

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVII • Septiembre-Octubre 1971 • Núm. 486

ACQUITTANCE

10

RECEIVED

RECEIVED

10

RECEIVED

RECEIVED

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
“La ocupación”, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1045
“La letra de cambio agraria: cobertura de garantía en el crédito personal agrario”, por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	1097
“En torno al supuesto de deje de cuenta del artículo 371 del Código de Comercio vigente”, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1151
“Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad”, por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ	1171
 DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
“Transformación de servidumbre de luces en servidumbre de vistas”. por O. VICENTE TORRALBA SORIANO	1211
 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	1229
II Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ENRIQUE CALATAYUD LLOVET y JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ.	1279
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1288
 LIBROS:	
“La constitución de las servidumbres por signo aparente”, de JOSÉ BENET CORREA, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	1297
“El estado de necesidad en el Derecho civil”, de MARCELO BRIGUGLIO, por JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR	1306

"Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas", de JUAN RAMÓN CAPELLA, por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	1311
"El carácter accesorio del derecho de hipoteca", de RICARDO SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, por JOSÉ MENÉNDEZ	1319
"Seguro obligatorio de viajeros (comentarios al Reglamento de 6 de marzo de 1969)", de FRANCISCO SOTO NIETO, por JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR	1323
"Volumen colectivo: La empresa pública", por JUAN MARTÍN QUE- RALT	1324
REVISTAS	1333

ESTUDIOS

La ocupación^(*)

SUMARIO: I. *Consideraciones previas.*—II. *Concepto general de la ocupación.*—III. *Precedentes históricos.*—IV. *Derecho comparado:* 1. Derecho francés. 2. Derecho alemán. 3. Derecho italiano. 4. Derecho portugués.—V. *Presupuestos subjetivos de la ocupación:* 1. Capacidad. 2. Intención o *animus domini.*—VI. *Presupuestos objetivos de la ocupación:* A) El artículo 610 y su crítica. B) Los requisitos objetivos de la ocupación: 1. Apropiabilidad de la cosa. 2. Cualidad de *nullius*. Estudio concreto del abandono.—VII. *Presupuestos formales de la ocupación.*—VIII. *Clases de ocupación.*—IX. *Los medios de ocupación:* 1. La caza y la pesca. 2. Los animales amansados. 3. El tesoro oculto. 4. El hallazgo. 5. Los productos y despojos del mar.—X. *Las normas de conflicto aplicables a la ocupación.*—XI. *Inducción de un concepto jurídico acerca de la ocupación:* 1. Las posiciones clásicas. 2. La posición de BORRACHERO. 3. Conclusiones parciales de la exposición previa. Conclusiones finales.

I.—CONSIDERACIONES PREVIAS

Ha escrito PUIG PEÑA que a raíz de la codificación pierde la ocupación todo su prestigio. En efecto, el Código francés le dio un duro golpe al establecer que los bienes sin dueño pertenecen al Estado; la misma orientación fue seguida por otros Estados y otras legislaciones. También en España la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 atribuyó al Estado los bienes vacantes o sin dueño, aunque posteriormente las distintas legislaciones rectificaron, y nuestro Código civil, al igual que el de otros países, admite la ocupación, si bien limitando su esfera de acción.

Parece un poco extraño que quepa hablar en la actualidad de ocupación y de los problemas que puede plantear como modo de adquirir el dominio de las cosas; parece esto así como intentar la resurrección de algo ya muerto para siempre: el que existan cosas sin dueño. Estas palabras de BORRACHERO, que vienen a desarrollar una tan brillante como irónica idea de IHERING, vienen a decir que hoy en día todo está ya ocu-

(*) ADVERTENCIA: Este trabajo, destinado a las Oposiciones entre Notarios de 1970, aparece aquí en forma idéntica a la redacción entonces efectuada, salvo los retoques del Reglamento de Caza. Queda al buen criterio del lector el salvar las omisiones debidas al apresuramiento de entonces.

pado y que nadie en su sano juicio renuncia a su derecho de dominio o, de otro modo, efectúa actos de abandono. Verdaderamente, en comparación con los romanos, hemos retrocedido lamentablemente. Cuán extensa era la lista de cosas sin dueño y cuán dilatado el espacio que a la ocupación concedía la jurisprudencia romana: animales de todas clases, ámbar, perlas, piedras preciosas, frutos silvestres, tesoros, ocupaciones bélicas, islas formadas en río o en el mar, cauce abandonado, el llamado «ager desertus», la llamada «usucapio pro herede lucrativa»... Parece que ya no hay ocasión en la actualidad para atribuir la propiedad de una cosa que no tiene dueño al primero que la ocupa, y, sin embargo, pensando un poco detenidamente sobre el tema, nos encontraremos con una multitud de supuestos tomados de la misma vida real, en que la ocupación es posible porque no cabe duda de que existen innumerables cosas nullius: bien porque todavía no llegaron a ser ocupadas, bien por llegar a tal estado mediante el abandono efectuado por sus dueños.

Sin embargo, existe todavía algún autor, como LATOUR BROTONS, que entiende que el campo de aplicación de la ocupación es hoy en día tan restringido y limitado, que no sería muy aventurado el sentar la tesis de que sólo muy escasos y determinados bienes pueden ser adquiridos por ocupación. Entiende este autor, en estudio dedicado al tema, que la razón del mismo es «reducir a sus justos límites» el campo de aplicación de la ocupación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante esta última opinión, parece claro que la problemática actual de la ocupación excede con mucho de los intentos simplistas de muchos autores que se han ocupado del tema. Entre otras muchas cuestiones, cabría aquí aludir a las siguientes: la de si la ocupación es por sí una causa o modo de adquirir la propiedad distinta a la Ley; la de si mediante ella se adquiere la propiedad únicamente o también los derechos reales; la de si se extiende exclusivamente a las cosas o también a los derechos; la de si es solamente la definitiva o si caben ocupaciones temporales; la de si se trata de un modo de adquirir el dominio o si más bien encierra un concepto más amplio, etc.

De todas estas cuestiones nos iremos ocupando a lo largo de este estudio.

II.—CONCEPTO GENERAL DE LA OCUPACION

La posición de los autores tradicionales y antiguos ha sido la de anteponer una definición dogmática previa al estudio de la materia. La posición de los autores más modernos trata de atender a los posibles con-

flictos de intereses en juego y buscar el procedimiento técnico-jurídico más adecuado para la protección del interés jurídico que más la necesita.

Siguiendo esta posición moderna, y atendida la consideración previa de que no cabe obtener un concepto general sin haber procedido a un análisis detenido de los preceptos legales, parece conveniente posponer el concepto jurídico de la ocupación para el final de este estudio, extra-yéndolo por inducción de los principios generales obtenidos en nuestra investigación.

En la interpretación de qué cosa sea la ocupación seguiremos los procedimientos habituales en sede interpretativa: el literal, el histórico, el de derecho comparado, el lógico, el sistemático y el teleológico.

El sentido LITERAL, que es también el ETIMOLOGICO, nos indica que ocupación deriva de la palabra latina «capere», equivalente a coger o tomar, indicativa de la toma de posesión o apoderamiento de una cosa. Así nos lo indica también el diccionario de la Real Academia Española. Precisamente por no entenderlo así, nos dice BORRACHERO, derivan las desviaciones de la doctrina y las construcciones jurídicas de laboratorio que pretenden explicarla, teniéndose que acudir a interpretaciones más o menos forzadas y a presunciones de intenciones jurídicas, filosofando sobre conceptos y no sobre realidades. Porque realmente nadie que ocupa, cuando ocupa, piensa en toda una organización positiva de derechos y ocupaciones, ni piensa, si la cosa sobre que recae su posesión está aparentemente libre de propietario, que su derecho pueda estar supeditado al ejercicio de una acción posterior.

Sin embargo, el sentido literal no da mucho más de sí, ya que en el lenguaje vulgar la misma palabra ocupación no tiene un sentido unívoco, pudiendo referirse: bien a la toma de posesión en el sentido amplio, bien al ejercicio de un cargo o profesión, bien al uso o habitación de un local, bien al trabajo desempeñado por una persona, etc.

Si del lenguaje vulgar pasamos al de la esfera jurídica, observaremos también cómo es un término cuya característica más acusada es el de ser polívoco, admitiendo diversas interpretaciones: así, en la esfera del Derecho Internacional Público, en tema de ocupaciones bien sean pacíficas, bien por agresión en caso de guerra; en Derecho Administrativo, en tema de expropiación forzosa para construcción de obras públicas, requisas militares, etc., y en el puro Derecho Privado, no queda muy claro el ámbito exacto de las cosas o bienes sobre que la ocupación recae, como se verá luego.

Necesariamente, por tanto, hay que acudir a otros elementos interpretativos.

III.—PRECEDENTES HISTORICOS

Derecho romano.—Nos dice VINNIO, comentando el *Digesto* de Justiniano, que la ocupación es un modo de adquirir muy antiguo y conferido por la misma ley natural. Recoge citas del Capítulo I del *Génesis* y del *Libro de los Salmos*. También los autores antiguos opinaban lo mismo, como Aristóteles, en su célebre pasaje de la *Política*. En el Derecho romano, en las épocas primitivas, en una sociedad de vida no sedentaria, se presenta como la manera más natural o «prejurídica» de engendrar la propiedad.

Los romanistas no están muy de acuerdo en si el ocupante debía o no tener la intención de hacer suya la cosa o *ánimus domini*: la posición afirmativa es seguida por PASTOR Y ALVIRA, y VOCI, inclinándose por la negativa GIRARD y SCIALOJA. Estos últimos precisan que en las fuentes no se menciona para nada dicho requisito, presentándose en ellas la ocupación como un acto de posesionamiento, sin que se requiera ningún ánimo diverso del que se requiere para llegar a ser poseedor de la cosa: porque una cosa es la intención de llegar a ser propietario (*ánimus dominandi*) y otra cosa distinta es la intención de comportarse como un propietario (*ánimus domini*); y distinto de ambos es el *ánimus possidendi*, que es el *ánimus* necesario para ocupar. Con el acto de posesión se adquiere la propiedad, cualquiera que fuese la intención que condujo al ocupante al apoderamiento.

La aparición del *ánimus possidendi* en el Derecho romano se produjo en la época postclásica, a modo de manifestación de la tendencia general de la época de dar preponderancia al elemento subjetivo sobre el objetivo y a construir la posesión como un derecho.

Los casos típicos de ocupación del Derecho romano eran los siguientes: el de las cosas propiamente *nullius*, tales como la isla nacida en el mar, cosas encontradas en el litoral, animales salvajes, domesticados o escapados, las cosas capturadas en acciones de guerra o de extranjeros (cosas hostiles) y el supuesto especial del tesoro.

En cuanto al *tesoro*, es clásica la conocida definición de PAULO... en el *Digesto*; sin embargo, SCHUTZ cree que es una definición defectuosa o inservible. Otros, como KRELLER, creen que los romanos formaron el concepto de tesoro sobre la base de contraponerlo al verdadero DEPOSITO u ocultación de cosas preciosas con la finalidad de seguridad o garantía.

Lo que sí parece claro es que en la época primitiva del Derecho romano el tesoro era simplemente una cosa oculta. Desde PAULO debía reunir las condiciones siguientes: 1) Ser un depósito oculto o *sub terra*.

2) Ser antiguo o *vetus*, lo bastante para que no constase quién era su dueño.

La adjudicación del tesoro sufrió diversas alternativas, debida a las circunstancias especiales de este modo de adquisición, sentándose la regulación definitiva después de las leyes de ADRIANO y LEÓN, que distinguieron según fuera el terreno del descubridor, de tercero o de un lugar *nullius*.

Parece deducirse de los textos de las fuentes romanas en tema de ocupación que el ocupante de cosa abandonada la adquiría inmediatamente o de modo automático (*statim*).

La elaboración de los intérpretes del *Derecho común* parece que recayó solamente sobre la noción de *tesoro*, precisando ODOFREDO en sus *Comentarios* las consecuencias que, según BUSSI, permiten diferenciar el tesoro de las cosas perdidas. No queda muy claro el origen de la distinción entre *invenire* y *adprehendere*, aunque se impuso la tesis de los comentaristas de que la esencia de la adquisición del tesoro era la simple *inventio* o acto de descubrimiento del mismo, que producía automáticamente la adquisición del tesoro. Esto hace que sea un modo distinto de la accesión y aun de la ocupación. El descubrimiento debía producirse en todo caso de un modo casual (*non data opera*), concediéndose, caso contrario, la reivindicación al propietario del suelo.

En el *Derecho canónico* apenas hay referencias a la ocupación ni menos al tesoro; sin embargo, se ocuparon los canonistas de las cosas perdidas y de su hallazgo, haciendo una sutil distinción del *ánimus* del que encuentra una cosa en relación a los casos en que pudiera ser cosa «no abandonada». También es curioso el llamado *Derecho de expolio*, de antigua tradición, que procedía en toda circunstancia de muerto de clérigos, obispos, dignidades, etc.

En el *Derecho histórico patrio* existen indudables referencias a la ocupación, ya que, como es sabido, en las *Partidas* se sigue fielmente el sistema del Derecho romano, derivándose la adquisición inmediatamente por el solo hecho de la aprehensión material. También son conocidas algunas formas especiales derivadas de la idea de ocupación, como es la llamada *presura* o *ius adprisionis*, reconocido en casi todos los fueros municipales y en el Ordenamiento de Alcalá, y atribuido a cualquier persona para la roturación de terrenos en los montes públicos o comunales.

El *Derecho histórico germánico*, según BRUNNER, conoció la ocupación clásica—que presupone la toma de posesión y un derecho de ocupación—, las regalías de caza y pesca, y el hallazgo de las cosas perdidas o regalía «de hallazgo».

En el *siglo pasado* imperaron, como es sabido, las ideas codificadoras, que se elaboran sobre el modelo del Código francés, si bien con una

trascendente influencia de las doctrinas de SAVIGNY sobre la posesión y la extraordinaria importancia que el mismo otorga al *ánimus*. No es por ello extraño que casi todos nuestros autores del siglo pasado, como BENITO GUTIÉRREZ, FALCÓN, etc., exijan—sin un enlace claro con la tradición histórica patria—que la ocupación venga completada como un *ánimus* o intención de apropiarse de las cosas, olvidando el elemento esencial material de la aprehensión.

Los antecedentes de nuestro Código civil, como ha puesto de relieve PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, derivan del proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA, que a su vez tomó los artículos dedicados a la ocupación del Código italiano de 1865, con la salvedad de las normas para el hallazgo que fueron tomadas del anteproyecto belga de LAURENT.

En el *Código civil* dice el artículo 609... En este precepto parece que el párrafo segundo hace superflua la declaración contenida en el párrafo primero, a juicio de ISABAL. Es sabido que dedica todo un título a la ocupación, otro a la donación, otro a las sucesiones, y la adquisición por medio de los contratos se pasa al libro cuarto, en uno de cuyos títulos se refiere a la prescripción.

Casi todos los autores critican el método y sistemas seguidos por el legislador en dicho artículo 609. Así, PUIG BRUTAU expone sus serios reparos al sistema del Código; ya que no parece que exista diferencia entre la adquisición de la propiedad mediante la Ley de la que viene representada por ciertos hechos jurídicos como la misma ocupación; recuerda cómo el Código francés no menciona la ocupación entre las diferentes maneras por las que se adquiere la propiedad.

También LATOUR BROTONS dice que la enumeración que el Código hace de los modos de adquirir parece que destaca en primer lugar, dando un trato de preferencia, a la ocupación; pero esta primacía y este concepto general amplio no puede—según él—aceptarse sin fundadas reservas, ya que sólo podrían justificarlo: o un tributo al más genuino modo de adquirir originariamente el dominio o bien como reminiscencia de la importancia que tuvo en tiempos pasados.

Por su parte, BORRACHERO cree que el encuadre de la ocupación no debe hacerse atendiendo al punto de vista de la dogmática jurídica, aunque acepta, siguiendo la doctrina alemana, que pueda ser incluida en el grupo de los actos *imputables*, en los que tan sólo se considera si la actuación fue voluntaria. Termina deduciendo que el concepto legal de la ocupación no puede extraerse de los artículos 609 y 610 del Código, sino que hay que relacionarlos con los artículos en tema de posesión.

IV.—DERECHO COMPARADO

1. *Derecho francés:*

Se dijo ya antes que el artículo 711 del Código francés no se refiere a la ocupación. PLANIOL y RIPERT exigen que la toma de posesión ha de hacerse con la intención de convertirse en propietario; pero a continuación exponen que lo único que caracteriza a la ocupación es la toma de posesión y que no hay que decir nada más para que la ocupación pueda determinarse; al tratar de los elementos de la posesión dicen que, si bien generalmente estimados como procedentes del Derecho romano, no son romanos, sino elaborados por SAVIGNY.

Otros autores, como MARTY y RAYNAUD, estudian la ocupación al referirse a los modos de adquisición de la propiedad de cosas muebles CORPORALES, sin dueño o cuyo dueño es desconocido: Se habla de la ocupación, nos dicen, no sólo a propósito de la toma de posesión *ánimo domini* de una cosa mobiliaria no apropiada, sino también con motivo de la invención y del salvamento de cosas que han estado apropiadas y cuyo propietario permanece desconocido, pero que son situaciones y reglamentaciones diferentes de la verdadera ocupación.

2. *Derecho alemán:*

La exposición de la doctrina alemana parte de la regulación que efectúa el Código alemán sobre la apropiación (arts. 958 a 964) y del hallazgo (arts. 965 a 984). ENNECCERUS estudia la apropiación como adquisición de la propiedad de cosas muebles por acto propio unilateral, que puede ser libre (si corresponde a todos) o bien en base a lo que llama un «derecho de apropiación».

HEDEMANN, citado por BORRACHERO, al estudiar la adquisición de la posesión, se refiere a la adquisición por aprehensión unilateral y nos dice que la obtención del poder de hecho es el máximo requisito que se ha de dar siempre para que se adquiera la posesión por vía de aprehensión, y que para que se actúe la toma de posesión ha de mediar una voluntad a ella dirigida, consistente en un querer puramente natural, que no necesita recibir una configuración especial. Al referirse a la ocupación o apropiación dice que—como elementos predeterminantes—exige el que ha de recaer sobre las cosas sin dueño; su aprehensión ha de hacerse con voluntad de apropiación y mediante un hecho que la haga eficaz, y, si ambos requisitos se dan, se adquiere la propiedad de forma perfecta.

3. *Derecho italiano:*

La doctrina italiana está influida por las teorías de SAVIGNY y la exposición del Código francés, pareciendo que todos los autores requieren la toma de posesión y, además, la intención de ejercitar sobre la cosa «un derecho real»; y una vez tenida la intención y hecha esta manifestación, hay que hacer una nueva manifestación de adquirir el dominio (así, PACIFICI-MAZZONI). Este autor, al hacer un parangón entre los Códigos alemán y español, declara de modo terminante que «la adquisición originaria de la posesión en dichos Códigos no es negocio jurídico, de donde se deduce que las personas incapaces pueden realizarla».

El nuevo Código italiano de 1942 distingue en el artículo 922 la ocupación del hallazgo (*invenzione*).

4. *Derecho portugués:*

Finalizamos con una breve referencia al novísimo Código portugués de 25 de noviembre de 1966, que entró a regir el 1 de junio de 1967. En su artículo 1.316, sobre los modos de adquirir la propiedad, dice que el derecho de propiedad se adquiere por ocupación; el artículo 1.317 dice que el momento de adquisición del derecho de propiedad, en casos de ocupación, es el de la verificación del hecho respectivo; el artículo 1.318, sobre las cosas susceptibles de ocupación, dice que pueden ser adquiridas por ocupación los animales y otras cosas muebles que nunca tuvieron dueño o fueran abandonadas, perdidas o escondidas por su propietario, salvo las restricciones de los artículos siguientes.

V.—PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA OCUPACION

La dificultad fundamental en la materia es la inexistencia de una norma concreta del Código civil que se refiera a la capacidad necesaria para adquirir por ocupación o bien para convertir una cosa en *res nullius* por abandono dentro del título del Código relativo a la ocupación. Por consiguiente, estudiaremos los puntos relativos a la capacidad y a la intención o *animus ocupandi*, deduciéndolas de otros preceptos del Código aplicables a la materia.

1. *Capacidad:*

Como dice PUIG BRUTAU, nuestro Derecho se resiente de la deficiencia del Código civil que, por debajo del límite de edad necesario para

poder consentir en un negocio jurídico, no señala el límite a partir del cual cabe obrar «con intención» o discernimiento.

Señala LATOUR que en tema de capacidad «jurídica» es de suma importancia el destacar que no se requiere la capacidad jurídica plena en el aprehensor u ocupante, o, de otro modo, que no es preciso que la voluntad se forme como en el negocio jurídico, sino que basta a estos efectos con que el sujeto aprehensor tenga o posea una «capacidad de discernimiento» unida a la intención de hacer la cosa propia. El acto de aprehensión no es un negocio jurídico; se trata de un acto unilateral que no requiere una voluntad jurídicamente cualificada, sino una mera voluntad natural (lo que excluye a las personas jurídicas).

Esta calificación es lo que explica el que la doctrina califique dicho acto como «comportamiento puro y simple», a diferencia de las declaraciones de voluntad: para BETTI la voluntad no se forma o construye sobre la colaboración psíquica ajena, en el sentido de representar una exigencia a realizarse en una relación con los demás. A diferencia de la declaración, el *simple comportamiento* está caracterizado por el hecho de que perfecciona su resultado con la simple realización de una modificación objetiva del estado de hecho preexistente; de ahí que el efecto se produzca en el sujeto aunque éste hubiere realizado el hecho en secreto, sin publicidad y sin dar conocimiento a los demás. Ahora bien: este acto, trascendente en el ambiente social, no existe sin UNA FORMA DE ACTITUD a través de la cual sea ostensible a los demás individuos. Pero entonces esta «recognoscibilidad» es una cualidad objetiva del acto, no ya una condición del efecto, que no está destinado a producirse en la mente de los otros, sino puramente en el mundo de los hechos.

La exigencia del requisito de que el sujeto tenga «discernimiento» EXCLUYE la posibilidad de que puedan adquirir por ocupación aquellos sujetos que carecen de tal facultad, como el niño menor de siete años, el demente, etc. (ISABAL). Así, sí pueden adquirir por ocupación el niño mayor de siete años, la mujer casada, etc., en tanto en cuanto sean capaces de una intención natural concretada a la apropiación de la cosa. Este criterio no restrictivo *puede deducirse* de nuestro Derecho en vista de la falta de un precepto prohibitivo a tal respecto, del contexto del artículo 317 y concordantes del Código civil y del artículo 3.º, 1 de la nueva Ley de Caza de 4 de abril de 1970. De otro lado, si los menores y los incapacitados pueden adquirir donaciones puras y simples, no hay razón alguna para negarles esa misma capacidad si de ocupación se trata. Por eso dice gráficamente HEDEMANN, al tratar del descubrimiento del tesoro que «el descubrimiento» no es un acto del carácter de un negocio jurídico», y añade que «los niños DESCUBREN para sí y no para el patrimonio de sus padres».

Para LATOUR no se precisa una voluntad especial, o sea que el ocupante tenga una representación perfecta y acabada de que adquiere la propiedad (por ejemplo, si el que recoge una cosa *nullius* la toma *con intención* de guardársela, aunque de mala fe, se convierte en propietario). Si faltase la intención, solamente habría una adquisición de posesión o mera tenencia (art. 438-1.º).

Sí le parece esencial a LATOUR que la toma de posesión se realice EN NOMBRE PROPIO. Sin que para ello sea preciso que ello coincida necesariamente con la aprehensión o voluntad de haber la cosa para sí. Por ejemplo, si el que cree *perdida* una cosa *nullius* la recoge con voluntad de poseerla *alieno nomine*, puede posteriormente adquirir la posesión en nombre propio y con ello la propiedad mediante cualquier exteriorización o simple representación interna que evidencie su cambio de voluntad.

ESPÍN CÁNOVAS coincide en afirmar esa doble intención o voluntad expuesta por LATOUR.

BORRACHERO no comprende que sea necesaria esa doble voluntad que exige ESPÍN, aunque destaca que esa tesis trata de dar respuesta a la teoría tradicional del *ánimus* en materia de ocupación, como necesaria consecuencia derivada de la revisión de la más clásica doctrina romanista, que hemos expuesto anteriormente.

A juicio de BORRACHERO, si bien es cierto que la aprehensión de una cosa *nullius* SIN INTENCION de apropiársela genera en el ocupante un verdadero título de dominio, entiende, no obstante, que PARA QUE EL DOMINIO NAZCA no es necesaria la aparición de una nueva INTENCION ESPECIFICA—más o menos jurídica—de hacerse dueño. Puesto que, en caso contrario, nos encontraríamos con un período de interinidad entre el momento de la aprehensión y el de la intención, período de muy dudosa calificación, puesto que si al ocupante *sin* intención no se le concede DESDE ESTE MOMENTO un título de dominio, la cosa seguiría siendo *nullius*, y, por tanto, cualquiera podría despojarle impunemente de su posesión (pone los ejemplos de un niño menor de siete años privado violentamente de objetos hallados por él); pero si hay que protegerle, y esta protección es indudable que el Código se la da, se pregunta para qué hará falta la aparición de un *ánimus* posterior. Lo niega, ya que el *ánimus a posteriori* ni hace falta que surja ni en realidad existe. Desde el momento en que se aprehendió la cosa, si ésta era *nullius*, la adquisición se produjo y la ocupación actuó inmediatamente y de pleno derecho.

2. Intención o «ánimus domini»:

De la exposición precedente, y de algunos comentaristas extranjeros, seguidos por nuestros autores clásicos (ISABAL, VALVERDE, DE DIEGO), parece que no basta la simple capacidad jurídica, sino que hay que ponerla en ejercicio mediante el hecho material de la ocupación ejecutada *con intención* de que nazca del hecho el derecho; se recuerdan por nuestros autores cómo casi toda la doctrina, con unas u otras palabras (*aprehensio animo domini facta*, intención de adquirir, *cum animo sibi habendi*, etc.), presentan la «intencionalidad» como elemento necesario de la relación jurídica de ocupación.

De esta posición usualmente seguida se aparta BORRACHERO, mostrando sus dudas sobre esa pretendida esencialidad de tal requisito, habiendo tantas maneras de expresar ese requisito esencial. Y, sin embargo, no existe ninguna disparidad entre los autores en cuanto al requisito de la aprehensión y al del carácter *nullius* de la cosa.

Dice BORRACHERO que, para todos los autores clásicos, el artículo 443 representa un obstáculo fundamental para la admisión de dicho *animus*. El artículo 443 se refiere a la posesión sin precisar si es natural o civil, y congruente consigo mismo y con la doctrina clásica, separa la adquisición (pueden adquirir menores incapacitados) del ejercicio de los derechos que de ella derivan (solamente los representantes legítimos de aquéllos). No parece acertado que se deduzca de aquí que dicho artículo 443 se refiere exclusivamente a la posesión natural y que quede excluida de su alcance la posesión civil. En verdad el artículo 430 recoge el llamado «hecho de poseer» y, además, el «derecho de posesión»; pero limitando el concepto de posesión al derecho de posesión o *ius possidendi*, la posesión natural no queda desprovista ni desguarnecida de ninguna clase de derechos; todas las facultades otorgadas al poseedor—a salvo el derecho de usucapión y la presunción de justo título—las tiene tanto el poseedor material como el civil. ¿De dónde, pues, que el derecho de adquirir la posesión por menores e incapacitados haya de limitarse a la posesión natural?

Relacionando todos los artículos del Código civil referidos (609, 610, 438, 443, 430), se observa por BORRACHERO que la ocupación sirve tanto para adquirir la propiedad como para adquirir la posesión, y que—para que se dé el efecto adquisitivo—la ocupación ha de ser material. Cuando se ocupa una cosa *nullius* se adquiere indudablemente la posesión inmediata de esa cosa, pero el ocupante ¿sólo adquirió la posesión o, por el contrario, quedó también automáticamente convertido en dueño? Dicho autor responde que el ocupante llega a ser dueño desde el mismo momen-

to en que tiene la cosa que no pertenecía a nadie. ¿Qué ha ocurrido? Sencillamente que la adquisición de la posesión se ha convertido en una adquisición de propiedad. Es más: recayendo la ocupación solamente sobre muebles (según doctrina usual), y conforme al artículo 406-1.º, concluye dicho autor que la ocupación lleva directamente al ocupante a adquirir el dominio de buena fe y con justo título.

No hemos visto en el Código, nos dice, ningún precepto que exija en el ocupante un *ánimus domini* más o menos determinado. Existe en el ocupante indudablemente una INTENCION, pero esa intención es meramente SUBJETIVA de tomar la cosa, de cogerla, de tenerla bajo su poder: intención y no ánimo cualificado jurídicamente. Se pregunta si tal intención requiere una plena capacidad civil, distinguiendo a estos efectos—desde el punto de vista psíquico—entre *conciencia*, *consentimiento* e *intención*; de tales procesos psíquicos, en el ocupante se origina la *intención*, o sea la determinación de la voluntad hacia un fin (todo un proceso psicofisiológico de duración instantánea: necesidad o apetencia de la cosa que lleva a la aprehensión). Ha existido, por tanto, un fin pre-determinado y, subsiguientemente, una voluntad encaminada a ese fin: se ha tenido intención, por tanto, de aprehender la cosa; pero es una intención AJURIDICA, olvidando el derecho. Si esto es así, ¿cómo puede decirse y pretenderse que sea requisito de la ocupación un *ánimus* más o menos jurídico? La intención habrá que admitirla en todo ser humano desde el mismo momento en que su capacidad volitiva deja de ser meramente instintiva: es por ello por lo que los menores e incapacitados tienen la POSIBILIDAD JURIDICA de ocupar, conforme al artículo 443, que dice...

Comentando este mismo artículo 443, Díez PICAZO, frente a la posición tradicional mantenida, entre otros, por CASTÁN, nos dice que este artículo no establece limitación alguna a la capacidad para adquirir la posesión por menores e incapacitados, ni tampoco existe razón para establecer tal limitación. Para él pueden adquirir la posesión tanto si es por acto originario (ocupación) como si es por acto derivativo (tradición). Sin embargo, distingue dos cosas: una es la validez y eficacia que el negocio que sirve de base a la tradición tenga en el orden de la transmisión de derechos, y otra cosa es su eficacia en el ámbito puramente posesorio. En principio, el negocio realizado por los menores e incapaces será un negocio anulable, aunque en principio con efectos claudicables; pero la tradición en cuanto pago o *solutio* de la previa obligación del transmitente será ineficaz ex artículo 1.163, aunque la tradición en que el menor o incapacitado recibe la posesión de la cosa CONSTI-

TUYE a éstos en poseedores de la cosa o derecho ex artículo 443, cualquiera que sea el negocio por virtud del que se haga la tradición y la validez de dicho negocio.

VI.—PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA OCUPACION

A) *El artículo 610 y su crítica*

A diferencia de lo que ocurre con el presupuesto subjetivo, el Código civil sí se refiere a los requisitos que ha de reunir el objetivo sobre que recae la ocupación. Dice el artículo 610...

En la interpretación de este precepto no hay mucha unanimidad en la doctrina, sobre todo en cuanto a su *encuadre* sistemático y en cuanto a la *dependencia del artículo precedente* relativo a los modos de adquirir la propiedad, y del que antes hemos tratado.

LATOUR opina que, pese al mandato expreso y categórico contenido en la Ley de Bases (base 14, que decía que «como uno de los medios de adquirir se DEFINIRA la ocupación»), el Código no ha sabido ofrecernos una verdadera definición de la ocupación. Para este autor el artículo 610 se limita tan sólo a DECLARAR las cosas que pueden ser objeto de ocupación. Sinceramente cree que el Código no merece censuras por no haber cumplido el mandato de la Ley de Bases al evitar dar una definición de la ocupación, por ser ésta tarea propia de la doctrina y no del legislador. Merece, además, el Código toda clase de alabanzas por el acierto y cuidado en la enumeración de las cosas susceptibles de ocupación.

PUIG PEÑA opina que hace poca falta la definición de ocupación, por entender que es una expresión jurídica que apenas si suscita cuestiones por la gran sencillez de su significado. Además, nos dice, se puede obtener perfectamente de su lectura un concepto legal, siquiera sea en cierto modo provisional e imperfecto.

BORRACHERO entiende que, pese a su aparente carácter axiomático, el artículo 609 dice que «la propiedad se adquiere por ocupación»; pero en trance de llegar a saber LO QUE ES ESTA, es decir, de COMO AC-TUA esa ocupación para que produzca el efecto de la adquisición del dominio, el artículo 610—pese al optimismo de PUIG PEÑA—no nos aclara nada. De él se deduce: 1) que es un modo de adquirir la propiedad (a salvo el precepto del 438); 2) que recae sobre cosas *nullius*; 3) que para nada se cita ni la intención de haber la cosa para sí, ni la aprehensión material; 4) que en el artículo 438, en orden a la adquisición de la posesión, sí se nos dice que la ocupación ha de ser MATERIAL.

Las *conclusiones* que extrae dicho autor del precepto comentado son: 1) que el concepto LEGAL de la ocupación no puede deducirse de los artículos 609 y 610, ya que el primero sólo nos dice el EFECTO de la ocupación, pero no LA FORMA en que esa adquisición ha de llevarse a cabo, y el segundo porque sólo nos dice SOBRE QUE RECAE la ocupación; 2) que, dejando a un lado la caza y la pesca (que se rigen por leyes especiales) y el tesoro (con regulación propia), solamente quedan para el concepto «genérico» de ocupación LAS COSAS MUEBLES ABANDONADAS; 3) que habrá que acudir a los artículos en materia de posesión, en especial el artículo 438, que dice... Y relacionando todos dichos artículos observa que «la ocupación sirve tanto para adquirir la propiedad como para adquirir la posesión, y que para que se dé el efecto adquisitivo la ocupación ha de ser material».

Ahora bien: obtenida la posesión por el ocupante, éste queda protegido por el derecho. Se pregunta BORRACHERO hasta qué punto llega esta protección y si se extiende tan sólo a las acciones posesorias o también a la reivindicación. Responde que el ocupante llega a ser dueño desde el momento en que tiene la cosa que no pertenecía a nadie. Lo que ha ocurrido es que la adquisición de posesión se ha convertido automáticamente en una adquisición de propiedad. Más que un modo de adquirir la propiedad (con el problema del *título* previo, que aquí no se da) es mucho mejor hablar de MEDIO de adquirir la propiedad.

B) *Los requisitos objetivos de la ocupación*

Antes hemos dicho que los requisitos para que un objeto sea susceptible de ocupación vienen exigidos por el comentado artículo 610. Uno es que la cosa sea apropiable por naturaleza, y el otro, que carezca de dueño. En ello están de acuerdo todos los autores. Los estudiamos a continuación.

1. *Apropiabilidad de la cosa:*

LATOUR entiende que, aun cuando el concepto de cosas apropiables por su naturaleza en realidad pertenece a la doctrina general del derecho, conviene aquí traer a colación su estudio desde el punto de vista de la ocupación. Entiende que, por faltar este requisito, deben ser EXCLUIDAS las siguientes:

- 1) Todas las cosas inapropiables por su naturaleza, como, por ejemplo, los astros, las cosas extracomercio, etc. (ESPÍN CÁNOVAS, en el mismo sentido).

- 2) Las inapropiables por prohibición legal: minerales, hidrocarburos, derechos preferentes de caza y pesca a favor de determinadas personas, etc.
- 3) El cuerpo del hombre, por ser el sustrato de la personalidad o simple envoltura física de la misma.
- 4) El cuerpo vivo de otra persona, dado que la esclavitud es producto de un estadio histórico superado y fue hace tiempo abolida (ESPÍN CÁNOVAS, en el mismo sentido).
- 5) La cosa propia, pues al mismo tiempo no puede ser propia y ajena.
- 6) Las cosas *perdidas* o extraviadas, pues continúan perteneciendo a sus propietarios (Arg.: arts. 615 y 616 del C. c.).

