que niegan decididamente la posibilidad de cualquier noción unitaria del acto de administración, con lo que lleva a sus últimas consecuencias la variabilidad de nociones. Dentro de las posiciones negativas, señala una dirección más atenuada, que, si se niega la posibilidad de establecer una definición respecto del acto de administración aislado, admite en cambio la posibilidad de dar unidad a la noción del acto de administración, poniéndolo en relación con el patrimonio y la noción del riesgo para el mismo.

El autor, tras hacer una exposición sintetizada de los principales ensayos doctrinales, resume críticamente las dificultades que no han podido salvar, e intenta dar una noción del acto de administración como hipótesis de trabajo necesaria para iluminar y ordenar la realidad jurídica, donde transcurre la segunda parte de su investigación.

El presente examen se refiere a las doctrinas francesa, italiana y es-

pañola. El estudio positivo y jurisprudencial que realiza en la segunda parte se refiere sólo al Derecho Privado español.

Haciendo una recapitulación crítica al autor considera definitivamente superadas las teorías meramente descriptivas, que no entran en la descripción del fenómeno. Prescindiendo de teorías anteriores, de valor meramente histórico, considera superada la primera de las teorías expuestas, o sea la de Aubry y Rau. En realidad, se trata de mera descripción del campo donde se desenvuelve la actividad de gestión, que se refiere a la vida económica completa de un individuo o persona jurídica. De igual modo considera superada la teoría bipartita, por su falta de precisión, que les ha llevado a un concepto demasiado amplio de los actos de administración.

En cuanto a la noción variable, resulta caprichosa y se contradice cuando intenta llegar a fórmulas sintéticas, agrupando tipos similares de administraciones, con una apreciación de semejanza que resulta siempre caprichosa.

En suma, llega a afirmar que el acto de administración es el acto dirigido a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible. Este es un concepto general referido al acto de administración en sentido puro, al margen de toda institución jurídica.

Ahora bien, el estudio del acto de administración en su entidad requiere completarlo con el de la estructura del acto de disposición, cosa que el autor realiza a continuación.

La clasificación tripartita de los actos jurídicos distingue entre actos de conservación, de administración y de disposición. En líneas generales, cabe decir que los primeros se dirigen al mantenimiento de los bienes; los segundos se proponen obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles, y el grupo de los actos de disposición comprende todos los que producen una modificación jurídica respecto de un bien o derecho, no debiendo quedar restringido su concepto a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica.

En este trabajo, la facultad de disposición ha sido el punto al que Aguilera de la Cierva presta más interés dentro del examen de la estructura del acto de disposición. Tal estudio permite obtener consecuencias interesantes no sólo en el terreno de la ciencia pura, sino también dentro de la realidad jurídica. Los casos que plantean verdadera dificultad para distinguir entre administración y disposición son los supuestos en los que una persona administra bienes ajenos; la administración del propietario capaz no suele plantear problemas porque dicha persona reúne generalmente las facultades de un administrador y el ejercicio del poder dispositivo sobre sus propios bienes. Cuando un extraño administra bienes ajenos, los actos dispositivos son excepcionales, por lo que interesa saber cuándo puede disponer. Ahora bien, no es posible que disponga sin tener el poder dispositivo o sin que se lo comunique el derecho mismo. Por esto, el estudio de la facultad o poder de disposición resulta a su juicio imprescindible para calificar un acto de administración o de disposición.

Puede decirse que en el estudio de la estructura del acto de disposición el autor sigue un método distinto del empleado para examinar la naturaleza jurídica del acto de administración. Allí utiliza el método sintético, de exposición de teorías generales sobre los actos de administración, reservando para la segunda parte el estudio del Derecho Positivo. Sin embargo, al tratar de los actos de disposición presenta una serie de supuestos concretos antes de exponer doctrinas generales.

La primera teoría sobre el poder dispositivo que el autor examina es la que da por supuesta la posibilidad de aislarlo de los restantes elementos que constituyen la estructura del derecho subjetivo, teoría que se

mueve exclusivamente en el terreno abstracto de los principios. Se trata de las titularidades de disposición sin atribución patrimonial.

Otra hace referencia a la autonomía del poder de disposición como cualidad del sujeto. Esta teoría coincide con la anterior en ver el poder de disposición como algo independiente, pero se separa de ella porque desprende el poder de disposición del derecho subjetivo y lo relaciona con la capacidad de la persona, resultando, sin duda, paradójico.

Otras teorías examinadas son: las contemporáneas que integran el poder de disposición en las cualidades de las personas; la del poder de disposición como auténtico derecho subjetivo; la del poder de disposición como derecho potestativo; la del poder de disposición como poder autónomo sobre un patrimonio y la de la facultad jurídica.

Frente a las teorías que consideran el poder de disposición como un elemento de estructura simple, está la de Publiatti, que considera que dentro de él existen diversos elementos. Para este autor el acto de disposición resulta constituido por dos entidades: la facultad o poder de disposición y la manifestación concreta de voluntad que pone en movimiento el poder dispositivo.

Junto a las precedentes explicaciones, centradas en torno al poder de disposición, surge una teoría más amplia, que considera la posibilidad de disponer como la consecuencia de hallarse el sujeto en una relación especial con el derecho. Se trata de la teoría de la legitimación.

Tras el análisis de los fenómenos más significativos y la exposición sintética de las más importantes doctrinas, el panorama del «ius disponendi» aparece bastante oscuro. Por ello el autor intenta restablecer la claridad y la simplicidad de ideas, después de haber dado oportunidad a las doctrinas italianas de convertir la confusión en una obra de arte.

Estudiadas la autonomía del acto de administración y del dispositivo, intenta posteriormente demostrar que en el acto de conservación concurren suficientes elementos para justificar su estudio como figura independiente.

Después de fijar las características generales del acto de conservación procede a examinar cada uno de los elementos, con el fin de compararlo con los otros tipos de actos, principalmente con el de administración.

La zona de fricción entre los actos de conservación, administración y disposición aparece especialmente señalada en los supuestos donde la conservación depende del hecho de realizar actos de disposición. Surge la duda de si cabe calificar tales actos como de conservación, de administración o de disposición.

El autor, tras un examen de diversos aspectos del acto de conservación, cree que puede concluirse afirmando que su autonomía es indudable.

Establecido de la manera más amplia el concepto general de los actos de conservación, de administración y de disposición, se entra en la segunda parte de la obra, consagrada a la realidad jurídica. Se pasa así de la concepción esencialista de los diferentes tipos de actos a la concepción relativa.

Desde el punto de vista institucional, Aguilera de la Cierva clasifica las instituciones en Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Hipotecario, puesto que el estudio se refiere a todo el Derecho Privado.

Dentro del Derecho Civil, para la administración de origen voluntario, sigue la clasificación de Savigny, generalmente adoptada, referida a los derechos reales, de obligaciones, familia y sucesiones, estudiando separadamente la administración de origen legal y derivada de situaciones especiales, así como los supuestos de cotitularidad.

En el Derecho Mercantil estudia la administración en las instituciones básicas de la empresa individual, las sociedades comerciales y al quiebra.

En el terreno hipotecario el problema fundamental consiste en deter-

minar la naturaleza de las modificaciones de entidades registrales, siendo también objeto de su consideración el problema de la hipoteca.

Por último, al sentar sus conclusiones, pone de manifiesto:

1) Que el punto de partida de su tesis ha sido el siguiente: la posibilidad de realizar actos de administración y disposición no depende de la entidad del acto, sino de la disposición que ocupen los sujetos respecto de la titularidad de los bienes y derechos, así como de las características de la institución.

2) En cuanto al concepto de los diversos tipos de actos, cree que el concepto abstracto, puramente lógico, se puede formular así:

El acto de conservación es un acto debido, que no deja libertad de elección y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia.

El acto de administración es el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles.

El acto de disposición es aquel por el que se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica.

Además afirma que el concepto de los actos de conservación, administración y disposición no puede encontrarse en las diversas instituciones jurídicas, porque es algo previo a ellas, distinto desde el punto de vista lógico. La formulación de conceptos generales, válidos para todo el derecho, sólo puede hacerse por lo que ha llamado doctrina científica creadora; la doctrina reflexiva no puede atribuir a las instituciones jurídicas lo que no procede de ellas.

En su opinión, aquí está la clave del problema y de la desviación sufrida por la doctrina en esta materia.

3) Su estudio se refiere fundamentalmente a la Ley. La jurisprudencia aparece también en algunas notas pero sin construir un sistema de conjunto, debido a la dificultad y extensión del tema.

4) La clasificación en actos de conservación, administración y disposición es de origen doctrinal y se basa en la naturaleza misma de las cosas. Se trata de las tres posibilidades de diferenciación entre los actos jurídicos, considerados desde una especial perspectiva.

La distinción es invariable y se mantiene idéntica a sí misma a lo largo de todas las instituciones jurídicas. Pero los actos aparecen como distintos en las diversas instituciones.

Tras los principios expuestos, el autor cree comprobar que el problema de los actos de conservación, administración y disposición ha sido erróneamente planteado por la doctrina.

Finalmente, con una relación de copiosa bibliografía, tanto española como italiana, francesa, alemana, inglesa y norteamericana, Aguilera de la Cierva da por concluida su obra, tan concienzudamente meditada y, como dice Manuel Albaladejo en el prólogo, tan digna de elogio por su magnífica calidad en todos los aspectos, ofreciéndonos un maduro fruto que aclara muchas dudas que han venido rodando por la doctrina.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

DE STEIGER, FRITZ: *Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse*. Editions Payot. Lausanne, 1973. 407 págs.

El autor, antiguo director del «Office Fédéral du Registre du Commerce», publicó en 1970 su obra bajo el título «Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz». Es un notabilísimo resumen de dicho derecho y de las experiencias adquiridas a lo largo de treinta años de servicios en el consiguado departamento. Traducida inmediatamente al francés, ahora, bajo los auspicios de abogados y notarios de los cantones de lengua francesa, nos ofrece una nueva edición puesta al día de normativa, jurisprudencia, bibliografía y problemas.

Decir simplemente que es interesante sería despreciar la inmensa riqueza de una obra que, aunque de carácter fundamentalmente práctico, constituye una exposición sistemática del derecho suizo de sociedades anónimas, sin eludir ni los aspectos dogmáticos ni los más mínimos problemas que la vida presenta, apuntando, como un verdadero artista del «know-how», soluciones pertinentes, citando bibliografía, comentando resoluciones o sentencias y señalando la postura correcta del «Preposé au Registre» en el ejercicio de sus funciones calificadoras.

En sus párrafos el derecho se hace vida; las abstracciones se desvanecen y, paso a paso, su mano nos va guiando por la senda recta. Conceptos generales sobre la sociedad anónima y su naturaleza; el capital y sus funciones; las acciones y la responsabilidad limitada y otros, constituyen los capítulos iniciales de su estudio, que va extendiéndose en el examen minucioso y detallado de todos los requisitos relativos a la fundación, estatutos y cláusulas necesarias, documentación y requisitos de la inscripción; acciones, sus clases y transmisión; organización, modificación y disolución de la sociedad; los problemas de las sucursales, etc.

A lo largo del dilatado recorrido son constantes, casi fabulosas, las referencias bibliográficas, en especial las relativas a obras prácticas, como el «Formulario de Estatutos de las S. A.», editado por la Federación de Notarios de Suiza; el «Formulario del Registro Mercantil», de Jacquerod y el propio De Steiger, y las de este último y Freymond «L'inscription des sociétés anonymes au Registre du commerce» y «Formulaire de statuts selon les nouvelles prescriptions légales sur la société anonyme, la s. a. responsabilité limitée et la s. cooperative». No falta una relación de las revistas que considera ineludibles en un bufete profesional.

La lectura pausada y serena de esta obra de un ingeniero-jurista, ya que el autor no es un simple notario de la historia, sino que colabora a su construcción como político, con amplísima gama de hipótesis y soluciones, ofrece ámbitos para la meditación profunda. El sistema suizo de sociedades anónimas es un precedente ilustre del español, y aunque sus líneas esenciales discurren paralelas, se separan en múltiples aspectos concretos. La labor comparatista, que ofrece dispositivos diversos para una identidad de problemas y objetivos, es siempre utilísima y por ello nos resulta casi imposible dejar de otear, aunque sólo sea en forma dispersa y superficial y desde la perspectiva del autor, el derecho suizo, resaltando diferencias y similitudes, siempre interesantes y más en este momento en que vivimos un período preconstituyente en el mundo de las sociedades mercantiles.

Todas las grandes empresas son sociedades anónimas, pero no todas las sociedades anónimas son grandes empresas. Con ello se resalta los diversos tipos empresariales que adoptan la estructura o manto formal de la sociedad anónima, y que podrían clasificarse en cuatro grandes grupos, prescindiendo aun de las enormes sociedades americanas o inglesas: La

sociedad *européa*, supranacional, calificada por aquel eufemismo vago de «vocación europea», que representa importantísimos intereses y tiene sus Embajadas-Deuxièmes Bureaus, y hasta sus «barbouzes» en Bruselas. La *institucional*, comprensiva de aquellas grandes sociedades de un Estado, en las que el fin de lucro ha pasado a ser secundario y viven distanciadas de sus accionistas, con tendencia a la socialización. Las *abiertas* o cotizadas en Bolsa, que apelan al ahorro público, y, las más numerosas, las *cerradas*, formadas por grupos de amigos o parientes, en número no excesivo, a veces de capitales cuantiosísimos, en las que realmente se practica la democracia social y no hay asambleas mudas y oceánicas; en ellas el socio-condómino ejerce sus derechos y vive sus intereses.

Lamentablemente, los legisladores sólo han tenido «in mente», normalmente, uno de los tipos de sociedad indicados; se han sentido «monocráticos» y han prescindido de la realidad social en la que cada tipo de sociedad anónima requiere una especial regulación y su mayor o menor felicidad constituye uno de los factores fundamentales del progreso social. En muchas sociedades anónimas el sustrato comunitario adquiere vivo relieve. Y De Steiger, siguiendo a Peter Jaeggi, no sólo ha resaltado la variedad de situaciones que encubren las sociedades anónimas, sino el hecho de que, aunque desde el ángulo visual jurídico los accionistas no tienen el carácter de condóminos, económicamente la comunidad adquiere plena relevancia en aquellos casos estudiados por Guy Flattet, en «Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires», o por Fredrich en «Die Mieter Actiengesellschaft».

El «iter» constitutivo de la sociedad anónima es analizado con todo detalle en trazos que colman todas las lagunas de la «praxis». Las aportaciones en efectivo al tener lugar la fundación deben ingresar en un «Office Cantonal de Consignation», normalmente un banco o caja autorizados. Las aportaciones «in natura» no se consideran liberadas si la sociedad, a partir de su inscripción, no puede disponer de ellas a título de propietario o hallarse en condiciones de proceder, sin condición ni delación, a la inscripción de tales bienes en el Registro de la Propiedad; se permite la aportación de bienes inmateriales, incluso secretos de fabricación o clientela, pero quedan excluidos los servicios, conocimientos o experiencias; la duración, de no consignarse en los estatutos, se presume indefinida; la fundación debe efectuarse por tres personas, pero si el primer Consejo tiene un número de miembros superior, precisarán tantos accionistas como miembros del Consejo, aunque se permite que el mismo pueda estar integrado por una sola persona; para que la sociedad pueda ostentar en la denominación el calificativo de «suiza» u otro similar es precisa la existencia de acciones nominativas que sólo pueden ser transmitidas a nacionales; la sociedad pendiente de inscripción se considera como un «nasciturus» y como tal disfruta de los derechos civiles a condición de que nazca viva. La inscripción tiene plenos efectos correctivos o sanatorios, adquiriendo la sociedad su personalidad jurídica, pese a todos los derechos civiles, conforme a su naturaleza y puede ejercitarlos desde la constitución de los órganos exigidos por la ley, sin limitación «ultra vires». No puede, sin embargo, participar como socio colectivo, o sea con responsabilidad ilimitada, en sociedades de tal naturaleza o comanditarias simples o por acciones.

Por lo que se refiere a las acciones, el autor llega incluso a analizar la postura adoptada por el Consejo Federal ante el hipotizado problema de la «doble impresión fraudulenta». Sólo las nominativas pueden ser objeto de limitaciones dispositivas—tema con tanto cariño abordado en España por Broseta—v confía que el porvenir pertenece a ellas, que señorean ya en los grandes imperios económicos de Estados Unidos e Inglaterra; se autoriza, en ocasiones, a que las acciones sean nominativas o al portador, a gusto del titular; la adquisición por parte de la sociedad

de sus propias acciones es problema de orden interno, pero no implica nulidad de adquisición. La prohibición no se extiende a los bonos de disfrute. Se admite la posibilidad de inscripción de Sindicatos de accionistas en la misma hoja de la sociedad, así como de su representante, en su caso. Estima que la duración de la sindicación debería limitarse a un período máximo de tres años.

Las Juntas Generales pueden celebrarse con un solo accionista; también fuera del territorio suizo. Los estatutos pueden prescribir el principio de la unanimidad, destacando la doctrina que señala que en tal caso la norma estatutaria sólo puede ser modificada también por unanimidad. Respecto al alcance de sus poderes expone la teoría de Wieland de la omnipotencia de la Junta, que puede dar al Consejo órdenes formales, y la teoría de la paridad, de Mohr, en méritos de lo cual la Junta no puede realizar intromisiones en las materias de competencia del Consejo. Surgen de ello problemas diversos, como las apelaciones que pueda realizar a la Junta la minoría del Consejo o cuando las facultades de la Junta, estatutariamente, inciden en las de giro y tráfico. Desfilan las posturas de Massilius, Caffisch, Picononi, Shocany, Jaeggi, etc.

Respecto al Consejo hay que anotar que la administración, según admite la práctica y el registro, puede ser ejercida por menores. Siegmund lo reitera en su obra «Guide des Préposés au Registre du Commerce de la Confédération Suisse». Pero el tema no es pacífico. Se opone a ello Schlegelberges-Quassowski. Las personas jurídicas, en cambio, no pueden ser administradores y una persona física no puede ser miembro de más de diez Consejos. Aunque no reconocido legalmente, la práctica, y las opiniones de Bachmann, Jaisse y otros, admite los administradores-suplentes. Aunque la facultad de modificar estatutos es parte inalienable de la Junta General o Asamblea, la jurisprudencia del registro admite que el Consejo pueda realizar alteraciones puramente redaccionales. La legislación alemana acepta que la Asamblea pueda encomendar de una vez para siempre tal facultad al «Aufsichtsrat».

No deja de tener interés el tema de los intereses intercalarios, que evitan los prolongados períodos de desarrollo sin dividendos. Están también reconocidos en la legislación francesa y acaban de serlo en la inglesa. La naturaleza jurídica de tales «intereses» es objeto de especial estudio en base a las opiniones de Lehman, Staub y Thur-Siegmund.

Los aumentos de capital son lícitos incluso en el caso de no haberse liberado totalmente las precedentes emisiones. Aplauda las legislaciones que permiten la existencia de emisiones «gota a gota», que han facilitado el considerable éxito de las obligaciones convertibles. Las garantías en caso de reducción son también importantes, aunque excluyen en el supuesto de aumento en cuantía no inferior en el mismo acto. Las fusiones son posibles incluso en los casos de estado de liquidación. La amortización de acciones, que puede ser total, implica la constitución de una reserva legal de igual importe que el nominal de las acciones amortizadas. De Steiger distingue perfectamente los bonos de las acciones de disfrute, así como la posibilidad de que éstas tengan derecho de voto.

En materia de disolución es de anotar la pronunciada por el «Preposé» cuando la composición de la administración u otras circunstancias no correspondan a lo prescrito en la Ley, o haya motivos racionales para presumirla extinguida, en cuyo caso, y previo requerimiento por carta certificada, y no restablecida la situación legal, el mismo funcionario puede pronunciar tal disolución y proceder a la cancelación de la sociedad.

La prórroga puede acordarse aun después de transcurrido el plazo de disolución y por mientras la sociedad no haya sido liquidada. Esta tesis está aceptada por la práctica registral, aunque no ratificada jurisprudencialmente.

Finalmente, por lo que se refiere a las sucursales, destaca el autor que deben estar dotadas de cierta autonomía, que debe extenderse, normalmente, a su gestión ordinaria. Hay que distinguir sucursales de dependencias u otras oficinas, quedando ello a la discreción del «Preposé». Basta acuerdo del Consejo para su creación.

Las sociedades mercantiles presentan muchas facetas, algunas de las cuales no son abordadas por De Steiger, como la distinción entre el capital dirigente y el capital monetario o ahorrador. Tampoco alude a la creciente pérdida de apetito por el riesgo que se advierte en las nuevas generaciones, que más que acudir a la empresa y a los aumentos de capital limitan su actividad a las quinielas y lotería como riesgo máximo. Pero, en conjunto, la obra es completísima y sus sugerencias extraordinarias. Se ha dicho que los países subdesarrollados lo son más por la carencia de capacidad de organización empresarial que por la de riquezas. Nada más cierto.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

GALGANO, FRANCESCA: *L'imprenditore*. Bologna, 1973.

I: La obra de GALGANO supone la adaptación de un sistema para el examen de la obra jurídica, sistema que además de responder a un movimiento técnico del Derecho, éste es evaluado sobre la base de elementos externos, es decir, sobre criterios históricos, políticos y económicos.

II. El concepto de empresario. El concepto de empresario presenta, respecto a otros conceptos del Derecho, una particularidad, se forma tomando datos fuera de las categorías jurídicas tradicionales; está elaborado en la época moderna por la ciencia económica, el concepto de empresario aparece en el siglo XVIII por vez primera en la obra de SAY. SAY distingue entre el capitalista que es el propietario del capital y el empresario como aquella persona que adquiere y organiza los factores de la producción; el empresario aparece como aquella persona que combina trabajo y capital ofreciendo al mercado bienes y servicios.

El empresario ocupa en el Derecho Privado moderno el lugar que tenía el comerciante en el antiguo Derecho Mercantil. Dicho concepto es introducido en el Código Civil Italiano «C.c.» en el artículo 2.082, cuando dice que empresario es quien ejercita una actividad económica organizada, que tiene por finalidad la producción o el cambio de bienes y servicios. La figura del comerciante en el antiguo Derecho Mercantil representaba una forma típica de operaciones entre individuo e individuo, mientras que el empresario lleva consigo una relación entre él y la colectividad y tiene por finalidad la creación de riqueza.

La organización aparece como requisito del concepto de empresario, debe tratarse de una actividad económica organizada para la producción y el cambio de bienes y servicios. La organización aparece como intermediaria entre el capital, el trabajo y aquellas personas que demandan bienes y servicios. Por eso no son empresarios las profesiones intelectuales ni los artistas, en cuanto éstos ofrecen su prestación intelectual pero no existe entre ellos y los demandantes de bienes y servicios ninguna organización intermediaria.