No obstante lo expuesto, existe una numerosa relación de figuras DUDOSAS, como son, entre otras, las siguientes:

a) MIEMBROS AMPUTADOS DEL CUERPO HUMANO (cabellos cortados, plasma sanguíneo, dientes, uñas, etc.).

En principio estos objetos parece que se convierten en cosa independiente «al separarse del cuerpo vivo del hombre». En principio parece que existe un derecho de propiedad sobre las mismas a favor de la persona de la que han sido separados; pero en el momento que fueron abandonados parece que habrá una susceptibilidad de apropiación, en cuanto ello no vulnere una prohibición legal o el acto fuere contrario a las concepciones morales y culturales de la época.

b) CADAVER.

Apunta ENNECCERUS que con la muerte el cuerpo humano se convierte en cosa, pero no por ello pasa a ser susceptible de apropiación, como lo prueba el deber de darle sepultura. Parece, sin embargo, que, conforme a las concepciones morales y culturales de cada época, una vez transcurridos el número de años que a tal efecto se consideren suficientes, y en tanto en cuanto no hubiere prohibición legal y pudiese entrar en el comercio jurídico, sí que podrá ser susceptible de apropiación, por ejemplo, momias, restos óseos antiquísimos, piezas óseas para centros docentes, etc.

c) COSAS POSEIDAS O DETENTADAS POR OTRO.

En estos casos entiende BORRACHERO que no cabe la ocupación. Se basa para ello en los artículos 446 y 460-1.º, que dicen... Deriva de tales preceptos la siguiente doctrina: El poseedor EN CONCEPTO de dueño (no como titular de un derecho real o personal limitado) está protegido por las leyes, de tal manera que nadie pueda perturbarle o despojarle de su posesión aunque sea alegando algún derecho de superior calidad que crea tener. Nadie puede ejercitar un nuevo acto de posesión, que cuando menos sería clandestino y cuando más forzado, violentando lo dispuesto en el artículo 444, que dice... Ni mucho menos nadie puede coposeer simultáneamente. Mientras un poseedor esté poseyendo, la apariencia del derecho está en el poseedor. La posesión se hace «impenetrable» para cualquier acto ejercitado por otra persona. Por esto tiene razón el Código cuando estima que la ocupación sirve para adquirir la posesión de las cosas, no sólo cuando se toma posesión de ellas, sino también cuando dichas cosas quedan sujetas a la acción de nuestra voluntad.

d) BIENES INMUEBLES.

El problema de si la ocupación se extiende o no a los bienes inmuebles es tan viejo como el mismo Código civil, habiéndose inclinado por una de las dos tendencias al respecto casi todos los autores que han tratado el tema.

La mayoría de los Códigos modernos han pasado en silencio los inmuebles, como si no fueran susceptibles de apropiación. El silencio del Código civil al respecto ha sido interpretado diversamente por nuestros autores:

1. ISABAL y otros autores antiguos no ven inconvenientes esenciales que se opongan a la ocupación de inmuebles, ya que, entendida la ocupación en sentido JURIDICO (no en sentido material de aprehensión), cabe ejercer actos de dominio que suplan y sustituyan tal aprehensión. Además, el Código no distingue a qué clase de bienes se refiere la ocupación.
2. MANRESA sigue parecidas ideas, defendiendo la posibilidad de ocupación de los inmuebles; porque el artículo 610 es «demostrativo», al hablar de «bienes» sin distinción; por-

que la Ley de Mostrencos fue derogada por el Código, luego sí cabe ocupación de inmuebles.

3. DE DIEGO y CASTÁN creen no cabe la ocupación de inmuebles: porque el artículo 610 es «limitativo» (la palabra «bienes» se refiere a muebles); porque la Ley de Mostrencos es de carácter *no civil* y no pudo ser derogada por el artículo 1.976 del mismo Código, por lo que sí será aplicable en lo no modificado por el Código o leyes especiales; porque los bienes vacantes se atribuyen al Estado.
4. JURISPRUDENCIA: Una Resolución de 8 de julio de 1920, seguida por Sentencia de 12 de noviembre de 1956, siguen la tesis negativa, con argumentos similares a los expuestos por DE DIEGO, a los que se añade: Que si el Estado no reivindica cabe la posesión por los particulares, y que el sentido general de las legislaciones modernas es que los inmuebles no se ocupan y sólo se adquieren por usucapión.
5. PUIG BRUTAU no se define claramente, aunque critica la tesis negativa, deducida de los términos de la Resolución citada, por parecerle endeble y acomodaticia y por emplear dicha Resolución un lenguaje confuso al atribuir el dominio de dichos bienes al Estado, si bien atenuado en forma de «facultad de apropiación» y admitiendo la adquisición de los particulares por usucapión, que es un proceso que opera y *presupone* la existencia y subsistencia de un derecho de propiedad ajeno al usucapiente. De donde deduce que, antes del plazo fijado para la prescripción adquisitiva del derecho de propiedad, puede manifestarse tal dominio en forma de acción reivindicatoria, que corresponde a un verdadero derecho de dominio y no a un derecho de adquisición o «facultad de apropiación».
6. LATOUR entiende que la Ley de Mostrencos sólo fue derogada por el artículo 1.976 «en las materias que son objeto de este Código», o sea respecto a muebles y semovientes, siendo la enumeración del artículo 610 única y exclusivamente, o sea como *numerus clausus*; hay una omisión voluntaria, deliberadamente, que ratifica el legislador al regular otras instituciones como la posesión (arts. 438 y 449); además del argumento básico derivado de los artículos 370, 371 y 373, que dicen: «... Estos preceptos se refieren a supuestos de bienes típicamente *nullius*, pero que no son suscepti-

bles de ocupación, sino que son objeto de apropiación por título de *accesión*.»

7. NUESTRA POSTURA.—Nos parece, en principio, observar en LATOUR una cierta contradicción al calificar el artículo 610, por un lado, como de carácter taxativo, y, por otro lado, como de mera enumeración (como hemos visto en la crítica global a dicho precepto). Por otro lado, esta discusión hoy en día no tiene sentido, dado que la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en su artículo 21, desarrollado por los artículos 51 y 52 del Reglamento de dicha Ley de 5 de noviembre del mismo año, ha ratificado las tesis negativas, negando la posibilidad de ocupación y a salvo la posesión de año y día. El artículo 19 de dicha Ley dispone que el Estado podrá adquirir *bienes y derechos*: 1) Por atribución de la Ley... 5) Por ocupación. El artículo 21 dispone que pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Estos bienes se entenderán adquiridos desde luego por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria. El artículo 22 dispone que también corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las Leyes. En esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho, sin que los detentadores o poseedores puedan ser compelidos a la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio.

La cláusula derogatoria de dicha Ley deroga toda una serie de disposiciones que figuran en tabla adjunta. La primera de ellas es la Ley de 9 y 16 de mayo de 1835.

8. GARCÍA CANTERO (*La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado*, en «Rev. Admón. Pública», 1965, núm. 47, página 64) cree que en estos casos el único fundamento de la adquisición del Estado reside en la ley, o sea en dicha ley; lo que se ha hecho es aplicar lo dispuesto en el párrafo segundo del 609 («adquieren por ley»...). En tales supuestos el abandono es tan sólo un *presupuesto*, pero no es la causa de la adquisición.

Esta adquisición en virtud de la Ley de 1964 se diferencia de la ocupación: aquí se trata de un supuesto de ocupación «privilegiada», a modo de un MONOPOLIO de ocupación a favor del Estado. También se diferencia claramente tanto de los retractos legales como de la usucapión.

Esboza, finalmente, una definición diciendo que «es un derecho de apropiación semejante a los de formación jurídica o potestativos, de naturaleza análoga a los de adquisición (tanteo, retracto, opción), de carácter real, que recae sobre inmuebles, es irrenunciable y probablemente imprescriptible».

9. ESPÍN CÁNOVAS opina que con esta Ley nuestro Derecho se ha separado de los claros precedentes romanos e históricos patrios, y se entronca en la línea de la Ley de Mostrencos.

e) VIAS PUBLICAS O PARCELAS SOBRANTES DE LAS MISMAS.

La Ley de Régimen Local alude a la ocupación de vías públicas como una de las formas de aprovechamientos especiales, susceptibles de tasas o arbitrios municipales (art. 444, en relación con el 435).

Sin embargo, en cuanto a las parcelas «sobrantes» de vías públicas, una Sentencia de lo Contencioso de 27 de febrero de 1962 ha precisado que es necesario—para que se consideren como tales *sobrantes*—el que previamente exista un plan de ordenación de calles y que no sean susceptibles de edificación por carecer de la superficie mínima que exigen las leyes (Reglamento de Hacienda Locales). Para que se pueda ocupar una parcela «no utilizable», conforme al Reglamento de bienes de los entes locales de 7 de mayo de 1955 (art. 7.º), se requiere previamente una declaración de tales por expediente municipal de desafectación total o parcial al uso, servicio o aprovechamiento de que se trate, con el *quorum* que fija el artículo 303 de la Ley y previa información pública de un mes.

f) COSAS INCORPORALES Y DERECHOS.

— LATOUR, recogiendo la opinión de MUCIUS SCAEVOLA, entiende que no son susceptibles de ocupación, sin más.

- Díez PÍCAZO, comentando la Sentencia de 24 de junio de 1909 («Estudios de jurisprudencia civil»), y respecto de la posibilidad de extensión de la Ley de Mostrencos a los «derechos», distingue según se trate de *derechos reales en cosa ajena* (en los que se produce una absorción de las facultades que forman el contenido del derecho respectivo por el derecho de propiedad) y los *derechos de crédito* (en los que se produce la liberación del deudor). Para dicho autor el *único caso* admisible de «derechos vacantes» se presentará cuando tales derechos formen parte de un patrimonio o masa patrimonial que por disposición de la Ley conserve su homogeneidad. Entonces el puro hecho del abandono no determina la extinción de tales derechos, que subsisten integrados en el patrimonio en cuestión, como, por ejemplo, en el caso de la herencia vacante.
- NUESTRA POSTURA.—Si, consecuentes con los resultados obtenidos por la investigación de BORRACHERO, entendemos que la base de la ocupación reside en la posesión, la cuestión planteada se resolverá por remisión a la cuestión más tradicional de si es posible la posesión de los derechos. Sobre ello cabe decir:
 1. Que la noción de *quasi possessio* o *juris possessio* es una noción *postclásica* introducida por JUSTINIANO, como un estado de hecho paralelo a la posesión de las cosas y aplicable solamente a los derechos reales sobre cosas, en especial a las servidumbres.

En el *Derecho medieval* y *canónico* se entendió que todos los derechos eran susceptibles de posesión, en especial los de ejercicio duradero, adquiriéndose las cosas incorpóreas tan sólo por la pasividad de aquel sobre quien pesa el derecho. Entre otros, se aplicó a los oficios y dignidades eclesiásticas, matrimonio, estados familiares, etc.

El *Derecho germánico* sólo atendió a la posibilidad de posesión de cosas y derechos reales, extendiéndose después a algunos derechos patrimoniales, como los de caza y de nicho.

Las Partidas siguieron el sistema romano, disponiendo que las cosas no corporales y servidumbres, si bien propiamente no se pueden poseer sin tenerlas corporal-

mente, sin embargo, usando de ellas aquel al que pertenece el uso viene a ser «como manera» de posesión.

2. En los *Códigos* se observa una gran disparidad. De una parte, el *Código francés* y sus derivados se refieren a la tenencia o disfrute de una cosa o derecho; por su parte, el *Código alemán* refiere la posesión tan sólo a las servidumbres prediales o personales limitadas. Nuestra *Ley de Enjuiciamiento Civil* extendió los interdictos posesorios a la mera tenencia de la cosa. El *Código* tiene un concepto *amplio* sobre el particular (arts. 430, 431, 432...), no distinguiendo entre posesión y *quasi* posesión y aplicando la posesión a los derechos. La *compilación de Cataluña* (art. 316-3.º) se refiere a la *quasi* posesión de un censo.
3. La *doctrina* es muy contradictoria al respecto, observándose las siguientes posiciones:
 - Tesis amplia (MANRESA, PIETRO CASTRO): Es aplicable la posesión a toda clase de derechos.
 - Tesis restringida (DE DIEGO, PÉREZ Y ALGUER): Solamente aplicable a los derechos reales (con exclusión de la servidumbre), o aplicable—según los anotadores de ENNECERUS—a los derechos reales susceptibles de «ejercicio estable», al basarse en el concepto mismo de posesión y en el artículo 438.
 - Tesis intermedia (SÁNCHEZ ROMÁN): La posesión debe extenderse a los derechos enajenables o bien de tracto sucesivo continuo.
 - Tesis sintética de VIADA («R. C. D. I.», 1949): Solamente aplicable a los derechos PATRIMONIALES, y dentro de ello a los derechos de «apropiación» o dirección, en base al artículo 437...
4. La *jurisprudencia* se ha ocupado incidentalmente de la cuestión en Sentencias de 1879 y 1881 en materia de servidumbres, defendiendo su aplicación a tales derechos. No hay jurisprudencia en materia de derechos personales (aunque la tesis afirmativa de aplicación a los mismos se mantiene en Sentencias de las Audiencias y Juzgados).
5. RESUMEN.—Si cabe la posesión de derechos que sean susceptibles de apropiación (conforme a la tesis de VIADA), si la base de la ocupación reside en la posesión (te-

sis de BORRACHERO), si la posesión de los derechos puede concretarse en la posibilidad de ejercicio o uso de los mismos, la cuestión se escapará del ámbito de la dogmática jurídica para entrar de lleno en la consideración de si en la práctica, de si las necesidades vitales a proteger demandan que queda defender y mantener en su titularidad al que ejercita los derechos en virtud de la posesión. Puestos en este trance, cabe observar una numerosa serie de supuestos, que el mismo Código prevé, en que se usan, se ejercitan, se usurpan o arrogan bien posiciones jurídicas, bien cargos u oficios, bien derechos de crédito. Sin un ánimo exhaustivo, cabe señalar entre otros: el nombre de las personas, la cualidad de nacionalidad o regionalidad civil, la posesión del estado de hijo (legítimo, natural, etc.), la exposición de hijos (artículo 175-2-1) (1), el ejercicio de la tutela indebidamente, la ocupación del cargo de albacea (ALBALADEJO), el abandono de una cuota del condominio (art. 395), el abandono del derecho de servidumbre (arts. 544 y 575), el caso de la desheredación (art. 857), el caso del legado de cosa determinada (art. 885), los títulos valores al portador, etc., entre otros muchos.

Sin embargo, no toda esta serie de supuestos parece que debe incluirse en la materia de ocupación, por lo que procederemos posteriormente a deslindar aquellos supuestos que nos parezcan más adecuados para ello.

2. Cualidad de «nullius»:

Esta cualidad es reconocida por todos los autores, quienes precisan que el mismo Código se refiere a ella en el artículo 610, que comentamos. Las cosas carecen de dueño o son *nullius* por dos causas: una, o porque no lo han tenido nunca (cosas *nullius* originariamente), y otra, o porque habiendo tenido dueño anteriormente hubieran dejado de pertenecerle por abandonar éste la cosa abdicando de su propiedad (*res derelictae*). En el grupo *primero* entran los animales salvajes, las aguas pluviales, nieve, etc. En el *segundo* grupo entran todas las cosas ABANDONADAS (no las perdidas o extraviadas). Como ha dicho Díez Pícazo, la cualidad de *nullius* en una cosa es el efecto principal del abando-

(1) Véase hoy artículo 174 de la Ley de 4 de julio de 1970, reformando la adopción.

no. Por tanto, parece conveniente que nos detengamos en el estudio de la institución del abandono:

El abandono

1) *Concepto*.—Define Díez PICAZO el abandono, llamado también renuncia o derelicción, como aquel acto de libre voluntad del propietario por medio del cual, desamparando o desposeyéndose de una cosa, da por extinguido su derecho de dominio sobre ella.

No regula el Código expresamente este instituto, salvo la alusión del artículo 460 en tema de posesión y la referencia incidental al abandono como presupuesto objetivo de la adquisición por ocupación, de que aquí se trata.

En orden a la *naturaleza* de este acto, la mayoría de la doctrina entiende que es un negocio de disposición, unilateral, no recepticio, irrevocable, abdicativo y que no requiere expresión de causa. Para la dirección objetivista o preceptivista del negocio (BETTI) se trata de un acto de autorregulación de intereses a través de una conducta concluyente.

Respecto de la *forma* de tal negocio jurídico, las discrepancias en la doctrina derivan de la posición previa adoptada. Para los que siguen la teoría voluntarista, se trata de una declaración tácita de voluntad realizada mediante actos concluyentes de los que puede inducirse una voluntad abdicativa; para otros, no hay declaración de voluntad, sino lo que se ha llamado «manifestación de voluntad», o *actuación*, es decir, un negocio de conducta o de actuación. Dentro del grupo *primero* cabe incluir a LATOUR, que exige, aun considerándolo acto unitario, dos requisitos: uno, la desposesión o abandono de la posesión, y otro, el acto volitivo o voluntad consciente de abdicación a la propiedad de la cosa. Dentro del grupo *segundo* cabe incluir a Díez PICAZO, que exige para tal negocio abdicativo una determinada conducta (la de desposesión), y que precisamente sólo se realiza el negocio con tal conducta (aunque nada se declare).

El determinar cuándo una conducta de desposesión integra un negocio abdicativo del dominio será un *problema de interpretación del caso concreto* en el cual han de tenerse en cuenta todos los medios interpretativos y las circunstancias que rodeen al supuesto de hecho (estado, valor y calidad de las cosas; lugar donde se encuentren; hechos anteriores o posteriores del renunciante, etc.). En caso de duda, el abandono no puede presumirse.

Para LATOUR sigue siendo acto unilateral a pesar de los dos requisitos, que *pueden coincidir* en un mismo instante o momento (los efectos se producen automáticamente), o *bien cabe* que la voluntad abdicativa

sea posterior a la pérdida de la posesión (art. 460, pero en este caso se producirá el abandono de la cosa por pérdida de la posesión, en el mismo momento en que el propietario tenga la representación de esa voluntad consciente abdicativa).

Se plantea Díez PICAZO la *cuestión de si*, pese al carácter unilateral del negocio, éste podrá o no en ocasiones formar parte de otro negocio bilateral o de naturaleza compleja (por ejemplo, contrato con un tercero interesado en la renuncia, con o sin contraprestación). A su juicio, el contrato con un tercero no altera la naturaleza del negocio ni lo convierte en bilateral; a lo sumo se trataría de una «obligación convencional de renuncia», pero no integra por sí mismo la renuncia, que, como dice, exige UNA CONDUCTA DE DESPOSESION. Podrá aparecer luego el negocio de derelicción, en fase de ejecución de un negocio anterior, pero que no cabe duda se trata de dos fenómenos jurídicos diversos.

Tratándose de un negocio de disposición, distingue MASIP ACEVEDO según se trate de objetos de escaso o ningún valor que es costumbre abandonar y de objetos valiosos. Para Díez PICAZO, en el primer caso el abandono será un acto de ordinaria administración, mientras que en el segundo habrá un verdadero acto dispositivo.

2) *Capacidad del abandonante.*—Los autores suelen decir que la capacidad se rige por las reglas generales, lo que exigirá la plena capacidad jurídica o libre disposición de bienes. Sin embargo, tanto LATOUR como Díez PICAZO admiten la capacidad de los menores emancipados y de las mujeres casadas (en cuanto a sus bienes propios), basándose LATOUR en los artículos 160 y 317, así como la no inclusión de tales personas dentro de las categorías generales de incapacidad, cabiendo hablar, por tanto, de una semicapacidad o de una semiincapacidad, según desde el punto de vista que se les considere.

No hay ninguna dificultad en admitir que el abandono o derelicción se efectúe por medio de un *representante*, bien sea voluntario o legal. En cuanto si es aplicable al *tutor* la prohibición del artículo 275-1.º a los casos en que el abandono es, conforme a los usos del tráfico, acto de ordinaria administración, entiende Díez PICAZO debe resolverse negativamente. Tampoco el problema de si puede renunciar el tutor con la autorización del Consejo de Familia implica dificultades, dada la norma taxativa que no admite atenuación del citado artículo 275 y dada la enumeración del artículo 269 para los actos que requieren autorización.

3) *El objeto del abandono.*—En principio, los autores suelen referirse al abandono del derecho de dominio, que históricamente tiene precedentes romanos. Sin embargo, modernamente se ha tratado (ROCA JUAN) del problema del abandono de CUOTAS en el condominio, y

otros como BORRACHERO han tratado del punto relativo al abandono de DERECHOS REALES LIMITATIVOS DEL DOMINIO.

En cuanto a la renuncia de *cuotas*, un texto de MODESTINO lo admite, y lo mismo nuestro Código en los artículos 395, 544 y 575. La doctrina no es unánime en la interpretación de tales textos. Para ROCA SASTRE y JERÓNIMO GONZÁLEZ, se tratará de un caso de aplicación del derecho de acrecer, si bien impropio, ya que se trata de una renuncia abdicativa de un derecho adquirido y respecto de la comunidad en funciones. Para GONZÁLEZ PALOMINO, *en tesis general*, dados los precedentes romanos, no hay imposibilidad alguna para la ocupación de las cuotas, aunque precisa que en los artículos citados no se trata de renunciaciones, sino de supuestos de limitación de responsabilidad por gastos. Para ROCA JUAN no se trata ni de acrecimiento ni de ocupación, sino de una consecuencia normal del funcionamiento de la comunidad, aumentando el activo y pasivo de la misma al disminuir uno de los términos de la proporción (un comunero), sin que suponga para los demás la adquisición de un derecho nuevo ni una mayor extensión del propio. Su derecho conserva *idénticas facultades, si bien una mayor medida* en cuanto a las utilidades y a las cargas.

En cuanto a la renuncia de *derechos reales limitativos del dominio*, las teorías de los autores clásicos, siguiendo a los pondectistas, se refieren a la expansibilidad del dominio, en el que se funden los derechos reales limitativos. Díez PICAZO contempla el problema de la renuncia del derecho real desde un *doble punto de vista*: el del titular del derecho real y el del titular del gravamen. 1) *Para el titular del derecho real* se tratará de un negocio jurídico unilateral por el que el titular del derecho lo extingue espontáneamente (excluye, por tanto, las llamadas renunciaciones *traslativas*, que carecen del efecto extintivo, y las renunciaciones *bilaterales*, que no tienen el requisito de unilateralidad y hacen tránsito a figuras distintas); esta renuncia no exige más que los requisitos generales de toda renuncia, o sea un pleno poder de disposición en el renunciante en relación con la naturaleza de los bienes (pueden hacerlo el menor emancipado y la mujer casada), y el que la renuncia no origine perjuicio a tercero, por lo que serían ineficaces las efectuadas en fraude de acreedores. 2) *Para el titular del gravamen* es un problema más difícil el resolver acerca de su renuncia, ya que se plantea la cuestión de si puede renunciar al dominio de la cosa gravada su propio dueño y quedar liberado del gravamen. Problema no contemplado por el Código y al que la doctrina ha dedicado escasa atención, y que presenta un cariz distinto según el gravamen consista bien en un puro deber negativo o estado de sujeción, o bien imponga, además, una prestación positiva a cargo del gravado; parece en principio posible la renuncia unilateral al derecho

de propiedad limitado por otro hecho real, aun hallándose vinculadas a la propiedad determinadas obligaciones (arts. 395, 498, 544). Para BORRACHERO, en el caso de que los derechos reales limitativos lleven aneja la posesión de la cosa (casos de usufructo y prenda), al renunciarse el derecho de dominio por su titular, automáticamente quedará consolidado en manos del titular del derecho limitativo el pleno derecho dominical, pero *no* por ser tal TITULAR DEL DERECHO REAL, sino por ser poseedor.

4) *Efectos*.—El principal efecto jurídico del abandono es la extinción del derecho de propiedad sobre la cosa, y que la cosa abandonada—si es mueble y apropiable—se convierte en *res nullius* susceptible de ocupación.

Para Díez PICAZO, el abandono de la cosa no extingue los derechos reales que estaban constituidos sobre la misma, bien se trate de derechos de goce o de derechos de garantía, que continúan subsistiendo sobre la cosa *nullius*. Lo mismo cabe decir en caso de existencia de relaciones de vecindad apoyadas en la finca.

La única cuestión importante a juicio de Díez PICAZO consiste en averiguar si—conforme a la tesis de BORRACHERO—el titular del *derecho real* adquiere automáticamente el dominio vacante en virtud de *ocupación*, a modo de «consolidación invertida», *lo que contesta afirmativamente* en materia de bienes muebles cuando el titular del derecho real sea un poseedor.

Si el abandono es de un *título al portador*, lo que se produce en una extinción del derecho de crédito incorporado al título, en virtud de las normas generales de extinción del derecho de crédito, *dándose la ocupación*, pero el ocupante ostentará simplemente la cualidad de un acreedor aparente cuyo pago libera al deudor (art. 1.164).

5) *La ineficacia del abandono*.—El abandono puede quedar ineficaz si es irregular bien por falta de capacidad o legitimación del renunciante, bien por existir un vicio relevante de la voluntad (no cabe un abandono simulado, ni absoluta ni relativamente), bien por fraude de acreedores. Es incuestionable que los posibles acreedores perjudicados podrán impugnar el abandono mediante el ejercicio de la acción pauliana—según Díez PICAZO—contra el ocupante de la cosa, y según otros, acudiendo al procedimiento en rebeldía de la Ley procesal.

Los supuestos legales de cosas abandonadas

La Ley del Patrimonio del Estado de 1964 establece en su artículo 26 que la ocupación de *bienes muebles* por el Estado se regulará por

lo establecido en el Código civil y en las leyes especiales. Lo mismo establece el artículo 57 del Reglamento que la desarrolla. Sin embargo, ninguna norma de esta Ley o Reglamento se refiere a la ocupación de DERECHOS O PRESTACIONES, como disponía concretamente el artículo 1.º de la Ley de Mostrencos, derogada por la Ley de 1964 citada.

Las Sentencias de 4 de enero de 1893 y de 27 de junio de 1899 —ambas comentadas por Díez PICAZO en sus *Estudios de Jurisprudencia Civil*— trataron de dos curiosos casos relativos a los bienes del patrimonio en liquidación de una persona jurídica (comisión liquidadora del Gremio de Plateros, junta que acuerda la liquidación y disolución de una sociedad). La jurisprudencia hizo especial hincapié en la necesidad de que los bienes, para ser adquiridos por el Estado, debían de ser *nullius* y que el carácter *nullius* viene dado por el hecho de que no se encuentran «poseídos» por nadie. Desde tal punto de vista parece claro a Díez PICAZO que *no podían ser bienes vacantes* los bienes del patrimonio en liquidación de una persona jurídica cuando eran poseídos por los órganos encargados de la liquidación y cuando, de acuerdo con los estatutos y pactos sociales, debían ser distribuidos entre los asociados.

La Sentencia de 24 de junio de 1909 trató de un caso de *depósito de metálico* consignado en la Caja General de Depósitos a disposición de los órganos de un concurso de acreedores. En rigor, lo que existía era un crédito del depositante por el importe de la suma depositada. Se planteaba la cuestión de aplicar o no la Ley de Mostrencos a los *derechos*. Obviamente, tales «derechos» estaban incluidos en la letra de la Ley (art. 1.º), y, sin embargo, era muy difícil una aplicación rigurosa a ellos del concepto de «bienes vacantes», ya que para ello sería menester acreditar que se trataba de derechos susceptibles de posesión (argumento: artículo 1.º de la Ley de Mostrencos). En el caso de los depósitos abandonados en bancos o cajas de depósitos, no se trataba de un patrimonio que conservase su homogeneidad, al decir de Díez PICAZO, y lo prueba *el hecho de que* para atribuir al Estado tales depósitos abandonados o presuntamente abandonados *fue necesaria una legislación especial*: la Ley de 7 de julio de 1911, que declaró el derecho del Estado a tales depósitos siempre que tuvieran treinta o más años de antigüedad.

Recientemente, la Orden ministerial de Hacienda de 8 de junio de 1968, dictada para armonizar lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 24 de enero de 1928 sobre saldos y depósitos abandonados con lo establecido en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, establece una cuidada regulación del procedimiento a seguir en tales casos. Distingue según los bienes declarados incursos en abandono consistan en depósitos y saldos de cuentas corrientes en efectivo (con ingreso directamente en

el Tesoro, conforme al R. D-L. de 1928), o se tratase de títulos valores (con remesa a la Dirección General del Tesoro y Presupuestos de tales títulos y envío de copia a la Dirección General del Patrimonio del Estado).

VII.—PRESUPUESTOS FORMALES DE LA OCUPACION

Para LATOUR consisten simplemente en la aprehensión de la cosa o toma de posesión de la misma, o, de otro modo, el acto en virtud del cual queda la cosa sometida a nuestro poderío. Siguiendo a TRAVIESAS (citado por toda la doctrina), el hecho necesario para la ocupación ha de ser adecuado a la naturaleza de la cosa y de modo que en el comercio social se estime bastante para que se entienda que la cosa queda sometida a la disponibilidad del sujeto.

El hecho de la aprehensión ha de ser realizado íntegramente, ya que —como apunta HEDEMANN—no se ocupa con los ojos. En la carrera en pos de una cosa abandonada vence el que llega primero, como en el ejemplo clásico de las monedas lanzadas al público con motivo de un bautizo o boda.

Para BORRACHERO, conforme al artículo 438, como la posesión se adquiere también por el hecho de quedar la cosa o derecho poseído sujeto a la acción de nuestra voluntad, plantea la cuestión de si la mera ocupación atribuye la propiedad en virtud de una DETERMINADA ACTUACION del sujeto o si, por el contrario, bastará con que el sujeto ESTE EN POTENCIA DE ACTUAR su derecho de posesión o dominio para que la ocupación se haya realizado. Recordemos que para este autor, en caso de posesión de la cosa por un tercero, la apariencia del derecho está en el poseedor.

VIII.—CLASES DE OCUPACION

1) Atendiendo a las distintas *normas reguladoras*, cabe hablar de ocupación desde el punto de vista de Derecho público o desde el punto de vista de Derecho privado. Dentro del Derecho público cabría distinguir entre la regulada por las normas del Derecho internacional y la regulada por las normas administrativas. Entre las ocupaciones de que trata el Derecho internacional, a su vez, cabría distinguir entre ocupaciones pacíficas (conocidas de hecho en la historia en cuanto a zonas desérticas, polos, etc.) o la derivada de ocupaciones militares, continuadoras inevitables de las ocupaciones bélicas del Derecho romano. Evidentemente, a este tipo de ocupación contenido en las normas del Dere-

cho internacional público no nos vamos a referir aquí. En cuanto a la ocupación de que tratan numerosas leyes administrativas, la *especialidad* más importante de las mismas consiste en que no son definitivas, por lo que pasamos a la siguiente distinción, basada en la duración de la ocupación, en la que procede su estudio.

2) Atendiendo a la *duración de la ocupación*, cabe distinguir entre la ocupación definitiva o propiamente dicha y las llamadas ocupaciones «temporales». De la ocupación definitiva (o propia) nos estamos ocupando a lo largo del tema. De las ocupaciones «temporales» se plantean los autores la *cuestión de su trascendencia como concepto jurídico*, lo que merece un breve comentario.

Dentro del mismo *Derecho civil* hay una numerosa serie de supuestos consistentes en ocupaciones de tipo *temporal*, como, por ejemplo, las de los artículos 460-4.º, 885, 1.955 a 1.957, 1.968-1.º, etc. Claro está que la mayoría de ellas tienen su encaje apropiado en las respectivas instituciones, en cuya regulación se hallan contenidos dichos preceptos.

En cuanto a las ocupaciones temporales contenidas en las *normas administrativas*, se cuestiona por los administrativistas el verdadero concepto de tales ocupaciones, ya que si en el Derecho positivo se incluyen en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la mayoría de los autores españoles suelen considerarlas entre las servidumbres públicas, aunque a veces en tránsito a la expropiación forzosa. Para los autores extranjeros (ROMANO, STIER-SOMLO, SCHADE), creen que es una forma jurídico-administrativa independiente y de difícil encuadre. La mayoría de la doctrina extranjera las considera como limitaciones impuestas por el Derecho público a la propiedad particular, no a modo de restricción, sino de *definición*, ya que no atribuyen una ventaja—como las servidumbres—a una persona, sino solamente la facultad de que no se exceda la propia esfera jurídica ni se invada la de los demás. Suelen venir comprendidas dichas ocupaciones dentro del grupo de *límites* que implican una transferencia momentánea de posesión.

Entre los numerosos *supuestos* recogidos en las leyes, cabe reseñar aquí los siguientes extremos: 1) La llamada ocupación «de hecho», o indebida, de las viviendas propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda (Decreto de 26 de abril de 1969). 2) La contenida en el artículo 108 de la Ley de Expropiación Forzosa, permitiéndola con objeto de llevar a cabo estudios o practicar operaciones facultativas de corta duración, o para el replanteo de la obra, así como para establecer estaciones y caminos provisionales, o para la extracción de materiales de toda clase o por causa de interés social. 3) La derivada de los efectos de la concentración parcelaria durante el expediente, a consecuencia de la aprobación

por decreto, declarando la concentración de utilidad pública, con remisión en cuanto al régimen a la Ley de Expropiación Forzosa (art. 70 de la Ley de 8 de noviembre de 1962). 4) Las contenidas en los artículos 46 y siguientes de la Ley de 26 de diciembre de 1958 en orden al régimen jurídico de investigación y explotación de hidrocarburos. 5) La contenida en el artículo 18 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944). La contenida en los artículos 20 y siguientes de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, con desarrollo en los artículos 169 y siguientes del Reglamento de 22 de febrero de 1962, etc.

La *diferencia* más notable entre las ocupaciones temporales regidas por las leyes administrativas y las contenidas en el Código civil se deriva de que en las del Código el régimen de tales ocupaciones es el de las prescripciones sustantivas o civiles, con sujeción a los trámites correspondientes y a las reglas comunes sobre contratación privada, interdictos de recobrar la posesión, etc. Así lo ha reconocido la jurisdicción contencioso-administrativa reiteradamente.

3) Finalmente, en cuanto al *objeto sobre el que la ocupación recae*, cabe distinguir en ocupación de inmuebles (antiguamente denominada «Invención», cuyo término creemos que, técnicamente, no es aplicable al supuesto, ya que suele ser usado por la moderna doctrina, aplicándolo exclusivamente a los derechos de propiedad industrial) o de muebles u ocupación propia. Por otro lado, cabe distinguir—con la doctrina moderna— entre ocupación de cosas (o propia) y ocupación de derechos.

IX.—LOS MEDIOS DE OCUPACION

De la exposición precedente y de las normas reguladoras de la ocupación contenidas en el Código civil en los artículos 610 a 617, cabe hablar de los siguientes medios de ocupación: la caza y la pesca, con el subgrupo de los animales amansados, las normas relativas al tesoro oculto, las normas del hallazgo y las de los productos y despojos del mar. A todas ellas pasamos a referirnos.

1) LA CAZA Y LA PESCA

Dispone el artículo 611...

Pueden ser definidos en sentido *genérico* la caza y la pesca como los medios físicos de llevar a cabo el apoderamiento de los animales salvajes.

Distinguiremos ambas especies de ocupación:

— LA CAZA:

1) **NORMATIVA VIGENTE.**—En esta fecha (junio de 1970) (2), la legislación básica VIGENTE en la materia está constituida por la Ley de 16 de mayo de 1902, modificada por Decreto de 13 de junio de 1924, y su Reglamento aprobado por Real Decreto de 3 de julio de 1903.

LA NUEVA LEY DE CAZA DE 4 de abril de 1970, conforme a la *disposición final primera* sobre fecha de vigencia, *entrará en vigor* cuando lo determine el Ministerio de Agricultura, dentro del plazo máximo de un año, contado a partir de su publicación (3). Antes de la puesta en vigor de la misma se publicará el oportuno Reglamento y las disposiciones necesarias para el mejor desarrollo de la Ley. La *disposición final tercera* o *cláusula derogatoria* deja sin efecto la Ley de 1902 y disposiciones complementarias «a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley».