El empresario es un trabajador; el problema de la justificación del beneficio se fundaba, según la ciencia económica de tipo liberal, en la asunción del riesgo por parte del empresario, posteriormente el pensamiento marxista considera que el beneficio de la empresa es una expro-

piación al trabajador, pero otros consideran que el beneficio que obtiene el empresario procede de una remuneración debida por su trabajo, que es un trabajo de organización. La organización lleva como consecuencia la consideración del empresario como un trabajador, cuyo objetivo es la producción de bienes y servicios.

Por otra parte, el artículo 2.082 del Código civil dice que el empresario ejerce una actividad económica; hay que considerar la actividad económica como una creación de cosas económicamente valiables. El concepto de actividades económicas se puede completar bajo dos aspectos, de una parte un dato positivo, el de considerar esta actividad como productora de nueva riqueza, y un dato o aspecto negativo, se trata de que la actividad económica comporta un riesgo que supone la pérdida de la riqueza adquirida.

Respecto a las profesiones intelectuales no existe este riesgo típico del empresario. En las profesiones intelectuales, según el artículo 2.333, la compensación económica está adecuada a la importancia de la obra y a su resultado. El artículo 2.333 revela la idea de mantener la profesión liberal fuera de la transformación capitalista.

La actividad económica así organizada ha de ser ejercida por el empresario como una profesión, es decir, de una manera sistemática y no ocasional, aunque hay que tener en cuenta que una actividad ocasional o por temporadas, ejercida de una manera sistemática, da lugar a la aparición de la figura del empresario.

III. Empresa comercial y empresa agrícola. Extensión del concepto de empresa a la agricultura. Han sido observados la diferencia que existe entre el comerciante y empresario; el comerciante es el eje sobre el cual giran los Códigos de Comercio como el francés y el alemán, mientras que el empresario es un productor profesional. El Código civil no incluía nunca como comerciante al agricultor; el cultivo de la tierra no era una empresa, el disfrute de la tierra es concebido como el ejercicio sobre ella de un derecho de propiedad o de un derecho personal o real. El agricultor no aparece como comerciante puesto que extrae el producto directamente de la tierra y lo vende, mientras que el comerciante es el que se interpone en la circulación de bienes, adquiriendo los bienes para volver a vender. La clase agraria, dice GALGANO, ha estado protegida por el derecho de propiedad garantizado por el Código civil. Este derecho bastaba para garantizarle el disfrute económico de la tierra y por lo tanto para poder obtener un beneficio.

En el Código civil de 1942, la agricultura es considerada como una empresa, y el artículo 2.135 del Código civil define al empresario agrícola, pero esto no significa que el agricultor sea asignado a la figura del empresario en general según lo define el artículo 2.135 del Código civil. Dentro del ámbito del concepto de empresario que de una manera general determina el artículo 2.082 del Código civil, este texto legal considera dos clases de empresarios: el empresario agrícola, tal como lo dice el artículo 2.135 del Código civil, y el empresario comercial, según el texto del artículo 2.195 del Código civil. Ambos tipos de empresario tiene cada uno de ellos sus respectivas figuras normativas, y la disciplina del empresario comercial es mucho más completa y en ella figura la inscripción del registro de la empresa (art. 2.138 del Código civil).

La tierra impone condiciones económicas muy especiales a la actividad productiva, y esto, junto que el proceso para la producción de bienes en la agricultura se basa de una manera muy importante sobre mecanismos naturales, da al empresario agrario una especial configuración y unas normas distintas de los demás.

En cuanto a la actividad agrícola por conexión, se convierte al empresario agrícola en comercial. La solución depende de la interpretación del

artículo 2.135 del Código civil. Si la actividad del agricultor es una actividad conectada por la agricultura sigue siendo un empresario agrario, si no se convierte en un empresario comercial.

El pequeño empresario se caracteriza con una categoría profesional en relación con la dimensión de la empresa; son pequeños empresarios los cultivadores directos de finca, artesanos y comerciantes que ejercitan una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y con el de su familia.

El pequeño empresario, aunque ejerce una actividad comercial, no está sujeto a la inscripción en el registro de la empresa (art. 2.202 del Código civil) y la hacienda es un conjunto de bienes (art. 2.555 del Código civil) y no está sujeto, en caso de insolvencia, a la quiebra y a otros procedimientos.

IV. Empresa y Hacienda. Los términos Empresa y Azienda, que en el lenguaje corriente tienen significados sinónimos, en el lenguaje jurídico tienen significados diversos. La empresa es una actividad (art. 2.082 del Código civil) y la hacienda es un conjunto de bienes (art. 2.555 del Código civil). El concepto de hacienda es lo que la ciencia económica considera como instrumento de la producción.

El artículo 2.555, al definir la hacienda, lo hace como un conjunto de bienes organizado por el empresario. Esto hace que no es necesario que coincida la titularidad de la empresa y la propiedad de los bienes que componen la hacienda. El empresario no tiene por qué ser un propietario de los instrumentos de producción; el capitalista sí es el dueño de los medios de producción; el empresario es el que los utiliza, ya sean propios o extraños, y asume un riesgo en el ejercicio de la empresa.

La hacienda en el tráfico jurídico. La hacienda es tomada en consideración por el Código civil en los supuestos de enajenación, usufructo y arrendamiento.

La hacienda no tiene una normativa específica para el tráfico jurídico. La hacienda se transmite, se da en usufructo o en arrendamiento bajo las normas jurídicas que corresponde a cada uno de los bienes que componen la hacienda. Todo esto significa que la hacienda no es un bien en sí mismo, independiente de los bienes que la componen. La palabra hacienda designa una pluralidad de bienes. Vender una hacienda no significa otra cosa que enajenar una suma de bienes.

En el caso de enajenación de una hacienda se entienden comprendidos dentro de dicha enajenación todos aquellos bienes que pueden identificarse sobre la base del artículo 2.555 del Código civil como bienes componentes de la hacienda. Se puede, en el caso de venta de una hacienda, excluir de este contrato determinados bienes, y en este caso la enajenación no del todo, sino de parte de los bienes que componen la hacienda, sólo puede entenderse como venta total de ella, si esta enajenación parcial es por ella sólo, idónea para poder continuar el ejercicio de la empresa. Por bajo de este nivel nos encontramos que no hay venta de hacienda, sino de un conjunto de bienes separados que como tal conjunto no comprenden a una hacienda.

Los actos de disposición de una hacienda no llevan consigo la transmisión de una empresa. La empresa es una actividad y por lo tanto no puede ser objeto de transmisión. El nuevo adquirente de la hacienda adquiere la condición de empresario no a título originario, sino a título derivativo.

Profesiones intelectuales y hacienda. Aunque para muchas profesiones intelectuales empiezan a semejarse a una hacienda, sobre todo en la práctica, ya que aparece un espíritu mercantil en el ejercicio de la profesión y son cada vez más frecuentes la existencia de clientela y la cesión de dicha clientela y estudios profesionales. La noción de hacienda como con-

junto de bienes organizado no afecta a las profesiones intelectuales (artículo 2.238 del Código civil).

V. El empresario y el sistema económico. Así como el comerciante aparece en el Código de Comercio con un modo específico de obrar que se identifica con los negocios, el empresario en el Código civil tiene otra relevancia, ya que lleva consigo una relación entre él y la sociedad. El empresario constituye a la antigua figura del comerciante y aparece como una persona que crea riqueza y que por tanto es útil a la sociedad. El empresario es un productor que crea una prosperidad económica a la colectividad. A esto responde el artículo 2.088 del Código civil cuando dice que el empresario responde hacia el Estado de la producción conforme a la ley y a las normas corporativas. Derogado esto por la nueva actual constitución italiana, dice que la iniciativa económica es libre pero que no puede desarrollarse en contra de la utilidad social.

El interés del empresario e interés de la empresa. Los juristas habían calificado a la empresa más bien como un negocio o como una especulación, pero posteriormente nació la fórmula de «interés de la empresa». La empresa se transforma en una comunidad de trabajo en donde aparece el empresario como un trabajador y cuyo trabajo consiste en la organización, según el artículo 2.060 del Código civil. El empresario es un administrador de los intereses de otros.

El Código civil ha señalado para el empresario un sistema de publicidad legal que es el registro de la empresa (art. 2.188). El artículo 2.193 de este texto legal regula los efectos de la inscripción. Todo hecho inscrito es conocido por terceros sin posibilidad de pruebas en contrario y todo hecho no inscrito se presume que se ignora por terceros, salvo prueba en contrario. Esta prueba consiste en que se demuestre el conocimiento por tercero de la realidad jurídica no inscrita.

La necesidad de proteger al tráfico jurídico, especialmente en materia mercantil, determina que el artículo 2.206 del Código civil defina los poderes del institor. A falta de inscripción se reputa que el institor pueda actuar con eficacia vinculante respecto al empresario en todos aquellos actos que pertenecen al ejercicio de la empresa. En consecuencia, bajo un aspecto, la representación del institor se considera, por una parte, como una representación legal y por otra como una representación voluntaria.

VI. El empresario y el ejercicio de la empresa. Empresario es aquel que ejercita una actividad económica que es la empresa y que arriesga en esta actividad los bienes que aporta. Soportar un riesgo requiere decir que puede ser llamado a responder de las deudas contraídas en el ejercicio de la empresa. Pero si el empresario no puede aportar bienes para pagar sus deudas el riesgo de la empresa se transforma en una declaración de quiebra.

Pero estos problemas se complican en el caso del empresario oculto. Se ejercita una actividad económica pero por medio de un tercero. El dueño de la empresa aporta los capitales para el ejercicio de ella y obtiene los beneficios por esta actividad. Este es el empresario oculto, ya que el empresario aparente es aquel que contrata el trabajo, utiliza el nombre comercial y en general contrata con su propio nombre los créditos y los suministros.

De esta forma el riesgo económico viene transferido del empresario verdadero al empresario aparente. Pero como éste no puede hacer frente a las deudas de la empresa, porque no tiene bienes, el riesgo y los daños son soportados por el trabajo y por los administradores, que en caso de quiebra no reciben ni el precio de las mercancías suministradas ni los salarios por su trabajo.

¿Se puede declarar la quiebra de un empresario oculto? La respuesta, generalmente, es negativa. Se trata de un mandato sin representación. El empresario oculto es un mandatario que obra en su propio nombre, adquiere los derechos y asume las obligaciones de los actos o contratos en relación con tercero. Sobre la base del artículo 1.705 del Código civil, es el empresario aparente o mandatario quien es declarado en quiebra, ya que el mandante, empresario real, no puede ser declarado deudor. Como consecuencia de esto el empresario real, en sentido económico, adquiere los beneficios de la empresa y por otra parte el empresario aparente es el titular jurídico, asume los derechos y las obligaciones, en definitiva, soporta el riesgo económico.

Pero en la quiebra del empresario aparente, como no tiene bienes, son los pequeños suministradores y los trabajadores los que asumen el riesgo de la empresa, ya que las garantías reales sobre la empresa no existen o son pequeñas. Las garantías reales se obtienen generalmente por aquellas personas que aportan a la empresa grandes sumas de capital y especialmente por los bancos.

Socio oculto, sociedad oculta y empresario oculto, en cambio, con el criterio regulado en el artículo 147 de la Ley de Quiebras, declara que la quiebra de una sociedad ilimitada produce la quiebra de los socios de responsabilidad ilimitada, pero además este artículo determina que si se declara la quiebra de una sociedad y después aparecen socios ilimitadamente responsables, el Tribunal puede declarar la quiebra de estos socios.