El desarrollo de la normativa sobre la caza se hará siguiendo las prescripciones de la nueva Ley, no sólo por una mayor claridad de exposición—al ser la regulación a regir en futuro próximo—, sino también porque esta excepcional *vacatio legis* puede cesar en el momento en que la determine la Administración.

2) **CONCEPTO.**—La palabra caza tiene un doble significado, según la Real Academia, ya que equivale tanto a «la acción de cazar» como a «las aves y animales que se trata de cazar, antes y después de cazados». La primera de ellas es la que usualmente ha tenido mayor relevancia jurídica.

Jurídicamente la caza presenta una serie de problemas que el ordenamiento jurídico no puede dejar de lado; viene a ser un punto, uno más, de incidencia del viejo Derecho privado y de las normas intervencionistas de la Administración. En la nueva Ley se refleja claramente esto, coexistiendo las típicas normas de desarrollo de los principios generales sustantivos junto a las dos típicas funciones de policía y de fomento que corresponden a la Administración. De un modo claro se observa en el artículo 1.º de la nueva Ley, que trata de la *finalidad* de la misma (art. 1.º del Reglamento).

En la nueva Ley se ha cuidado al máximo la definición de «la acción de cazar» en el artículo 2.º: «Es la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de

(2) Véase hoy Reglamento aprobado por Decreto núm. 506, de 25 de marzo de 1971 (*B. O. del Estado* del 30). Su D. F. 4.ª deroga el Reglamento de 1903.

(3) Véase hoy Decreto núm. 505, de 25 de marzo de 1971, que pone en vigor la Ley de Caza.

caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o de facilitar su captura por terceros.» Esta dicción legal es bastante superior a la de la Ley de 1902 (art. 2.º del Reglamento).

A veces, el acto de la caza viene a formar parte de una «explotación» conforme a un plan preordenado para realizar numerosos actos de aprovechamiento de idéntica calidad. Entonces suele equiparar la doctrina alemana tal explotación a una empresa mercantil, configurándola como un bien jurídico inmaterial de carácter independiente, sobre el que recae el señorío absoluto del que tiene la facultad de cazar.

3) SUJETOS DEL DERECHO DE CAZA.—La determinación de quién es sujeto de este derecho (cazador) se hace en el artículo 3.º de la Ley: «1. El derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley. 2. Para obtener la licencia de caza el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente le represente. 3. Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos, será necesario haber alcanzado la mayoría de edad penal o ir acompañado por otro u otros cazadores mayores de edad. 4. Para utilizar armas o medios que precisen de autorización especial será necesario estar en posesión del correspondiente permiso» (art. 3.º, párrafos 1, 2 y 3 del Reglamento).

El derecho de caza ha sido considerado tradicionalmente como un derecho natural, a modo de derecho público subjetivo personal, con las siguientes consecuencias: una, que la licencia administrativa, como presupuesto para el ejercicio de la caza, no significa la atribución al cazador de un derecho que antes no tenía, sino tan sólo el reconocimiento de una potestad en él preexistente; otra, que el derecho de caza no se deriva del derecho de propiedad, sino que es autónomo e independiente del dominio y no subordinado al mismo (a salvo el derecho de los dueños de cerrar o vedar sus fincas).

La extensión del derecho de caza debe coordinarse con el derecho de propiedad y supeditarse a las exigencias del bien común. De la primera necesidad surge el régimen de reservas de terrenos para el exclusivo ejercicio de la caza por sus propietarios (arts. 8 a 21 de la Ley) (4); la nueva Ley clasifica los terrenos «reservados» en: de aprovechamiento cinegético común o sometidos a régimen de excepción (parques nacionales, refugios de caza, reservas nacionales de caza, zonas de seguridad, cotos de caza, cercados y terrenos adscritos al régimen de caza controlada). De la segunda necesidad surge la serie de normas limitativas, que

(4) Véanse los artículos 8 a 23 del Reglamento.

reducen el ejercicio de la caza a estrechos límites respecto de especies, medios, lugares, tiempo, etc. (art. 31) (art. 33 del Reglamento).

4) **OBJETO DE LA CAZA.**—El ejercicio de la caza presupone la existencia de unos animales que puedan ser objeto de tal actividad. Por ello, uno de los problemas fundamentales en todas las legislaciones de caza ha sido el determinar QUE CLASE de animales podrán ser objeto de esta clase de ocupación.

La nueva Ley de Caza, en su artículo 4.º, se refiere a las *piezas de caza* diciendo: «1. Son tales los animales salvajes y los domésticos que pierdan esta condición, que figuren en la relación que a estos efectos deberá incluirse en el Reglamento. 2. La condición de pieza de caza no será aplicable a los animales salvajes domesticados en tanto se mantengan en tal estado. 3. Las piezas de caza se clasifican en dos grupos, caza mayor y caza menor»... Se observa en dicho precepto un reflejo de las normas civiles al respecto, aunque hubiera sido deseable una referencia expresa al artículo 465 del Código, que dice... (véase art. 4.º del Reglamento).

5) **EJERCICIO DE LA CAZA.**—La confluencia de las normas administrativas con las civiles en tema de caza resalta especialmente respecto al ejercicio de este derecho, que se ve constreñido por una serie de normas limitativas de la libertad de la persona. No es de extrañar, por tanto, que el artículo 1.º de la Ley fije su *finalidad* diciendo que «la presente Ley regula la protección, conservación y fomento de la riqueza cinegética nacional y su ordenado aprovechamiento en armonía con los distintos intereses afectados» (art. 1.º del Reglamento).

Las normas limitativas provienen no sólo de las normas sustantivas al respecto, sino de la típica función administrativa, en su doble vertiente, positiva o de fomento y negativa o de policía. Por tanto, analizaremos el ejercicio de la caza atendiendo a los presupuestos que la condicionan, limitan o prohíben:

A) *Licencia de caza.*—La define el artículo 34-1.º de la Ley como «el documento nominal e intransferible cuya tenencia es necesaria para practicar la caza dentro del territorio nacional. Las licencias pueden ser de carácter normal o para cazas especiales, y dentro de las de armas de fuego pueden ser nacionales, regionales y temporales». La *configuración jurídica* de tales licencias como actos administrativos impondría un detenido análisis de las limitaciones al ejercicio de derechos subjetivos por parte de la Administración, para tratar de encuadrar este acto en la limitación que le corresponde. No parece posible su inclusión entre las concesiones administrativas, y puede considerarse como una modalidad de las llamadas «autorizaciones administrativas», puesto que su obtención

sólo equivale a eliminar un obstáculo al ejercicio de una facultad (la de cazar) ya existente en el solicitante.

La expedición de tales licencias corresponde a la Jefatura Provincial de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, quedando a salvo las facultades de los organismos militares, que se dejan subsistentes. La renovación de estas licencias es anual (arts. 36 y ss. del Reglamento).

B) *Fomento de la caza*.—Compete al Ministerio de Agricultura promover y realizar cuantas actuaciones sean precisas para alcanzar los fines perseguidos por la Ley, analizar e investigar los diversos factores que condicionan la existencia de la caza y estimular la iniciativa privada en la cría de piezas de caza y en la repoblación de terrenos cinegéticos. La protección y conservación de la caza se consigue mediante publicación de Ordenes de veda y una serie de medidas protectoras de especies de interés científico o en vías de extinción, etc., además de las medidas económicas, presupuestarias o no, para obtener el cumplimiento de dichos fines (arts. 41 y ss. del Reglamento).

C) *Limitaciones derivadas de los terrenos de caza*.—1. En atención a la *coordinación con el derecho de propiedad* antes citada, la solución del conflicto de intereses se ha intentado en los artículos 8.º y siguientes de la nueva Ley (5) con el sistema llamado «de reservas expresas», prohibiendo el ejercicio de la caza en las fincas que se acogen a las prescripciones de la Ley. Esta fórmula se presta a posibles abusos por parte de los propietarios, que pueden sustraer sus propiedades al derecho de caza de terceros estableciendo «cotos privados» (art. 16 de la Ley (art. 18 del Reglamento)).

La Ley, en su artículo 6.º, se preocupa de precisar, en orden a la titularidad de los terrenos, que «los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán al propietario o a los titulares de otros derechos reales o personales que lleven consigo el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza» (art. 6-1.º del Reglamento) (6).

Se regulan minuciosamente en la Ley los requisitos y circunstancias necesarios para la constitución de los terrenos de régimen especial.

2. En el *supuesto*, que suele ser frecuente, *de que el dueño de un coto privado autorice a terceros a cazar dentro de él, no siendo en virtud de arrendamiento*, se discute por la doctrina desde antiguo si el titular de tal derecho de caza tiene un derecho real o personal. Para OSSORIO MORALES es indudable que en este caso de atribución de una utilidad de la finca a persona determinada nos encontramos ante una servidumbre

(5) Véanse los artículos 8 y ss. del Reglamento.

(6) El artículo 6-2.º del Reglamento precisa quiénes son estos «titulares».

personal regulada por el artículo 531 del Código. Sin embargo, si de los conceptos jurídicos descendemos a la realidad de los intereses en juego, quizá sería preferible entender que existe una comunidad de uso o aprovechamiento: ello elimina el discutido problema de si cabe transmitir a otro el derecho del titular de tal servidumbre personal, o sea si se ha de aplicar o no el artículo 534 del Código.

3. Prevé expresamente la Ley en el artículo 6.º (7) que el titular del derecho exclusivo de caza sea por *título arrendaticio*; en tal caso, la doctrina alemana entiende que el objeto del arrendamiento es la EXPLOTACION y no el derecho de apropiación de la pieza de caza. El titular por este título o arrendatario puede, a su vez, constituir un «coto privado», conforme al artículo 16-1.º de la Ley, lo que ha solucionado una vieja polémica doctrinal al respecto. Es interesante aquí referirnos a las *repercusiones* de estos arrendamientos del derecho de caza *frente a los arrendamientos rústicos existentes sobre la finca*. En principio, parece que tales arrendatarios de la caza quedan excluidos de la legislación especial, sin perjuicio de la protección interdictal en su caso. La Ley, en su artículo 15-1.º, prohíbe y declara nulos los contratos de subarriendo del aprovechamiento cinegético de los cotos de caza, declarando también nula la cesión a título oneroso o gratuito de los contratos de arrendamiento celebrados al amparo de esta Ley o cualquier otra figura jurídica que pretenda alcanzar las finalidades prohibidas en este número (art. 17-11.º del Reglamento).

4. Cuando los cotos privados estén formados por fincas cuya propiedad corresponda *proindiviso* a varios dueños, para constituir o integrarse en un acotado será preciso que concorra la mayoría establecida en el artículo 398 del Código (art. 16-2.º de la Ley): obsérvese que se adopta el sistema de mayorías y no el de unanimidad (art. 18-3.º del Reglamento).

D) *Prohibiciones en beneficio de la caza*.—La actividad de policía de la Administración respecto a la caza corresponde a los guardas de caza dependientes de los distintos servicios y organismos administrativos, así como los de los Consejos de caza y Asociaciones Ganaderas.

El artículo 31 de la Ley establece una numerosa serie de limitaciones al ejercicio de la caza, que cabe *clasificar* como sigue (véase art. 33 del Reglamento):

— En cuanto a las *personas*: Los que no tengan dieciocho años y no vayan acompañados de un mayor de edad (para cazar con armas de fuego o aire comprimido); los ojeadores, batidores, secretarios o po-

(7) Véase el artículo 6-1.º del Reglamento.

denqueros que en calidad de tales asistan a ojeos, batidas o monterías; los que no tengan la documentación preceptiva o no la lleven consigo.

— En cuanto al *objeto*: Aquellas especies protegidas o las piezas cuya edad o sexo no concuerden con las legalmente permitidas; la destrucción de vivares y nidos, y la recogida de crías o huevos (salvo para repoblaciones); las palomas mensajeras y deportivas o buchones con marcas reglamentarias; las palomas en sus bebederos habituales o a menos de 100 metros de palomar con localización señalizada.

— En cuanto al *lugar*: En los refugios nacionales y en estaciones biológicas y zoológicas; entrar—llevando armas, perros o artes dispuestos para cazar—en terrenos sometidos a reglamentación cinegética especial, sin permiso; en los terrenos de aprovechamiento cinegético común mediante el procedimiento de ojeo o combinando la acción de dos o más grupos de cazadores o haciendo uso de medios que persigan el cansancio o agotamiento de las piezas; llevar armas de caza desenfundadas o dispuestas para el uso cuando se circule por el campo en época de veda, sin la pertinente autorización.

— En cuanto al *tiempo*: En época de veda; fuera del período comprendido entre una hora antes de la salida del sol y una hora después de su puesta (salvo las modalidades de caza nocturna permitidas); en los días llamados «de fortuna», o sea en aquellos en que, como consecuencia de incendios, epizootias, inundaciones, sequías u otras causas, los animales se vean privados de sus facultades normales de defensa u obligados a concentrarse en determinados lugares.

— En cuanto al *modo*: Sirviéndose de caballerías o de vehículos como medios de ocultación; en línea de retranca; con reclamo de perdiz; cualquier práctica que tienda a chantear, atraer o espantar la caza existente en terrenos ajenos; el empleo o tenencia no autorizados de cuantos animales, útiles, artes o productos aplicables a la captura o atracción de piezas de caza detallados reglamentariamente.

— *Otras varias*: Mantener abiertos los palomares en las épocas fijadas reglamentariamente; el incumplimiento de cualquier otro precepto o limitación de esta Ley o de las que para su desarrollo se fijen reglamentariamente.

6) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA CAZA.—A) *Adquisición de la propiedad*.—El efecto jurídico principal que deriva de la caza es la adquisición del pleno dominio de la pieza cazada; surge lo que se ha llamado *un derecho de apropiación* a modo de derecho real sobre cosa *nullius*: así, en los artículos 610, 611 del Código y en el 22 de la Ley. Este último dispone: «1. Cuando la acción de cazar se ajuste a las prescripciones de esta Ley, el cazador adquiere la propiedad de las

piezas de caza mediante la ocupación. Se entenderán ocupadas las piezas de caza desde el momento de su muerte o captura. 2. El cazador que viera a una pieza en terreno donde le sea permitido cazar tiene derecho a cobrarla aunque entre en propiedad ajena. Cuando el predio ajeno estuviere cercado o sometido a régimen cinegético especial, necesitará permiso del dueño de la finca, del titular del aprovechamiento o de la persona que los represente. El que se negare a conceder el permiso de acceso estará obligado a entregar la pieza herida o muerta, siempre que fuere hallada y pudiese ser aprehendida. 3. ... 4. Cuando en terrenos de aprovechamiento cinegético común uno o varios cazadores levanten y persiguieran una pieza de caza, cualquier otro cazador deberá abstenerse, en tanto dure la persecución, de abatir o intentar abatir dicha pieza. 5. Se entenderá que una pieza de caza es perseguida cuando el cazador que la levantó, con o sin ayuda de perro, u otros medios, vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla. 6. Cuando haya duda respecto a la propiedad de las piezas de caza se aplicarán los usos y costumbres del lugar. En su defecto, la propiedad corresponderá al cazador que le hubiere dado muerte, si es caza menor, y al autor de la primera sangre, si es caza mayor» (art. 24 del Reglamento).

Este importante precepto merece un detenido comentario en profundidad, que no podemos hacer aquí.

El que el cazador adquiera la propiedad de las piezas cobradas *no es equivalente* a que, al mismo tiempo, exista una *pérdida* de la propiedad de tales piezas por el dueño del terreno donde la caza se halle, puesto que los animales objeto de la caza son cosas *nullius*. En algunas Sentencias de las Audiencias se ha precisado que la apropiación de la caza por un extraño, en terrenos no acotados ni vedados, no puede dar lugar al interdicto o acciones posesorias.

B) *Responsabilidad por daños*.—En cuanto al *cazador*, establece el artículo 33-5.º (8): «Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.» Precepto que introduce novedades importantes respecto a la Ley antigua.

En cuanto al *dueño del terreno*, dispone el artículo 33-1.º y 2.º: «Los titulares de aprovechamientos cinegéticos definidos en el artículo 6.º de la Ley serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, y, subsidiariamente, serán respon-

(8) Véase el artículo 35 del Reglamento.

sables los propietarios de los terrenos. La exacción de estas responsabilidades se ajustarán a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación.» Viene a ser este precepto una especial aplicación del artículo 1.902 del Código civil.

C) *Seguro obligatorio*.—Es una innovación de la Ley la establecida en el artículo 52: «Todo cazador con armas deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a personas establecida en el número 5 del artículo 33. La obligación de indemnizar estará limitada por la cuantía reglamentariamente señalada por el Gobierno para las prestaciones del seguro obligatorio...» (art. 52 del Reglamento) (9).

D) *Conductas sancionadas*.—El incumplimiento de las prescripciones de la Ley de Caza puede ser constitutivo de delito, falta o infracción administrativa si así fuere calificada. Además de las correspondientes penalidades, se prevé el comiso de la caza y la retirada de armas u otros útiles de caza y la privación de licencia (arts. 45 y ss. del Reglamento).

— LA PESCA:

1) *NORMATIVA VIGENTE*.—La Ley vigente en materia de pesca fluvial es de 20 de febrero de 1942, dictada en circunstancias difíciles de nuestra economía y cuya *finalidad primordial* fue el conseguir el desenvolvimiento de nuestra riqueza piscícola, lo que exigía previamente la conservación y fomento de las especies existentes. Se observa también en la Ley la clásica distinción de actividades de la Administración: de fomento y de policía. Técnicamente, la redacción de la Ley es muy deficiente.

De modo concreto, la Ley fija su *objeto* en el artículo 1.º, al decir: «La presente Ley especial que rige y regula en España el derecho de pesca tiene por objeto la conservación, el fomento y el aprovechamiento de los peces y otros seres útiles, que, de modo permanente o transitorio, habitan todas las aguas continentales, públicas y privadas.» Por su parte, el artículo 1.º del Reglamento que la desarrolla, de 6 de abril de 1943, dispone: «A los efectos de la Ley de 20 de febrero de 1942, se consideran *aguas continentales* todos los manantiales, charcas, lagunas, lagos, acequias, embalses, pantanos, canales, albuferas, arroyos y ríos, ya sean dulces, salobres o salados.»

(9) Véase el Reglamento provisional del Seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador, aprobado por Orden ministerial de 20 de julio de 1971 (*Boletín Oficial del Estado* del 23).

2) CONCEPTO JURIDICO DE LA PESCA.—A pesar de la dicción expresa legal, en tal sentido, ni la Ley ni el Reglamento definen tal concepto jurídico. Lo mismo que respecto de la palabra caza, también la palabra pesca tiene, en el sentido gramatical, un doble significado, relativo bien a «la acción y efecto de pescar», bien a «lo que se ha pescado». Si la caza tiene una íntima relación con la propiedad de la tierra, la pesca es una consecuencia de la propiedad de las aguas; y como la mayor parte de las aguas forman parte de la propiedad común (alta mar) o de la propiedad pública (ríos, lagunas, etc.), esto explica que la regulación del derecho de pesca sea *materia de Derecho público*, ya sea «internacional» (pesca en alta mar, en aguas internacionales, convenios internacionales para ríos determinados fronterizos, etc.), ya «administrativa» (uso y aprovechamiento de las aguas públicas).

La pesca puede ser fluvial y marítima, costera o litoral, y de alta mar, de altura o gran altura, etc.

3) QUIENES PUEDEN PESCAR:

— En las *aguas terrestres*: La Ley de Aguas de 1879 considera la pesca como un aprovechamiento de las aguas públicas, unas veces común y otras especial. En los cauces públicos todos pueden pescar, condicionando su derecho con los demás aprovechamientos y de manera que no estorben la navegación y flotación, y provistos de la licencia de pesca correspondiente.

— En las *aguas marítimas*: El privilegio de la pesca lo tenían en España, hasta una Ley de 1873, las antiquísimas «Matrículas de mar», quedando libre desde dicha fecha para todos los españoles el ejercicio de las industrias marítimas (la pesca entre ellas), exigiendo como requisito la previa inscripción en el Registro correspondiente. Hay requisitos especiales para la pesca «a flote».

4) QUE SE PUEDE PESCAR.—No origina esta cuestión problema jurídico alguno, puesto que no cabe aplicar a los peces y demás seres marinos la distinción entre animales salvajes, mansos y domésticos, ya que los peces contenidos en estanques de propiedad particular no pueden salirse de él. Sin embargo, no todos los peces pueden ser pescados en aguas públicas: deberán ser restituidos a ellas los de dimensiones inferiores a las reglamentarias.

5) DONDE SE PUEDE PESCAR.—En las *aguas de propiedad particular*, solamente los dueños o las personas a quienes autoricen. En las *aguas públicas*, todos los que tengan la licencia correspondiente. En las *aguas marítimas* puede concederse la ocupación exclusiva de *parte* de estas aguas para aprovechamiento de la pesca, por lo que en dicha parte del mar sólo puede pescar el concesionario.

6) EJERCICIO DE LA PESCA.—1. *Licencia*.—Expedida por las Jefaturas del Servicio Piscícolas, conforme a los requisitos fijados reglamentariamente. Distintos de la licencia son los «permisos» y las «concesiones», éstas otorgadas por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, a petición de la Dirección General de Turismo (hoy de Promoción del Turismo), en cuanto a los cotos fluviales con fines exclusivamente deportivos.

2. *Policía de la pesca*.—La Ley establece prohibiciones de pescar durante épocas de veda en todas las aguas públicas y privadas, así como durante dichas épocas transportar, comerciar o consumir los productos de la pesca vedada.

3. *Fomento de la pesca*.—La Ley crea viveros industriales y fomenta el concierto para establecer piscifactorías y centros ictiogénicos. Por otro lado (art. 29), establece la obligación para los dueños de aguas privadas de repoblarlas por su cuenta, en el plazo y con las condiciones que se le señalen, procediendo el Servicio correspondiente a la repoblación transcurrido el plazo señalado, «sustituyendo al propietario en dicha obligación» con los recursos propios ordinarios o extraordinarios; lograda la repoblación, los dueños de tales medios acuáticos podrán recobrar su derecho sobre la riqueza piscícola creada, previo pago de las mejoras efectuadas e intereses legales. Es éste un curioso precepto en que se manejan extraños conceptos jurídicos.

4. *Limitaciones a la pesca*.—El Reglamento establece una numerosa serie de prohibiciones en los artículos 111 y siguientes, limitaciones que cabe clasificar en orden a las personas, a las cosas, al lugar, al tiempo o a los *medios* utilizados. De todas ellas, las más interesantes son estas últimas: Con redes de dimensiones menores a las reglamentarias; con dinamita, explosivos, sustancias químicas o venenosas; con luces; con aparatos punzantes, como arpones, garfios o bicheros; con artes fijos, como garlitos, butrones y los llamados «de parada»; apalear aguas o espantar peces para obligarlos a huir en dirección a artes propios; a mano o con arma de fuego o golpeando piedras de refugio de los peces, etcétera.

7) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA PESCA.—A) *Ocupación*.—Conforme a los artículos 37 y 38 de la Ley, «los peces y demás seres que habitan temporal o permanentemente en masas de dominio público carecen de dueño y son bienes apropiables por su naturaleza adquiriéndose como tales por la ocupación, siempre que ésta se ajuste a los preceptos de esta Ley. La pesca en aguas de dominio privado, mientras permanezca en ellas, es patrimonio del dueño de las mismas, sin

otras restricciones que las que tiendan a evitar daños en las aguas y sus riberas»...

B) *Responsabilidad civil*.—La Ley desarrolla en su artículo 61 el principio general del artículo 1.903 del Código civil.

C) *Conductas sancionadas*.—En los artículos 59 y siguientes de la Ley se señalan estas conductas, de manera similar a lo establecido en la Ley de Caza.

II) ANIMALES AMANSADOS

Disponen los artículos 612 y 613 del Código civil lo siguiente...

Parte de la doctrina considera, siguiendo a la doctrina francesa, que en tales artículos se trata de un caso claro de accesión.

Otros, como PUIG BRUTAU, seguido por ESPÍN CÁNOVAS, consideran que en estos supuestos no rige el principio general del abandono, sino que la Ley fija un plazo especial de caducidad de la acción para reclamarlos.

Finalmente, DUALDE consideró que en estos casos había un claro ejemplo de forma de posesión civilísima.

III) EL TESORO OCULTO

Dispone el artículo 614...

A) *NORMATIVA Y CRITICA*.—La norma del 614 remite a los artículos 352 y 351 del Código civil, que dicen...

Vimos anteriormente los *precedentes históricos* de la figura y el tratamiento jurídico especial a que se le sometió por los juristas romanos. La Ley de Mostrencos restableció la legislación de *Las Partidas* anterior a la Novísima Recopilación. Aunque ya sabemos que dicha Ley ha sido derogada por la Ley del Patrimonio del Estado. La doctrina cree que la definición legal del artículo 352 es una paráfrasis del concepto romano sin más que suprimir el requisito de la antigüedad; algunos creen que es una redundancia que el Código hable de «Tesoro oculto», pues es consustancial al tesoro la cualidad de que sea oculto.

PUIG BRUTAU entiende que el encuadre dentro del artículo 614 y del título dedicado a la ocupación tiene la finalidad de evitar la asimilación a la accesión, por un lado, y al hallazgo, por otro. Entiende se trata de un concepto jurídico a utilizar, en razonamientos jurídicos, o sea *para calificar de tesoro* un supuesto de hecho en que concurren los requisitos prescritos y con el efecto de que reciban un tratamiento especial en cuanto a su destino.

Lo verdaderamente sistemático es que el artículo 352 debiera haberse colocado antes del 351; de dicha noción legal se desprenden los *caracteres* que una cosa debe reunir para que sea considerada como tesoro: 1) *Que sea un depósito oculto e ignorado*, es decir, que se encuentre escondido (no necesariamente en el suelo o en una finca), por ejemplo, en un armario, en una librería, etc., y, además, ha de tratarse de cosas de las que debe presumirse que no se ignoraba su existencia (por ejemplo, una herencia); en tal sentido, la Sentencia de 8 de febrero de 1902 declaró que no eran tesoro las monedas encontradas en una librería al entregar los libros a los adjudicatarios en una testamentaria; comentando Díez PICAZO esta Sentencia, dice que el Tribunal Supremo aplica la prueba de presunciones, que en rigor era una prueba puramente indiciaria. 2) *Que no tenga dueño conocido*, o sea que no conste su legítima pertenencia. 3) *Que se trate de un depósito de cosas muebles de valor*, porque el Código habla de «objetos preciosos», lo que para PUIG BRUTAU supone dar un amplio margen al arbitrario judicial, pudiéndose incluir en la enumeración el dinero, billetes, títulos, valores, alhajas, cuadros, telas, manuscritos, etc. Parece que no deben excluirse los bienes inmuebles, pues en un terreno cabe descubrir una estación prehistórica, una ciudad enterrada, un cementerio de valor arqueológico, etcétera; sin embargo, la mayoría de la doctrina excluye a los inmuebles, dada la noción del 352.

B) NATURALEZA.—La mayoría de los autores entienden que es un caso de aplicación rigurosa de la ocupación. Sin embargo no está muy claro, tal como vimos en la evolución histórica y en los comentarios de los intérpretes medievales; en efecto, en la ocupación se exige la *aprehensión* de la cosa, mientras que el tesoro pertenece al descubridor por el solo hecho del *descubrimiento*, de manera que le pertenece aun en el supuesto de que un tercero tome posesión antes que él. El fundamento de esta distinción se basa en que el premio para el descubridor en el tesoro consiste en el hecho de percibir con los sentidos, o sea descubrir la cosa.

Para ENNECERUS existen *dos momentos* en la adquisición: uno, en que aparece un derecho de apropiación con el descubrimiento, y otro, en que tal derecho se convierte en propiedad con la ocupación. Aunque los artículos 351 y 614 sólo hablan de descubrimiento, sin embargo, el 610 pone como uno de los ejemplos de la ocupación el tesoro oculto; por ello cree DE BUEN que el tesoro se adquiere por ocupación, pero se pregunta si es necesario un acto de aprehensión de la cosa; cree poder llegarse a las mismas consecuencias del Derecho alemán, de modo que

sea necesaria la aprehensión, pero *sólo* la realizada a consecuencia del descubrimiento y a favor del descubridor.

El descubrimiento suele configurarse como un *acto real* o un acto de hecho. Parece que no cabe la representación en sentido técnico, aunque cabe desarrollar trabajos para otro y bajo sus instrucciones efectuar el descubrimiento.

El descubrimiento viene a originar un derecho de expectativa de propiedad para el dueño del terreno y para el descubridor, enajenable por cualquier título, siempre que sea con posterioridad al descubrimiento.

C) CONSECUENCIAS JURIDICAS.—La regulación legal, siguiendo la tradición histórica, adopta una solución intermedia, distinguiendo según sea el descubridor y según sea el dueño del terreno:

1.º *Tesoro hallado por el mismo dueño de la finca o de la cosa.* Dispone el 351-1.º...

Es indiferente que sea hallado por el mismo dueño en virtud de trabajos realizados por él o por obreros siguiendo sus órdenes. Pero si el obrero fue *contratado* por el dueño *con otro fin*, deberá ser considerado como un «extraño» y se aplicará la norma del párrafo segundo de dicho artículo.

Está asimilado al propietario el *enfiteuta*, conforme al artículo 1.632...

En cuanto al *fiduciario*, las dudas existentes en la doctrina han sido resueltas en sentido afirmativo por la Compilación de Cataluña en su artículo 182; parece normal este criterio, dado que para VALLET es auténtico y único heredero, sólo que gravado de temporalidad. La Compilación ha seguido el parecer de ROCA SASTRE, sin atender la tesis de LA-CRUZ.

Son considerados como «extraños»: el arrendatario, los que tengan un derecho personal, como el depositario; los titulares de un derecho real, como el usufructuario; etc.

El *fundamento* de esta norma reside en el mismo derecho de propiedad, conforme al artículo 350..., viniendo a ser adquirido el tesoro en virtud de una especie de derecho de accesión, o bien por la presunción de propiedad sobre tal tesoro.

2.º *Tesoro hallado por un extraño o por cualquiera respecto a propiedad del Estado.* Dispone el 351-2.º...

Este es el criterio sentado por ADRIANO en el Derecho romano. Es necesario que el descubrimiento se haga «por casualidad», pero no en el caso de procederse «con intención» de descubrir el tesoro. El *fundamento* es el mismo expuesto anteriormente, en cuanto a los derechos del dueño del terreno, viniendo a surgir a raíz del descubrimiento una espe-

cie de comunidad entre el dueño y el descubridor. Para algunos se debiera tratar junto con la accesión o junto con la ocupación, según el descubridor fuera el dueño o un extraño, respectivamente.

DE BUEN se plantea el problema del *pacto* por el que el propietario y un tercero acuerdan repartirse por mitad—o en otras proporciones—el tesoro encontrado en la finca del primero: cree que nada se opone a la validez de tal pacto, pues la exigencia de la casualidad es disposición voluntaria, en interés de los particulares, y, por tanto, renunciable.

3.º *Tesoro consistente en efectos científicos o artísticos.* Regulado en el 351-3.º... Para SÁNCHEZ ROMÁN es una novedad plausible y justificada, dada la tendencia moderna a atribuir al Estado los derechos sobre el tesoro. ESPÍN CÁNOVAS cree que no se trata, como resulta del mismo Código, de un derecho de expropiación a favor del Estado frente al dominio conjunto de propietario y descubridor, sino de un *simple crédito* de éstos contra el Estado, del que han de recibir la indemnización adecuada.

La Ley de 7 de julio de 1911, dictada para favorecer la investigación y conservación de antigüedades, dispuso la reserva al Estado del derecho de hacer excavaciones en propiedades particulares, ya previo expediente de utilidad pública y expropiación, ya indemnizando los daños y perjuicios causados. Una Real Orden de 30 de abril de 1914 declaró aplicable a esta materia la Ley de Expropiación Forzosa. La vigencia de la Ley de 1911 se declaró por Decreto de 13 de mayo de 1933. La Ley de Expropiación (art. 76) se refiere a la expropiación de tales objetos artísticos, históricos o arqueológicos.

IV) EL HALLAZGO:

Disponen los artículos 615 y 616...

A) CONCEPTO DE COSA PERDIDA O EXTRAVIADA.—En nuestro Derecho no se contiene un concepto genérico acerca de la *pérdida* de las cosas, a salvo la alusión incidental en tema de obligaciones en el artículo 1.122. Para DÍEZ PICAZO, en materia de derechos reales, consiste en aquel hecho jurídico por el que la cosa queda desprovista de la finalidad o función económico-social que debe cumplir en el tráfico. En tema de *ocupación*, la referencia a la pérdida de las cosas implica el que éstas continúan perteneciendo a su dueño, que no quiso abandonarlas y tan sólo se ve privado de la posesión por ignorar su paradero. De donde resulta para el hallador el deber de restituirlas a su anterior propietario, a modo de generalización de la reivindicación, ya que el concepto

legal de *restitución* viene a ser la conversión en pasiva del elemento jurídico activo, «reivindicación».

Parece clara la *diferencia respecto de las cosas abandonadas*, que implican la voluntad de desprenderse de ellas, en tanto en las *perdidas* se pierde la posesión, pero sin que por ello se conviertan en cosas *nullius*: la cosa se entiende perdida cuando sale del poder del poseedor. Aunque ya vimos la dificultad de elaborar un concepto jurídico del abandono, no son idénticos el abandono de la propiedad (requiere, además, voluntad de perder el dominio y capacidad para renunciarlo) y el abandono de la posesión (desposesión efectiva y voluntaria).

B) NATURALEZA.—La doctrina alemana ha considerado que, en el caso del hallazgo, lo que existe es una gestión de negocios ajenos sin mandato, pudiendo ser hallador todo ser capaz de voluntad posesoria. Esta concepción deriva del propio mecanismo del hallazgo, acto espontáneo por el que el hallador se posesiona de las cosas encontradas con ánimo de hacerlas llegar a quien pertenezcan (confrontar con el artículo 1.888). En nuestro Código no hay apenas reglas sobre el hallazgo, por lo que ROCA SASTRE y otros creen aplicables como supletorias las reglas de la gestión de negocios, aunque considerando que en el hallazgo la gestión no representa la actuación de un negocio jurídico.

C) EL SUJETO DEL HALLAZGO.—Es el que recoge una cosa perdida, o, como dice el Código, «el que encontrare una cosa mueble». A diferencia del Código alemán (965), nuestro Código *no* establece que el concepto técnico del hallazgo precise, *además*, la recogida de la cosa; pero esta circunstancia es esencial, por necesidad natural, para que surja la necesidad de restituir o depositar. Caso de ser dos o más los halladores, seguramente surge una obligación de carácter solidario (arg. artículo 1.890-2.º).

Es indiferente que el hallador *sepa* que la cosa es perdida o que la crea *nullius*; su error de buena fe no le puede hacer adquirir inmediatamente la propiedad de la cosa hallada, porque el artículo 464 *excluye* la adquisición en el caso de que se trate de *cosas perdidas*. Sin embargo, si cree de buena fe que la cosa es *nullius*, no está obligado a restituir y puede convertirse en poseedor *ad usucapionem*. Por el contrario, el que considera perdida una cosa que no es tal, sino que es *nullius*, no es un hallador, sino que se convierte en propietario con voluntad de poseer en nombre propio.

D) EL OBJETO DEL HALLAZGO.—Únicamente las cosas perdidas o extraviadas. Así, con carácter genérico, en el artículo 615 del Código.

Sin embargo, existen *numerosos supuestos* de hallazgos en *Leyes especiales*, como los siguientes: 1) Los despojos de las aguas terrestres (artículos 48 y siguientes de la Ley de Aguas de 1879). 2) Los objetos olvidados en ferrocarriles, salas de espera, o caídos en las vías férreas (Ley de 1877). 3) Las reses mostrencas, atribuidas por un Reglamento de 1905 a la Asociación General de Ganaderos del Reino. 4) Los objetos de los muertos en campaña, que se entregan al jefe del Cuerpo, conforme al Reglamento de 5 de enero de 1882. 5) Los hallazgos en las aeronaves, regulados conforme a la Ley de 21 de julio de 1960. 6) Los hallazgos submarinos, regulados por Orden de 7 de julio de 1947. Etc.

Pero de todos los hallazgos regulados por *Leyes especiales destacan*, por su importancia económica y la profusión actual, *los de vehículos de motor*. La Ley de 24 de diciembre de 1962 dispuso la posibilidad de que el juez—entre las diversas providencias judiciales a adoptar—acuerde la retención del vehículo... y la OCUPACION de los documentos respectivos. No obstante, el entronque con el tema de hallazgo viene dado por el Decreto de 26 de diciembre de 1968, que modifica el artículo 292 del Código de la Circulación, distinguiendo entre los supuestos de inmovilización inmediata del vehículo, caso de infracción, o la RETIRADA del mismo y su depósito bajo custodia de la correspondiente autoridad municipal; el nuevo precepto viene a desarrollar el artículo 615 del Código civil en la forma más conveniente para las necesidades del tráfico viario. Finalmente, una ORDEN del Ministerio de la Gobernación de 8 de marzo de 1967 viene a constituir la más pura expresión de la potestad reglamentaria de la Administración en esta materia, *adaptando el plazo de los dos años del 615 del Código civil a las especiales condiciones del objeto*—el vehículo—presumiblemente abandonado y fijando un procedimiento especial a seguir en las subastas y depósito del valor obtenido.

E) LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL HALLAZGO.—La normativa legal es aplicable a *todo* hallazgo de cosas muebles, cualquiera que sea su especie, sitio y forma de encontrarlas, y personas, *a salvo*, claro está, lo antes dicho para los hallazgos contenidos en *Leyes especiales*.

No queda muy claro en el Código si la relación jurídica se entabla entre el hallador y el propietario de la cosa, o más bien es con el poseedor: lo racional es interpretar las normas del Código sobre la base de que se ha de entregar la cosa «a quien tenga derecho a recibirla», quien, normalmente, será el anterior poseedor, ya que no cabe imponer al hallador la obligación de investigar con todo rigor quién sea el verdadero titular (por analogía con el art. 1.771, respecto del depositario).

Le exonera de responsabilidad el hecho de CONFIAR de buena fe en el derecho del anterior poseedor (arg. arts. 615-1.º y 1.164). Cabe admitir, caso de negativa en recibir la cosa, el procedimiento de la consignación (art. 1.176).

1. *Deberes del hallador.*—1) Aplicable al mismo la diligencia del buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones (arg. artículo 1.889). 2) No se le impone un especial deber de notificar—a diferencia del Derecho alemán—. 3) Si incumple, o cumple defectuosamente, está obligado a indemnizar daños y perjuicios (arg. arts. 1.101 y 1.889), además de la responsabilidad criminal por apropiación indebida si sabe quién es el dueño. 4) Obligación de custodia de la cosa, que se sobreentiende (dudosa la *cuestión de si se extiende tal obligación al alcalde*, en cuanto al producto de la venta obtenida en la subasta).

2. *Deberes del alcalde.*—Son la publicación del hallazgo y el proceder a la venta en pública subasta; parece que debería acortarse el plazo fijado en el Código civil para las cosas deteriorables, cual los frutos del campo, etc.

3. *Derechos del hallador.*—1) Al resarcimiento de los gastos necesarios para custodiar o mantener la cosa, y cualesquiera gastos hechos para encontrar al titular con derecho a recibirla (art. 615-5.º). 2) A la pretensión de recompensa o derecho a premio (art. 616) (si concurre *promesa pública de recompensa* habrá concurrencia de pretensiones y podrá elegir). 3) Derecho de retención, por equidad y analogía con los artículos 1.730 y 1.780. 4) A adquirir la propiedad de la cosa, pasados dos años, o sea una *expectativa* de adquisición, transmisible por cualquier título. El hallador debe probar que es tal, aunque basta que sea POSEEDOR de la cosa hallada, pues cabe presumir que quien la posee es el que la encontró (art. art. 1.253).

V) PRODUCTOS Y DESPOJOS DEL MAR:

Dispone el artículo 617...

Hay nuevamente una remisión a las normas especiales, las cuales, como es sabido no definen derechos en sentido sustantivo, lo que sólo al Código civil compete; quizá el legislador civil debió haber consignado los principios fundamentales respecto a los buques naufragados, a la recuperación de la carga, a los objetos que las olas arrojen a las playas, al aprovechamiento del litoral, etc., y una vez sentadas estas normas habría cumplido la misión que le incumbe como ley sustantiva. Sin embargo, el legislador civil ha mendigado el apoyo de otras Leyes particulares, que

deberían haber sido su complemento y desarrollo y no su inspiración.

Los autores suelen distinguir entre productos y despojos:

1. PRODUCTOS.—Son aquellas cosas originadas por el mar o que viven en él, tales como mariscos, conchas, perlas, plantas, etc.: pertenecen al primer ocupante.

2. DESPOJOS.—Es difícil su concepción jurídica exacta, como previenen MARTY y RAYNAUD. La noción más clara es la *negativa, por exclusión*, o sea todo lo que no es producto del mar. Pertenecen al Estado, conforme a la Ley de Salvamentos y Hallazgos Marítimos de 24 de diciembre de 1962 (arts. 19, 23 y 29), la cual separa claramente los casos de HALLAZGOS de los de EXTRACCION y aplicando a aquéllos un procedimiento especial (según el valor sea o no superior a 10.000 pesetas) y a los segundos la necesidad de obtener previamente el permiso de la autoridad de Marina.

Esta Ley crea un *régimen intermedio mixto* entre el relativo a las cosas muebles (art. 615) y el referente a los inmuebles vacantes (Ley de 15 de abril de 1964).

Existen también *normas especiales*, cuales son: 1) En orden a las extracciones submarinas de objetos de interés artístico, histórico o arqueológico, conforme a la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 (artículo 12). 2) Respecto al ejercicio de actividades subacuáticas (artículo 20 del Decreto de 25 de septiembre de 1969). 3) En materia de Aduanas (D. de 17-X-47). 4) Respecto de petróleos y derivados (O. de 2-1-1941). 4) En orden a la vigilancia de la Costa (Ordenes de 1933). Etc.

X.—NORMAS DE CONFLICTO APLICABLES A LA OCUPACION

El principio general en tema de derechos reales en materia de normas conflicto es el de la *lex rei sitae*. Esto es indudable en materia de *bienes inmuebles*, conforme al párrafo primero del artículo 10 del Código civil. Sin embargo, en materia de *bienes muebles* la solución se presenta más dudosa, pero parece que puede llegarse a la misma conclusión estudiando las distintas especies de ocupación:

1. En cuanto a las *cosas muebles abandonadas*.—En principio es aplicable la Ley territorial, debido a que no cabe aplicar la Ley del propietario, que es ignorada.

2. En cuanto a *la caza y la pesca*.—También aplicable la Ley territorial, por tratarse ambas Leyes especiales de normas de Derecho público.

3. Respecto del *tesoro*.—También aplicable la Ley territorial, ya que parece que el artículo 351 implica unas facultades dominicales de carácter estrictamente territorial.

4. En cuanto al *hallazgo*.—También aplicable la Ley territorial, sobre todo, a la vista de la regulación contenida en los artículos 615 y 616.

5. Respecto a los *productos y despojos del mar*.—También aplicable la Ley territorial, por ser normas de carácter público.

XI.—INDUCCION DE UN CONCEPTO «JURIDICO» DE OCUPACION

A) Las posiciones *clásicas*, atendiendo a la dogmática jurídica, según vimos, anteponen al estudio de la ocupación una definición jurídica de la misma. DE DIEGO, citado por casi todos los autores, la define como «la aprehensión material de una cosa mueble sin dueño con intención de adquirir su dominio».

B) La posición de la *doctrina moderna* es bastante diferente, según también vimos, y suele definir la ocupación después de efectuado el estudio de las normas que la regulan. Un ejemplo claro de esta postura es el de BORRACHERO, que la define «modo de adquirir el dominio de las cosas muebles *nullius* por la toma de posesión de las mismas o por el hecho de quedar dichas cosas sujetas a la acción de nuestra voluntad».

C) NUESTRA POSTURA.—Después de la exposición que hemos efectuado, cabe obtener *algunas conclusiones parciales* de nuestra investigación, y así condensar el criterio obtenido según los distintos elementos interpretativos utilizados, del modo siguiente:

1. Del elemento LITERAL se deduce la noción clara de apoderamiento o toma de posesión de una cosa.

2. Del elemento HISTORICO se deduce que la idea esencial a que responde la institución es la de la posesión o apoderamiento.

3. Del elemento derivado del DERECHO COMPARADO no se deduce un criterio uniforme, ya que, si bien para el Derecho alemán la idea básica es la de posesión, para los Derechos francés e italiano parece ser esencial la idea del *ánimus*.

4. Del elemento LOGICO se deduce con toda claridad que es un modo de adquirir la propiedad.

5. Del elemento SISTEMATICO obtenemos estas conclusiones:

a) Que el Código carece de un concepto general sobre el abandono, así como de sus aplicaciones al dominio y a otra clase de derechos reales; tampoco se contienen referencias indicadoras respecto a los numerosos supuestos especiales a que aplicar el abandono.

b) Que las normas reguladoras de la caza y de la pesca son las típicas normas de remisión o *en blanco*, donde se manifiestan con toda

su importancia la carencia de regulación de las zonas tangenciales entre el Derecho privado y el público; parece que la regulación sustantiva debiera contenerse en el Código.

c) Que tanto el *tesoro* como el *hallazgo* son instituciones diferentes a la ocupación no solamente en su regulación, sino que se desprende de los mismos precedentes históricos de cada una de ellas.

d) Que la institución del *hallazgo afecta tan sólo a los casos de pérdida de cosas, careciéndose también en el Código de un concepto genérico de pérdida de la cosa*, de sus efectos y de los numerosos supuestos especiales sobre que proyectar los principios generales del Instituto.

e) Que respecto a *los productos y despojos del mar* también la remisión del Código supone un vacío legislativo que, en principio, debiera ser sustituido por la regulación sustantiva de tales figuras.

6. Del elemento TELEOLOGICO, relacionado con los otros elementos interpretativos y previo lo expuesto, se deduce:

a) Que si la base de la ocupación reside en la posesión, y si es perfectamente admisible la posesión de derechos en la forma vista, nada se opone, en principio, a la ocupación de derechos.

b) Que tanto el *tesoro* como el *hallazgo* debieran contenerse en otros lugares del Código, por ser institucionalmente ajenos a la idea a que responde la ocupación.

c) Que, en principio, parece que la adquisición en virtud de la ocupación se produce en virtud de haberse dado cumplimiento a un supuesto legal al que se liga la adquisición.

d) Que, normalmente, parece que el efecto primordial de la ocupación es la atribución de una facultad de apropiación.

D) EXAMEN ESPECIAL DE ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS.—1. En tema de *nacionalidad*, parece difícil que se pueda adquirir por ocupación el *status* jurídico de nacionalidad (o bien la regionalidad civil), por tratarse de una materia en que las especiales características de la misma imponen la noción de orden público y una atribución de tal cualidad en virtud de casos taxativamente enumerados.

2. En tema de *estados familiares*, la solución es difícil, también por la influencia del orden público, aunque cabría distinguir entre los estados de cónyuges, de filiación y de parentesco. Parece que solamente los estados de filiación se prestan a la adquisición en virtud de la posesión constante de estado; en todo caso, siempre queda el remedio a los posibles perjudicados para la impugnación.

3. En tema de *exposición o abandono de hijos*, aunque en principio la idea es sugestiva, parece que—en base a los principios objetivos del Instituto, o sea apropiabilidad—no es posible la ocupación.

4. En tema del llamado *tutor de hecho*, que propiamente supone hallarse el mismo en posesión de un título «que le haga ser considerado como tal», parece que la idea aplicable es la de la apariencia, y, en todo caso, a lo que hay que atender es a salvaguardar los derechos de los terceros de buena fe que con él contraten.

5. Los supuestos de *accesiones fluviales* (370 y siguientes), por su propio carácter, escapan a la idea de ocupación.

6. En materia de *servidumbres*, dejando aparte los supuestos de ocupaciones temporales de los artículos 553, 554, 562 y 564, es, ciertamente, difícil defender la aplicabilidad a ellas de la ocupación, siendo discutible desde antiguo la posibilidad de posesión y, en definitiva, de usucapión de las servidumbres discontinuas y no aparentes. Podría defenderse la aplicación del Instituto a las que no tengan tales cualidades.

7. En tema de *albaceazgo*, la aplicación al mismo de la ocupación había sido defendida por ALBALADEJO en estos términos: en caso del ausente que no recibía el llamamiento siendo llamados otro albacea o los herederos, *cuestionaba dicho autor si una vez reaparecido el ausente cesaba o no el segundo albacea llamado*. Primeramente entendió que el segundo sí cesaba, reaparecido el ausente, en base a la presumible voluntad del testador. Sin embargo, posteriormente—en la monografía al tema dedicada—, cambia de postura y defiende que *en el caso de que fuese la imposibilidad* del albacea primeramente designado *la que cesara*, continuaría en su puesto el albacea subsidiario OCUPANTE, ya que el que no llegó a acceder al cargo por imposibilidad perdió entonces definitivamente su oportunidad: solución más conveniente para la práctica, que es mejor servida con una asignación definitiva del cargo.

8. En tema de *subrogación personal* en posiciones jurídicas de tercero, las dificultades son notables, sobre todo, por la regulación específica de tal subrogación en los derechos de crédito. Quizá respecto a posiciones jurídicas en el contenido de otros derechos, como sucesorios o familiares, tales dificultades no se presenten si cabe la posesión de tales derechos: un ejemplo claro es el del artículo 857 en tema de *desheredación*.

RESUMEN.—Parece aplicable la ocupación a los derechos de servidumbres continuas y aparentes, a la posesión de los estados de filiación, al albaceazgo y a aquellas posiciones jurídicas que vengan contenidas en derechos susceptibles de posesión.

E) CONCLUSIONES FINALES:

1.^a La *idea básica* de la ocupación consiste en el apoderamiento o toma de posesión de cosas muebles o derechos.

2.^a Aunque *la regulación del Código* sea exclusivamente como medio de adquirir la propiedad, no hay obstáculos institucionales para su no aplicación a la adquisición de otros derechos, siempre que sean susceptibles de ejercicio continuado y tengan carácter patrimonial, cual algunos de los examinados.

3.^a Las especies típicas de ocupación *son adquiridas* en virtud de cumplirse un determinado supuesto legal, cuyo efecto es la atribución de una facultad de apropiación.

4.^a Cabe *definir* la ocupación como «la facultad de apropiación atribuida por la Ley respecto de las cosas muebles o derechos abandonados, susceptibles de posesión o de ejercicio continuado».

JOSÉ CERDÁ GIMENO
(Notario)

B I B L I O G R A F I A

Específica:

- BRAGADO: *El hallazgo: doctrina, legislación y casos prácticos*. Madrid, 1957.
 DE BUEN: "Tesoro", voz en *Enciclopedia Jurídica* Seix, pág. 635.
 GARCÍA CANTERO: *La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado*, "Revista de Administración Pública", 1965, núm. 47, pág. 64.
 ISABAL: "Ocupación", voz en *Enciclopedia Jurídica* Seix.
 PALOMAR BARÓ: "Hallazgo", voz en *Enciclopedia Jurídica* Seix.
 LATOUR BROTONS: *La ocupación*, "R. D. P.", 1957, pág. 261; *La capacidad para ocupar y abandonar*, "Anales Universidad Murcia", 1956/57, pág. 251.
 BORRACHERO: *El animus en la ocupación*, "R. D. P.", 1957, pág. 1063.
 TRAVIESAS: *Ocupación, accesión y especificación*, "R. D. P.", 1919, pág. 289.
 BUCCISANO: *L'invenzione di cose perdute*, Messina, 1963.

Genérica:

- BIONDI: *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 235.
 ARIAS RAMOS: *Derecho Romano*, I, pág. 237.
 BRUNNER-SCHWERING: *Historia del Derecho Germánico*, pág. 205.
 IHERING: *Jurisprudencia en broma y en serio*, pág. 131.
 MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español*, pág. 154.
 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El anteproyecto de Código civil*.
 ENNECERUS: *Derecho civil*, III-1, págs. 463 y sigs.
 MARTY-RAYNAUD: *Derecho civil*, II-2.^a, pág. 403.
 BUSSI: *La Formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*.
 CASTÁN: *Derecho civil común y foral*, II.
 ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho civil*, II, 1968, págs. 101 y sigs.
 PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, III, págs. 137 y 177.
 DE BUEN: *Derecho civil español común*, I, pág. 192.
 MANRESA: *Comentarios al Código civil*, III, pág. 1918 y V-44.
 MUCIUS-SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, tomos VI-246, VIII-573 y XI-164, 186 y 277 y sigs.
 ALBALADEJO: *Derecho de cosas*, 1964, pág. 198; *El albaceazgo*, pág. 172; *La ocupación del cargo de albacea*, "R. D. N.", 1956.
 DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho civil*, III: *Derecho de cosas; Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II.

La letra de cambio agraria

Cobertura de garantía en el Crédito personal agrario^(*)

SUMARIO: I. *Presupuestos básicos*: 1) Examen comparativo de la buena fe en el Derecho Mercantil y en el Crédito Personal Agrario. 2) Consecuencias. 3) Fianza Mercantil. Características y consecuencias.—II. *Titulos de Crédito*: 1) Características: Literalidad, Incorporación, Autonomía. 2) La letra de cambio en conexión con el Crédito Personal Agrario. 1') Presupuestos: a) Concepción. b) Función económica. Notas. c) Causa de las obligaciones cambiarias. d) Carácter de sus normas. e) Letra en blanco. f) Vencimiento.—III. *Fuentes legales reguladoras de la cambial agraria*: A) Cambial agraria italiana. B) Presupuestos para la concepción de una cambial agraria: 1) Naturaleza. 2) Características: a) Titular cambiario. b) Librado. 3) Excepciones oponibles por el deudor de la cambial agraria. 4) Forma: Conversión en cambial ordinaria. 5) Renovación de la cambial agraria. 6) Tutela del derecho derivado de la cambial agraria: a) Principios generales. b) Diligencia del poseedor. c) Tutela propiamente dicha: Acción directa. Regresiva. a') Acción regresiva: 1') Regreso por falta de aceptación. 2') Regreso en caso de insolvencia: Falta de seguridad. 3') Regreso por falta de pago. b') Actuación. c') Acción de enriquecimiento. 7) Transmisibilidad.

I.—PRESUPUESTOS BÁSICOS:

Examen comparativo de la buena fe en el Derecho Mercantil y en el Crédito personal agrario.

Hemos de analizar ciertos aspectos de la garantía del crédito personal agrario proyectado en el campo del Derecho Mercantil. Ello nos obliga, como cuestión previa, a examinar, brevemente, los principios que informan el Derecho Mercantil, sin olvidar su ensamblaje dentro del Derecho

(*) En la exposición de esta materia hemos seguido la pauta marcada en mi obra *Crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, Editorial Santillana, Sociedad Anónima de Publicaciones. Madrid, 1968.

Común y las especiales características propias del «Derecho Agrario» (1). La aparente complejidad de la cuestión se simplificará si tenemos en cuenta el contenido patrimonial de la relación que se trata de garantizar.

La doctrina, para determinar la esencia del Derecho Mercantil, ha intentado señalar ciertas notas como tipificadoras de un derecho que tiende a regular la actividad mercantil. Así señalan (2): despersonalización, no gratuidad, rigurosidad, flexibilidad de formas, libertad de prueba, internacionalidad y mercantilidad.

El contenido esencialmente crematístico del comercio, unido a la estrecha conexión existente entre todos los que intervienen en el tráfico mercantil, ha hecho que se caracterice el Derecho Mercantil, por la rapidez y continuo flujo de los actos mercantiles (3).

Como consecuencia de esas notas, se traduce en una simplificación de formas y en una liberalización de los medios de prueba, en garantía del tráfico y de su fluidez, que a su vez se proyecta en una obligada protección de los actos mercantiles ejecutados, en beneficio de la seguridad del tráfico, con unos efectos y consecuencias superiores a los regulados por el Derecho Común. Pero simplificación de formas no quiere

(1) DE SEMO—*Corso di Diritto agrario*, Firenze, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, 1937, págs. 15 y ss.—define el “Derecho agrario” como: “Rama jurídica de carácter prevalentemente privado que contiene las normas reguladoras de las relaciones jurídicas concernientes a la agricultura”.

PERGOLESI—*Schemma di una Introduzione allo studio dei Diritto agrario*, Roma, 1931, cit., pág. 17—dice: “El Derecho agrario es el ordenamiento total de normas jurídicas que disciplinan las relaciones intersubjetivas derivadas de la aplicación de actividades públicas o privadas de carácter agrario.”

BERNARDINO C. HORNE—*Política agraria y regulación económica*, Editorial Losada, Buenos Aires, pág. 20—dice: “Derecho agrario es el conjunto de normas jurídicas particulares que regulan las relaciones atinentes al trabajo, a la producción, a los bienes y a la vida del campo.”

Vid. RAMÓN BADENES GASSET, *Orientaciones modernas sobre Derecho agrario. Propiedad agraria*, cit., que en la pág. 8, nota 5, recoge numerosas definiciones del Derecho agrario de varios autores. Vid. MICHEL DE JUGLART, *Droit Rural*, 2 vols., Juris-Classeurs, Service-Librairie, Librairie de la Cours de Cassation, París, 1949. Vid. el concepto que de la empresa agraria se tiene en el Derecho italiano, anteriormente expuesto, y sobre todo en la obra de TULLIO ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Studia Albornotiana, IV, dirigido por VERDERA y TRUJILLOS. Introducción y traducción por el mismo. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

(2) Gráficamente expresa LORDI—*Le obbligazioni commerciali*, Milán, 1936, parte prima, pág. 32, citado por J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Aguirre, Madrid, 1944, tomo III, vol. I, pág. 10—, que dice “ser privado de dinero no significa sólo ser privado de dinero, sino tener la imposibilidad de invertirlo como se pensaba en el propio negocio. ; privar de dinero al acreedor civil significa solamente privarle de dinero, mientras que privar de dinero al acreedor mercantil significa quitarle un beneficio probablemente más elevado”.

(3) Vid. VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4.ª edición, 1960, págs. 25 y ss.

decir nada más que eso. No ausencia de formas. A veces, éstas, aun simplificadas, tienen un valor sustancial.

Al señalar las notas que perfilan el Derecho Mercantil, no se nos oculta el carácter común de algunas de ellas con el Derecho Civil (4). Esa identidad se produce como derivación de la necesidad de adaptar el Derecho Común a las vicisitudes actuales. A los imperativos del nuevo orden económico. La mutabilidad de los actos humanos, las nuevas formas de vida, influenciadas por los progresos de la técnica, ha preocupado intensamente a los mercantilistas hasta el punto de hablarse de crisis del Derecho Mercantil (5).

El Derecho Mercantil ha pasado por las fases siguientes: a) Una primera, caracterizada por su expansión. Nacido para regular el comercio, se extendió a la industria; el objeto originario del Derecho Mercantil era el tráfico de los bienes muebles, pero se extendió a los inmuebles cuando unos sujetos se dedicaban a ellos profesionalmente; excluida la actividad agrícola, tiende a absorberla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales. b) La presencia de una constante y paralela tendencia a la generalización y objetivación de su contenido, de modo que absorbe y se aplica a quienes esporádicamente recurren a ella; y c) Una reciente tendencia a reducir el ámbito del Derecho Mercantil, como consecuencia de aquella generalización y objetivación anterior (6).

Esta tercera etapa es el resultado de la generalización del Derecho Mercantil o «de la comercialización del Derecho Civil», como fue denominado por RIESSER y posteriormente por RIPERT (7). A tal resultado ha contribuido la recepción de la teoría de la «empresa» (8).

(4) Vid. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. I, edición 1947, págs. 6 y ss.; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil...*, cit., nota 1.ª, pág. 26; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1936, Aguirre, páginas 6 y ss., tomo I; COSAK, *Tratado de Derecho Mercantil*, traducción A. POLO, Madrid, 1935, tomo I, págs. 1 y ss.; FERRARA, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Firenze, 1939, págs. 3 y ss.; VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano, Edi. Vallardi, 1928, tomo I; etcétera.

(5) NUSSBAUN, citado por GARRIGUES en su *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 15, habla de la "disolución del concepto de Derecho Mercantil".

(6) Vid. TULLIO ASCARELLI, *Intiación al estudio del Derecho Mercantil*, cit.

(7) Autor citado, *La commercialization du Droit civil français*, en "Mélanges Maurovie", París, 1934, y en su *Traité de Droit commercial*, 4.ª edición, París, 1954, tomo I, págs. 7 y 8; vid. también HAMEL, *Droit civil et Droit commercial en 1960*, publicado en "Le Droit privé français au milieu du XXème siècle", París, 1950, II, págs. 261 y ss.

(8) Vid. M. BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", mayo-junio 1965, núm. 444-445, págs. 603 a 650; CARLOS FERNÁNDEZ NOVOA, *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, en "Revista de Derecho Mercantil", núm. 95, enero-marzo 1965, págs. 7 a 40 y bibliografía por el mismo citado; WALDEMAR ARECHA, *La Empresa Comercial*, Edi-

Manteniéndonos dentro de nuestro ordenamiento positivo, de ese conjunto de notas, las que atribuyen especialidad al Derecho Mercantil son aquellas que tienden de una manera directa e inmediata a la protección del tráfico, atribuyendo prevalencia, en el supuesto de conflicto, entre seguridad del tráfico y seguridad jurídica o del derecho, al primero, como tráfico en masa (9). A la efectividad de ese resultado colaboran: la escrupulosa determinación del tiempo (10); la agilidad interpretativa de sus normas, en razón a su función esencialmente económica (art. 57 del Código de Comercio); la fuerza y eficacia probatoria de los documentos mercantiles, en razón a su función legitimadora; la rapidez en el procedimiento y rigor en la ejecución, en base a la efectividad e inmediatitud en el cumplimiento de las obligaciones; la instantaneidad de la prescripción e irreivindicabilidad de los títulos al portador fundado en la agilización del tráfico mobiliario, esencial al comercio; la limitación y conocimiento previo de la responsabilidad indemnizatoria, en caso de incumplimiento contractual, en razón a la necesidad determinativa de las posibilidades pecuniarias del deudor comerciante—responsabilidad tasada, artículos 371 y 527 del Código de Comercio—; la solidaridad como principio presuntivo, aplicable a determinadas relaciones mercantiles—sociedades, letras de cambio, etc.—, como garantía de cumplimiento económico; etc... hacen del Derecho Mercantil un Derecho flexible y elástico.

Pero precisamente en orden a estas características, la posibilidad de

torial Depalma, Buenos Aires, 1948; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Rev. D. Mercantil, 1947, tomo I, vol. I, págs. 210 y ss.; etc.

(9) "La identificación entre Derecho Mercantil y Derecho de los actos en masa permitió a HECK obtener tres conclusiones cuya validez son indiscutibles: 1.^a Que el Derecho Mercantil no surge cuando las exigencias del tráfico en masa son satisfechas por el Derecho Común, como ocurrió en Roma y en el mundo sajón. 2.^a Que el Derecho Mercantil está en continua evolución porque aparecen nuevas actividades cuyas exigencias imponen su inmediata regulación. 3.^a Que el Derecho Mercantil muestra una constante tendencia a la uniformidad, supuesto que tales exigencias son relativamente uniformes en todas las economías." M. BROSETA PONT, *La Empresa, la unificación* ..., cit., págs. 613 y 614.

No podemos olvidar la potencia creadora de la actividad humana que, en el ámbito del Derecho Mercantil, se manifiesta con extraordinaria pujanza, obligando y forzando la capacidad legislativa de los órganos encargados de dictar la Ley. Vid. BALTASAR RULL en el prólogo de la obra *La compraventa a plazos*, de J. VÁZQUEZ RICHART, Madrid, 1963, cit.

(10) El artículo 62 del Código de comercio dice: "Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código serán exigibles a los diez días después de contraídos si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevare aparejada ejecución", frente al sistema establecido por el Código civil en el artículo 1.128, que dice: "Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que han querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración del plazo cuando éste haya quedado a la voluntad del deudor."

aplicación de los principios y figuras jurídico-mercantiles ofrece dificultades en el ámbito del Derecho Agrario, y, como consecuencia, del «crédito personal agrario». La aplicación de las fórmulas puras del Derecho Mercantil al crédito personal agrario ofrece la dificultad de adaptación derivada de las notas que peculiarizan a uno y a otro. Estas se sintetizan: en la rapidez característica del uno frente a la lentitud del otro impuesta por los ciclos biológicos de los cultivos y el comportamiento de todo lo agrario; sus resultados (mejoras de raza de animales, nuevos cultivos o sistemas, etc.) sólo se pueden apreciar y valorar en el tiempo.

No obstante lo consignado, hemos de examinar la posibilidad de aplicación de las fórmulas tradicionales de garantía, que se estimen como típicas en el ámbito del Derecho Mercantil, como medios de movilización de capital y afianzamiento.

Hay que destacar, como nota fundamental en el Derecho Mercantil, la buena fe. Es cierto que todas las relaciones de la vida han de ir presididas por la buena fe (11). Pero en el primero se exige en grado superlativo. Es preciso una exquisitez en el comportamiento. Una *ex uberrima fides*. La genuina manifestación de este principio se cristaliza en el artículo 57 del Código de Comercio. En él apreciamos, siguiendo estrictas reglas de heurística, su carácter *heterónomo* (12) de modo que constituye la clave de los contratos mercantiles.

(11) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 446 y ss., que expone un concepto estricto de buena fe, útil en el orden civil o jurídico general, como "la creencia en una representación provocada por una conducta ajena o elemento externo", y otro amplio de significación vulgar, al decir que "buena fe significa conducta o modo de proceder, leal, sincero, recto u honrado".

Sobre el concepto de la buena fe en general se puede examinar: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *La buena fe y la seguridad jurídica*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tomo III, págs. 328 y ss.; TUHR, *La buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual*, en "Rev. de Derecho Privado", 1925, página 338; JOSÉ ALGUER, *El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho Privado*, Barcelona, 1928; JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Principios de buena fe*, en sus "Estudios", tomo I, págs. 317 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Leciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, págs. 260 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, páginas 451 y ss.; DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, 3.^a edición, Madrid, 1935, págs. 183 y ss.; MONTÓN OCAMPO, *Buena fe*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1951, tomo III, págs. 455 y ss.; VICENTE Y GELLA, *Titulos de Crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.^a edición, Zaragoza, Tipografía La Academia, 1942, págs. 75 y ss.; etc.

(12) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1955, "el principio de la buena fe debe ser admitido como norma y también como dogma en la esfera mercantil".

Vid. también GARRIGUES, *Tratado...*, loc. cit., pág. 87; afirma que "el principio de la buena fe, cuya aplicación a los contratos mercantiles es de *derecho coactivo*".

Hemos señalado que la buena fe constituye la esencia de la vida, pero se muestra con una exigibilidad y rigurosidad plena en el Derecho Mercantil; incluso superior al Derecho Hipotecario (13). La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1904 lo confirma, al decir que: «Los contratos mercantiles deben cumplirse inspirándose, aun si cabe más que en los civiles, en la buena fe de los contratantes...»; y se ratifica en la de 18 de febrero de 1941, al decir: «... la buena fe preside toda la vida del derecho y *preside en especial la contratación mercantil* por mandato expreso del artículo 57 del Código de Comercio.»

MONTÓN OCAMPO (14) afirma que «... la buena fe se considera requisito principal o esencialísimo de los contratos mercantiles, deducido del principio de verdad sabida y buena fe guardada, que permite interpretar los actos de comercio con arreglo a él, toda vez que en muchos momentos será preferible atender a la intención de las partes contratantes, que se relacionan mercantilmente a la sombra de la confianza que mutuamente se inspiran, que a la Ley...».

Basado en este principio, elevado a la categoría de dogma, y en los que pecualirizan la actividad mercantil, como tráfico en masa, el crédito ha contribuido poderosamente al desenvolvimiento del comercio y de la industria.

Pero esta concepción de la buena fe, incluso con esta intensidad, no es privativa del Derecho Mercantil. Hemos destacado los caracteres, los elementos, que integran el crédito personal agrario, y en ellos se refleja la profundidad e intensidad de la concepción de la confianza, que, elevada a la cualidad de elemento natural del contrato de crédito, unido a la relación *intuitu personae*, imprime carácter al crédito personal.

Hemos desarrollado la concepción del crédito personal agrario, basado en los valores positivos «estáticos» y «dinámicos». Es decir, en una perfecta simbiosis de los actos y la conciencia. Un reconocimiento pleno del actuar, basado en la buena fe, que crea esa absoluta confianza de reintegro en el concedente, teniendo en cuenta los riesgos que pueden afectar a una explotación agrícola como imponderables ajenos a la voluntad y buena fe del beneficiario.

Gramaticalmente, «buena fe» está integrada por la palabra *bona*, que significa conducta, proceder o modo de actuar del hombre honrado, leal; honradez referida a un tipo abstracto, general, extraído del normal pro-

(13) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., 1948, pág. 455, dice: «La buena fe en el adquirente sólo ha de contemplarse como una circunstancia o requisito entre los varios que exige nuestra legislación para que la fe pública registral pueda actuar.»

(14) Autor citado, *Buena fe*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, cit., página 455.

ceder de los hombres; y de *fides* o *fide*, que significa confianza o creencia en algo que no es perceptible directamente por nuestros sentidos, sino a través de ciertas representaciones. Para comprender esta idea, nada mejor que la frase de San Jaime—Epístola Católica II—: «Fides sine operibus mortua est» (La fe, sin las obras, es muerte), que va precedida de la famosa comparación: «Sicut enim corpus sine spiritu mortuum est, ita et fides sine operibus mortua est» (Así como el cuerpo sin el espíritu es un cuerpo muerto, así la fe, sin las obras, es una fe muerta) (15).

2. Consecuencias

En el cultivador que interesa un crédito personal agrario pueden perfectamente examinarse esos elementos integrantes de la buena fe. Cuerpo y espíritu. *Cuerpo* representado, como ya hemos expuesto, por la valoración externa, material, del sistema y régimen de cultivo que observa y viene observando como titular de la empresa agrícola, agraria. *Espíritu* que se deducirá de ese mismo régimen y sistema de cultivo y de la conjunción apreciativa que puede hacerse de su forma de actuar y proceder en la sociedad y en el ámbito familiar.

Si hemos destacado esta nota del crédito personal agrario al tratar de la posible aplicabilidad de las formas de garantía derivadas del Derecho Mercantil, examinando comparativamente la buena fe en el tráfico mercantil y en el crédito personal, es con objeto de resaltar su intensidad y fuerza expresiva, como elemento de estímulo para la inversión, por las entidades de crédito privado, en beneficio de la agricultura.