Ante esto GALGANI se pregunta por qué no pueden aplicarse las normas del artículo 147 de la Ley de Quiebras al empresario oculto, y que, pese a subsistir el artículo 1.705 del Código civil, el empresario oculto debía ser declarado en quiebra.

Adquisición de la cualidad de empresario. La simple intención de ejercitar una empresa es irrelevante para adquirir la condición de empresario. Para ser empresario es necesario y hace falta el efectivo ejercicio de la empresa. El problema a determinar es cuándo hay un efectivo ejercicio de la empresa. Se dice que el solo hecho de tener preparada la organización de la empresa es el primer acto del ejercicio de ella, pero la opinión prevalente es la contraria. Hay que distinguir entre los actos relativos a la organización de la empresa, que no llevan consigo la consecuencia de asumir la cualidad de empresarios, y los actos propios de la organización de dicha empresa, que sí son idóneos para considerar que se ha iniciado el ejercicio de ella.

La cesación de la empresa es seguida generalmente de un proceso de liquidación. Puede plantearse el problema de considerar cuándo se termina o se extingue una empresa, si cuando cesa la fase de producción o cuando se termina la liquidación. La opinión más fundada es esta última, pues sólo en el caso en el que se termina la liquidación de la empresa puede valer como una demostración cierta que el empresario ha puesto fin a su ejercicio profesional y por lo tanto se ha extinguido la empresa.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

GARRIGUES, J. y A; ARMERO, JOSÉ M.; MELCHOR DE LAS HERAS y VEGA PENICHER, M.: *La participación de España en las comunidades europeas*. Estudio jurídico y textos fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

El estudio que nos ocupa está integrado por 458 páginas, distribuidas a lo largo de tres partes: 1.^a) La Comunidad Europea y sus principios constitucionales; 2.^a) Requisitos para la participación en las Comunidades Europeas, y 3.^a) Problemas jurídicos constitucionales de la participación de España. Cada parte, a su vez, está subdividida en capítulos.

En el tema, que atrae el interés general prácticamente desde febrero de 1962, inciden tres aspectos: el económico, el jurídico y el político, pareciendo ser que hasta la fecha, a nivel público, sólo se ha dado importancia al aspecto económico, siendo escasa la información en el aspecto político y más desolador aún el panorama a nivel jurídico.

En la primera parte de este importante estudio se nos ofrece una introducción previa en la que se pone de manifiesto que las comunidades europeas fueron constituidas por tratados diferenciados en el tiempo y en su contenido:

- El Tratado de París (18 de abril de 1951) crea la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero).
- Los Tratados de Roma (25 de marzo de 1957) instituyen:
 - La CEEA o Euratón: Comunidad Europea de la Energía Atómica.
 - La CEE: Comunidad Económica Europea o más comúnmente llamada Mercado Común.

La Comunidad constituye una agrupación de Estados vecinos, económica y socialmente homogéneos e inspirados políticamente por los conceptos de libertad y democracia.

Tras el estudio de los antecedentes, fines y estructura de las comunidades, se nos habla de su naturaleza y principios constitucionales, indicándonos que, desde el punto de vista jurídico, las Comunidades constituyen tres organizaciones intergubernamentales, dotadas de órganos comunes e integradas por los mismos miembros, aunque, no obstante, a efectos prácticos, funcionan como una organización internacional.

Cuando se habla de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros de la Comunidad, se dice que el punto de partida puede ser el estudio de las «tradiciones constitucionales comunes», que, en general, pueden ser identificadas con el sistema de gobierno basado en la «democracia parlamentaria»:

- El principio de la división de poderes.
- El principio de representación popular.
- La descentralización de poderes.
- El reconocimiento de ciertos derechos y libertades políticas o individuales y la garantía efectiva de esos derechos y libertades a través de procedimientos judiciales y/o parlamentarios.

Todos estos principios son analizados someramente en uno de los capítulos de esta parte de la obra.

Reconocida la existencia de unos principios generales del derecho como parte del derecho comunitario inspirados en «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», se trata en otro capítulo de examinar en qué medida los principios constitucionales comunes a los Estados miembros se incorporan en el ordenamiento comunitario, abor-

dando también el problema de la cesión de parte de la soberanía nacional por el hecho de participar en las Comunidades.

En la segunda parte se habla de las formas de participación en las Comunidades Europeas, destacándose que además de la participación plena, correspondiente a los Estados miembros, las Comunidades Europeas cuentan con una amplia gama de fórmulas que van estableciéndose progresivamente desde la misma concepción y elaboración de sus Tratados hasta las aplicadas alternativamente en base a una interpretación flexible y pragmática de dichos Tratados fundacionales.

En las Comunidades Europeas el término de «miembros originarios» es un concepto cuya utilización es restringida y limitada a los seis Estados que firmaron los Tratados de París y de Roma, esto es: República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda.

El concepto de «admisión» aparece desde que se considera el carácter abierto de la CEE, lo cual facilita la entrada o adhesión de nuevos Estados únicamente europeos.

La incorporación en las Comunidades como miembros de pleno derecho (adhesión o convertirse en miembro) lleva consigo la participación plena en el proceso de integración.

Un segundo grado, sensiblemente atenuado, de participación en las Comunidades Europeas es el representado por fórmulas de «asociación».

Las modalidades de asociación desarrolladas hasta ahora son las siguientes:

- a) Asociación con los países o territorios de Ultramar.
- b) Asociación con los Estados Africanos y Malgache.
- c) Asociación con la Comunidad del Africa Oriental.
- d) Tratados de asociación con Estados mediterráneos europeos.

Junto a los tratados de asociación, están los llamados acuerdos comerciales, caracterizados por agotar su contenido en asuntos única y exclusivamente relacionados con el comercio entre las diferentes partes. Existen, como en la asociación, diversas modalidades de acuerdos comerciales establecidos entre la CEE y terceros:

- a) Acuerdos comerciales preferenciales.
- b) Acuerdos comerciales no preferenciales.
- c) Acuerdos de libre comercio.
- d) Acuerdos de cooperación.
- e) Acuerdos especiales consecutivos a la ampliación de las Comunidades Europeas.

En definitiva, nos encontramos, así, con tres tipos de relaciones entre la Comunidad y los Estados no miembros: la plena integración, que es una figura unitaria, que se consuma con la adhesión a las Comunidades; la asociación, con diferentes modalidades de asociación de Estados europeos y no europeos, en la forma de unión aduanera o zona de libre comercio, y que suele ser considerada como antesala para la plena integración de Estados europeos; y el acuerdo comercial, en sus modalidades de acuerdo simple, acuerdo preferencial o acuerdo que establece una zona de libre comercio.

Permitida por los Estados comunitarios la admisión de nuevos miembros, no existe, sin embargo, en los mismos una reglamentación detallada de los requisitos para la admisión.

No obstante, puede adelantarse que los requisitos exigidos hoy para adherirse a las Comunidades Europeas y formar parte de las mismas en calidad de Estado miembro, con prerrogativas de participación de pleno derecho, se resumen según el siguiente esquema:

1. Situación física del Estado demandante: Continente europeo.
2. Situación económica: Grado de desarrollo económico comparable al de los Estados miembros.
3. Situación política: Democracia parlamentaria del tipo liberal-occidental. Práctica del sufragio universal para la elección de representantes parlamentarios y sindicales.

Examinados los requisitos para la admisión de nuevos miembros, se pasa al estudio de los requisitos para la asociación y otras formas de participación de Estados europeos no miembros en el proceso de integración, señalando en resumen los siguientes puntos:

1. Parece deducirse que la asociación de Estados europeos sólo se concibe como etapa preparatoria para la plena integración de aquellos países que, reuniendo las restantes condiciones (geográficas y políticas) para la adhesión, no pueden solicitar ésta en razón a su desnivel económico. En consecuencia, la asociación de Estados europeos requiere una cierta homogeneidad del régimen político de los Estados solicitantes con el de los Estados miembros, aunque la Comunidad ha demostrado, en los casos de Turquía y Grecia, no ser muy exigente a este respecto con los Estados ya asociados, debido a evidentes razones geopolíticas y estratégicas, que aconsejaban vincular ambos países al dispositivo de defensa occidental, al mismo tiempo que a la CEE, por razones económicas y de estabilidad creciente.

2. El establecimiento de una unión aduanera con países europeos sólo es posible cuando éstos cumplan, o se prevea que pueden cumplir en el futuro, las condiciones políticas exigidas para la adhesión o asociación.

3. Para los países europeos que no cumplan o no se prevea que pueden cumplir en el futuro los requisitos políticos exigidos para la adhesión o la asociación, la Comunidad sólo puede ofrecer su integración en una zona de libre comercio para productos industriales y ciertas concesiones en materia agrícola, ya en el marco de los acuerdos existentes con los países restantes de la EFTA, ya en el marco de la política mediterránea de las Comunidades.

Entrando en la tercera parte de la obra nos encontramos con el tema concerniente a los problemas jurídicos constitucionales de la participación de España, con un reflejo detallado y detenido de todas las vicisitudes acaecidas desde la carta dirigida el 9 de febrero de 1962 por el ministro español de Asuntos Exteriores, señor Castiella, al presidente en funciones del Consejo de Ministros de la CEE, señor Couve de Murville, en la que el Gobierno español solicitaba la asociación de España a las Comunidades Europeas.

Del examen de los principios constitucionales de los Estados miembros de la Comunidad se desprende la existencia de una homogeneidad en sus sistemas constitucionales y en el régimen de protección y garantía de los derechos del hombre.

Al discutir los requisitos para una participación de Estados europeos en las Comunidades, se observan continuas referencias por parte de las instituciones a la necesidad de un cierto grado de armonía institucional para acceder a la adhesión o asociación con las Comunidades Europeas.

Esto invita a los autores a estudiar con detenimiento el paralelismo o diferencias que pueden existir entre la Constitución española y la de los Estados miembros de la Comunidad, en el contexto de una eventual participación de España en el proceso integrador. Se trata, pues, de ver en qué medida existe homogeneidad o heterogeneidad entre los sistemas constitucionales de España y los de los países miembros de las Comunidades. Por ello se detienen en aquellos aspectos en que el sistema constitucional se asemeja al de los países miembros, tratando de resaltar las

posibilidades de evolución constitucional que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Resumida a lo largo de este interesante estudio la problemática que plantea la participación de España en las Comunidades, y haciendo abstracción de las cuestiones políticas que en este tema puedan subyacer y que no corresponden a la naturaleza del presente trabajo, deducen una serie de conclusiones de contenido jurídico, basadas en la interpretación conjunta, objetiva y sistemática de una serie de textos comunitarios.

Ante la imposibilidad de recoger en una obra de estas dimensiones la totalidad de dichos textos, se incluyen en los anejos los que consideran más importantes y relevantes para enjuiciar el problema de la participación de España en las Comunidades Europeas.

Sabido es que en la Comunidad existen varios idiomas oficiales. No obstante, los autores optan por utilizar de modo homogéneo las versiones francesas, tanto por ser el idioma de mayor utilización en el ámbito de las Comunidades como por su más fácil acceso al lector español.

Concluyendo, podemos decir que el estudio realizado por un grupo de abogados que se definen bajo el denominador común de pertenecer todos ellos a despachos colectivos de Madrid, que previamente han armonizado actitudes y opiniones personales, no siempre homogéneas, hasta lograr unas conclusiones de equipo, resulta sumamente interesante, en cuanto pone de manifiesto en tono claro, sencillo y objetivo la problemática de la participación de España en las Comunidades Europeas.