Expuestas las causas de contracción del capital privado respecto de la agricultura, la aplicabilidad de los principios que informan el Derecho Mercantil, en orden a la fluidez de las operaciones, se aviene mal con ella. La financiación de créditos de mejoramiento, a largo plazo, y de renovación, a medio plazo, exige fuertes inversiones de capital con lenta recuperación, contraria a la agilización de las operaciones bancarias, que verán, además, afectados sus créditos con la devaluación monetaria. No obstante, estimamos este efecto perfectamente previsible dentro de la técnica bancaria, y, por consiguiente, sanable al tiempo de la con-

(15) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Bocetos Jurídicos*, en *loc. cit.*, tomo III, *La buena fe y la seguridad jurídica*, págs. 327 y ss., dice: "La buena fe es un elemento jurídico primario que se intuye más que se define", y "... en virtud de la buena fe se protege una serie de relaciones jurídicas al margen del Derecho positivo y se protegen, en primer lugar, en virtud de una causa de tráfico social, aunque todavía no aparezca esta palabra expresamente en los textos, pero está en el fondo de la cuestión". Vid., asimismo, VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito*, cit., págs. 75 a 87.

cesión del crédito. Teniendo en cuenta el régimen jurídico vigente y la situación actual de la agricultura, la aplicabilidad de las formas de garantía previstas por el Derecho Mercantil, si bien pueden ofrecer dificultades económicas de inversión en el sector agrario, estimamos que en el orden jurídico no sólo puede tener desenvolvimiento el crédito de ejercicio o a corto plazo, sino que incluso tienen cabida los créditos de mejoramiento y renovación, como medio de colocación de capitales con renta estable y amortizaciones periódicas.

3. *Fianza mercantil*

Características y consecuencias:

El Código de Comercio dedica a la fianza—afianzamiento mercantil—cuatro artículos (439 a 442), reputando como mercantil todo afianzamiento que tuviera por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

En la técnica bancaria, el llamado «crédito personal», con garantía estrictamente *ad personam*, no se concibe. Cuando se habla de crédito personal «es siempre crédito garantizado mediante fianza» (16).

La naturaleza mercantil de la fianza viene determinada por la cualidad concurrente en la entidad contratante; es decir, en su cualidad de comerciante. Los artículos 123, en relación con los 175, 199 y 212 del Código de Comercio, en relación con el artículo 2.º, nos conducen a la conclusión de que tales contratos tienen la calificación de mercantiles, y, por consiguiente, las normas que le regulan son las contenidas en el Código de Comercio y, en segundo lugar, las del Código civil, por aplicación del artículo 50 de aquél.

Como peculiaridades hay que destacar: *a)* El artículo 440, al exigir que la fianza conste por escrito, bajo prevención de que carecerá de valor, es más explícito que el 1.827 del Código civil. *b)* Aun cuando se admiten las clases de fianza reguladas por el Código, la práctica bancaria exige que la fianza sea solidaria de los cofiadores entre sí y con el deudor. Implica una renuncia al beneficio de excusión y división, y, por consiguiente, cada uno de ellos puede verse obligado al pago íntegro de la deuda cuando el deudor incumpla su obligación. *c)* Si bien se establece el principio de gratuidad de la fianza mercantil, puede convenirse que sea objeto de retribución mediante «pacto en contrario» (art. 441); y *d)* En el supuesto de que se hubiese pactado retribución, la fianza que

(16) GARRIGUES. *Contratos Bancarios*, Aguirre, Madrid, 1958, pág. 305

garantice un contrato por tiempo indefinido subsistirá por todo el tiempo que dure el contrato principal, a no ser que por pacto expreso se hubiere fijado plazo a la fianza.

Las características que hemos expuesto brevemente de la fianza mercantil hacen que las dificultades que señalamos al tratar de la civil se incrementen. No sólo como consecuencia de la cualidad concurrente en la entidad concedente, sino a las prácticas bancarias que se retraen cuando de un crédito a largo plazo se trata, al poder obtener rendimientos más útiles, en inversiones realizadas en otros sectores de la producción, e incluso servicios y en plazos más breves.

La reacción de la Banca privada se producirá cuando haya constatado la rentabilidad de la agricultura. Cuando ésta haya adquirido el impulso suficiente para entrar en la vida económica en plano de casi total equiparación a otros sectores. Su cooperación en estas circunstancias será necesaria, pero no imprescindible. Ello nos obliga a insistir en la precisión de que el crédito agrario, en su doble modalidad de garantía personal y real, sea organizado profesionalmente, bajo régimen de control y ayuda estatal.

La mutabilidad de las necesidades sentidas por el hombre es extraordinaria; cambia con los avances derivados de la técnica. La de alimentarse es la misma en todos los tiempos. Esta necesidad se satisface sobre la base de los productos procedentes del campo. Pero el campo no sólo contribuye a la satisfacción de las necesidades primarias del hombre, sino que proporciona elementos de la más variada índole que constituyen materia fundamental para la industria. La posibilidad de que no se interrumpa la cadena que permite satisfacerlas es mediante la aportación de los elementos coadyuvantes de la producción, capital y técnica.

WALDEMAR ARECHA (17) expresa esta idea de coordinación al decir: «... El capital productivo está aliado al trabajo; es el propio trabajo el que lo detenta. Posteriormente, y cuanto más se acentúa una distribución, menos impersonal y más personal de la riqueza, distribución que se hace dispar respecto de unos y otros, la riqueza constituida en capital productivo llega a exceder las posibilidades del trabajo propio del productor, organizado hasta entonces como verdadero productor dentro de las posibilidades que le brinda su propio esfuerzo y el concurso de los suyos; y entonces ese exceso de riqueza se convierte en capital lucrativo, es decir, un capital que puede ir, mediante un provecho que recibirá su titular, en auxilio del trabajo—autofinanciación—o del aprovechamiento de otro o por otro—posibilidades de amortización—.» Para con-

(17) Autor citado, *La empresa comercial*, cit., pág. 41.

cluir que «en uno de los primeros lugares debe figurar la tierra como *capital lucrativo*» (18).

II) TÍTULOS DE CRÉDITO (19)

1. *Características*

Las notas que hemos señalado como típicas del Derecho Mercantil —rapidez y seguridad—no podrían haber tenido realidad sin la existencia de documentos que, materializando un contenido obligacional, facilitaran la circulación de los bienes. La plasmación de esta obligación es susceptible en razón a su contenido patrimonial. VICENTE Y GELLA (20) expresa con toda claridad este pensamiento al decir: «En el título de crédito se concreta una obligación. Obligación exigible coactivamente; obligación jurídica. Por cuanto esta obligación comprende una prestación, y porque la prestación misma plasma en último término en la transmisión de deudor a acreedor de un valor económico, podemos dejar sentado que el título de crédito representa o sirve de fundamento a una obligación de carácter patrimonial.»

Esta materialización del contenido económico de una obligación se logra mediante su incorporación a un documento. Documento que se peculiariza por su carácter formal. Se consigue con ello la fácil transmisibilidad de ese valor económico que al título se incorpora (21), ga-

(18) Vid. LORENZO MOSSA, *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1940, en el prefacio, pág. XI, habla del clamor prepotente de la economía y de la política que vibra en el Derecho Comercial.

(19) Vid. VICENTE Y GELLA, *Los títulos de crédito...*, cit.; mismo autor, *Curso de Derecho Mercantil comparado*, 4.^a edición, 1960; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, cit.; CASALS COLLDECARRERAS, *Estudios de oposición cambiaria*, 2.^a edición, Barcelona, 1963; COSAK, *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. A. POLO, Madrid, 1935; FERRARA, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Firenze, 1939; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit.; HUGUET y CAMPAÑA, *La letra de cambio*, 3.^a edición, Madrid, 1953; JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *El aval en documento separado en el Código de Comercio español, según la Sentencia de 9 de junio de 1958*, en "Rev. de Derecho Mercantil", núm. 71, enero-marzo 1959, págs. 209 a 224, sección Comentarios; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, Barcelona, 1954; RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958; JOSÉ MARÍA OMAR GELPI, *La letra de cambio. El aval en documento separado*, en "Rev. Derecho Privado", XXXVIII, abril 1954; ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*, París, 1952; etc.

(20) Autor citado, *Los títulos de crédito...*, cit., pág. 13.

(21) VICENTE Y GELLA, *Los títulos...*, cit., pág. 24, dice: "Si queremos, pues, expresar en pocas palabras el *sustratum* aprovechable de cuanto venimos desarrollando, diremos que el Título de Crédito representa un valor patrimonial y hay que presumir, en principio, la indiferencia del derecho con respecto a la persona del acreedor; por eso el documento aludido, como todo otro de tipo

rantizado por su contenido formal y por la buena fe que se presume, no sólo dimanante del acto mismo de su creación, sino de las personas que en él intervienen. La concepción objetiva de la buena fe (22) fortalece y favorece la «seguridad del tráfico de los títulos de crédito», al no permitir que se desvirtúe el alcance de su contenido en perjuicio de su ejecutividad.

La concepción obligacional, como relación *intuitu personae*, se relega a segundo término o rango por la prestación patrimonializada que se incorpora. Por esta razón el título de crédito entra en la categoría de los documentos dispositivos, es decir, atribuye facultad legitimadora, para hacer efectivo el derecho incorporado al título por aquel que lo ostenta, como tenedor legitimado; pero, además, le inviste de facultades translativas, para transferir el título a otro u otras personas.

Para comprender la importancia y valor del título de crédito basta analizar el artículo 1.527 del Código civil y los correspondientes del Código de Comercio (arts. 444, 456, 461 y siguientes, 480, 516, 521...). En la cesión de créditos la realidad juega un papel fundamental. Si el crédito no existe o pertenece al cedente, el cesionario nada adquiere respecto de dicho crédito (art. 1.529 del C. c.). La razón radica en la aplicación al Derecho de Obligaciones del principio *nemo dat quo non habet*. Frente al Derecho de Cosas, que admite adquisiciones a *non domino* basadas en la buena fe (arts. 464 del C. c. y 34 de la L. H., etc.). Así, sin entrar en el estudio de este problema, destacaremos, como cuestión trascendente, que la buena fe en el Derecho de Cosas opera *ab initio* y en el Derecho de Obligaciones *a posteriori*, es decir, en el momento de la ejecución. Hasta ese momento—vencimiento de la obligación—no se sabe cómo actuará el obligado, y, por tanto, la garantía que representa la buena fe no puede irradiar su potencialidad.

En los títulos de crédito, respecto de terceros, la buena fe actúa, pues, con un efecto ambivalente: opera en la ejecución y cumplimiento para su exigibilidad (art. 57 del C. de C.) y en la adquisición. Es decir: participa de los principios que inspiran el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas. Ello se debe a la patrimonialización de la obligación incorporada al título en atención a los principios de literalidad, autonomía e incorporación (23).

económico, puede devenir objeto de cualesquiera relaciones jurídicas y hay que suponerle, salvo precepto legal en contra o disposición taxativa de las partes—hecha constar en este caso sobre el documento mismo como transmisible por naturaleza—. Los documentos en cuestión son portadores de valor—papeles-valores, *westpapiere*—, y en esto precisamente estriba su excepcional importancia y el gran número de aplicaciones de que la institución es objeto.”

(22) Vid. GARRIGUES, *Tratado* .. cit., pág. 85.

(23) Vid. VICENTE Y GELLA, *Titulos de crédito*..., cit., pág. 75.

Si hemos destacado estas notas respecto de los títulos de crédito es por la importancia de los mismos en cuanto que han contribuido poderosamente al desenvolvimiento y creación de riqueza. Como *instrumento* para la movilización de capital, pues, como indica acertadamente CHARLES GIDE (24), «ni el crédito crea capitales, ni el cambio crea mercancías». El crédito no es más que una ampliación del cambio.

La incorporación de una obligación a un título de crédito, en virtud del principio de literalidad, materializa el derecho incorporado. La actuación del principio de buena fe, típico del derecho de obligaciones y del derecho de cosas, se fusiona como derivación de que posesión y titularidad se identifican» (25). La *ex uberrima fides* que impregna el Derecho Mercantil se manifiesta, a nuestro juicio, con mayor intensidad tratándose de títulos de crédito.

Así, literalidad e incorporación del derecho atribuido prestan eficacia al título. VICENTE Y GELLA expresa que «el sentido en que para nosotros es admisible la expresión *derecho literal* alcanza tan sólo a los siguientes extremos: 1.º Que el derecho consignado en un título de crédito se presume que existe, que es válido, y que su eficacia o exigibilidad es del tenor y se ajusta a los términos con que aparece expresado en el documento. La *letra* del escrito—literalidad—no tiene más eficacia jurídica que la de una presunción. 2.º Que, como tal presunción, cualquier interesado puede impugnarla, ofrecer prueba en contrario, demostrar su inexactitud y restablecer como *verdad legal*, contra la ficción del documento, la realidad de la relación jurídica que haya en efecto tenido lugar entre las partes. 3.º Que *en determinadas ocasiones la ley rechaza* toda prueba contra el tenor del documento, y eleva el contenido de éste a la categoría de presunción *iuris et de iure*, y sólo en este sentido y con el expresado alcance podemos aceptar por nuestra parte que el derecho consignado en un título de crédito tiene condición de literal.» Pensamiento que confirma cuanto hemos expuesto.

El juego, el pleno efecto (27), se da cuando existen terceros poseedores. El tenedor puede exigir el cumplimiento de la prestación en los términos que prevén los artículos 516 y siguientes del Código de Comercio, ya que éste adquiere el título con independencia de las relaciones jurídicas que pudieran mediar entre deudor y los anteriores tenedores (autonomía).

(24) Autor citado, *Curso de Economía Política*, París, 1919, pág. 442.

(25) MANUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Bocetos Jurídicos*, "Anales de la Academia Matritense del Notariado", cit., pág. 340.

(26) Autor citado, *Los títulos de crédito*, cit., pág. 33.

(27) Decimos en un trabajo nuestro publicado en la "Rev. General de Derecho", núm. 259 y 260, correspondiente a los meses de abril y mayo de 1966, bajo el título de *Vencimiento: día fijo o determinado*.

Para la ejercitabilidad del derecho incorporado al título, el legítimo tenedor ha de actualizar ese derecho en la forma en que el mismo título conste—literalidad—(28). En consecuencia, ha de observar escrupulosamente los presupuestos que en él se reflejan, o que de él dimanen, y pretender su exigibilidad en el término fijado.

La actualización del derecho incorporado al título ha de ejercitarse conforme el mismo título proclame. Es decir, el tenedor legitimado de un título en virtud de los principios de literalidad, autonomía e incorporación, se ve investido de un efecto análogo al que se produce en el Derecho de Cosas. Como titular de un derecho *propter rem*, «es el caso de los derechos subjetivamente reales, a cuyo género pertenecen los derechos representados por los títulos-valores» (29).

La incorporación de la obligación patrimonializada al título atribuye a su poseedor facultad para el ejercicio del derecho y para su transmisión. Es decir, éste se encuentra «legitimado» para actuar el contenido de ese derecho. Con todas estas características, VICENTE Y GELLA (30) define el título de crédito diciendo que «es un documento que presume la existencia de una obligación de carácter patrimonial, literal y autónoma, y el cual es necesario para que pueda exigirse por el acreedor o efectuarse válidamente por el deudor el pago de la prestación en que consiste aquélla».

Examinados los rasgos fundamentales de los títulos de crédito, hemos de analizar la letra de cambio y el cheque como instrumentos que puedan servir a los fines de facilitar y proporcionar crédito agrario y para la agricultura.

2. La letra de cambio en conexión con el crédito agrario

1) Presupuestos:

a) Concepción.

En la Exposición de Motivos del vigente Código de Comercio se asigna a la letra de cambio, como innovación frente al Código de 1829, la doble función de instrumento de cambio y crédito. Así: «Hoy la letra de cambio, sin perder su antiguo y fundamental carácter, ha tomado uno nuevo, por los fines a que se destina, pues viene a desempeñar funciones

(28) No se debe confundir literalidad y abstracción de la causa.

(29) Vid. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, cit., pág. 11: véase nota 13 en dicha página y págs. 63 y ss.

(30) Autor citado, *Los títulos* ..., cit., pág. 131.

análogas a los demás instrumentos de crédito y en algún caso se confunde con la moneda fiduciaria... En su virtud, el Proyecto considera a la letra como instrumento de cambio y *crédito* a la vez.»

Esta doble función de la letra de cambio está acorde con la actividad mercantil, como medio de facilitar la realización de operaciones mercantiles en ciclo de movilización.

Así, la letra de cambio es título genuino para el cambio y el crédito a la vez, basado en la necesidad de dar estabilidad a las relaciones dimanantes de la misma, se inviste de un formalismo encaminado a la protección del tráfico. Lo que se pretende es resolver el conflicto de intereses entre el suscriptor de la letra y el adquirente de buena fe. Quien emite una letra crea una apariencia jurídica que protege al tercero. Se da prevalencia a la situación creada con el giro de una letra frente a la realidad. Su justificación se basa en los principios que la informan, expuestos anteriormente. La ley da estabilidad a estas relaciones, y operan en beneficio del tercero y sucesivos adquirentes, frente al creador del título. Pero al último tenedor le asiste el derecho incorporado al título, no sólo contra quien originariamente lo creó, sino contra su transmitente y aquel o aquellos de quienes éste y los anteriores tenedores, a su vez, traen causa. La relación de tracto se mantiene, y la exigibilidad de la obligación patrimonializada puede dirigirse contra cualquiera de los vinculados en la relación cambiaria. Las relaciones cambiarias se caracterizan por la solidaridad.

GARRIGUES (31) define la letra de cambio destacando su carácter de promesa de pago y la solidaridad de los firmantes; así dice que es «como una promesa de pago sin contraprestación ni condiciones, garantizada solidariamente por todas las personas que, a más del librador y el aceptante, pongan su firma en el documento».

b) Función económica.

De lo expuesto claramente se intuye que la letra de cambio cumple la doble función de ser medio de sustitución de pago en dinero y forma para la obtención de crédito. La posibilidad de esta doble función se logra por la negociabilidad de la letra, por su transmisibilidad, basada en la incorporación de una obligación patrimonializada y por la posibilidad de su pago a término.

La facultad de repetir el endoso—forma de transmisión de la letra—en un mismo título, permite realizar múltiples mandatos de pago que evitarán otros tantos pagos en dinero si los sucesivos adquirentes de la letra confían en que será pagada a su vencimiento. Con lo cual sustituye

(31) Autor citado, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., tomo II, pág. 187.

al dinero efectivo; por esto se ha llamado el «papel moneda de los comerciantes».

Pero si importante es esta función de la letra, como medio de concesión de crédito, con garantía, ha alcanzado una gran difusión. En realidad, quien emite una letra en sustitución del pago en dinero concede crédito a su transmitente, basado en la confianza de que la obligación incorporada al título será pagada. El crédito que una persona necesita lo puede obtener firmando una letra, que representa el importe de la deuda derivada de otro contrato. En este supuesto la letra cumple un fin de aplazamiento de pago.

La persona que concedió ese aplazamiento en el pago puede, a su vez, de otra—generalmente un banco—obtener el anticipo del valor económico incorporado a la letra. Es el descuento de una «letra comercial». Puede darse la circunstancia de que con el giro de una letra se pretenda proporcionar dinero a otra persona que lo recibe con la garantía de reintegro que representa la letra.

Notas:

La garantía de reintegro derivada de la letra se deriva de las siguientes notas: 1.^a) Es un título formal, es decir, está provisto por la ley de una forma escrita determinada cuya observancia es condición indispensable para su existencia legal. La falta de alguno de los requisitos establecidos (art. 444) le hace perder su cualidad (art. 450-2.^o). En razón a ese contenido determinado, la letra es un documento completo y sustantivo. No precisa de ningún otro complementario. Creado tiene vida propia. 3.^a) De aquí se deduce que en las relaciones derivadas entre suscriptor y tercer poseedor de la letra, que no fue parte en el contrato antecedente, el derecho de crédito que la letra atribuye sea un derecho abstracto (32). Quien gira una letra crea una apariencia jurídica, una promesa de pago, por sí o por otro—mandato de pago—, que debe cumplir, pues en caso contrario, en virtud de la fuerza ejecutiva atribuida a la letra, se verá compelido a ello. 4.^a) La letra de cambio es un documento receptor, apto para recibir e incorporar una pluralidad de obligaciones. Toda persona que pone su firma en la letra sea como librador, aceptante o endosante, queda obligado cambiariamente, es decir, con carácter solidario (art. 516 del C. de C.). Tiene vis atractiva, salvo que se haga declaración expresa que le excluya de responsabilidad (33). Este principio actúa aunque la firma no venga precedida de una declaración de deuda—caso de aceptación—. 5.^a) La letra de cambio se caracteriza

(32) No entramos en el análisis de las diversas teorías formuladas sobre la fundamentación de las obligaciones cambiarias.

(33) Artículo 467, párrafo 2.^o, del Código de Comercio.

por el rigor que exige en el cumplimiento de pago, no sólo en orden a la exclusión de las excepciones oponibles, sino a la naturaleza del procedimiento (arts. 1.429-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los 1.464 y 1.465 y 523, este último del Código de Comercio). 6.ª) El rigor cambiario no sólo se impone al obligado en orden a la realización del contenido patrimonializado de la obligación, sino que se exige al tenedor, para la conservación de su derecho, una diligente actividad: presentación, protesto y notificación, cuya omisión implica la pérdida de la acción cambiaria y ejecutiva (art. 469 del C. de C.); y 7.ª) Como nota que nos interesa destacar, la letra de cambio es un título eminentemente mercantil. Esta cualidad no la pierde ni aun en el supuesto de que sea utilizada y figuren como obligados cambiarios personas que no tengan la condición de comerciantes, en relaciones extramercantiles. Es la consecuencia derivada del artículo 2.º del Código de Comercio, y concretamente del 443, que establece: «La letra de cambio se reputará acto mercantil y todos los derechos y acciones que de ella se originen, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones de este Código.»

c) Causa de las obligaciones cambiarias.

La concesión de crédito que representa la letra de cambio arranca no del hecho de creación de la misma letra, sino de otro contrato anterior que ha sido motivo o presupuesto para el giro de la letra. Así, tanto el hecho de su emisión como su endoso o aceptación tienen su razón de ser en alguna causa, ya que la obligación cambiaria, su patrimonialización y plasmación en el título no puede tener una fundamentación estrictamente cambiaria. Que puede prescindirse de reflejar las motivaciones humanas, es cuestión distinta. Incluso el mismo hecho de creación de las llamadas letras a favor o complacencia (34) exige el acuerdo previo de su creación.

Por ello, en toda letra de cambio existe un contrato subyacente o por debajo de la misma que puede ser de la más variada naturaleza (compraventa, préstamo, depósito, etc.). A estos contratos se les conceptúa como la «causa» de creación del título cambiario, y en las relaciones de los sucesivos tenedores existirán otros contratos que motivarán el acto de transmisión. La «causa» es el presupuesto jurídico-económico de la creación y entrega de la letra. Pero si la creación o transmisión de la letra responde a esos contratos, el nacimiento y cesión responden al *pactum*

(34) En las letras de favor o complacencia existe el acuerdo de los interesados para crear la letra: obtener numerario una persona determinada: librador, aceptando la cambial creada otro, sin que el mismo tenga la cualidad de deudor de aquél.

de cambiando. La doctrina (35) distingue por ello entre causa de la letra y causa de las obligaciones cambiarias como conceptos distintos, aunque en definitiva pueden llegar a identificarse. Causa de la letra para el librador y para el endosante será la prestación del valor de la letra, sea por haber recibido su importe, sea por habérselo abonado en cuenta, y causa para el aceptante será el hecho de haber recibido provisión de fondos del librador, bien porque el librador remitió realmente fondos al aceptante para atender el pago de la letra a su vencimiento, bien porque el aceptante resulte ser deudor por una cantidad igual o mayor de la girada al librador. En suma, se identifica con la causa del contrato subyacente. La cláusula valor que se exige por el número 5.º del artículo 444 del Código de Comercio implica la presunción de que la letra se ha emitido teniendo en cuenta un contrato anterior. Así ocurre respecto de los endosos—núm. 2.º del art. 462—, ya que éste equivale a una nueva emisión de la letra, pues las posiciones respectivas de endosante y endosatario se corresponden a las de librador y tomador.

d) Carácter de sus normas.

La importancia de esta cuestión es esencial si falta la causa en la letra, sea porque falte la provisión de fondos, sea porque falte la transmisión del valor, el negocio jurídico cambiario carece de valor.

La falta de provisión de fondos en el aceptante no le exime de la obligación de pago (36). Es una consecuencia que constituye un aspecto esencial en el valor de la letra de cambio como medio de conceder un crédito con garantía. Pensemos en la letra de favor: el librador necesita numerario, otra persona, librado, de acuerdo con aquél, convienen en girar una letra para que, previa su aceptación, sea descontada por un tercero, anticipándole los fondos precisos. La aceptación inviste de mayor garantía a la persona que anticipó el capital, ya que el reembolso está garantizado por la accionabilidad sobre ambos, o, mejor dicho, sobre todos los obligados en vía regresiva: solidaridad. El efecto que produce la letra de cambio es que todas las personas que la suscriben, en sus diferentes conceptos asumen una responsabilidad, y, por consiguiente, de su pago responden el aceptante, en primer lugar, para lo cual deberá ser requerido en forma: presentación de la letra, sino todas las demás personas que figuran en la letra: librador, endosantes, avalistas, indicatarios que aceptaron, etc. En consecuencia, por el hecho de firmar el título se deviene en deudor cambiario.

La letra de cambio, como título de crédito por excelencia, es un medio

(35) GARRIGUES, *Tratado* ., cit., tomo II, pág. 195.

(36) Artículo 480 del Código de Comercio.

de circulación, de transmisión de valores, rápido, eficaz y seguro, pero esa eficacia y seguridad sería irreal, utópica, si al ser objeto de regulación, por la ley se hubiera admitido que el obligado en dicho documento pudiera oponer al tercer poseedor no sólo las excepciones derivadas del mismo título, sino todas aquellas que pudieran afectar a la relación causal subyacente. Carecería de contenido económico como medio de agilización de bienes; por ello, en beneficio de la seguridad del tráfico el legislador pronuncia la obligación del suscriptor de un título de crédito y convierte en real una deuda que puede ser sólo aparente.

La apariencia de realidad creada con la emisión de la letra produce sus efectos y consecuencias en el orden cambiario: es consecuencia del carácter imperativo de sus normas y del formalismo del documento. Las partes no pueden alterarlas convencionalmente, porque han sido dictados no como interpretativos o supletorios de la voluntad, sino como disposiciones a las que necesariamente se han de someter. Tanto los requisitos exigidos para la creación de la letra como para su transmisión—endoso—, como los plazos de vencimiento, presentación, protesto, etc., están establecidos de modo expreso y categórico. La omisión o alteración de los mismos repercute en la validez de la letra de cambio. «Si la letra de cambio—dice el art. 450 del C. de C.—adoleciera de algún defecto o falta de formalidad legal, se reputará pagará a favor del tomador y a cargo del librador.» El artículo 463 establece a su vez: «Si se omitiere la expresión de la fecha en el endoso, no se transferirá la propiedad de la letra, y se entenderá como simple comisión de cobranza.»

e) Letra en blanco.

La doctrina admite y la jurisprudencia ha consagrado «la letra en blanco», es decir, aquella cambial que al tiempo de su emisión no contiene todos los requisitos exigidos por el Código siempre que al tiempo de su presentación esté completa. Ya hemos visto las consecuencias de la omisión de alguna formalidad.

La práctica mercantil se sirve de la letra en blanco bien cuando se ignora el tomador—banquero—que descuenta la letra y no se considere oportuno girarla a la propia orden, bien en las letras a término muy remoto, en las que se deja en blanco la fecha de emisión, al objeto de consignar más tarde otra posterior, obteniéndose el doble resultado de prolongar el aplazamiento de pago y evitar el impuesto del timbre.

Es evidente que una letra en tales condiciones carece de efecto, pero, como quiera que su tenedor puede completarla, ésta adquiere plena virtualidad. La aceptación, ya plasmada en la letra, constituye garantía para el reintegro del capital anticipado. En la letra puede darse una doble

posibilidad en relación con el crédito personal agrario según que se deje en blanco la fecha de creación de la letra y la del vencimiento o solamente la primera.

En el primer caso, si se deja en blanco la fecha de emisión de la letra y la de su vencimiento, puede obtener el cultivador un crédito cuyo reembolso podría ser diferido por largo tiempo. Esta situación se mantendrá en tanto en cuanto la letra permaneciera en poder del librador que hubiese girado la letra a la propia orden, que es con quien estipuló su giro sin la expresión de vencimiento y emisión. Si en la relación cambiaria entra un tercero, sería tenedor de una letra en blanco, y, como poseedor de buena fe, en cualquier momento podría llenar los huecos, porque este derecho a completar la letra de cambio se lo atribuye la misma ley, salvo que expresamente se el hubiese advertido de la forma y modo en que debía llenarlos. Si los llena contraviniendo las instrucciones de su cedente, actuaría de mala fe, dando lugar a las repercusiones indemnizatorias correspondientes por los daños y perjuicios ocasionados, ya que no podemos olvidar las consecuencias previstas en el Código de Comercio (art. 480) respecto del aceptante. Por consiguiente, el librado—aceptante—, beneficiario del crédito, se vería compelido al pago del crédito antes de la fecha que convino con el librador, con todas las consecuencias que su pago extemporáneo puede provocar en su organización económica. La posibilidad de resarcimiento, ante el incumplimiento de las instrucciones recibidas, no le eximiría del pago de la letra, dado los límites de las excepciones admisibles en el orden procesal (artículo 523 del C. de C. en relación con el 1.464 y el 1.465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el segundo supuesto, es decir, si sólo se obligó a dejar la letra en blanco respecto de la fecha de emisión y se estableció la del vencimiento, el tercero entrará en la relación cambiaria, conociendo y sabiendo las posibilidades que de la letra se derivan en función del tiempo establecido, y, por consiguiente, de la clase de crédito—corto, medio o largo plazo—que la letra cubre con la garantía de su futura ejecutividad.

f) Vencimiento.

En la letra tiene que figurar «la época en que deberá ser pagada» (artículo 444-2.º del C. de C.), y según el 451: «Las letras de cambio podrán girarse al contado o a plazos por uno de estos términos: ... 5.º) A día fijo o determinado» (37).

(37) Si examinamos este único supuesto es porque estimamos que es el que se adapta al crédito personal agrario.

La prestación patrimonializada contenida en la letra de cambio sería exigible por el tenedor en el día en que se haya señalado. Ahora bien: el vencimiento fijado en la letra no puede ser valorado con independencia de los demás presupuestos o requisitos de la letra—*essentialia negotii*— (artículo 444 del C. de C.), pero menos aún de la fecha o data, vinculará al tenedor de la letra a coordinar la fecha de emisión con la del vencimiento. La razón justificativa de esa conexión estriba en la consecuencia valorativa atribuida al término, cuya virtud estriba en prefijar la duración de sus efectos haciéndolos comenzar desde un día o durar hasta un cierto día. De esta idea se deduce la existencia de dos especies: término inicial—*dies a quo*—, que señala la iniciación de los efectos del negocio, y término final—*dies ad quem*—, que señala su cesación (38).

Cuando no existe esa coordinación, por ejemplo, fecha de emisión posterior a la del vencimiento, la letra es nula. Las características del plazo establecido por el número 5.º del artículo 451, sintetizadas, son: ser determinado, expreso, ordinario e inicial.

Expuesto lo anterior, ha de tenerse en cuenta que la fecha de pago está en función de la fecha o data, pues no sólo marca el momento de nacimiento de la relación cambiaria, sino que se le atribuye eficaz efecto no sólo para determinar el vencimiento de la letra, en otros supuestos previstos por la ley, sino otras consecuencias: determinación de la capacidad del librador, del aceptante, para la quiebra, etc.

Hay que hacer constar, en relación con el crédito personal agrario, que como requisitos del vencimiento de las letras se señalan: posibilidad, certeza y unicidad.

La unicidad, como requisito del vencimiento, elimina la posibilidad de letras *con vencimientos a plazo*. Elude el pago de amortizaciones: «El portador de una letra—art. 493 del C. de C.—no estará obligado a percibir su importe antes del vencimiento, pero si la aceptare será válido el pago, a no ser en caso de quiebra del pagador en los quince días siguientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 879» y «tampoco podrá obligarse al portador—art. 494—, aun después del vencimiento, a reci-

(38) Véase sobre esta materia: CASTÁN, *Derecho Civil, Común y Foral*, 6.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1943, tomo II, págs. 510 y ss.; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho...*, cit., tomo IV, vol. I; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., tomo I, págs. 299 y ss.; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazione*, Milán, 1948, 3 vols.; FERNÁNDEZ NOVOA, *Término esencial*, "Anuario de Derecho Civil", 1954; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 17 y ss.; LORENZ, *Derecho de Obligaciones*, trad. SANTOS BRIZ, Madrid, 1953; VICENTE Y GELLA, *El término esencial*, "Rev. de Derecho Mercantil", vol. VIII, 1949, págs. 7 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, cit., tomo I, volumen II, págs. 141 y ss.; ENNECCERUS y LEHMANN, anotado por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, págs. 128 y ss., y vol. II, páginas 553 y ss.: etc.

bir una parte y *no el todo* de la letra, y sólo conviniendo en ello podrá pagarse parte de su valor y dejar la otra en descubierto. En este caso se podrá protestar la letra por la cantidad que hubiese dejado de pagarse, y el portador la retendrá en su poder, anotando en ella la cantidad cobrada y dando recibo separado de lo percibido.»

Así, hay que soslayar las dificultades derivadas de que la totalidad del crédito personal agrario figure como principal de una letra en blanco si se convino amortizaciones periódicas. Hoy día, en la práctica mercantil, es frecuente el fraccionamiento del importe total de un crédito y su pago en amortizaciones periódicas, con inclusión de los gastos e intereses, representado por diversas letras escalonadas. Otro medio frecuentemente utilizado es la renovación de las cambiales. Se acuerda el pago de cantidades parciales al vencimiento de la letra, girándose una nueva letra por el importe del principal deducida la amortización, y así sucesivamente hasta la liquidación del crédito concedido.

Este último sistema representa una fuerte garantía para el tenedor de la letra, ya que podrá negar su continua renovación y exigir el importe íntegro de la cantidad adeudada, ya que tal facultad suele ser reservada a su favor. Por otro lado, no elimina la posibilidad de un tercero, tenedor de la letra—endoso—, ajeno al pacto de periódica renovación, para exigir su importe íntegro. Por ello, como medio más adecuado para la efectividad del crédito personal agrario, el sistema de letras escalonadas, en sucesivos vencimientos, coordinados tanto en su época o fecha de vencimiento y cantidad, en relación con la modalidad crediticia es el que estimamos más alto.

De ello se deduce la aptitud de la letra como cobertura del crédito personal.

III.—FUENTES LEGALES REGULADORAS DE LA CAMBIAL AGRARIA

Dentro de nuestro ordenamiento positivo no existe la cambial agraria. Su posible regulación futura, a nuestro juicio, habría de estar condicionada a su calificación como subespecie de la cambial ordinaria, con objeto de gozar de los efectos típicos asignados a la misma, sin olvidar la función esencial que tiende a cubrir el crédito personal agrario.

El problema fundamental a resolver radica en la naturaleza de los privilegios que habría de asignar a la cambial agraria cuando se traten de créditos destinados a la renovación y mejoramiento, en razón al juego

asignado a los derechos reales de garantía (39). Porque estimamos que la razón de existencia de la cambial agraria es la de facilitar capitales destinados a la producción agraria. Crédito dinámico, caracterizado por su destino, que, en definitiva, asignan un plus valor a la explotación agraria, no sólo como resultado de una adición de bienes, sino como medio de elevar su normal rentabilidad, por consiguiente, con una proyección futura.

Como dice ZAPPULLI (40), el crédito agrario es el instituto destinado a favorecer la agricultura.

A) CAMBIAL AGRARIA ITALIANA

Como pauta de orientación expondremos las características más destacadas de la cambial agraria italiana (41), creada por Real Decreto-Ley de 29 de junio de 1927, número 1055, sobre ordenamiento del crédito agrario, que fue modificado y convertido en Ley de 5 de julio de 1928, número 1170, y cuyo Reglamento continúa siendo el precedente de 23 de enero de ese mismo año.