Como los mismos autores indican, cualesquiera que sean las dificultades estrictamente jurídicas que puedan existir hoy para la incorporación de España al Mercado Común, la solución final del problema no sólo exigirá una acomodación razonable de nuestras normas constitucionales a las que son propias de los países de la Comunidad, sino una consideración especialísima de los aspectos político y económico.

Los autores pueden sentirse satisfechos de haber cumplido con el deber que se proponían de manifestar su opinión, de dar a conocer su punto de vista sobre los problemas jurídico-constitucionales que a su juicio plantea la referida participación.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

GÓMEZ SEGADÉ, JOSÉ ANTONIO: *El secreto industrial. Concepto y protección*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

La obra consta de 411 páginas, con tres partes precedidas de un prólogo firmado por CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA, en el que se pone de manifiesto la notable trascendencia del tema, tanto en el terreno económico como en la esfera jurídica.

En nota preliminar hace saber que el libro aborda el estudio de un acto de competencia desleal: la violación de secretos industriales, limitándose a reflejar su protección en el marco de la disciplina de la competencia desleal y dejando al margen de su consideración el análisis de otros problemas, por ejemplo el régimen jurídico de los contratos de transmisión del secreto industrial.

El trabajo está dividido en tres partes. En las dos primeras se intenta conseguir un concepto del secreto industrial mediante el examen de su estructura y de los requisitos para su existencia, valiéndose en general de la doctrina y jurisprudencia extranjera (europea y americana). En la

tercera parte, después de unas nociones generales, se analiza la protección del secreto, mediante las normas contra la competencia desleal, en tres ordenamientos, pues dada la variedad legislativa era preciso limitarse a ordenamientos concretos, seleccionando, a este efecto, los de Alemania, Francia e Italia.

En el libro se presta también especial atención al examen de la jurisprudencia porque, en definitiva, siempre nos acerca más al derecho vivo que las especulaciones teóricas, advirtiendo que la doctrina y jurisprudencia han sido examinadas esencialmente hasta diciembre de 1972.

En la parte primera, antes de fijar el concepto de lo que inicialmente llama secreto industrial, considera conveniente determinar qué se entiende por secreto en el lenguaje ordinario.

Enunciando en términos generales el concepto del secreto, es imprescindible comenzar a matizarlo por exigencias de la ciencia del derecho, llevándole la primera matización a distinguir entre secretos absolutos y relativos, y dentro de estos últimos habla de secretos voluntarios y secretos accidentales.

Pues bien, en la esfera jurídica sólo tienen relevancia los llamados secretos relativos voluntarios, o sea, aquellos que designan un saber que permanece oculto a ciertas personas, porque los conocedores del mismo ponen conscientemente obstáculos para impedir el conocimiento por parte de los demás, y a ellos son a los que precisamente se refiere el autor en su obra, aunque utilice simplemente la palabra secreto.

Al autor le interesan, en esta obra, sólo los secretos relativos a la gestión de una empresa o establecimiento industrial, cuya primera cuestión planteada es la de su denominación, tanto en la esfera del derecho comparado como en el derecho español.

En ellos distingue tres grupos claramente diferenciados: a) los atinentes al sector técnico industrial de la empresa; b) los relativos al sector puramente comercial, y c) los concernientes a otros aspectos de la organización interna de las empresas y relaciones de la misma, cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, pero que en ningún caso representan un bien en sí mismos.

Su estudio versa sobre el secreto industrial aunque en principio, por considerarlo interesante, esboza de forma esquemática los rasgos del secreto comercial.

Centrado ya en el secreto industrial, señala las dificultades que entraña su definición, que a su modo de ver puede concretarse a «todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos».

En este mismo capítulo hace también referencia a los elementos estructurales y requisitos del secreto industrial, a los procedimientos parcialmente secretos y a la cuestión de trascendental importancia concerniente a la naturaleza jurídica del secreto industrial.

Este análisis del secreto industrial en conjunto lo concluye haciendo un breve examen de lo que se ha llamado la cuestión cardinal de la protección del secreto. Se refiere a la distinción entre secreto industrial y conocimiento y experiencias personales del empleado, distinción en principio irrelevante para el Derecho laboral español.

Otro capítulo está consagrado al estudio del objeto del secreto industrial. En términos generales afirma que el objeto del secreto industrial pueden ser cosas, procedimientos o datos que se relacionan con el sector técnico industrial de una empresa, debiendo seguirse en principio el sistema de «*numerus apertus*», aunque ello no quiere decir que no pueda señalarse, a título de ejemplo, cuál es el objeto típico del secreto industrial. Sin duda tiene por objeto alguna de las siguientes cosas: invenciones, descubrimientos, modelos industriales, dibujos y prácticas manuales,

objetos del secreto industrial cuyo análisis ha merecido la consideración del autor.

Una vez conocidos los principales posibles objetos del secreto industrial, se pregunta si en ellos deben concurrir determinados requisitos o circunstancias para que exista secreto industrial. Por ejemplo, si debe tener un determinado valor, si ha de ser posible su aplicación industrial directa, si el objeto del secreto puede ser contrario a la ley o a las buenas costumbres, etc. Por esta razón, los últimos números de este capítulo los dedica al examen de estos eventuales requisitos del objeto del secreto industrial.

Posteriormente pasa al examen de una figura de difusión universal y de constante aparición en la vida práctica y en estudios doctrinales, pese a lo cual no ha recibido todavía unos contornos precisos. Nos referimos al KNOW-HOW.

Sobre este punto, tras ofrecernos una previa introducción, analiza su concepto y nos dice que el «know-how» es un haber-hacer, un conocimiento de algo, constituyendo, por tanto, al igual que el secreto industrial, un bien de naturaleza intangible. Supuesto que el «know-how» es un conocimiento de algo, considera preciso señalar qué tipo de conocimientos son los que puede englobar el citado término.

De la exposición que hace de la naturaleza y caracteres del «know-how» se desprende una conclusión clara: el concepto «know-how» coincide con el de secreto industrial; dicho con otras palabras, «know-how» y secreto industrial son sinónimos; identificación ésta que no puede ser aceptada por los autores que sostienen que el «know-how» comprende conocimientos comerciales o que no es preciso que el «know-how» sea secreto, independientemente de otros argumentos impugnadores de dicha identificación que el autor sintetiza a continuación.

Pasando ya a otro punto, nos encontramos con la importancia y significado del secreto industrial. En este capítulo se analizan los siguientes puntos concretos: 1) patente y secreto industrial; 2) opción entre patente y secreto industrial; 3) significado actual del secreto industrial; 4) algunos campos de aplicación del secreto industrial y, por último, la disputa en torno a la justificación del secreto industrial.

De gran interés resulta también el capítulo dedicado al carácter oculto del secreto. El carácter reservado, el desconocimiento por los terceros, es un presupuesto esencial para la existencia del secreto industrial. Las discrepancias surgen en el momento de determinar qué se entiende por divulgación; dicho con otras palabras, en determinar cuándo un secreto deja de serlo y pasa a ser de dominio público.

Para el análisis de la divulgación del secreto pueden distinguirse dos planos: en primer término, ha de determinarse qué personas han de conocer el secreto para que se considere que se ha producido la divulgación del mismo. En segundo lugar, han de fijarse los actos que hacen posible el conocimiento por parte de esas personas.

Examinado el primer punto, resta conocer qué actos son los que pueden desvelar el secreto a estas personas y, en consecuencia, ocasionar la divulgación del secreto. Estos actos los examina desde una doble perspectiva: primero, naturaleza del acto, y, en segundo lugar, personas que lo realizan.

Esbozados en términos generales los actos que producen la divulgación del secreto, analiza algunos actos de divulgación del secreto que plantean problemas especiales (publicaciones impresas, venta e introducción en el mercado, etc.).

Por otro lado, la divulgación del secreto es una noción fundamentalmente temporal. Por esa razón, para saber si un conocimiento puede considerarse reservado, es imprescindible concretar el momento en que ha de apreciarse la falta de divulgación.

Antes de concluir esta pequeña teoría general de la divulgación del secreto industrial, considera que no puede pasar por alto ciertas características que debe reunir la divulgación para que realmente pueda decirse que ha desaparecido el secreto, tales como: que se revelen las partes o elementos principales y que la revelación o violación del secreto proporcionen un conocimiento seguro y pleno.

Como punto final de sus consideraciones sobre la divulgación del secreto industrial, el autor cree interesante comparar la divulgación del secreto con la falta de novedad en materia de patentes.

Pasando a otro capítulo, se pone de manifiesto cómo en la doctrina reina total acuerdo en torno a la necesidad de que exista en el secreto industrial un elemento subjetivo o voluntad del titular de mantener oculto el mismo. La divergencia se manifiesta fundamentalmente cuando se trata de analizar las características de esta voluntad, sus requisitos y la forma en que debe de manifestarse.

Ahora bien, si se quiere evitar la arbitrariedad en la determinación del secreto industrial jurídicamente protegible, al lado del elemento subjetivo (voluntad del titular) debe exigirse, como requisito del secreto, un elemento objetivo. Este elemento objetivo consiste en el interés económico que el secreto encierra para la empresa.

La doctrina y jurisprudencia alemana son las que con más claridad destacan la importancia del elemento objetivo. Junto a su estudio, el autor también refleja la doctrina y jurisprudencia de Francia e Italia.

En suma, la gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en que debe exigirse un elemento objetivo, que está constituido por el interés. Las diferencias surgen al tratar de calificar este interés. El autor cree que habrá un interés objetivo en el mantenimiento del secreto cuando su revelación pueda facilitar, y por tanto incrementar, la competencia de los rivales o bien disminuir la propia capacidad competitiva de la empresa afectada.

Una vez conocida la esencia del secreto es posible abordar el problema de determinar la forma de protegerlo. Pero, naturalmente, considera preciso demostrar primero la necesidad y el fundamento de su protección, examinando igualmente los precedentes históricos de ésta.

Otro epígrafe relacionado con la materia es el relativo a la protección de los secretos industriales como factor impulsor de la legislación contra la competencia desleal. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos, el secreto industrial disfruta de una doble protección. En primer lugar, se protege mediante normas específicamente dirigidas a su conservación, y en segundo lugar, de facto, resulta protegido como consecuencia de la aplicación de preceptos legales de muy diversa índole.

Con independencia de las normas laborales, y fijándose tan sólo en la protección penal o civil del secreto industrial, a efectos de sistematización distingue dos sistemas fundamentales: el sistema francés, que se caracteriza por dispensar protección directa al secreto industrial, preeminentemente a través de normas condenadas en el Código penal, y el sistema germánico, en el que la protección directa del secreto industrial se realiza a través de las normas que disciplinan la competencia desleal. Al lado de estos dos sistemas básicos existen otros que ofrecen características peculiares: el del «common law», el de los países de economía dirigida y el establecido por la ley-tipo sobre invenciones para países en desarrollo.

Una vez expuestos en líneas generales los sistemas de protección del secreto industrial, pasa a examinar las diversas hipótesis de violación y las consecuencias jurídicas que se enlazan a las mismas en el Derecho comparado.

Por lo que respecta a España, en punto a la protección del secreto industrial, puede incluirse dentro del que hemos llamado sistema francés,

puesto que, en efecto, la protección está asegurada fundamentalmente a través de normas contenidas en el Código Penal, las cuales, a su juicio, ofrecen una protección muy limitada, toda vez que existen numerosos supuestos que carecen de sanción penal y que, sin embargo, constituyen claros ejemplos de competencia desleal. En consecuencia, considera conveniente examinar las posibilidades existentes en España para reprimir la violación de secretos industriales mediante las normas contra la competencia desleal, tarea que exige la confirmación previa de que la violación de secretos constituye un acto de competencia desleal.