Dicha Ley distingue a los efectos de la cambial agraria (42): a) Créditos agrarios de ejercicio, cuya concesión deberá hacerse mediante descuento de cambial agraria. Se considera como crédito de ejercicio, según el artículo 2.º de la Ley de 5 de julio de 1928, el préstamo para el arriendo de la finca o para la utilización, manipulación y transformación de los productos; para la compra de animales, máquinas y aguas; el anticipo sobre prenda de productos agrícolas depositada en un establecimiento público o privado; el préstamo en favor de asociaciones agrarias, para la compra de cosas útiles a la gestión de la hacienda agraria a los asociados; por anticipos a los socios en casos de utilización, transformación y venta colectiva de sus productos. b) Crédito para operaciones de mejoramiento, que podrán ser cubiertos con la garantía que representa la cambial agraria en determinadas condiciones. Como crédito de mejoramiento, según el artículo 3.º de la referida Ley, se consideran:

(39) Ya hemos visto cómo el crédito de ejercicio o de explotación está suficientemente protegido o garantizado en virtud de lo establecido en el artículo 1.922, núm. 6, del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los 66 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, y artículo 111, núm. 2.º, de la Ley Hipotecaria

(40) Autor citado, *Crédito agrario*, en *Nuovo Digesto Italiano*, IV, pág. 400.

(41) Vid. ADRIANO FIORENTINO, *Le operazioni bancarie. Contratti bancarie. Credito Fondiario e agraria. Pagamento e riscossioni bancari*, 2.ª edizione, Napoli, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952. Parte seconda. cap. I, *Il credito fondiario*, págs. 142 a 153; cap. II, *Il credito agrario*, págs. 154 a 168

(42) Artículo 6.º

Ejecución de plantaciones y transformación de cultivos; construcción de carreteras o caminos rurales; regulación de terrenos; construcción de pozos y abrevaderos, muros de contención; construcción y establecimiento de industrias agrícolas; etc...

FLUVIO MAROI (43) dice que unos y otros créditos se distinguen por razón de su función y ejercicio. Así, «el crédito agrario de ejercicio es un crédito de *dotación* y *gestión* destinado a proveer a la agricultura del capital necesario para el normal cultivo y sirve, por lo regular, para un solo ciclo agrícola; mientras que el crédito agrícola de mejoramiento provee a la hacienda del capital necesario para el perfeccionamiento del cultivo y para una más profunda transformación del fundo, pero no debe atenderse a tal criterio como a una rígida distinción—continúa MAROI—, porque puede tener otro fin inmediato que constituya excepción a lo expuesto».

En el Derecho italiano, la necesidad de identificación e individualización del fundo debe actuar en beneficio del acreedor, atribuyéndole ciertas preferencias frente a otros acreedores. Así, la Ley italiana exige una serie de presupuestos que complican grandemente el estudio de la cambial agraria como letra de cambio. Se establece: la necesidad de exponer la causa del crédito y la finca para la cual se concede; el lugar en que se encuentran los productos a transformar o conservar, o en que se encuentren los animales, máquinas y aperos cuando éstos sean objeto de inversión; la garantía convenida—avales, etc.—, con indicación de los actos de constitución de privilegios convencionales o prenda, al objeto de conocer la especie y cantidad de los productos pignorados (44).

La especificación de todos estos requisitos hacen de la cambial agraria un documento extraordinariamente complejo. Complejidad que se intensifica como consecuencia del régimen de regulación y disponibilidad de fondos obtenidos en una cuenta corriente, en cumplimiento de los planes técnicos y financieros en base de los cuales se concedió el crédito.

Todo ello ha contribuido a que la letra de cambio agraria haya perdido su fisonomía, por las dificultades que ofrece su calificación como «negocio abstracto» desvinculado de la relación causalista, para lo cual precisó del reconocimiento indubitado de este carácter por la misma Ley (45). Prueba de lo que afirmamos es que incluso los Tribunales italianos se han pronunciado en el sentido de declarar que la

(43) Autor citado, *Lezioni di Diritto...*, cit., pág. 106.

(44) Vid. FLUVIO MAROI, *Lezioni...*, cit., págs. 115 y 116.

(45) La Ley de 28 de julio de 1928 la equiparó a todos los efectos a la cambial ordinaria. Vid. GIORGIO DE SEMO, *Sui lineamenti della cambiale agraria*, en "Banca, Borsa e Titoli di Credito, Rivista di dottrina e giurisprudenza", anno XVII, 1954, Parte Prima, págs. 28 a 49.

«abstracción» no se puede producir frente a una expresión de la causa. MAROI, al examinar las diferencias entre la letra ordinaria y la cambial agraria, reconoce que la primera es un documento mercantil, y la segunda, con un marcado carácter social, tiende al desarrollo concreto de la agricultura.

Pero las dificultades generadas por la letra cambiaria italiana no se limitan a lo expuesto. Estas surgen: *a)* En cuanto a la renovación de la letra, pues se plantean dudas si la nueva cambial ocupa el lugar de la antigua, con sus privilegios y garantías, o, por el contrario, es una letra nueva que no goza de los privilegios de aquélla; y *b)* En orden a su transmisibilidad por endoso. Si la letra se conceptúa como título abstracto, el nuevo poseedor adquiere todas las ventajas inherentes y derivadas de la misma letra; si, por el contrario, se estima como causal, como los privilegios derivan del negocio fundamental, no se transmiten con la cesión por endoso.

Comoquiera que la cambial agraria se concibe como instrumento de garantía a favor del Instituto de crédito, en sus relaciones con el beneficiario, en realidad no constituye un subtipo de la cambial ordinaria, con desenvolvimiento en el ámbito mercantil. Por otro lado, por su nacimiento, la forma que adopta la cambial agraria italiana no es la propia de una letra de cambio, sino la de un vale o pagaré cambiario.

BRUNO ROSSI (46) destaca que al dispensar la Ley italiana de la firma al deudor analfabeto—poniendo una cruz cuando el crédito no exceda de las 100.000 liras, y con intervención de dos testigos y autenticación pública de la firma de éstos cuando exceda—supone una marcada diferencia con la cambial ordinaria. Así se llega a decir que «la cambial agraria es un *documento* que hace prueba de la obligación asumida por el empresario agrícola seguido del préstamo o del anticipo acordado a su favor, ofreciendo al Instituto prestamista el instrumento preciso para la ejecución. Para terminar sentando la conclusión de que la letra de cambio no es un título abstracto, al figurar en la letra una serie de presupuestos que le privan de este carácter. Este criterio es compartido por GIORGIO DE SEMO (47), que examinando la naturaleza de la cambial agraria sienta las siguientes conclusiones: 1) Se trata de un «título» de crédito. No obstante, FERRI (48) opina lo contrario y considera que se trata de un título de legitimación. 2) La cambial agraria es un título de crédito «cambiario»—así expresamente lo declaró la Ley—; en consecuencia: *a)* Todos los codeudores responden solidariamente por la suma

(46) Autor citado, *Instituzioni di Diritto Agrario*. Edizioni Agricole. Bologna, 1961, págs. 220 y ss.

(47) Autor citado, *Sui lineamenti della cambiaria agraria*, cit., págs. 31 y ss.

(48) FERRI, *Titoli di credito*, Torino, 1950, págs. 41 y 42.

indicada en el título respecto del legítimo poseedor; y b) La letra agraria va acompañada de una especial eficacia procesal para la efectividad del título por el principal y gastos. 3) La cambial agraria es un título de crédito formal y no privado de literalidad. 4) Como peculiaridad de la letra agraria es, en su consideración como título, causal.

CARNELUTTI (49), a la vista de todas estas peculiaridades, le asignó la característica de «una especie anómala del género cambial», y GIORGIO DE SEMO concluye afirmando que la cambial agraria es un título de crédito totalmente diverso de la cambial ordinaria.

La conclusión que se puede establecer, de los rasgos expuestos, sobre la cambial agraria italiana, es que se trata de un título de crédito totalmente diverso de la letra ordinaria.

B) PRESUPUESTOS PARA LA CONCEPCIÓN DE UNA CAMBIAL AGRARIA

1. *Naturaleza:*

Para la exposición de como estimamos debiera ser una cambial agraria hemos de partir de la concepción del crédito personal agrario; de los caracteres que asignábamos al mismo; de la situación actual de la agricultura, como sector deprimido; de la persona beneficiaria del crédito, en orden a la titularidad que ostente sobre la explotación agraria; de la organización estatal o profesional del crédito; de la finalidad específica del crédito agrario, y del nuevo orden económico (48 bis).

La concesión del crédito personal agrario en las actuales circunstancias de la agricultura sólo puede ser obtenido, de acuerdo con las especiales características de este sector de la producción, por un organismo estatal o profesional bajo organización mutual. Lo expuesto no quiere decir que con ello eliminemos la posibilidad de obtención de crédito agrario, en su cualidad de personal, por otras entidades de carácter privado, siempre que se trate de entidades de crédito o ahorro legalmente reconocidas.

Vamos a proceder al examen de lo que podrían ser las características de la cambial agraria, pero ésta no debe ser estructurada como una figura nueva y distinta totalmente de la cambial ordinaria. Simplemente, como una subespecie de la misma. De este modo no perderá sus características esenciales, como hemos visto sucede en el Derecho italiano, donde la

(48 bis) Vid. mi obra *Crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, cit., y trabajos publicados en la "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", 1970 y 1971.

doctrina, en definitiva, la conceptúa como una figura híbrida sustraída, en realidad, a las posibilidades del tráfico en razón a su configuración como título causal. Si se alude a cambial agraria ha de ser un título de esta naturaleza, con las especialidades derivadas de la necesaria protección en razón de la función crediticia que la misma ha de cumplir.

Las mixtificaciones la alteran y harán que a la larga deje de tener efectividad. Por ello hay que concebir la letra agraria como título genuino de crédito y cambio, destinado a la agilización de capitales en beneficio de la agricultura y del agro en general, y destinado esencialmente al tráfico.

El crédito agrario debe ser supervisado a través de la organización estructural, como hemos expuesto. Ya apuntamos cómo en la organización del crédito agrario los organismos locales deben gozar de autonomía para la concesión de créditos de ejercicio, en razón a la perentoriedad de los mismos, urgencia que no existe normalmente cuando de capitales de renovación y mejoramiento se trata.

Expusimos, así mismo, la necesidad de que los créditos agrarios no sólo gozaron del beneficio del plazo, sino que éste debe estar en función de la inversión a realizar y de las posibilidades financieras y comerciales de la explotación agraria. Pero, como presupuesto esencial en relación al crédito concedido y a las circunstancias objetivas, subjetivas y materiales de la explotación, que el pago fuese fraccionado en amortizaciones periódicas, con posibilidad de que el beneficio efectúe reintegros anticipados.

2. *Características:*

La cambial agraria la concebimos, pues, como medio de facilitar el crédito, pero fundamentalmente en función de garantía, en razón a la naturaleza ejecutiva del título. Por ello, como características primordiales de la cambial agraria, en cuanto subespecie de la cambial ordinaria, estimamos que bastarían: a) La específica denominación de cambial agraria. b) La concreción y especificación del crédito que ampara la letra de cambio, bien se trate de crédito de ejercicio, de renovación o mejoramiento. c) El fraccionamiento del crédito total en pagos parciales y el correspondiente que representa cada una de las letras en circulación; y d) Que la cambial agraria debe ser título cuya emisión ha de ser privativa de los institutos o entidades de crédito legalmente constituidos, que gozarán de «privilegio» especial.

Así la letra no pierde los caracteres esenciales que hemos señalado anteriormente y conserva toda su agilidad para el tráfico y para la protección a terceros, conociendo, además, éstos el destino y fin del cré-

dito. Es cierto que este conocimiento será abstracto, pues la letra no reflejará las características ni de identificación e individualización del fundo ni de la inversión realizada. Para la comprensión de nuestra idea es necesario examinar los supuestos concretos.

a) Titular cambiario:

Aceptamos parcialmente la opinión expresada por SAPENA (49), que, al plantearse la cuestión en orden a la posibilidad de quién haya de ser titular cambiario, dice: «Pueden adoptarse dos posturas extremas: que la cambial agraria sólo es título apropiado para el crédito agrícola oficial y que, por tanto, sólo podrá librarse por los organismos dedicados a ello y sólo a éstos podrá transmitirse; o bien que, como toda letra de cambio, cualquier persona puede librarla y devenir titular»; para sentar la conclusión de que «debiera disponerse que de la cambial sólo puedan ser titulares, esto es, libradores o tenedores, institutos u organismos oficiales de crédito o ahorro legalmente reconocidos. De este modo se evitaría que la letra fuera un burladero para el contrato usuario, negocio causal en tal caso, y también que por el endoso pasara a manos de quien tenga interés particular en disponer de armas crediticias frente a un deudor agobiado».

La necesidad de que la creación de una cambial agraria sea privativa de un instituto, entidad o establecimiento de crédito o ahorro legalmente reconocido lo consideramos como fundamental, pues en otro caso podría desvirtuarse la finalidad y función del crédito personal agrario. Fácilmente se comprende esta limitación de la letra agraria en beneficio del crédito personal agrario. Basta para ello examinar las vicisitudes por las que ha pasado la agricultura, en orden a la obtención de capitales privados. La letra de cambio así creada elimina los riesgos de la intervención de avalistas de «complacencia» y los inconvenientes derivados de la fianza, así mismo, de «complacencia», que en su momento expusimos como peligros graves para la economía de un crédito.

Esta idea tiene su base en la eficacia atribuida por el artículo 480 del Código de Comercio, respecto del aceptante, no sólo en relación del tercero, sino incluso frente al librador, que oportunamente hizo provisión de fondos, en los términos previstos por los artículos 456 y 457, desde el momento en que se suscribió el contrato de concesión de crédito con facultades dispositivas de los fondos asignados.

Intimamente relacionada con la necesidad de que sean las entidades públicas o privadas, legalmente constituidas, las únicas facultadas para

(49) JOAQUÍN SAPENA, *La cambial agraria*, cit. en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", pág. 843, año 1965.

la creación de la cambial agraria está la derivada del estudio financiero previo para la concesión del crédito que deben realizar las mismas en relación con las posibilidades de la explotación agraria, la previsible rentabilidad que de la inversión puede resultar, como de las posibilidades de amortización inmediata o fraccionada, que, a su vez, está en estrecha conexión con la modalidad de crédito interesado: de ejercicio, renovación o mejoramiento.

El crédito de ejercicio, tal como lo concebimos, es un crédito a corto plazo; entendiendo por corto plazo el necesario para el desenvolvimiento, a término, del ciclo biológico que haya motivado la inversión correspondiente. La garantía privilegiada de reintegro está representada por el valor mismo de los productos a obtener o, en su caso, por la cobertura que representa el aseguramiento de los riesgos susceptibles de ser asegurados. Pero, independientemente de lo consignado, la realización del valor de la letra puede obtenerse sobre otros bienes del beneficiario.

El crédito de renovación de utillaje, maquinaria, etc., es crédito a medio plazo, cuya determinación en orden al factor tiempo—plazos de amortización—deberá ser objeto de valoración por la entidad concedente en atención a los diversos elementos que integran la explotación y la naturaleza de la inversión realizada. El orden de preferencia para la percepción del crédito será examinado en su lugar correspondiente, puesto que, si bien no ofrecería dificultades esenciales frente al acreedor hipotecario, por su inicial exclusión de la ejecución hipotecaria en virtud de lo prevenido en el artículo 111-1.º de la Ley Hipotecaria (50), sin embargo, puede plantearse el conflicto frente a un acreedor protegido con la Ley de 16 de diciembre de 1954.

El crédito de mejoramiento—largo plazo—exige no sólo por la fuerte inversión normalmente a realizar, sino porque sus resultados y efectos económicos no se experimentan en breve plazo, que su amortización se realice en períodos acordes con la naturaleza de la misma.

Tanto en el anterior supuesto como en éste, la cuestión esencial que se plantea es la resultante de la representación o forma de llevar a efecto las amortizaciones periódicas. Al examinar la letra de cambio mercantil vimos cómo en la práctica bancaria existen dos sistemas: la de emisión de una sola letra con sucesivas renovaciones, o el fracciona-

(50) Dicho precepto dispone: "Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1.º) Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no pueda separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto."

miento del principal, intereses y gastos, en varias letras que corresponderían a cada uno de los períodos de amortización.

Expusimos las ventajas que este último sistema representa para el beneficiario del crédito agrícola, que conocerá la periodicidad de las amortizaciones a realizar, verificando sus previsiones, en orden al tiempo, para atender en su momento las sucesivas amortizaciones que se produzcan. Por otro lado, siendo pagos que inexcusablemente deberá atender el obligado cambiario en la época de sus respectivos vencimientos, permitirá a la entidad emisora su negociación con otros institutos o entidades de crédito, o incluso particulares, movilizandó el capital invertido, cumpliendo así la función de instrumento de cambio con una agilidad análoga a la letra de cambio mercantil.

La letra así creada cumple la doble función de instrumento de crédito y cambio, sin que pueda aprovecharse de la situación de la agricultura persona alguna, ya que, como tenedor de una cambial de esta naturaleza, sólo podrá obtener el importe que como principal figurará en la misma.

Estos títulos de crédito serán librados por el organismo concedente a su propia orden y aceptados por el librado-beneficiario. El contrato de concesión de crédito constituirá, con todos los presupuestos y requisitos que hemos expuesto, la relación causal o contrato subyacente. Aun cuando no es el momento oportuno, apuntaremos que la situación de privilegio que debe establecerse en garantía de los créditos derivados de una cambial agraria sólo deben ser reconocidos en beneficio exclusivo de la entidad emisora, no respecto de terceros que entren en la relación cambiaria en virtud de endoso, porque éstos gozan, en vía regresiva, de la garantía que representa el instituto o entidad emisora legalmente constituidos.

b) Librado:

Al exponer anteriormente quiénes podían ser beneficiarios de un crédito personal agrario, implícitamente quedaron establecidas las personas que tendrán la concepción de librados. La vinculación del librado al crédito y, concretamente, a la garantía que representa la cambial agraria, debe ser aceptada por él mismo. La aceptación implica el pleno ingreso del librado en el círculo cambiario, como primera figura responsable, con todas las circunstancias y efectos derivados de la fuerza ejecutiva del título por el mismo suscrito.

En beneficio del librado-aceptante, pueden intervenir todas las personas que la legislación cambiaria prevé para reforzar la garantía de pago. Entre estas personas, aquellas que por razón de la continuidad en

la explotación agraria están llamadas específicamente por la Ley para sucederle en la dirección de la empresa (51). Incluso teniendo en cuenta la necesidad de acuerdo previo, entre el cultivador y el propietario, para que el primero pueda llevar a efecto las mejoras útiles que, a la extinción del arrendamiento, quedaran en beneficio del segundo, con la limitación cuantitativa de la indemnización establecida en el inciso final del apartado 3.º del artículo 22 de la Legislación de Arrendamientos Rústicos, también éste puede contribuir a fortalecer la obligación de pago.

3. *Excepciones oponibles por el deudor de la cambial agraria:*

Si se concibe de esta manera la cambial agraria, ni la específica denominación; ni la determinación de que la misma cubra un crédito de ejercicio, renovación o mejoramiento; ni la atribución exclusiva de su emisión por un organismo como los indicados; ni que el principal, por la misma representado, constituye un fraccionamiento de pago del crédito, podrán desvirtuar su naturaleza jurídica.

Hemos señalado, y justificado la posibilidad, de que el beneficiario del crédito personal agrario pueda realizar pagos de amortizaciones anticipadas. La creación de letras por él aceptadas, que representen sucesivas amortizaciones, y la posibilidad de circulación de estos títulos, podrían incompatibilizar esta facultad del beneficiario. La posibilidad de coordinar estos contrapuestos intereses se puede salvar, estableciéndose en el contrato de concesión del crédito que la entidad concedente participe al beneficiario las sucesivas puestas en circulación de letras representativas de las amortizaciones para que dentro de un plazo determinado pueda realizar el pago anticipado, si le interesa. Transcurrido ese plazo, la posibilidad de amortización anticipada de esa concreta cambial se extingue y su abono deberá efectuarse el día de su vencimiento, a no ser que se lleve a efecto en los términos que se prevén en el artículo 493 del Código de Comercio al portador de la misma. Podrá realizar la amortización anticipada de otra u otras cambiales que representen pago fraccionado del crédito mientras no haya transcurrido dicho plazo de preaviso, anterior a su puesta en circulación, o permanezcan en poder de la entidad emisora.

(51) Sobre la orientación doctrinal y jurisprudencial véase R. CRESPO AZORÍN ROMEU, *Problemas que plantea la sucesión mortis causa de los arrendamientos rústicos y urbanos, en relación con la computación de los demás bienes de la masa hereditaria*, en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", XXXVIII, mayo-junio de 1962, núm. 408-409, págs. 374 a 388; vid. también JOSÉ FERRADIS VILELLA en *Sucesio de los arrendamientos. Transmisión mortis causa de los derechos y obligaciones de los arrendatarios*, en "Anuario de Derecho Civil", tomo VII, fasc. II, año 1954, y tomo VIII, julio-septiembre de 1955

Los principios rectores que establecen el plazo en beneficio del deudor: *favor debitoris* (52), se avienen perfectamente con la naturaleza del crédito personal agrario y con la función que el mismo ha de cumplir y cumple. Responde, en definitiva, a la excepción que contiene el artículo 1.127 del Código civil: «Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultare haberse puesto en favor del uno o del otro» (53).

Dentro del régimen cambiario, la naturaleza de las normas, en virtud de las notas que asignábamos al Derecho Mercantil, actúa el principio (artículo 493 del C. de C.) de que el plazo tanto actúa en beneficio del deudor como del acreedor.

Ahora bien: la consecuencia que la falta de preaviso podría provocar sería la acción indemnizatoria de daños y perjuicios, pero nunca una excepción oponible en el marco del proceso ejecutivo cambiario.

Comoquiera que en las distintas letras, representativas del fraccionamiento del crédito, se indica el plazo correspondiente, su abono anticipado no afecta al normal desenvolvimiento de las relaciones crediticias.

Las excepciones causales, oponibles al concedente del crédito, serán, pues, las derivadas del título—contrato subyacente—, pero en cuanto se ejerciten las acciones de naturaleza cambiaria, bien sea por el tenedor legitimado o por otra persona, sólo serán eficaces las que en el ordenamiento positivo se establecen a tenor de lo prevenido en el artículo 523 del Código de Comercio. Con ello la letra agraria está plenamente equiparada a la letra mercantil, tanto en su vida y extinción, como instrumento apto para el desenvolvimiento del crédito y del cambio, al quedar protegida la acción del tenedor y tercero, e incluso del mismo librador que hizo oportuna provisión de fondos—concesión de crédito—.

(52) Vid. JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, *El favor debitoris en el Derecho español*, en "Rev. Anuario de Derecho Civil", tomo XIV, fasc. IV, octubre-diciembre 1961, págs. 835 a 850; vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., tomo II, vol. I, pág. 304; PUIG PEÑA, *Tratado...*, cit., tomo IV, vol. I, pág. 118; PÉREZ BOTIJA, *Humanismo en la relación laboral*, discurso correspondiente a la apertura de Curso Académico 1953-1954, Universidad de Madrid, 1953, pág. 23, nota 18, dice: "El principio de favor tiene sus raíces ancestrales en las piezas y en los aforismos latinos *humanus est, benignus est, melio est*, pero su instrumentación resulta rigurosamente moderna. No es sólo una simple regla de interpretación del *beneficium legis* o del *beneficium principis* en el sentido de *plenissime interpretari debemus*; no es, pues, sólo la *benigna juris interpretatio*, es algo más que permite flexibilizar y ensanchar los horizontes de la Ley."

(53) El efecto de este pago anticipado se prevé en el artículo 1.126: "Lo que anticipadamente se hubiere pagado en las obligaciones a plazos no se podrá repetir", pero—dice el párrafo 2.º—"si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o frutos que éste hubiese percibido de la cosa".

Todo lo que no sea flexibilizar la letra de cambio agraria, como instrumento formalista, pero simplificado, con las características antes expuestas, dificultará la realización del fin propuesto: movilización del capital para la financiación del agro. La letra de cambio ordinaria ha alcanzado el auge actual como medio de pago e instrumento de crédito por las notas que apuntamos, pero principal y fundamentalmente por su simplificación, aparejada a la eficaz garantía que la misma representa.

Si pretendemos realmente impulsar el agro, dar vida a la agricultura, es necesario dotarla de medios aptos y acordes al fin perseguido, facilitando al máximo las posibilidades del crédito personal agrario, de forma que, cumpliendo el objetivo propuesto, se garantice su reembolso. Esto se conseguirá, como expresa GIORGIO DEL VECCHIO (54): «La paz legendaria de los campos debe ser una paz laboriosa, y a la labor de los agricultores, iluminada por la técnica, debe corresponder la de los legisladores, iluminada por la justicia.»

La necesidad de que la cambial agraria se constituya en el porvenir como una verdadera subespecie de la cambial ordinaria, con los caracteres de literalidad, incorporación y autonomía, viene impuesta por los «contornos» y «circunstancias», como diría ORTEGA (55).

4. *Forma:*

A los requisitos que se exigen por el Código de Comercio, en el artículo 444, para la cambial ordinaria, bastará la específica determinación de los que señalábamos anteriormente: denominación, determinación de la naturaleza del crédito—ejercicio, renovación o mejoramiento—y en el supuesto de emisión de letras escalonadas, como fraccionamiento del pago del crédito, la amortización a que corresponde el principal de la letra y el importe total del crédito.

SAPENA (56) señala que deberá hacerse reflejar en la letra «la constitución de un derecho real en su garantía», «al dorso por una nota de referencia extendida por el Notario autorizante de la pertinente escritura, a la que puede acompañar otra del Registro, reseñando su inscripción. Para el tráfico mercantil es conveniente que sea el Notario quien ponga la nota, pues *la letra se emitirá normalmente al tiempo que la hipoteca se constituya* en la escritura, sin perjuicio de que el tenedor

(54) Autor citado, *Sobre el Derecho agrario*, en "Rev. de Legislación y Jurisprudencia", tomo 192. Separata. Traducción de R. CASTEJÓN CALDERÓN, noviembre 1952, pág. 17.

(55) Vid. CÉSAR ENRIQUE ROMERO, *El Poder ejecutivo en la realidad política contemporánea*, en "Rev. de Estudios Políticos", núm. 131, septiembre-octubre 1963, págs. 47 a 77.

(56) Autor citado, *La cambial agraria*, cit., págs. 851.

recabe luego la nota registral que pruebe el buen término del proceso constitutivo». La complejidad de un sistema de esta naturaleza haría que fracasase totalmente la cambial agraria:

1.ª) Al adicionar a la peculiar garantía de la letra otra real, absorbería a aquélla y desvirtuaría su naturaleza jurídica como título típico de crédito.

2.ª) La ejercitabilidad de la acción de reembolso sobre el bien concreto que constituyera la garantía real, reflejada en la cambial, se vería dificultada por tercerías de dominio, porque, desenvolviéndonos en el ámbito del Derecho Inmobiliario, no podemos olvidar que el Registro de la Propiedad garantiza, dentro de nuestro ordenamiento, la existencia jurídica de un derecho real sobre un inmueble, no su existencia física (57). La entidad física «finca» integra un ente variable y contingente, que en el actual sistema registral no puede ser protegido, en el sentido de presuponer su existencia material. LACRUZ BERDEJO (58) dice: «Los procedimientos de inmatriculación son inseguros; en algunos de ellos el Registrador ha de confiar en las manifestaciones de los interesados, de modo que *no es imposible* inmatricular una finca imaginaria o volver a inmatricular en folio diferente, desfigurando sus características, una finca que ya estuviese registrada, puesto que tales procesos, dirigidos a acreditar la propiedad del inmueble, dan por supuesta su existencia y descuidan la fijación de sus caracteres de hecho.»

3.ª) La unión a la garantía que por sí representa la letra de cambio de otra de naturaleza real, como «requisitos formales» (59), elimina la posibilidad de acceso al crédito agrario a todos aquellos que sólo ostentan una posesión inmediata sobre la explotación agraria.

4.ª) La exigibilidad de una garantía real, como cobertura privilegiada, a favor del tenedor de una cambial agraria, implica una mayor complejidad del sistema desacreditado del crédito territorial. El mismo SAPENA destaca este hecho al tratar primero del crédito territorial y de los esfuerzos realizados para su rehabilitación, como de los otros medios de garantía mobiliaria, ya que tampoco han sido halagüeños los resultados de la prenda agrícola sin desplazamiento, ni de la prenda ordinaria, ni ha alcanzado eficaces efectos la Ley de 16 de diciembre de 1954, en el tiempo de su vigencia, en el desenvolvimiento del crédito agrario. Así, respecto del crédito territorial, dice: «A ello acudió la reforma

(57) Vid. mi trabajo *Caución y proceso cautelar en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, en "Rev. Crít. de Derecho Inmobiliario", julio-agosto 1965, número 446-447, págs. 855 a 879.

(58) Autor citado, *Lecciones de Derecho Inmobiliario registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, pág. 91.

(59) SAPENA, *La letra de cambio...*, cit., pág. 851, así lo califica.

inmobiliaria, la fundamental Ley de 1861, uno de cuyos motores, el principal, era esta revalorización del crédito territorial. El crédito estaba acreditado. Para el acreedor, sí, pero pronto dejó de estarlo para el deudor, pues el cúmulo de gastos que sobre él recaían iba haciendo cada día más gravosa la concesión del préstamo. Honorarios de Notario y de Registrador por partida doble: constituir y cancelar; el interés a pagar que evoluciona en cuantía ascendente; el impuesto de derechos reales y del timbre, hoy refundidos y también crecientes...», para terminar «si el crédito territorial se acreditó por su garantía, se desacredita por su coste. Y la situación es, como antes, aunque no tan extrema, y por causas inversas, la de desamparo del deudor». Respecto de la prenda agrícola sin desplazamiento afirma: «Qué poco auge ha tenido. Una sencilla estadística nos llevaría a la conclusión de que en la práctica no sólo no ha arraigado, sino que casi ni se la conoce. Luego mantener una institución muerta para que pueda entorpecer el desarrollo de la que naciera con una mayor amplitud de miras, dando lugar a que cobre vida por el tortuoso camino del fraude y la añagaza lo que no prosperó en la recta vía para la que fue creada, es absurdo, y en una política y un sentido claro de lo que es su Derecho debe ser antijurídico», concluyendo que, por tal razón, se debe suprimir.

Al analizar la prenda ordinaria, expone: «Prohibirla sería tanto como compeler a la venta fiduciaria. Y, además, seamos realistas: esta prenda poco o nada sirve, y menos es de esperar que viva aún; no hay peligro por su lado.»

«En cuanto a la hipoteca mobiliaria, la colisión puede surgir entre el crédito de la cambial y el mejor derecho del acreedor hipotecario extraño a ella. De los diversos tipos legales de esta hipoteca... ninguno puede afectar a bienes—digo—objeto de la cambial, a excepción de uno: la de automóviles y otros vehículos de motor...» Al examinar la posible colisión, plantea dos cuestiones: «Si la letra se giró para cubrir precisamente el precio no pagado por la adquisición, la hipoteca no pudo cubrirse (art. 2.º de la L. H. M.), es nula; luego el privilegio vence, por desaparecer su rival. Pero si el giro fue para obtener dinero con el cual comprar el vehículo, pagando por completo el precio, brota la colisión, aunque desde un punto de vista económico, coincidente con una visión de estricta equidad, la solución debiera ser la misma, el crédito cambiario para comprar el vehículo, al igual que el precio de adquisición derivado de la cambial, han de ser preferentes a la hipoteca mobiliaria posterior. Y para adecuar la Ley a tan justo resultado, bastaría agregar a la lista de los bienes que no pueden ser hipotecados...

aquellos para cuya adquisición se hubiese girado una cambial agraria aún impagada» (60).

La exactitud de las conclusiones sentadas por JOAQUÍN SAPENA son evidentes, pero a nuestro juicio no evitan que, al asignar una garantía real, como «supercobertura» de la garantía cambiaria, se desvirtúa la letra. Si se exige una garantía real, y un título de garantía personal, huelga la una o el otro.

5.º) Si lo que se pretende es abaratar el crédito personal agrario, con ese sistema se encarece considerablemente, haciendo inútiles los esfuerzos de eficaz promoción de un sector deprimido al que hay que dar las máximas facilidades, si bien con las precisas garantías de reembolso.

6.º) Si apuntamos como una de las características del crédito personal agrario su flexibilidad, la intervención de otras personas ajenas a los propios organismos de la entidad concedente dificultarán considerablemente, en el tiempo y en el espacio, la concesión del crédito, con efectos de carácter negativo en su resultado.

7.º) La agilización de la letra como instrumento de cambio en el sistema propugnado queda totalmente ineficaz, cuando precisamente lo que se trata de conseguir es la movilización del ahorro privado, en beneficio de la agricultura, por el cauce de las entidades de crédito legalmente constituidas, eliminándose así la posibilidad de intervención de usureros y prestamistas.

8.º) Al complicar la fluidez del crédito con la realización de actos y negocios jurídicos previos, simultáneos y posteriores, se pierde por completo su efectividad.

c) Conversión en cambial ordinaria:

La ausencia de alguno de los requisitos apuntados, como específicos de la cambial agraria, o su emisión por persona distinta de la autorizada, estimamos debería atribuir a dicho título las características y efectos de una cambial ordinaria, siempre que contuviese los requisitos exigidos por el artículo 444 del Código de Comercio. Perdería, en su caso, la entidad concedente, la cualidad de acreedor, que se le atribuyese por la Ley, en virtud del negocio jurídico de concesión del crédito personal agrario.

(60) Autor y trabajo citado, págs. 832, 846 y 847.

5. *Renovación de la cambial agraria:*

Señalamos que, por la naturaleza misma del crédito agrario, el beneficiario debe gozar de la posibilidad de hacer periódicamente pagos parciales—amortizaciones—del importe total del crédito concedido, cuando se trate de créditos de renovación y mejoramiento, y que dicha posibilidad podía tener su cauce en un doble sentido: bien fraccionando el importe total de la suma adeudada, que se representaría por letras escalonadas, cuyo principal sería el importe correspondiente a cada uno de los fraccionamientos, bien mediante la posibilidad de sucesivas renovaciones, autorizándose pagos parciales del importe total, que tendrían su reflejo en la cambial o cambiales renovadas, reduciendo el principal de las mismas (61).

Hemos de tener en cuenta ambas situaciones. En el primer supuesto, es decir, cuando entre concedente y beneficiario se acuerda el fraccionamiento del pago mediante letras escalonadas, representativas de sucesivas promesas de pago, tal acuerdo tendrá su plasmación en el contrato subyacente; por consiguiente, la unidad o vínculo a la relación causal se mantiene respecto de cada uno de los fraccionamientos realizados.

En el segundo supuesto la situación de renovación de la cambial ofrece ciertas dificultades. Examinaremos, según la concepción que tenemos de la cambial agraria y a favor de quién actúa el privilegio, los dos casos siguientes: 1.º) Si se ha previsto en el contrato subyacente la posibilidad de sucesivas renovaciones, no existe dificultad. La renovación tendría su razón en el negocio causal. 2.º) Si no se ha previsto la renovación cabe distinguir efectos respecto de terceros tenedores de la letra renovada y efectos respecto al concedente.

a) En el título renovado objeto de transmisión el tenedor es extraño a la relación causal subyacente, y la letra que sustituye a la antigua no sería la misma, sino distinta. Al tercer adquirente por endoso esta situación no le perjudica. La condición especial derivada de la cualidad de concedente no le afecta, ya que sólo actúa en favor de los organismos que pueden crear la letra; no les perturba en el dercho por ellos adquirido. No adquieren, por el hecho del endoso, privilegio alguno. Pero esta situación entendemos que no se produciría ni con la letra renovada

(61) Para que el crédito agrario sea un crédito dinámico o de producción, ULRICH P. RITTER—*Hacia un nuevo tipo de crédito agrícola*, en "Rev. Economía y Agricultura", Lima, diciembre 1963, febrero 1964, págs. 81 y ss.—nos habla como solución de una efectiva inversión del "crédito supervisado", de modo que cuando se da un acaecimiento que destruye la cosecha se admita la posibilidad de su renovación tratándose de dicho crédito.

ni aun en el supuesto de endoso de la letra originaria, derivada del mismo contrato causal—concesión de crédito—. Tal como concebimos el crédito personal agrario, con la garantía de la cambial agraria, sólo actuará el privilegio en beneficio de la entidad concedente.

b) Respecto del concedente, la renovación implicaría un nuevo negocio causal, a su vez distinto de aquel que motivó la emisión de la primera letra de cambio, con todas las consecuencias que ello supone en orden a las relaciones cambiarias.

Hemos señalado la conveniencia de que el privilegio que en garantía del pago de la cambial agraria se establezca haya de operar única y exclusivamente en beneficio del organismo o entidad emisor. Los tenedores sucesivos de la letra, bien la originaria o la renovada, gozarán de la garantía dimanante de todos los que la signaron, conforme al artículo 516 del Código de Comercio, entre ellos la entidad concedente en su calidad de libradora.

Al no extenderse a los sucesivos tenedores los efectos derivados del negocio causal ni los privilegios inherentes al mismo, la letra originaria es la única que llevaría insitos tales privilegios, pues jurídicamente se trataría de una «novación completa». Por ello estimamos que cuando la renovación no se ha previsto en el contrato de concesión de crédito agrario, único que atribuiría privilegios al concedente, la renovación supone la pérdida de esos privilegios.

La situación de los terceros no se perjudica con la renovación, pues, repetimos, no adquieren privilegio alguno. Sólo afecta a la entidad concedente. Pero, teniendo en cuenta la finalidad el crédito personal agrario, estimamos que esta conclusión no debe producirse. Las renovaciones que se realicen, bien sea solamente para diferir el vencimiento, bien sea admitiendo pagos parciales, van encaminadas al desenvolvimiento del crédito, y negar la conexión con la letra originaria es una consecuencia que perjudicaría la institución del crédito personal agrario. Responde a una razón teleológica que debe prevalecer frente a un puro dogmatismo.

Por otro lado, la renovación o renovaciones sucesivas, no previstas en el negocio causal, tendrían su razón indirecta en el mismo, con una proyección final: dar efectividad al crédito agrario y facilitar el pago de una inversión rentable realizada en beneficio de la agricultura.

Normal será la previsibilidad de pagos fraccionados cuando se trate de créditos de renovación y mejoramiento, no en los de ejercicio. Pueden existir circunstancias, aun en estos créditos a corto plazo, con la garantía de cambial agraria aceptada, con vencimiento al tiempo de la recolección que aconsejen su renovación, aun no prevista en el negocio causal. Ya hemos visto cómo la renovación supone una nueva letra, pues no tiene

su origen en el contrato de concesión de crédito, sino en otro posterior. Pero la necesidad de mantener la eficacia de la letra renovada, análoga a la dimanante del contrato subyacente, es esencial. Responde a un sistema de crédito rural ágil, en el que la forma de pago debe ser paralela al resultado de las cosechas y a las características de cada cultivo. La necesidad de tratamiento individualizado de cada beneficiario se destaca en todo momento. Hay que aprovechar el momento coyuntural (62), oportuno de la empresa agraria.

La importancia de esta conclusión no sólo es de orden jurídico, sino de orden social y, sobre todo, económico. El economista inglés William Stanley Jevons, de la segunda mitad del siglo XIX, y, más recientemente, el profesor de la Universidad de Columbia, Henry Ludwell Moore, opinan que en los ciclos mercantiles (63) hay que buscar su origen en los ciclos de lluvia. Estos producen los ciclos de cosechas, los cuales, a su vez, producen los ciclos de los precios de los productos agrícolas, que repercuten en toda la producción en general. Una gran cosecha provoca un gran aumento de producción en todos los órdenes: transportes, industrias transformadoras de productos derivados, etc...

En definitiva, lo que se trata de coordinar es lo jurídico y lo económico, inspirado por el principio de lo justo. Es decir: adecuación entre prerrogativas y garantías, entre eficacia y seguridad. Eficacia y seguridad,

(62) La palabra coyuntura—del latín *conyuctus*, unido—viene a expresar en nuestro idioma la idea de oportunidad, designando el conjunto de circunstancias determinantes de una situación económica propicia, es decir, expresiva de la existencia de buenas probabilidades de ganancias, ya sea en general o en una rama de la actividad económica, como la agricultura, la industria transformativa, etc., en particular. La situación contraria se designa también por extensión con esta palabra, calificando la primera de "coyuntura favorable y la segunda desfavorable". Vid. VITORIA GARCÉS y ROY URIARTE, *Curso de Economía Política*, cit., pág. 276.

(63) Las fases de los ciclos económicos son: 1.ª) La de prosperidad, 2.ª) la de crisis; 3.ª) la de depresión, y 4.ª) la de resurgimiento. Sobre los efectos y consecuencias de los ciclos económicos y diversas teorías, vid. ALFAGEME, *Principios de economía sobre estabilización monetaria*, Editorial Labor, Barcelona, 1934; CREW, *Economía*, traducción de V. ATIENZA y P. SEGURA, Editorial Labor, Barcelona, 1944; EHEBERG (von), *Hacienda Pública*, traducción de R. MATA, Editorial Gili, Barcelona, 1929; JOHN M. FERGUSON, *Historia de la Economía*, traducción de VICENTE POLO, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1960; A. G. HART y J. R. HICKS, *Estructura de la Economía*, traducción de RAFAEL ALBERTO ZÚÑIGA, México-Buenos Aires, 1959. LEROY-BEAULIEU (PAUL), *Precis d'Economie Politique*, París, Librairie Delagrave, 1925; DR. FEDERICO VON KLEINWATCHEL, *Economía Política*, traducción de la 4.ª edición alemana por GABRIEL FRANCO, 2.ª edición española, Barcelona, G. Gili, editor, 1929; SCHUMPETER, *Teoría del desenvolvimiento económico*, versión española de PRADES, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1944; ADOLFO WEBER, *Tratado de Economía Política*, traducción de la 5.ª edición alemana de JOSÉ ALVAREZ DE CIENFUEGOS Y COBOS, 3.ª edición española, Bosch, Barcelona, 1943; etc.

que constituyen los dos problemas fundamentales de nuestro tiempo. Equilibrio. «Ya en los primeros momentos del Derecho clásico aparece la idea del Derecho como una especie de armonía entre el bien de la totalidad y el bien de los ciudadanos. El equilibrio social, al que los griegos llamaban 'cosmos', se mantiene por la armonía que debe existir entre las actividades de los individuos, con la consiguiente restricción de cada uno para permitir la libertad de los demás. Esta justa proporción la mencionaba ARISTÓTELES en su *Ética a Nicomano*, donde define la Ley como algo proporcional» (64).

El mantenimiento de los privilegios originarios en beneficio de la letra o letras renovadas responde a la *ratio essendi* del negocio jurídico de concesión de crédito agrario, y más aún cuando su modalidad de garantía es personal. Se mantiene una justa proporcionalidad. Responde, a nuestro juicio, a un principio de equidad. Toda inversión—crédito de producción—implica un aumento de rentabilidad, un incremento de riqueza. La rigidez en la amortización de la inversión realizada puede frustrar las esperanzas no sólo del beneficiario, sino incluso de otros acreedores. La agilización del crédito mediante la renovación de una cambial amplía las posibilidades de uno y otros, pero este hecho, que redundará en beneficio de ambos, no debe comportar una situación de desfavor respecto de aquel que hizo no sólo posible el incremento de riqueza, sino que proporcionó y amplió las oportunidades de real y efectivo reintegro.

6. Tutela del derecho derivado de la cambial agraria:

a) Principios generales:

Concebida la letra agraria como una subespecie de la cambial ordinaria, todas las normas que regulan su régimen tuitivo son aplicables a la cambial agrícola. El rigor cambiario, los efectos de la *vis atrativa* y la necesaria diligencia en el tenedor son los presupuestos básicos para la eficaz protección. Ya destacamos cómo de la letra ordinaria no sólo se desprende un rigor en la obligación de pago (arts. 480 y 516 del Código de Comercio), es decir, un rigor «sustantivo», sino que ese rigor se extrema en el orden «adjetivo». «La acción que nace de las letras de cambio para exigir en sus casos respectivos del librador, aceptante, avalista

(64) *To dicayon analagonti*; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, cit., tomo I, pág. 8; vid. también JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La intervención administrativa en la agricultura*, en "Revista de Información Jurídica" de julio-agosto de 1957, núm. 170-171, págs. 275 a 283.

y endosantes el pago o reembolso *será ejecutiva*, debiendo despacharse la ejecución en vista de la letra y del protesto...» (art. 521 del Código de Comercio).

Pero este rigor adjetivo no se limita a la normal regulación del procedimiento, sino que se muestra más rígido como consecuencia de la naturaleza del título. Se tiende, ante todo, a la protección del tráfico, a la *ex uberrima fides* de que antes hablamos, y esta consecuencia se traduce en la plasmación limitativa establecida en el artículo 523 del Código de Comercio, al decir que «contra la acción ejecutiva por letras de cambio no se admitirán más excepciones que las consignadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Pero no todas las que se consignan en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, conforme al artículo 1.465, éstas se reducen considerablemente, ya que solamente alcanza a las cinco primeras del artículo anterior de la Ley Procesal (65). Así dispone: «En los juicios ejecutivos sobre pago de letras de cambio sólo serán admisibles las excepciones expresadas en los cinco primeros números del artículo anterior, probada la última por escritura pública o por documento privado reconocido en juicio, y, además, la caducidad de la letra.»

b Diligencia del poseedor:

Pero si hemos señalado el rigor cambiario, es decir, el rigor derivado de las relaciones cambiarias en cuanto afecta a los obligados, éste también alcanza al tenedor, que deberá observar una exquisita diligencia, no sólo encaminada a obtener el aseguramiento, en su caso, de la obligación de pago, sino el pago mismo del importe de la letra en su época, realizando una serie de actos conducentes a dicho objeto: «Las letras que no fueren presentadas a la aceptación o al pago dentro del término señalado quedarán perjudicadas, así como también si no se protestasen oportunamente» (art. 469 del Código de Comercio). De modo que «si el poseedor de la letra no la presentare al cobro el día de su vencimiento, o, en defecto de pago, no la hiciere protestar al siguiente, perderá el derecho a reintegrarse de los endosantes, y en cuanto al librador, se observará lo dispuesto en los artículos 458 y 460» (66).

(65) No hemos de entrar en el estudio de las excepciones porque ni corresponde a este lugar ni es propio del trabajo que se lleva a efecto.

(66) Artículo 458 del Código de Comercio: «Los gastos que se causaren por no haber sido aceptada o pagada la letra serán a cargo del librador o del tercero por cuya cuenta se libró, a menos que pruebe que había hecho oportunamente la provisión de fondos, o que resultaba el acreedor conforme al artículo anterior, o que estaba expresamente autorizado para librar la cantidad

Hay que tener en cuenta que «el poseedor no perderá su derecho al reintegro si por fuerza mayor no hubiere sido posible presentar la letra o sacar en tiempo el protesto» (art. 483 del Código de Comercio).

Pero esa exquisitez, esa delicada exigencia en el comportamiento y en el actuar del tenedor de la letra no se agota con los preceptos citados. Existen otros que la imponen: 455, 467, 481 y 482, todos del Código de Comercio, que establecen: «Si el poseedor de la letra dejase pasar los plazos fijados, según los casos, sin presentarla a la aceptación, o no hiciera sacar el protesto, perderá todo derecho a exigir el afianzamiento, depósito o reintegro, salvo lo dispuesto en el artículo 525.» Los 484, 485, 492, etc., establecen, asimismo, esa diligencia. Pero como eje central de las obligaciones y diligente actuar del tenedor para obtener la función tuitiva dispensada a la cambial por el ordenamiento jurídico, debe proceder a levantar el protesto: «La falta de aceptación o de pago de las letras de cambio *deberá* acreditarse por medio de protesto, sin que haber sacado el primero exima al portador de sacar el segundo, y sin que ni por fallecimiento de la persona a cuyo cargo se gira, ni por su estado de quiebra, pueda dispensarse al portador de verificar el protesto.»

Así, el tenedor viene obligado, para que no mueran las acciones ejecutivas derivadas de la letra, a acreditar, de modo fehaciente: *a)* que ha cumplido su obligación de presentar la letra, y *b)* que el librado se ha negado a la aceptación de la misma—cuando sea necesario, art. 746 del Código de Comercio—o al pago de su importe. Ello se acredita con el protesto.

VICENTE Y GELLA (67) define el protesto diciendo que es «el acto jurídico que tiene por objeto acreditar de una manera fehaciente la falta de aceptación o pago de una letra de cambio». Este acto se caracteriza por ser formal y, llevado a efecto por el portador de la fe pública, extrajudicial, con los requisitos que se prevén en el artículo 504, en relación con la legislación notarial (68).

de que dispuso. En cualquiera de los tres casos podrá exigir el librador del obligado a la aceptación y al pago las indemnizaciones de los gastos que por esta causa hubiere reembolsado al tenedor de la letra." Y dice el 460: "Cesará la responsabilidad del librador cuando el tenedor de la letra no la hubiese presentado o hubiere omitido protestarla en tiempo y forma siempre que pruebe que, al vencimiento de la letra, tenía hecha provisión de fondos para su pago en los términos prescritos en los artículos 456 y 457. Si no hiciere esta prueba reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiere sacado fuera de tiempo, mientras la letra no haya prescrito. Caso de hacer dicha prueba pasará la responsabilidad del reembolso a aquél que aparezca en descubierto de él, en tanto que la letra no esté prescrita."

(67) Autor citado, *Titulos de crédito*, cit., pág. 294.

(68) Dentro de nuestro ordenamiento, además del protesto por falta de aceptación y pago, existen dos modalidades más: el que tiene lugar cuando el

La omisión de esa diligencia priva al tenedor de la acción ejecutiva (69). La solidaridad cambiaria se extingue. Sólo queda la acción de enriquecimiento, puesto que los obligados pueden oponer la correspondiente excepción (70).

c) Tutela propiamente dicha: acción directa. Regresiva:

La letra agraria, concebida a imagen y semejanza de la cambial ordinaria, producirá los efectos y consecuencias de la misma con la agilidad y fluidez precisa, apta para el tráfico, y con las garantías derivadas de su calificación pura como instrumento destinado al crédito y al cambio. La tutela derivada de los derechos incorporados al título gozará de los mismos efectos y consecuencias de su hermana la cambial ordinaria y, por tanto, de la acción ejecutiva y de enriquecimiento en su caso como tutela judicial, en beneficio del tenedor de la letra. Pero gozará, asimismo, de la posibilidad de hacer efectiva la obligación patrimonializada contenida en el título por la vía extrajudicial que implica la letra de resaca.

El principal obligado en la letra de cambio es aquella persona que la creó. El librado, mientras no acepta, permanece ajeno a la relación cambiaria; pero desde el momento en que acepta pasa a convertirse en figura principal en el círculo cambiario. Hacia él ha de dirigirse, por tanto, la actividad del tenedor de la letra para que ingrese en la relación cambiaria—requerimiento para aceptación—. Con su aceptación se convierte en el eje central de la acción cambiaria. Sólo si no paga o no acepta, en su caso, el tenedor podrá dirigirse contra los demás obligados en vía regresiva. Para comprender el juego y acciones dimanantes de la letra hemos de tener en cuenta que toda acción que se funda en una letra de cambio es acción cambiaria, y éstas pueden ser «ejecutivas» u «ordinarias».

librador se constituye en quiebra—artículo 516 del Código de Comercio—y el de mejor seguridad—artículo 481, párrafo 2.—. En estos casos, aunque la letra estuviese aceptada y no hubiese vencido todavía, se puede levantar el protesto, y, con él, el tenedor se puede dirigir contra los indicados o responsables subsidiarios para que afiancen o bien procedan a reintegrarle de su importe. Por otro lado, hay que tener presente el artículo 509 del Código de Comercio: “Ningún acto ni documento podrá suplir la omisión y falta de protesto para la conservación de las acciones que competen al portador contra las personas responsables a las resultas de la letra”

(69) Vid. artículos 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los 1.440 y 1.467.

(70) No entramos en la posibilidad y efectos que puede derivarse de la dispensa convencional del protesto, que suele en la práctica mercantil exteriorizarse con la cláusula “sin gastos”. Para el estudio de esta materia puede verse la magnífica obra de VICENTE Y GELLA, *Titulos de crédito*, cit., páginas 300 y ss.

Así expuesto, resulta que la acción cambiaria ejecutiva directa es aquella que se dirige contra el aceptante y contra las personas que se obligaron con él—avalistas, intervinientes...—, y regresiva cuando la acción cambiaria ejecutiva se dirige contra cualquiera de los demás obligados cambiarios. Una y otra están tratadas indistintamente en el artículo 516 del Código de Comercio, cuando dice que «en defecto de pago de la letra presentada y protestada en tiempo y forma, el portador tendrá derecho a exigir del aceptante, del librador o de cualquiera de los endosantes el reembolso con los gastos de protesto y recambio; pero intentada la acción contra algunos de ellos no podrá dirigirla contra los demás sino en caso de insolvencia del demandado». Pero donde se percibe más claramente la distinción entre acción «directa» ejecutiva y «regresiva» ejecutiva es en el artículo 517 del Código de Comercio, donde se prevé que el portador dirija su acción contra el aceptante antes que contra el librador y endosantes; pero para conservar el portador la «acción ejecutiva regresiva» deberá proceder en la forma que se prevé en dicho precepto: «Si el portador de la letra protestada dirigiere su acción contra el aceptante antes que contra el librador y endosantes, hará notificar a todos ellos el protesto por medio de Notario público, dentro de los plazos señalados en la sección quinta de este título para recoger la aceptación, y si se dirigiere contra alguno de los segundos, hará dentro de los mismos plazos igual notificación a los demás. Los endosantes a quienes no se hiciere esta notificación quedarán exentos de responsabilidad, aun cuando el demandado resulte insolvente, y lo mismo se entenderá respecto del librador que probare haber hecho oportunamente provisión de fondos.»

Así queda establecido: «Si el portador de la letra dirigiere su acción—acción directa ejecutiva—contra el aceptante *antes* que contra el librador y endosantes—acción regresiva ejecutiva—, hará notificar a todos ellos el protesto; porque a los endosantes a quienes no se hiciere esta notificación quedarán exentos de responsabilidad, aun cuando el demandado resultare insolvente, y lo mismo se entenderá respecto del librador que probare haber hecho oportuna provisión de fondos en los términos establecidos en los artículos 456 y siguientes del Código de Comercio.

La acción cambiaria ordinaria se halla regulada en el inciso final del artículo 517 en relación con el 483. La acción que ejercite el tenedor en el supuesto del artículo 483 no es ejecutiva, pero sí cambiaria. Tiene su fundamento en la letra de cambio, y se extingue su derecho cuando se demuestra por el librador haber hecho oportuna provisión de fondos.

Y, por último, la acción de enriquecimiento derivada del artículo 460, párrafo segundo, del Código de Comercio, fundada en el mecanismo de las transmisiones de valor en la letra de cambio, y que se da en caso de letras perjudicadas y contra la persona que aparezca en descubierto de reembolso: «Si no hiciere esta prueba, reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiere sacado fuera de tiempo, mientras la letra no haya prescrito. Caso de hacer dicha prueba, pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él, en tanto que la letra no esté prescrita.»

a') *Acción regresiva.*—Es importante destacar, en razón al crédito personal agrario, tanto de renovación como de mejoramiento, cuya pago se haya fraccionado en diversas letras con vencimientos escalonados, el protesto de «mejor seguridad» que se prevé en el párrafo segundo del artículo 481 del Código de Comercio, cuando dispone que «también podrá el tenedor aunque tenga aceptada la letra por el librado, si éste hubiese dejado protestar otras aceptaciones, acudir antes del vencimiento a los indicados en ella, mediante protesto de mejor seguridad». Normalmente, las letras representativas de los pagos aplazados, al tiempo de la firma del contrato de concesión del crédito personal agrario, habrán sido aceptadas, pero el supuesto puede presentarse no sólo respecto de tales letras, sino incluso de otra u otras que le hubiesen sido giradas a su cargo por otro u otros acreedores.

La letra de cambio no se funda exclusivamente en la confianza derivada del artículo 480 del Código de Comercio, basada en la aceptación por el librado, sino en el hecho objetivo de que cuando llegue el vencimiento será abonada. Es el efecto que establecimos como básico del crédito personal agrario. El hecho de pago está garantizado, además, por todos los que signaron la letra. Así, el regreso es el uso de esa garantía cuando surgen circunstancias que hacen temer o adquirir el convencimiento de que no será pagada: falta de aceptación, insolvencia del librado y falta de pago. De lo expuesto se deducen dos clases de regreso, cuando sólo existe una incertidumbre sobre la falta de pago. Se produce el regreso de afianzamiento cuando se ha constatado la falta de pago, y surge el regreso de reembolso. En el primer supuesto, la acción de regreso de afianzamiento tiene como finalidad obtener una caución segura—confirmación—de que la letra a su vencimiento será debidamente atendida. En el segundo, comprobada la falta de formalidad del librado, se trata de obtener el pago. Se ha perdido la confianza en la letra y que a su vencimiento será atendida.

1') Al regreso por falta de aceptación—supuesto que permite sentar la presunción de que no será pagada a su vencimiento—se refiere

el artículo 481 del Código de Comercio. Previa su justificación con el oportuno protesto, podrá el tenedor *exigir* del librador o de cualquiera de los endosantes: a) que afiance a su satisfacción el valor de la letra; b) o que deposite su importe, y c) o que le reembolse con los gastos de protesto y recambio, descontado el rédito legal por el término que falte hasta el vencimiento.

GARRIGUES (71), sobre la base de los artículos 467, 519 y 520 del Código de Comercio, sienta la conclusión de que lo único realmente deducible del regreso por falta de aceptación es la obligación de afianzamiento por parte del librador o endosante. El derecho al reembolso de la letra es un derecho potestativo del obligado en vía de regreso, y en cierto modo implica una derogación del artículo 493, según el cual el portador de una letra no está obligado a percibir su importe antes del vencimiento. Esta derogación—continúa el profesor GARRIGUES—intenta armonizar los intereses del portador de la letra con los de las personas que garantizan su pago y desean verse libres de su compromiso desde el mismo momento en que ha fracasado la confianza que depositaron en el librado.»

Tratándose del «afianzamiento», éste deberá llevarse a efecto en los términos que se prevén en los artículos 439 a 442 del Código de Comercio y, subsidiariamente, en los 1.822 y siguientes del Código civil. En el supuesto de que no se encontrare fiador o no reuniera el designado las condiciones de idoneidad establecidas por el artículo 1.828 del Código civil, deberá llevarse a efecto el depósito del importe de la letra.

El tenedor de la letra que haga uso de la vía regresiva por falta de aceptación podrá dirigirse indistintamente contra el librador o cualquiera de los endosantes *sin necesidad de guardar orden alguno*. Sólo están excluidos los endosantes que hubiesen insertado la cláusula de «sin mi responsabilidad» (art. 467 del Código de Comercio), así como en el supuesto previsto en el artículo 463, ya que, por no transmitirse la propiedad de la letra, se conceptúa como una simple comisión de cobranza.

2') *Regreso en caso de insolvencia: falta de seguridad*.—Tiene lugar cuando el librado de una letra es declarado insolvente. El tenedor adquiere una convicción racional de que la letra no será satisfecha a su vencimiento. La declaración de insolvencia del librado opera un efecto sobre el negocio jurídico cambiario análogo al de las alteraciones extraordinarias que modifican el equilibrio de las prestaciones. Es decir: actúa como una cláusula *rebus sic stantibus*. Esta acción regresiva sólo

(71) Autor citado, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., tomo II, pág. 559.

es ejercitable cuando la insolvencia es posterior a la emisión de la letra. Se regula en el artículo 510 del Código de Comercio, al decir: «Si la persona a cuyo cargo se giró la letra—haya o no aceptado—se constituye en quiebra, *podrá protestarse por falta de pago* aun antes del vencimiento, y protestada, tendrá el portador expedido su derecho contra los responsables a las resultas de la letra.» Los pagos realizados por el librado serán nulos —arts. 878 del Código de Comercio y 1.912 y siguientes del Código civil, en relación con los 1.130 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Pero se nos plantea el problema de cuál será la actuación o contenido de este regreso, a favor del tenedor de la letra, contra los obligados en vía regresiva. Entendemos que tiene aplicación el artículo 481 del Código de Comercio con el sentido anteriormente expuesto. Cuestión que tiene importancia en relación con el crédito personal agrario y la concepción que hemos expuesto de la letra agraria.

3') *Regreso por falta de pago.*—Tiene lugar cuando se ha constatado de una manera fehaciente—protesto—la falta de pago de la letra a su vencimiento. Esta es la acción de regreso más frecuente, hasta el punto que absorbe a las anteriores. A ello se refiere el artículo 516 y el 517. Implica el derecho de reembolso del importe de la letra por el tenedor más los gastos de protesto y recambio, a ejercitar frente al librador o cualquiera de los endosantes.

b') *Su actuación.*—El derecho de regreso puede tener uno de estos cauces: 1.º) Requerimiento directo extrajudicial a uno de los obligados en vía regresiva, previa justificación de su actuar diligente; presentación de la letra para su aceptación, justificada la negativa con la presentación del protesto, o, en su caso de insolvencia, con el documento acreditativo de la declaración judicial de este estado más el protesto, o del protesto por falta de pago. 2.º) Acción ejecutiva en vía regresiva, que tiene su fundamentación en el artículo 521 del Código de Comercio, cuando en el supuesto anterior se negó el reembolso de la letra. Ya señalamos antes cómo, para que pueda darse esta acción, es condición indispensable se cumpla con los presupuestos—notificación—exigidos por el artículo 517; y 3.º) Cuenta o giro de resaca. El artículo 527 dispone: «El portador de una letra de cambio *protestada* podrá reembolsarse de su importe y gastos de protesto y recambio *girando una nueva letra* contra el librador o uno de los endosantes, y acompañando a este giro la letra original, el testimonio del protesto y la *cuenta de resaca.*»

La letra de resaca reúne los requisitos de cualquier otra letra, pero a la misma deberá acompañarse, como justificación de su emisión e

importe, la letra no atendida con el protesto correspondiente y la cuenta de aquellos gastos que específicamente se señalan en el artículo 527. Como peculiaridades de esta letra de resaca hay que destacar: la fecha de misión será la correspondiente a la que se haya formulado la cuenta de resaca; la época de su pago ha de ser precisamente a la vista, y la designación de la persona a cuyo cargo, en vía regresiva, se dirige o libre, que necesariamente será el librador o uno de los endosantes. Es decir: los obligados estrictos en vía regresiva. Si esta letra de resaca no se abona puede dar nacimiento a la acción cambiaria, basada precisamente en la fuerza de la letra primitiva que le sirve de base (72). El artículo 529 del Código de Comercio prevé que «no podrá hacerse más que una cuenta de resaca por cada letra de cambio, cuya cuenta satisfarán de uno en otro hasta que se extinga con el reembolso del librador».

Como característica especial, derivada de la naturaleza específica de la «solidaridad cambiaria», es que el pago realizado por un obligado en vía regresiva libera a los que están situados en la cadena de endosos con posterioridad al que pagó. El hecho de que pueda el tenedor de una letra dirigirse contra el librador o cualquiera de los endosantes, dice GARRIGUES (73), «no arguye la existencia de una verdadera solidaridad entre ellos. Ese derecho se concede al tenedor de la letra no porque sean solidarios entre sí el librador y los endosantes, sino porque aquél es acreedor de varias *deudas distintas*, tantas como firmas haya en la letra. No se trata, pues, de una concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación—hipótesis del art. 1.317 del Código civil—, sino de la concurrencia de varias obligaciones en un solo título». Así, la razón radica en que los firmantes de una letra no se obligan solidariamente al pago, sino que garantizan solidariamente ese pago; por esto, cuando un endosante anterior paga, se liberan los posteriores, ya que ante ellos garantiza el pago, y ese pago se ha efectuado por él.

Cada persona que adquiere la propiedad de la letra, cada obligación plasmada, es autónoma. Esa autonomía imprime juego distinto a la llamada «solidaridad cambiaria» frente a la solidaridad civil. Explica la

(72) Sobre la necesidad de protestar esta letra de resaca, VICENTE Y GELLA establece una doble distinción: *a)* Según que la acción se dirija contra uno de los que firmaron la letra primitiva, que dio lugar a la nueva de resaca, considera que no es preciso porque ya viene obligado a garantizar el pago de la letra originaria, y *b)* que si la letra de resaca es transmitida por sucesivos endosos, el que resulte tenedor de la misma deberá protestarla si ejercita la acción contra el librador o endosantes que le preceden, no cuando se dirija contra los que signaron la primera letra por la razón expuesta, ya que de «una nueva letra» se trata. Vid. autor citado, *Titulos de crédito* ... cit., págs. 157 y ss.

(73) Autor citado, *Tratado* ..., cit., tomo II, pág. 571.

posibilidad de que el librado pueda llegar a ser endosatario de la misma letra por él aceptada y que pueda nuevamente endosarla.

c') *Acción de enriquecimiento*.—La acción cambiaria ejecutiva directa o en vía regresiva puede perderse por múltiples causas: caducidad de la letra, falta de presentación a la aceptación cuando sea preciso, falta de levantamiento del protesto en caso de falta de pago, defectos formales del protesto, omisión de la notificación prevista en el artículo 517 para conservar la acción regresiva, etc. En todos estos casos, el tenedor de la letra no puede ejercitar acción cambiaria ejecutiva. Se plantea, pues, el problema de si el tenedor de una letra en estas condiciones queda desamparado. El Derecho Civil le otorga la acción de enriquecimiento. El Derecho Mercantil, la acción cambiaria ordinaria de reintegro.

Puede darse la circunstancia de que el librado no haya hecho provisión de fondos o haya saldado las cuentas que tuviera con el librado. En este caso, el librador habría obtenido un beneficio sin contraprestación por su parte. El artículo 483 del Código de Comercio, como antes vimos, sale al paso de una situación de esta naturaleza, y concede al poseedor de la letra una «acción cambiaria ordinaria» para reintegrarse exclusivamente del librador que no haya hecho provisión de fondos. Existiría un enriquecimiento sin causa, injusto, que al Derecho repugna (74). Nadie está obligado a sufrir un perjuicio en beneficio de otro (75).

(74) Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil...*, cit., tomo II, volumen II, págs. 603 y ss. El autor citado examina la clasificación que ERNST VON CAEMMERER establece sobre los supuestos de enriquecimiento injusto—página 617 de la obra citada—, distinguiendo los siguientes grupos:

a) La pretensión de que se restituya el contenido de una prestación que no tiene razón de subsistir (*Leistungskondiktion*). Su reconocimiento responde a la necesidad de proporcionar un correctivo a las perturbaciones que sufra el tráfico de bienes.

b) La pretensión de que se restituya el contenido de todo aprovechamiento indebido de bienes ajenos. En este sentido brinda protección contra los casos de intromisión, usurpación o violación de un derecho subjetivo (*Eingriffserwerb*).

c) Pretensión encaminada a lograr una justa distribución de cargos por medio de acciones de repetición subsiguientes a un pago de deuda ajena en todo o en parte (*Rückgriff*).

d) En cuarto lugar señala CAEMMERER un grupo de casos caracterizados por darse en ellos un cambio de derecho de disposición de la ley como en los casos de accesión. Esta categoría considera el mismo autor que no debe catalogarse entre los casos de enriquecimiento injusto.

e) Las pretensiones por razón de impensas o gastos hechos en propiedad ajena es otro grupo que constituye, según expresa el mismo autor, la *crux* del Derecho de enriquecimiento injusto.

f) En otro grupo incluye los casos en que el enriquecimiento se produce a consecuencia de una disposición gratuita en perjuicio de quien ostente un derecho de crédito fundado en una causa onerosa.

Existiría un enriquecimiento sin causa, injusto. Este enriquecimiento se habría operado, en definitiva, a costa del tenedor de la letra que no fue diligente. La pérdida de las acciones ejecutivas, directa y regresiva, es suficiente sanción a su negligencia cuando ésta fuera la causa, pero no debe afectar a su patrimonio, en tanto en cuanto no transcurran los plazos de prescripción extintiva establecidos.

El artículo 525 del Código de Comercio establece la acción de enriquecimiento: «No tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada por falta de presentación, protesto y su notificación en los plazos que van determinados, respecto del librador o endosantes, que, después de transcurridos dichos plazos, se hubiere saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor, o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia.» Esta acción se confirma también por el inciso final del artículo 517, respecto del librador que no hizo provisión.

La justicia intrínseca de estas acciones es clara. Su ejercitabilidad ha de ser dentro del cauce del procedimiento declarativo ordinario correspondiente. La importancia de esta cuestión en orden al crédito personal agrario es incuestionable, máxime cuando configuramos la cambial agraria como una subespecie de la cambial ordinaria.

Pero el problema que se plantea es en orden a la naturaleza de estas acciones. En principio, podría pensarse que la acción que el tenedor de una letra de estas características ejercitase, comoquiera que se basa en las relaciones derivadas de la misma letra, sería siempre una acción cambiaria. La trascendencia de la cuestión es fundamental, por razón del artículo 950 del Código de Comercio, que dispone: «Las acciones procedentes de letras de cambio se extinguirán a los tres años

g) La Versionsanspruch o acción procedente en el caso de que el beneficio económico de un contrato recaiga en quien no sea parte en el mismo (*actio de in rem verso*).

A continuación expresa que para él sólo existen tres grupos fundamentales de pretensiones por enriquecimiento injusto. Así: "En primer lugar incluimos los casos en que se circunscribe a dos personas (la que realiza la prestación y la que la recibe) el problema de saber si está justificada la prestación que entre ella ha tenido lugar. En segundo lugar, los supuestos en que un pago o prestación afecta a tres sujetos de derecho por cumplir uno de ellos la obligación que pesa sobre otro o por cumplirla el obligado a favor de quien no es acreedor. En tercer lugar, el examen de ciertas situaciones que también afectan a tres sujetos de derecho, pero no por quedar liberado uno de ellos de una obligación jurídica por razón del pago que ha tenido lugar entre los otros dos, sino por haber recibido materialmente aquél el beneficio o incremento de valor de la prestación; y, por último, incluye la *negociorum gestio*."

Sobre el enriquecimiento injusto se puede examinar la bibliografía que PUIG BRUTAU cita en la nota 39, pág. 615.

(75) Vid. JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

de su vencimiento, háyanse o no protestado.» No obstante, es preciso distinguir:

1.º Si la acción ejercitada es puramente cambiaria, la consecuencia es el plazo prescriptivo establecido en el artículo 950 citado.

2.º Si la acción es de enriquecimiento injusto, la conclusión a que hemos de llegar es de naturaleza diversa. Esta es una acción cuya causa próxima es la letra, y, en este sentido, habría que calificarla como cambiaria. Pero su origen es un enriquecimiento injusto que da nacimiento a una acción civil que sigue los trámites correspondientes del proceso ordinario y cuya fundamentación ha de tener por base la transmisión injusta de patrimonio. Esta transmisión injusta de patrimonio estará representada por la relación causal sin contraprestación. La Sentencia de 9 de febrero de 1948 coordinando intereses expone, con un espíritu de justicia y equilibrada valoración normativa, que este artículo (950 del Código de Comercio) alude a las acciones *cambiarías*, pero no al hecho de poder utilizarse la letra como antecedente de otro contrato.

Son cosas distintas la acción cambiaria y la acción causal. Si la letra de cambio es instrumento de cambio y crédito; si el endoso se considera como acto semejante a la emisión de una letra; si tanto la emisión como la transmisión de una letra tienen su basamento en una relación causal, el sujeto activo de la misma por aceptar como instrumento de pago una letra no renuncia a las consecuencias derivadas de esa relación causal. Es decir: por el hecho de entrar en el círculo cambiario no se opera la fusión de acción causal y cambiaria al amparo del artículo 950. Esta conclusión es inconciliable con su voluntad de obtener una garantía con la creación de la letra (76).

Así, las acciones que prescriben conforme al artículo 950 son las *cambiarías strictu sensu*, sean ejecutivas u ordinarias, pero no las que tienen su fundamentación en un «enriquecimiento sin causa» (77).

7. Transmisibilidad:

La forma peculiar de transmisión de los títulos a la orden es el endoso. La letra en cuanto título a la orden se transmite por el endoso. La letra de cambio agraria, como subespecie de la mercantil, se ha de transmitir por endoso.

(76) GARRIGUES, *Tratado* ..., cit., tomo II, pág. 580.

(77) Vid. sobre esta cuestión el epígrafe 4 que, bajo el título "Prestaciones contractuales que producen un beneficio a tercero", dedica PUIG BRUTAU en su *Fundamentos*..., cit., tomo II, vol. II, págs. 634 a 641.

El artículo 466 establece: «No podrán endosarse las letras no expedidas a la orden, ni las vencidas y perjudicadas.» Es terminante este precepto. El título a la orden está destinado a la circulación. Esta aptitud, es genuina manifestación, se logra con el endoso. La letra de cambio agraria movilizará el capital a través del endoso. El endoso imprimirá rapidez a las transmisiones, renovará la confianza en la agricultura, porque el tenedor de una letra de cambio agraria, a las garantías que representa la cadena de endosos, sabe se une la del librador, que cuenta, para el reembolso de su crédito, con un «privilegio» a su favor, pero que como cantidad de crédito, autorizada legalmente, habrá analizado las circunstancias subjetivas, objetivas y formales precisas y previas para la concesión del crédito que representa la cambial agraria. Con ello adquiere la confianza de que la letra será atendida por su aceptante en el momento del pago. Así, la aptitud de la letra agraria para la circulación es plena. La aceptación de esta letra por el capital privado será absoluta. Su función como medio de pago también alcanzará una gran difusión.

Cuando expresábamos la idea de la doble actuación de la buena fe, procedente de la concepción dominante en el Derecho de Obligaciones y en el Derecho de Cosas, respecto de los títulos de crédito, su confirmación está en el artículo 461 del Código de Comercio, ya que la propiedad de la obligación patrimonializada que se incorpora a un título se transmite por el endoso: «La propiedad de las letras de cambio se transferirá por endoso.»

Pero, si bien siempre el endoso implica transmisión de la letra, ésta no será siempre a título de propiedad. Pueden darse circunstancias en que el endoso cumpla una función de garantía, en virtud de la *vis a trativa*; puede darse la circunstancia de que se haya hecho a título de mandato, pero siempre habrá «tradición». No es posible llevar a efecto una comisión de cobranza (art. 463) sin que por el mandatario se presente el título. Es en el endoso donde se manifiesta ese concepto a que antes hacíamos referencia: no es bastante la forma escrita, caracterizada por su formalismo; es preciso la tradición. Constituyen presupuestos necesarios que han de ser coordinados. Es necesario la observancia de las formalidades legales exigibles por la letra mercantil, y las que apuntamos como especificadas de la letra agraria, con la cualidad que acredita al tenedor de la misma como titular legitimado para el ejercicio de los derechos incorporados a la misma. El artículo 492 del Código de Comercio dispone: «El portador de la letra que solicite su pago está obligado a acreditar al pagador la identidad de su persona por medio de documentos o convecinos que le conozcan o salgan garantes de su identidad.»

En endoso supone la transmisión de la letra y *legítima* al endosatario para el ejercicio de ciertos derechos. La agilización de la letra se consigue mediante el endoso. Con él se amplía el círculo de los obligados cambiarios. Pero no todos los endosos producen los mismos efectos. El endoso en propiedad es el verdadero y propio endoso, pues incorpora al endosatario en el ámbito cambiario como acreedor, con las obligaciones y derechos dimanantes del título. El endosatario adquiere un derecho autónomo. No un crédito subjetivo, personalizado en el endosante, sino la posición impersonal y objetiva que por el mismo se ostentaba: la de titular de la prestación patrimonializada incorporada al título (letra de cambio).

Para que este efecto se produzca es preciso: *a)* Que sea incondicional. La condición desvirtúa el endoso y, a nuestro juicio, lo hace nulo. Su eficacia no puede someterse a la realización de un suceso futuro e incierto. Indirectamente, se podría condicionar la misma letra, bien por el librador, bien por el mismo librado, en cuanto pueden ser endosatarios y endosantes, y como tales, podrían condicionar lo que antes—letra—no pudieron, desnaturalizando el contenido formal de la misma.

b) No puede ser parcial. Sería ir contra la letra misma. El endoso supone una renovación de la emisión. Del mandato de pago (78). El endoso lleva implícito una doble declaración: la transmisión de los derechos que el endosante ostenta y una promesa de pago. Por ello es incompatible con la transmisión parcial.

c) El endoso es un acto formal, como formal es la letra. Se exigen los requisitos del artículo 462. No obstante, los endosos firmados en blanco y aquellos en los que no se exprese el «valor» transferirán la propiedad de la letra y producirán el mismo efecto que si en ellos se hubiese escrito «valor recibido» (art. 465 del Código de Comercio). La posibilidad de un endoso de esta naturaleza es extraordinaria; basta la simple tenencia para la circulación de la letra, pero los sucesivos teneedores, al no constar en la letra, ya que no figuran en ella—endoso en blanco—, no se incorporan a ella como principales obligados. Pero para el ejercicio de los derechos derivados e incorporados a la letra deberá constar su nombre (núm. 1.º del art. 462).

d) Como consecuencia de lo anterior, debe hacerse el endoso a persona determinada. No se admite el endoso al portador. Sin embargo, ya hemos visto cómo no existe obstáculo para que el endoso se haga en blanco. En este caso, se puede decir que obra como un título al

(78) Basta para ello comparar los artículos 444 y 462 del Código de Comercio para deducir consecuencias.

portador, pero para el ejercicio de los derechos derivados de la letra, así como el cumplimiento de las obligaciones—notificación, requerimientos, protestos—, deberá hacerse constar el nombre de su tenedor actual. A lo expuesto es necesario adicionar que para que el endoso en blanco produzca el efecto traslativo de la propiedad se exige el requisito de la fecha, como consecuencia de la disposición terminante del artículo 463.

e) El endoso debe constar en la misma letra. Ello no es obstáculo para que pueda cederse la propiedad de la letra por otros medios; así «será lícita—dice el párrafo segundo del art. 466 del Código de Comercio—la transmisión de su propiedad por los medios reconocidos en el Derecho Común; y si, no obstante, se hiciere el endoso, no tendrá éste otra fuerza que la de una simple cesión».

La omisión de los requisitos exigidos por el Código respecto del endoso son objeto de valoración de diferente forma. La doctrina habla de los endosos irregulares: a) la falta de fecha, que, según el Código —artículo 463—, no transfiere la propiedad, entendiéndose como una simple comisión de cobranza, y b) cuando lo que se haya omitido sea la expresión de la cláusula valor, también transfiere la propiedad de la letra y se entiende como si se hubiere verificado con la cláusula «valor recibido».

Pero la omisión puede afectar a otros requisitos que no sean ni el valor ni la fecha. Si es la firma del endosante, es nulo. Si la omisión es la persona del endosatario, daría lugar a un endoso en blanco, para cuya validez habría que rellenar.

Ya hemos constatado la garantía que una letra de cambio ofrece y cómo es posible su configuración como cambial agraria y, por consiguiente, como instrumento apto para la circulación, por los efectos que del endoso pleno se derivan (79): traslativo, de garantía (80), y efectos de legitimación. Pero las cualidades intrínsecas de la letra de cambio no quedan limitadas con lo expuesto. El genio creador del hombre ha inventado un instrumento que puede calificarse, sin eufemismos, de perfecto. Por ello, en la concepción de la letra de cambio es necesario partir de este instrumento, adaptándolo a las especialidades derivadas

(79) Eludimos el examen de los endosos limitados igual que múltiples problemas que se plantean con el estudio de la letra, limitándonos, como venimos haciendo, a aquellos que afecten directamente al crédito personal agrario.

(84) Este efecto de garantía se expresa de modo terminante en el párrafo 1.º del artículo 467 del Código de Comercio: "El endoso producirá en todos y en cada uno de los endosantes la responsabilidad al afianzamiento del valor de la letra, en defecto de ser aceptada, y a su reembolso, con los gastos de protesto y recambio, si no fuera pagada a su vencimiento, con tal que las diligencias de presentación y protesto se hayan practicado en el tiempo y forma prescritos en este Código."

de las características que peculiarizan a la agricultura. Así se dotará al crédito agrario de un instrumento eficaz para su desarrollo, contribuyendo el desenvolvimiento del crédito en su modalidad personal.

La entidad concedente de un crédito personal agrario puede proceder a su utilización en la forma que más convenga para su política económica y financiera. Puede sustraer el título a la circulación, si lo estima oportuno, expidiéndola «no a la orden, o simplemente sin provocar la inhabilitación del título para la circulación, abstenerse de endosar.

No pueden ocultarse las indudables ventajas que ofrece un título de esta naturaleza, que admite la posibilidad de incorporación de múltiples personas en la letra asumiendo las más variadas obligaciones que reforzarán el resultado final de la letra: su pago.

Ya apuntamos la posibilidad de que determinadas personas, íntimamente vinculadas a la explotación agraria, puedan tener acceso a la letra de cambio, reforzando la garantía que la aceptación del beneficiario imprime a la misma. La letra de cambio agraria constituirá medio que permitirá la efectiva y real promoción del agro, evitando la participación de usureros y logreros.

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ

En torno al supuesto de deje de cuenta del art. 371 del Código de Comercio vigente

Al plantearse el tema del formalismo jurídico, BOBBIO, partiendo de la distinción entre validez y justicia, llega a la fórmula, que no es ningún descubrimiento, de que «una norma puede ser justa sin ser válida, y válida sin ser justa». Un ejemplo de norma válida, pero no justa, sería la que aparece en el artículo 371 de nuestro vigente Código de Comercio. Al menos, nuestra mejor doctrina mercantilista la ha venido calificando de norma no justa.

El artículo 371 reconoce al consignatario del contrato de transporte de cosas por tierra un derecho cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar. Es el denominado por el legislador «deje de cuenta», fórmula de valorar la indemnización por el retraso culpable del porteador en la entrega al consignatario de las mercaderías transportadas.

El artículo 371 del Código de Comercio dice así: «En los casos de retraso por culpa del porteador a que se refieren los artículos precedentes, el consignatario podrá dejar por cuenta de aquél los efectos transportados, comunicándoselo por escrito antes de la llegada al punto de su destino» (1). Este derecho o deje de cuenta, que bien pudiera

(1) "El porteador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario los efectos que hubiese recibido, por el sólo hecho de estar designado en la carta de porte; y de no hacerlo así es responsable de los per-

calificarse de privilegio para el consignatario, es, a la vez, una «obligación durísima», en términos de LANGLE, para el porteador. Obligación que nuestra doctrina mercantilista tradicional encuentra difícil de fundamentar dentro del régimen jurídico del cumplimiento de las obligaciones de nuestro Derecho positivo. Hasta el punto que en los Tratados de Derecho Mercantil es frecuente encontrar la petición de la reforma del precepto, puesto que, a juicio de nuestros autores, reconoce un derecho desorbitado al consignatario. Derecho que, como habremos de ver, carece de antecedentes en nuestro Derecho histórico. Y, según afirman también nuestros mercantilistas, en el Derecho comparado.

El hecho, sin embargo, de que los deseos de reforma del precepto no hayan hasta ahora prosperado y éste siga rigiendo nos lleva a cuestionarnos cuál pudo ser la *ratio legis* que decidió su inclusión en el Código de 1885. Y, si cabe, a sostener en términos de equidad una norma que parece a primera vista no ser justa.

I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DEJE DE CUENTA EN TEMA DE RETRASO EN LA ENTREGA DE LAS MERCADERIAS TRANSPORTADAS

No lo encontramos en nuestro Derecho hasta el Código de Comercio vigente. El viejo Código de Comercio de 1829 regulaba el supuesto de tardanza o retraso culposo en la entrega de las mercaderías transportadas en los siguientes términos: «Estando prefijado el plazo para la entrega, se habrá de verificar dentro de él, y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa; pero excediendo la tardanza del doble del tiempo del plazo convenido, además de esta indemnización pactada previamente, es responsable el porteador de los demás perjuicios que hubieran podido seguirse» (art. 226).

El más somero análisis de esta norma pone de relieve que está totalmente fundada la opinión expresada por el legislador en la Exposición de Motivos del Código vigente, de que este régimen del artículo 226 del

juicios que por ello se le ocasionen" (art. 368). Y artículo 370: "Habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros deberá hacerse dentro de él, y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa.

Código es un régimen «vago y contradictorio» que daba lugar a múltiples controversias en su aplicación práctica.

No contemplaba el caso de que no hubiese sido pactada indemnización para el retraso en la carta de porte. Y, sobre todo, era impreciso y contradictorio a la hora de establecer la indemnización. Insistimos en esto porque el legislador, a la hora de la reforma, pretende acabar, según literalmente nos dice, con las imprecisiones y contradicciones del de 1829.

Será, pues, en el Código de 1885 en donde por vez primera encontremos al deje de cuenta en la esfera del retraso culpable en el cumplimiento de la prestación de entrega de las mercaderías transportadas por el porteador. Es decir: dentro del régimen de cumplimiento de la obligación del porteador en el contrato de transporte de cosas por tierra de entregar la cosa en el término pactado.

¿Cuál fue la *ratio legis* de esta innovación? En la Exposición de motivos se nos dan una serie de argumentos para fundamentar la reforma. Argumentos con los que se intenta justificar la extensión a la esfera del retraso de una institución que aparecía en el régimen de entrega de los efectos transportados con averías. Se nos dice en primer término, ya lo hemos dicho en líneas anteriores, que se quiere acabar con las dudas que en este punto suscita el Código de 1829, se quiere terminar con la imprecisión a que daba lugar «la vaguedad y contradicción» del Código anterior. Y para esto se sustituye el régimen vigente por «disposiciones claras y equitativas», finalidad que, por lo que respecta a la equidad, estima unánimemente nuestra doctrina que no se cumplió. El retraso en la entrega, se sigue leyendo en la Exposición de Motivos, «desata la responsabilidad del porteador; dicha responsabilidad consistirá en pagar la indemnización pactada en la carta de porte». Si no hay pacto acerca de esta indemnización, habrá de abonar los perjuicios seguidos al consignatario por no haber hecho entrega de los efectos transportados al tiempo debido, contra lo que se prescribe en el Código antiguo, que exige un mayor retraso para que proceda la indemnización.

Pero, además de aclarar el régimen de indemnización, quiere el legislador, «para evitar dilaciones y gastos, para impedir la arbitrariedad, poner un límite a esta indemnización, disponiendo que en ningún caso exceda del precio corriente que los efectos transportados tendrían en el día y lugar en que debieron ser entregados». Disposición que rige también en tema de pérdidas y averías. «Y como en compensación a la tasa puesta a las reclamaciones inconsideradas del consignatario, el proyecto le otorga un derecho 'muy valioso' (!) de que hasta el presente ha carecido, el de hacer abandono de los efectos transportados en

favor del porteador, quien vendrá obligado a satisfacer su justa estimación como si realmente se hubiesen perdido o extraviado.»

El legislador, en definitiva, buscó establecer un procedimiento indemnizatorio rápido que impida la arbitrariedad, que sea límite, a su vez, de la pretensión de indemnización y que «signifique para las dos partes una ventaja», según sus propios términos. Idea que está dentro de los principios que inspira el derecho de obligaciones mercantil. No ha ido más allá. No ha calificado de insólito dentro de nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones al deje de cuenta. Y en ninguna parte habla de compraventa al hacer referencia al deje de cuenta.

Nuestra interpretación de los argumentos esgrimidos en la Exposición de Motivos, sin embargo, nos lleva a destacar algo que más tarde utilizaremos en la defensa de nuestra visión del artículo 371: «el porteador vendrá obligado a satisfacer su justa estimación (la de los objetos transportados) como si realmente se hubiesen perdido o extraviado». Hay una innegable equiparación del supuesto de retraso al de incumplimiento por pérdida o extravío de las cosas transportadas, que puede interpretarse como equiparación del retraso al incumplimiento de la prestación de entrega.

No volvemos a encontrar dentro de nuestro Derecho positivo al deje de cuenta ni en la esfera del transporte por mar ni por aire. De los términos del Código de Comercio cabe definir al deje de cuenta como el derecho concedido por la ley al consignatario en el contrato de transporte de cosas terrestre, en virtud del cual se le faculta para abandonar las mercancías transportadas a favor del porteador, percibiendo de éste el valor de las mismas.

La doctrina mercantil califica al deje de cuenta de medio evaluatorio de los daños y perjuicios sufridos por el retraso, dentro de la línea del criterio que se desprende de la Exposición de Motivos. Pero el deje de cuenta es también algo más que un medio evaluatorio, como habremos de ver (2).

II

EL DEJE DE CUENTA EN TEMA DE RETRASO EN EL DERECHO COMPARADO

En general, la doctrina española que se ocupa del deje de cuenta con una atención más allá de la crítica superficial y fácil, afirma que

(2) Pueden verse las obras de VICENTE Y GELLA, *Manual de Derecho Comparado*, pág. 158 de la edición 4.^a Y GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, pág. 242.

no se conoce una institución semejante al deje de cuenta por retraso en la entrega de las mercaderías transportadas en el Derecho comparado.

La afirmación, a mi juicio, sólo en parte es válida. Es necesario ver si cabe establecer analogías entre el deje de cuenta y otros regímenes de derecho que encontramos en otros ordenamientos jurídicos, cosa en la que no se detiene nuestra doctrina.

No he encontrado en el Derecho francés ni en el viejo Código de Comercio italiano una institución semejante ni siquiera en régimen jurídico que presente analogías con la solución de nuestro legislador. Pero creo que ofrece interés detenerse a analizar las soluciones de los Derechos alemán y suizo, porque pueden ayudarnos en el intento de comprensión de nuestro artículo 371.

En el Código suizo, de las obligaciones hay un precepto que equipara el supuesto de retraso al de pérdida o perecimiento de los objetos transportados. Es el artículo 448, que dice así: «El transportista es responsable, como en caso de pérdida y con las mismas reservas, de todo perjuicio resultante de la entrega tardía, de la avería o de la destrucción parcial de la cosa. A falta de pacto especial, la indemnización no podrá exceder de aquella que le sería reconocida en caso de pérdida total.» Y, a su vez, en el artículo 447 se establece: «Si la mercancía perece o se pierde, el transportista debe el valor total, a menos que pruebe que la pérdida o la destrucción total resulte de la naturaleza de la cosa, bien de una falta imputable al expendedor o al destinatario o de las instrucciones dadas...». El régimen, como significa también una equiparación del retardo a la pérdida y la valoración, puede ser, en su caso, la del total valor de la cosa, que es, además, límite de la indemnización cuando nada se ha pactado especialmente.

En el régimen de Derecho alemán, el artículo 429 se limita a establecer que el transportista responde del daño resultante de la falta de observancia del plazo para la entrega. Pero en el sistema general del Código civil se proyecta, en el tema del retraso, la doctrina del interés de la prestación. «Cuando, como consecuencia del retardo, la prestación deviene sin interés para el acreedor—dice el art. 286 del B. G. B.—, éste puede exigir los daños y perjuicios por incumplimiento, rehusando aceptar la prestación.» LARENZ sintetiza el sistema del Derecho alemán en los siguientes términos: «El acreedor puede, previa renuncia a la prestación, aún de posible cumplimiento, pedir indemnización de daños por incumplimiento cuando, a consecuencia de la mora, dicha prestación carece ya de interés para él. En tal caso puede exigir el ser

repuesto en la situación económica en que se hallaría si hubiera recibido la prestación completa y oportuna» (3).

A mi juicio, la solución entra dentro de la línea que en la realidad significa el deje de cuenta, equiparación del retraso al incumplimiento, aunque la mente del legislador alemán y la del español respondan a líneas dogmáticas diferentes. En el fondo, en el deje de cuenta no hay sino el reconocimiento de un hecho incontrovertible: el de que el cumplimiento tardío, aun permitiendo llevar a cabo la prestación, en este caso de entrega de los efectos transportados en perfecto estado, deja sin interés para el acreedor, consignatario, la prestación debida por el porteador.

Finalmente, no queremos dejar de constatar que el régimen del Código civil italiano de 1942 puede llevarnos a soluciones análogas a través de otra fórmula: la del término esencial. En el régimen de este Código, el supuesto de retraso en la entrega de las mercaderías no está regido por disposiciones singulares para el contrato de transporte, sino por los principios generales, siendo un supuesto de mora o de incumplimiento, como vamos a ver. Se distingue en el sistema italiano entre mora e incumplimiento, pero no en todo caso se mantiene la diferencia. Cuando se trata de obligaciones sometidas a término esencial, pactado en interés del acreedor, el retraso se equipara al incumplimiento (artículo 1.457). La esencialidad del término depende de la necesidad que tiene el acreedor no sólo de recibir la prestación, sino de recibirla *tempestivamente*, o sea en el momento pactado, en la mayoría de los casos, porque el acreedor tiene necesidad de la cosa para cumplir, a su vez, con otro sujeto acreedor suyo (así sucede, por ejemplo, en los contratos de Bolsa). La esencialidad del término, o resulta de la naturaleza del contrato, o se establece en el mismo por las partes en atención a una finalidad dada.

Son hipótesis en las que el retardo en el cumplimiento de la obligación vuelve inútil la eventual prestación tardía, de manera que el acreedor puede rehusarla. La regla no tiene lugar cuando el término se pacta en interés de las dos partes, ni en el caso, que la ley no contempla, de que se pacte término esencial en interés del deudor. Si el término no es esencial, no hay sino mora (4).

(3) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, pág. 351.

(4) MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1952. páginas 335 y ss.

III

EL DEJE DE CUENTA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO EN
MATERIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE
ENTREGA DEL PORTEADOR DE LOS EFECTOS
TRANSPORTADOS

En régimen de nuestro vigente Código de Comercio, las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario (art. 361). Como consecuencia, serán de cuenta y riesgo de él todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte por caso fortuito, fuerza mayor y vicio propio de las cosas. Excepción: el porteador es responsable de las pérdidas y averías que procedan de las causas expresadas en el artículo 361 cuando se probare que habían ocurrido por su culpa o negligencia. En estos casos, como el porteador está obligado a entregar los efectos cargados en el mismo estado en que se hallaban según la carta de porte, sin detrimento ni menoscabo alguno, el Código establece los siguientes supuestos de responsabilidad:

1) Pérdida de todos o parte de los efectos transportados: abonará el valor de los no entregados, según el que tuvieren en el punto en donde debió hacerse su entrega y en la época en que correspondía hacerla (artículo 363) (5).

2) Si habiéndose perdido sólo una parte de los efectos transportados los que quedaren no pudieren ser utilizados con independencia de los otros, el consignatario podrá rehusar hacerse cargo de los mismos. Hay un supuesto de deje de cuenta (363, 2.º).

3) Averías: *a)* Que las averías supusiesen únicamente una disminución de valor del género transportado: la obligación del porteador se reduce a la indemnización de la diferencia de valor sufrido (art. 364).

b) Que, por efecto de las averías, quedasen inútiles los géneros para su venta y consumo en los objetos propios de su uso: no está obligado el consignatario a recibirlos, y podrá dejarlos de cuenta del porteador, exigiéndole su valor al precio corriente de aquel día (art. 365).

(5) Es principio típico del régimen de obligaciones de Derecho Mercantil el de la limitación de la responsabilidad del porteador, quien sólo responde de la pérdida real, es decir, del precio de venta que las mercancías transportadas hubiesen tenido en el lugar de su destino. Lo que supone un privilegio para el porteador. Pero evita las dilaciones y complicaciones de una valoración subjetiva que va en contra de la rapidez del comercio

De este régimen cabe inducir la siguiente doctrina: La equiparación del deje de cuenta—pérdida de parte de los efectos transportados, cuando los que quedan no pueden ser utilizados con independencia de los otros—, y averías—que dejan inútiles los objetos transportados para su uso—, con el incumplimiento por pérdida total de la cosa. En estos casos, el porteador viene obligado a pagar el valor de los mismos al consignatario, valor medido por el que tendrían en el lugar y fecha en que debió de haberse llevado a cabo la entrega.

Es decir: doctrina del interés de la prestación, puesto que ni las mercaderías averiadas ni aquellas que se pretende entregar sólo en parte, cuando no pueden cumplir su fin con independencia de las que se perdieron, satisface el interés del consignatario. La solución está dentro de la que, a través de otras líneas dogmáticas, hemos visto reflejarse en los Códigos alemán e italiano.

No queremos dejar de poner de relieve aquí la opinión de VICENTE Y GELLA, que exprime en su *Curso de Derecho Mercantil comparado* (6). Parece que VICENTE Y GELLA, incluso, extiende el concepto de deje de cuenta al supuesto de pérdida total de las mercaderías transportadas, cuando escribe: «Por lo general, las legislaciones positivas coinciden lógicamente en aceptarlo (al deje de cuenta) en los casos de no entrega o inutilización absoluta, pero rechazan el concederlo en el caso de simple retraso. A mi juicio, hay un error de apreciación en el juicio del profesor GELLA. No puede hablarse de que cuando hay pérdida total de las mercancías transportadas haya un caso de deje de cuenta, ya que técnicamente el deje de cuenta consiste en la obligación para el consignatario de quedarse con las mercancías y abonar su valor. Hay, por el contrario, en el caso de pérdida total, un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega. Lo que sucede es que GELLA, implícitamente, está señalando algo que me importa destacar: que el deje de cuenta, en definitiva, significa una equiparación de la entrega defectuosa al incumplimiento de la prestación, porque la prestación defectuosa puede, como en los casos que especifican nuestros artículos 363, 2.º, y 365, llevarse a cabo, pero no satisface el interés del acreedor, en este caso consignatario. Y VICENTE Y GELLA dice se encuentra en el Derecho comparado «con soluciones análogas a las que en el nuestro se alcanzan a través del deje de cuenta». Pensemos en las que nosotros hemos analizado, aunque en tema de incumplimiento por retraso, pero que responden en esos regímenes examinados a los principios generales sobre incumplimiento de la obligación.

(6) Página 518 del *Curso de Derecho Mercantil Comparado*.

IV

EL DEJE DE CUENTA EN EL CASO DE RETARDO EN LA ENTREGA DE LOS EFECTOS TRANSPORTADOS, EN NUESTRO CODIGO DE COMERCIO

He querido destacar el régimen del deje de cuenta en la esfera del cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega, que no es sino la repetición de aquel que ya aparece en el viejo Código de 1829. En este Código, en su artículo 215, se establecía que «si por efecto de las averías quedasen inútiles los géneros para su venta o consumo de los objetos propios de su uso, no estará obligado el consignatario a recibirlos, y podrá dejarlos por cuenta del porteador, exigiéndole su valor al precio corriente de aquel día.

Cuando entre los géneros averiados se hallen algunas piezas que estén en buen estado y sin defecto alguno, tendrá lugar la disposición anterior respecto a los deteriorados, y el consignatario recibirá los que estén ilesos, haciéndose esta segregación por piezas distintas y sueltas, y sin que por ella se divida en partes un mismo objeto.»

Y he querido destacarlo porque, en definitiva, el legislador del Código vigente no «descubrió» el deje de cuenta; lo único que hizo fue reconocer también este derecho extraordinario, según él, al caso del retardo culposo en la entrega de las mercaderías transportadas. ¿Quiere decirse con eso que pretendió equiparar el retraso al incumplimiento? Cuando menos, no es esto lo que se infiere de la Exposición de Motivos, como recordaremos. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que en nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones se distingue entre incumplimiento y mora. Al menos, la doctrina que pudiéramos llamar tradicional sostiene esta distinción. Se dice: «La mora es sólo el simple retraso que deja subsistente la posibilidad de realizar la prestación prevista específicamente; es un incumplimiento sólo en cuanto al tiempo, que no autoriza al acreedor a rechazar la prestación tardía, sino sólo para reclamar los daños que por el retraso se le causen.» Esto escribe el profesor GARRIGUES en su *Curso de Derecho Mercantil* (7). Aunque después reconoce que la «especialidad mercantil de la responsabilidad del porteador (aparte de la limitación objetiva de la indemnización en caso de incumplimiento) consiste en la equiparación a voluntad del consignatario, de los efectos de la mora a los del incumplimiento total», «la ley presume la pérdida (art. 371, 1.º y 2.º) y per-

(7) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 237.

mite exigir al porteador su total importe como si se hubiera perdido» (8).

Una tesis distinta se abre paso en nuestra doctrina más moderna. Y así, para DÍEZ PICAZO es un tópico común y generalizado el de que «el mero retraso» no equivale al incumplimiento de la obligación. Esta afirmación, pone de relieve, ha nacido de un error de interpretación de la doctrina jurisprudencial en tema de incumplimiento. Nuestros autores no se ocuparon de analizar y puntualizar las resoluciones jurisprudenciales; de lo contrario, habrían llegado a una conclusión, en parte, distinta. Lo que el Tribunal Supremo ha dicho es otra cosa. En términos de nuestro más alto Tribunal, «*el mero retraso no es en algunos casos equivalente al incumplimiento*» (9). «De esta suerte parece que hay algunos casos en que el retraso es equivalente—a efectos de la acción resolutoria—al incumplimiento verdadero y propio, y otros casos en que no lo es.» Lo que sí que no es fácil, advierte este autor, es decidir cuándo y porqué se produce esta equivalencia. En la esfera del Derecho Mercantil, que a nosotros especialmente importa, hay ciertos supuestos en los que el término es esencial, de tal manera, que la prestación se habrá de cumplir en el día fijado, o nunca. «La falta de cumplimiento en tal fecha exacta produce la resolución del contrato, o sea, origina que el vínculo jurídico quede desatado y se vuelva a la situación que existía antes de ser contraído.» Lo que, siguiendo la línea de pensamiento de nuestra doctrina mercantil, por ejemplo, puede resumirse diciendo, como LANGLE, que «la esencialidad del término significa que el acreedor tiene derecho a rechazar el cumplimiento tardío dando el contrato por resuelto» (10).

Con frecuencia he pensado en el más sencillo de los casos que pueden darse en la esfera de la contratación mercantil: el del comerciante que ha adquirido las mercancías, que, a su vez, debe en fecha determinada entregar a su acreedor porque las ha adquirido para su reventa. Si las recibe en cualquier otra fecha a aquella estipulada en atención a su propia obligación de cumplimiento, la prestación es posible, pero no satisface su interés. Hay un caso indiscutible de incumplimiento de la obligación.

Podemos seguidamente cuestionarnos cómo se ha proyectado el deje de cuenta en nuestro Código de Comercio en el régimen del retraso cul-

(8) *Id.*, *op. cit.*, págs. 238 y 242.

(9) DÍEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, Madrid, 1960, separata del "Anuario de Derecho Civil". Y *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 610 y ss.

(10) LANGLE, *op. cit.*, págs. 14 y 15 del tomo III.

pable. Aparece, como vimos, en el artículo 371. Este precepto atribuye al consignatario de las cosas transportadas, para el caso de que éstas le sean entregadas con retraso culpable, una doble posibilidad. Puede el consignatario recibir las mercancías entregadas fuera de tiempo, en cuyo caso el artículo 371, párrafo segundo, regula el régimen de indemnización por el retraso, estableciendo el límite de la misma. En este caso, la indemnización lo es por demora.

La segunda posibilidad es el reconocimiento de un derecho llamado por el legislador «deje de cuenta» o abandono, por el cual el consignatario recibe del porteador el importe total de los efectos como si éstos se hubieren perdido o extraviado, quedándose el porteador con los mismos.

El ejercicio de este derecho de abandono está sometido a una serie de condiciones que lo limitan. En primer término, el derecho de abandono no juega en todo caso, siendo una facultad excepcional para nuestro legislador, para nuestro Tribunal Supremo y para nuestra doctrina, se aplica con carácter restringido.

El deje de cuenta es un remedio subsidiario, que sólo puede actuarse cuando no se ha pactado indemnización para el caso de retardo en la entrega de las mercaderías, como se infiere del artículo 370 y ha declarado en más de una ocasión el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia de 15 de octubre de 1924. Y es un derecho cuyo ejercicio está sometido a una serie de requisitos o condiciones. Requisitos que tienen su justificación, según la doctrina, en su naturaleza excepcional dentro de nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones.

Son condiciones sin las que no tienen lugar:

1) Que el retraso en la entrega de las mercaderías sea consecuencia de la culpa o negligencia del porteador. Así lo establece expresamente el artículo 371 y así lo ha reconocido una abundante jurisprudencia, entre otras la Sentencia de 30 de junio de 1925.

2) Es preciso que haya expirado el plazo pactado para la entrega, «habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros habrá de hacerse dentro de él...» (art. 370 y Sentencia de 15 de noviembre de 1921 entre otras).

3) El artículo 371 exige, además, que para que pueda tener lugar el deje de cuenta: a) habrá de comunicar el consignatario al porteador el ejercicio del derecho de abandono, *por escrito y antes de la llegada de las mercaderías al punto de destino*. Requisitos confirmados en repetidas ocasiones por el Tribunal Supremo (así en las Sentencias de

15 de noviembre de 1921, 26 de febrero de 1926 y 30 de junio de 1925) (11).

El ejercicio del derecho de abandono por el consignatario da lugar a una obligación para el porteador, la de quedarse con las mercancías transportadas abonando «el total importe de los efectos como si se hubiesen perdido o extraviado», según nos dice el mismo artículo 371. El valor de los efectos no es aquel que tuvieren para el consignatario, sino que, como es principio general en la esfera de las obligaciones mercantiles, está objetivamente determinado, es el precio que aquéllos tendrían de haberse vendido en el día y lugar en que hubieron de entregarse. Numerosos fallos del Tribunal Supremo abundan en esta doctrina del Código de Comercio: así las Sentencias de 27 de noviembre de 1924 y 26 de junio de 1930.

Dentro de este orden de ideas que acabamos de exponer, nos encontramos también con el criterio restrictivo para su aplicación que recogen tanto el Tribunal Supremo como nuestros mercantilistas. Dada, repetimos, su naturaleza excepcional, a juicio de los mismos, no tendrá lugar sino cuando concurren todos los requisitos examinados y no se extenderá a otros supuestos sino a aquellos para los que la ley lo estableció expresamente, es decir, en los casos contemplados en los artículos 363, 2.º; 365, 2.º, y 371. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1925, declaró que el deje de cuenta es de aplicación restrictiva a los transportes mercantiles, «... sin que tal derecho de rehúsa pueda ser aplicado a actos de otra naturaleza en los que por no dominar con tanta intención el ánimo de lucro rigen disposiciones de menor severidad». La tesis del Tribunal Supremo abona la doctrina del interés de la prestación, al distinguir entre la distinta naturaleza del transporte civil y mercantil destacando como el fin de lucro que inspira la relación mercantil impone un distinto régimen más severo, yo diría más riguroso, pues viene a aplicarse a finalidades diversas.

(11) Dentro de esta doctrina nuestros mercantilistas concluyen el criterio restrictivo con que debe ser aplicado el deje de cuenta en tema de retardo en la entrega. URÍA lo piensa sometidos a: 1) Cuando el contrato haya establecido plazo para la entrega; 2) cuando sin el plazo se trate de un retraso culposo, notoriamente incompatible con los usos mercantiles y las exigencias del tráfico; 3) que en todo caso deba de llevarse a cabo ANTES de la llegada de los efectos transportados al punto de destino. URÍA insiste en este punto en atención a un fallo del Tribunal Supremo, en el que a primera vista parecía haberse admitido un caso de deje de cuenta en el que no se cumplía esta condición. Pero es necesario poner de relieve que la Sentencia de 16 de marzo de