Tras hacer un exhaustivo examen de la legislación contra la competencia desleal en España, el autor llega a la conclusión de que la gravedad de la violación de secretos requiere un tratamiento más enérgico y claro que el que proporciona el vigente Derecho español, y ante esta situación crec imprescindible la promulgación de normas concretas que repriman la competencia desleal, normas que la doctrina viene reclamando desde hace tiempo sin demasiado éxito.

Sin entrar en el análisis de las acciones que corresponderían al poseedor del secreto, porque se trata de un tema genérico del Derecho de la competencia desleal, se limita tan sólo a poner de manifiesto que para reprimir los actos de competencia desleal (entre los que figuran la violación de secretos) deberían concederse, como mínimo, las tres acciones clásicas: acción de indemnización de daños y perjuicios, acción de cesación y acción de remoción.

En definitiva, la obra, de trascendental importancia tanto desde el punto de vista teórico como práctico, proporciona un adecuado conocimiento sobre uno de los supuestos típicos de competencia desleal: la violación de secretos industriales, y al mismo tiempo supone una contribución que resultará valiosa en el momento de emprender la inaplazable tarea de construir y analizar el Derecho de la competencia desleal en nuestro país.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MAPELLI, ENRIQUE: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

La totalidad de la obra la integran 236 páginas, distribuidas en varios capítulos, completados al final con seis anexos, bibliografía e índice de autores que el autor cita a lo largo de su estudio.

Tras un prólogo firmado por LUIS TAPIA SALINAS y una nota preliminar, se entra en el primer capítulo, concerniente a la denominación del delito, o sea, de aquellos hechos ilícitos que nacen de la navegación aérea y que consisten en desviar de su normal ruta, arrebatando con violencia o coacción el mando de la aeronave a su legítimo representante, denominación sobre la que no existe unanimidad por parte de la doctrina.

La denominación que al autor parece más correcta es la de apoderamiento ilícito de aeronaves, sin perjuicio de examinar, por considerarlo de gran interés, las diversas acepciones utilizadas y los argumentos que, en su favor o en su contra, hayan podido ser propuestos, pues ello ayudará a la determinación conceptual de los hechos.

En la misma medida en que es difícil encontrar un nombre adecuado, resulta también difícil definir el delito de apoderamiento ilícito, ya que son muchas y muy dispares las características que lo informan y, dentro de ellas, muy variadas las facetas que pueden encontrarse.

Sin pretender recoger todas las definiciones que los autores han expuesto del delito, hace mención de aquellas que pueden considerarse meditadas, exponiendo las notas que, a su juicio, pueden considerarse más sustantivas del hecho ilícito, para concluir afirmando que: «El apoderamiento de aeronaves es un delito internacional atentatorio a la libre comunicación de los pueblos, a la seguridad de la navegación aérea, que se comete mediante la violencia o intimidación que se realizan sobre personas y cosas, a fin de someter al control del agente una aeronave comercial en vuelo que ha perdido la protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, desviándola antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, desposeyendo al comandante del legítimo ejercicio de sus funciones y realizando ello con propósitos ajenos a los del servicio de transporte a que está afecta la aeronave, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros o miembros de la tripulación, y pudiendo tener lugar la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave, o por quien o quienes se encuentren fuera de la misma, cualquiera que sea el procedimiento utilizado.»

Expuesta la definición, pasa a examinar los caracteres aeronáutico e internacional del delito, notas que para el señor MAPELLI le son propias e indeclinables teniendo en cuenta los medios en que el hecho se produce, los derechos y bienes que conculca y el tratamiento que requiere para su adecuada sanción.

Al enfrentarse con el discutido carácter político de los hechos que determinan el apoderamiento ilícito de aeronaves, se encuentra, en primer lugar, con la difícil determinación del delito político en general y con los problemas de extradición que, a su juicio, debe concederse en todo caso, salvo los especialmente excluidos en los convenios internacionales, entre los que no deberán figurar, en lo que al apoderamiento ilícito de aeronaves se refiere, consideraciones de orden político.

Por otro lado, la desviación de una aeronave comercial de la ruta reglamentariamente establecida implica necesariamente que tanto el pasaje como la carga llegan a un punto de destino que no es el determinado en sus respectivos contratos de transporte, y que tan sólo alcanzan el lugar de destino normal después de más o menos vicisitudes, y, en todo caso, con retraso.

El porteador, por causas que, desde luego, son ajenas a su voluntad, ha incumplido el contrato de transporte concertado. Aun admitiendo que los daños y perjuicios no hubieren tenido otro reflejo que la demora, esta será de tal entidad que indudablemente tanto el pasaje como la carga se habrán visto afectadas por sus consecuencias. Todo ello lleva al examen de la eventual responsabilidad civil del porteador.

El autor considera que, puesto que el riesgo de que a bordo pueda ser cometido un delito de apoderamiento ilícito, la probabilidad del mismo y sus consecuencias es tan conocido del usuario como del porteador, en el caso de que el suceso lamentablemente se produzca, cada parte debe pechar con las respectivas consecuencias. El porteador con las suyas, que, ciertamente, no son pequeñas; el usuario con las que se deriven del retraso, no pretendiendo que por el porteador le sean compensadas.

El apoderamiento ilícito de aeronaves requiere un tratamiento doble, según que el hecho se contemple, hipotéticamente, como una posibilidad susceptible de acaecimiento, respecto a la que hay que adoptar medidas previas, y de otro lado, como un suceso que ya ha tenido lugar y que requiere la necesaria corrección no sólo para restituir el perturbado derecho, sino para que con la ejemplaridad de la medida que se adopte obtener también resultados positivos que sirvan para evitar hechos futuros de naturaleza análoga. De aquí el examen que se hace, por un lado de

las medidas preventivas en relación con el delito, y de otra parte el ejercicio de la autoridad en relación con el delito.

Por lo que a la primera respecta, hace una breve consideración de las distintas medidas preventivas que han venido utilizándose en los diversos países y aquellas que han sido propuestas como susceptibles de ser aplicadas.

Los sistemas preventivos más usuales pudieran agruparse así:

a) Intimidación psicológica; b) mayor moderación en los medios informativos; c) dotación de armas explosivas a los miembros de la tripulación; d) ofrecimiento de recompensas a quienes proporcionen noticias sobre la presencia de un secuestrador como presunto viajero o antes que el embarque tenga lugar; e) métodos persuasivos por parte de la tripulación y muy especialmente del comandante de la aeronave; f) registros personales de los viajeros y las cosas antes de ser admitidos al embarque; g) utilización de medios electrónicos, radiográficos, electroquímicos, etcétera, para la detección de objetos susceptibles de ser ilícitamente utilizados; h) seguridad en la cabina de mandos; i) uso de televisión mediante su instalación en circuitos cerrados en el interior de la aeronave; j) guardias especialmente armados y entrenados que, como cualesquiera otros pasajeros, viajen en las aeronaves.

En suma, las citadas medidas preventivas pueden agruparse en dos categorías:

a) Las que tienen lugar antes del embarque del pasaje y de la carga, que consisten en aislamiento de zonas, vigilancia, controles, registros, etc.

b) Las que tienen lugar después del embarque del pasaje y de la carga consisten en represión de las agresiones, vigilancias a bordo, persuasiones, etc.

El autor se siente decididamente partidario de las agrupadas en la primera de las categorías apuntadas.

Delicado problema se ofrece en el capítulo VII, concerniente al ejercicio de la autoridad para la prevención y represión de estos hechos. Si bien no hay duda—dice el autor—de que mientras la aeronave se encuentra en tierra con los motores parados y sin que el comandante de la misma se haya hecho cargo de su mando, serán las autoridades competentes de tierra las encargadas de preservar el orden y garantizar los derechos de personas y cosas, y si bien tampoco se ofrece duda en que todo ello es competencia del comandante después que la máquina ha abandonado el aeropuerto y se encuentra en el cielo, no es, en cambio, tan fácil deslindar estos campos de competencia en determinados momentos en que pudiera pensarse que existe una superposición simultánea de ambas autoridades, la competente en tierra y la del comandante de la aeronave.

Queda aún otro problema: la competencia jurisdiccional para sancionar estos hechos una vez que haya sido repuesto el orden conturbado.

Pasando al capítulo referente a la regulación del delito en la legislación comparada, MAPELLI considera que no es oportuno hacer un estudio completo de la cuestión a la luz de las legislaciones positivas correspondientes, ya que, en rigor, nos encontramos en un proceso de elaboración. Hace transcripción de las más significativas advirtiéndolo, en cuanto a la española, que se hace omisión de ella, ya que la muy avanzada y completa Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, se incluye en otro lugar íntegra, como anexo.

Si bien el autor ha venido fundamentalmente refiriéndose a los dos Convenios Internacionales de Tokio, de 14 de septiembre de 1963, y de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, que de una manera directa se contraen al delito de apoderamiento ilícito de aeronaves, considera también preciso o de interés conocer las declaraciones y recomendaciones, amén

de otros compromisos diplomáticos, que hacen relación al tema y que ponen de manifiesto el clamor universal, de carácter unánime, que contra la delincuencia aérea se ha producido.

El capítulo X está consagrado íntegro al Convenio de Tokio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, abordando algún que otro punto concreto a través de preceptos que resultan, por incompletos, insatisfactorios, pero que suponen un deseo de buena voluntad, que no debe ser negado por ningún Estado y que, en definitiva, abrirá paso a la firma de convenios más completos y eficaces, como el de La Haya, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, con cuyo estudio, exhaustivo y somero, cierra su trabajo sobre un tema de evidente actualidad, completado con los siguientes anexos:

- I Convenio de Tokio.
- II Convenio de La Haya.
- III Convenio de Montreal.
- IV Resolución adoptada por el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de 19 de junio de 1972.
- V Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964.
- VI Acuerdos entre los Gobiernos de la República de Cuba y Canadá y de los Estados Unidos de América sobre el secuestro de naves aéreas y marítimas y otros delitos.

La obra, con la que el autor lleva a efecto un breve ensayo de sistematización y un primer acopio de material doctrinal y legislativo, constituye, en suma, un tratado monográfico completo sobre esta figura criminal respecto a cuya denominación tanto se ha discutido.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

IX REUNIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL: *El sistema de medidas cautelares*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1973.

Consta la presente obra de 259 páginas, que comprenden la labor aportada por varios profesores de Derecho Procesal en la IX Reunión, celebrada en los días 15, 16 y 17 del mes de octubre de 1973 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, bajo la presidencia del catedrático de Derecho Procesal de dicha Universidad, profesor GUTIÉRREZ DE CABIEDES.

Comienza con una ponencia del señor GUTIÉRREZ DE CABIEDES sobre los elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares.

Estos procesos presentan una buena cantidad de problemas que, sin pretender exhaustividad, cree conveniente enumerar:

1. Una teoría general de las medidas cautelares obligaría a precisar si este instituto procesal se correspondería o no con un derecho subjetivo sustancial a la cautela.
2. Otra cuestión a resolver es la de la autonomía o dependencia de las medidas cautelares.
3. Otro problema a resolver es el de si las medidas cautelares pueden ser estudiadas conjuntamente con aquellas otras disposiciones procesales que van enderezadas a conservar los datos y pruebas que permitan que la

sentencia pueda dictarse con acierto y pleno conocimiento de los hechos por el juez.

Hechas ciertas precisiones, considera necesario abordar el estudio, aunque sea somero, de las características fundamentales de las medidas cautelares, o si se quiere de aquellos elementos de que debe constar una medida para que quepa conceptuarla de cautelar. Estima que las más importantes son las siguientes: a) efecto asegurativo de la medida; b) la medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente; c) exhibición del título; d) homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado; e) carácter dispositivo de la medida cautelar; f) contracautela, y g) levantamiento o modificación de las medidas cautelares.

Sin embargo, el tema que desde un punto de vista práctico y prelegislativo tiene más importancia en la regulación de las medidas cautelares es el de su clasificación.

Desde un punto de vista teórico se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea:

1. De dar cosa genérica (dinero).
2. De dar cosa específica: mueble o inmueble.
3. De hacer.
4. De no hacer.

Estas medidas tendrán unos presupuestos distintos cuando la obligación nazca de un derecho personal o de un derecho real incumplido por un tercero, frente al cual se solicita la medida.

Las medidas provisionales en relación con las personas merecen un estudio aparte, ya que nacen de relaciones peculiares del derecho de familia en su vertiente matrimonial o paternofamiliar.

Tras la citada clasificación se estudian las notas generales que se estiman características de cada una de estas medidas cautelares, para sentar por último ciertas conclusiones.

El catedrático señor FAIREN GUILLÉN aborda el tema de los procesos y medidas cautelares, en el anhelo de colaborar con sus compañeros en la tarea de reelaborar la vieja LEC y ofrecer una versión de la misma puesta al día, pero conservadora de los valores indiscutibles. El trabajo por él efectuado sobre el tema, en colaboración con los profesores adjuntos y ayudantes de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, no refleja en parte más que el sentir de que debe procederse no a un reajuste, sino a una reforma total del proceso cautelar español, según las pautas que antes había dado a conocer.

Encontrándose con procesos y medidas cautelares desparrramados anárquicamente por todo el ordenamiento jurídico español, y tratándose de una puesta al día de la vieja LEC, en la medida en que acepta esta colaboración, no le es posible convertir el articulado que se proyecta en las páginas de su trabajo, en un libro total de tratamiento de todas las generalidades, de todos los procesos y medidas cautelares—a incluir en una Ley Procesal General, que viene propugnando en el desierto—mas las especialidades procesales civiles.

El señor FAIREN, en su labor, acude no sólo a la LEC, sino a otras leyes; así, a la LECR, en cuanto a fianzas y embargos, pues su regulación le parece superior a la otra; a las hipotecarias, a los Códigos Civil y de Comercio, a las leyes especiales, no dejando de pensar en que, pese a todo, se le han escapado diversas medidas cautelares.

Ajustándose al criterio sustentado en la reunión de Mallorca, procura evitar la introducción de innovaciones, pero, para no intentar poner en pie momias, cree que ha debido introducirlas—por ejemplo, en cuanto al embargo preventivo—o colmar gravísimas lagunas—por ejemplo, en cuanto al secuestro.

El profesor PRIETO CASTRO presenta la comunicación sobre medidas cautelares. Tras ofrecer las razones que justifican la importancia del tema elegido y formular ciertas observaciones, pasa a exponer brevemente un ensayo de sistematización primario de las diversas medidas cautelares.

El catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, aborda el tema concerniente al embargo preventivo sin documento cualificado previo.

El señor FONT SERRA trata de las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva. Con ello, tras unas breves consideraciones, pretende aclarar que la tutela cautelar, siendo una especie dentro del género de la tutela preventiva, tiene una particular relevancia. Es, por así decirlo, una de las especies más genuinas.

La genuinidad de la tutela cautelar preventiva, unida a sus bien determinadas características, y fundamentalmente a su finalidad de asegurar la ejecución de su posible derecho, nos muestran a la justicia cautelar, a pesar de su situación de dependencia instrumental, con una autonomía propia. Se une, por tanto, al deseo unánime de la doctrina procesal española respecto a que las medidas cautelares gocen de una regulación autónoma en nuestra futura legislación procesal.

El señor GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, del departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, se refiere a las medidas cautelares en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La comunicación de JOSÉ GONZÁLEZ MONTES hace referencia a las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento.

Otra comunicación es la del profesor adjunto de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, JUAN MONTERO AROCA, y versa sobre el sistema de medidas cautelares y su concreción en el proceso laboral. MONTERO AROCA, tras ofrecer una previa introducción y tratar del proceso de trabajo como una especie del civil, e igualmente de los procesos y medidas cautelares ante la jurisdicción laboral, se refiere concretamente al embargo preventivo, a las medidas indeterminadas del artículo 1.428 de la LEC, y a las medidas cautelares específicas del proceso laboral: a) anticipación de la prueba; b) reseña de libros y cuentas; c) consignaciones para recurrir, y d) ejecución provisional.

AMALIA MONTES REYES trata de la anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva.

La anotación preventiva es un asiento registral. Como tal tiene como finalidad la publicidad, especialmente respecto de terceros.

No es su intención en este trabajo analizar el aspecto sustantivo o registral de esta figura. Su interés se centra en la relación existente entre el proceso y las anotaciones preventivas, es decir, la trascendencia procesal de ésta, sin perjuicio de hacer alusiones que correspondan a aquél, dado el doble carácter de que gozan.

Hechas ciertas consideraciones generales sobre la anotación preventiva de demanda, considera conveniente suscitar varias cuestiones en torno a la referida anotación preventiva de demanda que a continuación examina, y son:

1. Casos en que procede la anotación preventiva de demanda, considerando a estos efectos que procederá cuando el resultado del proceso que con ella se inicia pueda tener alguna repercusión en el contenido del registro.

2. Necesidad de que la cosa o persona objeto de la anotación esté inscrita en el registro correspondiente, toda vez que esta anotación procede respecto de bienes inscritos o de personas, como en el caso de la incapacidad.

Examina también otros supuestos de anotación preventiva similares a la de la demanda. Se refiere a aquellos supuestos en que por no haber

acuerdo sobre su naturaleza jurídica o por pertenecer a la jurisdicción voluntaria, no quiere incluirlos entre los supuestos en que procede la anotación preventiva de demanda, pero que dada su similitud con ellos cree oportuno referirlos; son:

- a) Declaración de ausencia y fallecimiento.
- b) Abintestato y testamentaria.

Igualmente hace referencia a la naturaleza cautelar de la anotación preventiva de demanda, haciendo algunas consideraciones que demuestran este carácter, y por último se refiere a la necesidad de introducir la anotación preventiva de demanda en el futuro Código Procesal Civil.

La última comunicación recogida en esta obra es la del profesor adjunto numerario de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, ALFONSO PÉREZ GORDO, sobre medidas cautelares y ejecución provisional.

PÉREZ GORDO, dentro de la ponencia general sobre el sistema de medidas cautelares, trae a colación un tema siempre actual: el de la ejecución provisional en relación con las medidas cautelares, a fin y efecto de resolver, con carácter previo, cuál sea la naturaleza jurídica del instituto y la función que el mismo desempeña en el ámbito del proceso civil, pero al mismo tiempo analizar lo que de cautela y ejecución hay en él, no sin entrar en la triple faceta a que le obliga este planteamiento, el de la posibilidad de considerar a la ejecución provisional como medida ejecutiva y cautelar al propio tiempo, así como medida cautelar o como ejecutiva aisladamente, para sentar, por último, las conclusiones oportunas que somete a los profesores participantes en torno a la problemática de la ejecución provisional en relación con las medidas cautelares.

En resumen, como tema de trabajo se han considerado los problemas que suscitan las medidas cautelares en el proceso civil con vistas a su reordenación en la legislación procesal, sobre la base de la ponencia y comunicaciones presentadas, estimándose que una adecuada regulación de las medidas cautelares puede representar la mejor contribución a la reforma del proceso civil por cuanto supone una garantía en la administración de la justicia y la tutela de los derechos de los justiciables.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MOLINA GARCÍA, A.: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1975.

La Editorial Montecorvo, en su línea directriz de publicar tesis doctorales de la más reciente actualidad, ofrece en el presente caso la que es objeto de esta recensión y, en la cual su autor, ANTONIO MOLINA GARCÍA, Doctor en Derecho y Juez de Primera Instancia, trae al campo de la discusión doctrinal un estudio sobre el viejo y tremendo problema de la doble venta. La peculiaridad del estudio reside en circunscribirse a un examen de la jurisprudencia en torno al artículo 1.473 del Código civil. El acotar campos y moverse en ellos con pocos elementos, sea quizá el éxito de la publicación, pues el problema, no ya desde el punto de vista doctrinal, sino en sus reflejos registrales, permite hablar de volúmenes de miles de páginas que recojan lo mucho que se ha escrito sobre este punto. No hace mucho, uno de los autores que se han preocupado del tema, al hacer una recensión de uno de mis últimos libros, decía que en el tema de la «tradición y la inscripción» yo había entrado en él inten-

tando clarificarlo, «pues sólo a machetazos es posible avanzar en esta jungla». Me estoy refiriendo, como es de todos conocido, al gran hipotecarista TIRSO CARRETERO.

Esto también puede predicarse de la monografía comentada, aunque en la vertiente de la práctica. Mi libro ofrecía síntesis de doctrinas para explicar el fenómeno, y éste ofrece resúmenes claros para la aplicación de una norma. Algo así creo descubrir en las palabras del prologuista de la obra, JORDANO BAREA, que nos dice: «El libro, por tanto, interesará sobre todo a los juristas prácticos encargados de aplicar normas jurídicas y no de explicarlas.»

Ambientado así el contenido del libro, creo que será fácil para el lector deducir la gran utilidad que el mismo ofrece, sobre todo para aquellos que en su función judicial tienen en su mano esa gran facultad de la aplicación del Derecho. En su intento de objetividad legislativa, al autor se le escapan frases, opiniones y razones que demuestran su poca conformidad con la solución legislativa que el Código civil da al problema de la doble venta de inmuebles en su vertiente registral. No quiero insistir en este punto, pues ello me obligaría a reducir esta recensión a una especie de «censura» de frases, lo cual no ha sido nunca mi función, pues yo comprendo que la especialidad de conocimientos impone ciertas limitaciones a la hora de opinar.

El contenido del libro—materia a la que me debo ceñir en esta aséptica recensión—, aparte de afrontar el problema de la doble venta tal y como la interpreta el Tribunal Supremo, contiene un estudio sistemático de diversos problemas que el artículo 1.473 del Código civil plantea. Estructura el autor la materia en once capítulos, que se me antojan excesivos para mediatizar esta recensión a ellos. Por tanto, y sin el consentimiento del autor, voy a organizar esto de otra forma, a efectos de que el lector pueda tener una impresión genérica de la obra sin el agobio de tanto apeadero. No recoge un índice cronológico de sentencias, se prescinde de un índice de autores y obras citadas y solamente se incluye un índice sistemático, pero no conceptual.

a) *Esencia y finalidad de la doble venta*

Bajo este epígrafe, que el recensionista se inventa para ofrecer comprimido al lector un contenido, el autor destina dos capítulos de su obra, en los que presenta la problemática que se ofrece con el fenómeno y la finalidad y presupuestos que la legislación exige para su solución.

El autor, en el contrato de compraventa, distingue dos momentos decisivos o dos fases: el de la perfección del contrato y el de la consumación del mismo. El tema de la doble venta sólo se produce, según el autor, en el intermedio de una y otra.

Igualmente el autor sienta la idea de que la problemática de la doble venta exige como condición fundamental la concurrencia de dos enajenaciones válidas, siendo por completo distinto el problema de la «venta de cosa ajena». Como problemas conexos examina el de la venta por apoderamiento, la venta judicial, la permuta, el tanteo, la opción de compra, etcétera. Otra premisa fundamental de su tesis es la de que el artículo 1.473 del Código civil da una norma para resolver un supuesto, prescindiendo de su licitud o ilicitud, y que debe ser complementado con los relativos a la tradición, buena fe y normas hipotecarias. Toca, por último, el principio de prioridad y disiente de su aplicación a ciertos casos que cita.

Debo agregar que esta serie de opiniones del autor están basadas en criterios extraídos de la doctrina del Tribunal Supremo, que, como argumento decisivo y estelar, el autor utiliza en apoyo de sus argumentos.

De las distintas formas de exponer la doctrina del Tribunal Supremo ya se ha hablado mucho. Puede ser tolerable la generalización, el ofrecimiento parcial de considerandos o la vulgarización de las esencias contenidas en los fallos, pero lo que no creo procedente en un libro especialmente destinado a un examen minucioso de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una materia tan concreta, es sustraer al lector la «literalidad» de la sentencia, resumiéndole hechos y destacando lo que al autor le parece fundamental.

b) *Perfección y ejecución del contrato en la doble venta*

El autor parte del carácter consensual del contrato de compraventa. La perfección del contrato se produce por la concurrencia del consentimiento sobre la cosa y el precio. Doctrinalmente, ya NÚÑEZ LAGOS, por ejemplo, había demostrado la inexistencia en el Derecho español de los «contratos traslativos» por el imperio de la teoría del título y el modo. Aduciendo este último, el autor sitúa el caso de la doble venta en el momento en que, perfeccionado el contrato, éste no se ha cumplido, esto es, aún el vendedor no ha verificado la tradición y, por ello, el comprador aún no es propietario.

Igualmente el autor destina un capítulo al examen del concepto de causa y, sobre todo, a la postura netamente objetiva con la que el Tribunal Supremo enfoca este elemento contractual. Después de la causa se estudia el objeto, sus requisitos (real y posible, lícito y determinado), el posible error en el mismo y el problema de la falta de objeto. En este último punto es donde el autor da una construcción original, pues entiende que cuando una finca es vendida varias veces no puede decirse que sea precisamente el objeto el requisito que falte a cualquiera de los contratos que sobre ella se celebren. La anormalidad no la encontramos en el objeto, que damos por existente, sino en la relación del sujeto vendedor con la cosa, apareciendo serias dudas en cuanto a sus facultades para llevar a cabo nuevas enajenaciones. El problema de la falta de objeto se desplaza así al de la relación que el sujeto—vendedor—mantiene con la cosa. Entonces hemos de tener presente la reconstrucción que la doctrina civil ha hecho del concepto procesal de la «legitimación».

La simulación, ese gran tema de difícil prueba y percepción jurídica, se estudia por el autor ofreciéndonos muestras de la jurisprudencia en las que se identificaba el caso con supuestos de falta de objeto. El tema, de otra parte, está íntimamente estudiado en relación con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Al caso de la simulación le sigue el de la tradición, no menos importante, destacándose la idea de que la posesión real prevalece sobre la «ficta», dando así preferencia a la compraventa en que haya mediado la primera.

c) *La inscripción registral en la doble venta*

Partiendo del texto del artículo 1.473 del Código civil, que innova, en orden al problema de la doble venta, la forma de solucionar un conflicto otorgando a la inscripción registral la preferencia, el autor examina una serie de puntos para llegar a destacar cómo esa afirmación del Código civil queda enervada en muchos casos. El autor hace alusión al requisito de la inscripción previa, examina el caso de la anotación preventiva, la problemática de la doble inscripción y las cuestiones superiores de la protección de los artículos 34, 38 y 32 de la Ley Hipotecaria.

No puede ser ésta la ocasión de discutirle al autor sus opiniones, pues ello supondría transformar una recensión en un artículo de revista y, por ello, aquí nos limitaremos a decir que el autor afirma que la protección

registral sólo se dispensa cuando la doble venta suponga un doble caso de «tradición ficta» o una doble venta documentada en escritura pública y en documento privado. Descarta el caso de la simulación por el juego del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, los supuestos del artículo 207 de la misma y la posesión en concepto de dueño por persona distinta del transmitente a virtud del artículo 448 del Código civil en relación con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. ¡Menos mal que al autor no le han nombrado todavía de la Comisión legislativa, pues sería capaz de suprimir toda la legislación hipotecaria!

Por último, toca el problema de la buena fe, que, como es natural, va implícito en el supuesto. Termina examinando la situación del comprador que no consigue la adquisición de la cosa y que ve limitada la opción de que habla el artículo 1.124 del Código civil al resarcimiento de daños.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

SIMÓN SEGURA, FRANCISCO: *La desamortización española del siglo XIX*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. Ministerio de Hacienda.

El propio autor señala la necesidad de la elaboración de monografías inteligentes que sirvan, en su caso, para redactar una Historia Social y Económica de España. La presente lo es, en su intento de analizar los últimos aspectos de la desamortización del siglo XIX.

Se inicia el libro con un estudio sumarisimo de los antecedentes históricos del proceso, distinguiendo tres grandes etapas: la Edad Media y el periodo de los Austrias, que contemplan ambos procesos amortizados de bienes de la Iglesia y órdenes religiosas, de mayorazgos y vinculaciones semejantes y de bienes de propios municipales, y el siglo XVIII, en el que aparece una política contraria a las vinculaciones, en su inmensa mayoría frustrada, y un estado de opinión (Jovellanos, Campomanes) favorable a la desamortización.

Centrado ya en el tema, estudia SIMÓN SEGURA el siglo XIX, con sus vaivenes liberales-absolutistas y su repercusión en el proceso desamortizador que, en su primera época, afecta, sobre todo, a los bienes eclesiásticos y repercute en gran manera en la disminución del clero.

Tras un intento fallido (decreto de 1913), el proceso se concreta con la llamada desamortización de Mendizábal, en honor a su principal artífice.

La desamortización, que partía de criterios tales como una severa crítica de las manos muertas, la inutilidad de las órdenes religiosas, la supresión de conventos, la urgencia y la admiración por los criterios extranjeros, se inició en 1836, afectando sobre todo a los bienes del clero regular; recibió un impulso en 1841, cuando Espartero puso en venta todas las fincas, derechos y acciones del clero secular por la necesidad de pagar los intereses de la deuda interior y extranjera, y fue suspendida definitivamente en 1844 por el Gobierno del general Narváez. En un principio, el pueblo fue rebelde a las enajenaciones, al tiempo que temía posteriores desautorizaciones. Por eso sólo las fincas urbanas de grandes ciudades obtuvieron compradores por permitir altos beneficios. Más tarde las ventas aumentaron, aunque muchos ciudadanos honrados y laboriosos no pudieron hacerse con las tierras por carecer de numerario, lo que llevó a un empeoramiento de la suerte de los colonos.

Estudia también el autor el sistema de subastas y de pagos de las ventas, bien en dinero bien en títulos de la deuda. Dedicó un apartado

especial a las enajenaciones de los edificios de los antiguos conventos y monasterios clausurados, que se realizó muchas veces con total ignorancia de su valor artístico y a precios irrisorios, como se refleja en la discusión parlamentaria que sostuvieron don Claudio Moyano y don Alejandro Mon, y que el autor tiene el acierto de recoger a pie de página.

El libro presenta además cuadros con datos interesantes sobre la evolución del censo del clero, evolución de las ventas por provincias, años y meses, valores de tasación y venta y porcentajes de cotización media. Asimismo, en completos cuadros y en gráficos, resume SIMÓN SEGURA la importancia de la desamortización iniciada por Mendizábal, distinguiendo, también por provincias, los bienes que poseía el clero, los bienes vendidos y los remanentes.

El otro hito importante en el proceso desamortizador decimonónico lo constituye la desamortización de 1855, cuya vigencia, excepto en el período comprendido entre 1856 y 1858, se prolonga prácticamente hasta comienzo del siglo actual, y cuyo volumen, consistente sobre todo en bienes de propios, supera a la de Mendizábal.

Analiza el autor detenidamente la génesis de su legislación, deteniéndose en las discusiones parlamentarias que provoca y en donde sale a relucir todo lo bueno y lo malo de la desamortización precedente. Es quizá esta parte la más jurídica del libro y desde luego uno de sus aciertos. Como en la desamortización de Mendizábal, SIMÓN SEGURA, con cuadros y gráficos, presenta los resultados materiales distinguiendo los distintos tipos de bienes (clero secular, beneficencia, de propios), su naturaleza (rústica o urbana), su valor de tasación, de venta y cotización y su distribución provincial.

También recoge gráficamente los resultados totales de la desamortización por provincias desde 1836 a 1895, donde resalta que Madrid y Sevilla fueron las provincias con mayor volumen de ventas.

En la última parte del libro entra el autor en el estudio de la desamortización y de sus consecuencias, con especial dedicación a la de 1855. Destaca la gran importancia económica del proceso, la ruina artística que provoca el abandono de los conventos y la heterogeneidad de los compradores.

Poco favorable es el juicio que merece la desamortización de Mendizábal por la falta de madurez y la desacertada manera con que se llevó a cabo. La de 1855 presentó mayor importancia económica y, por tratarse sobre todo de la enajenación de bienes de propios, tuvo un carácter más rústico. Muy acertadamente llega a la conclusión FRANCISCO SIMÓN SEGURA de que la desamortización condicionó el desarrollo económico y social de España, siendo necesario su estudio para comprender la estructura del campo español actual. En apoyo de estas afirmaciones, estudia por separado el proceso en la provincia de Ciudad Real. En virtud de los datos que acumula puede llegar a afirmar que al comprarse las fincas grandes por especuladores y terratenientes y las pequeñas por la burguesía rural, la masa campesina no accede a la propiedad, empeorando por contra su suerte al ser privados de la obtención de los recursos (leñas, pastos, caza, roturaciones en algunos casos) que conseguían de los bienes de propios y comunales de los pueblos. Ello llevó a un incremento de la masa campesina proletaria y acentuó las diferencias sociales. El autor llega a preguntarse incluso si los efectos de la desamortización del siglo XIX no condicionaron las manifestaciones sociales, afiliaciones masivas a partidos de izquierda, sublevaciones campesinas y guerra civil de 1936-39. La pregunta es formidable y merecedora de profundos estudios. Lo que no cabe duda es que de haberse procedido a un reparto comedido y ordenado, el desarrollo económico y social de España a partir del siglo XIX hubiera sido muy otro, ya que una consecuencia muy importante del proceso desamortizador fue la desacertada constitución de una es-

estructura social en la que, en pleno siglo XIX, difícilmente se inserta una clase media, en cuanto, por un lado, consolidó una estructura de la propiedad de signo latifundista, y, por otro, una gran masa de trabajadores campesinos asalariados en el campo, o lo que es parecido, de pequeños propietarios.

El libro es provechosísimo para el estudio de este fenómeno desamortizador, genial en su concepción y torpe en sus medios como diría don Claudio Sánchez Albornoz o como indica el autor, que pudo resolver el problema agrario español dando la tierra a los campesinos y a la larga creó la larga burguesía terrateniente del siglo XIX.

El autor produce un estudio desapasionado, nada partidista. En la primera parte acumula datos y estadísticas, razones y opiniones, casi siempre con las propias palabras de sus autores, por lo que frecuentemente acude a las discusiones parlamentarias que precedieron a los proyectos legislativos. Al final del libro extrae conclusiones a mi juicio brillantes y acertadas.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura

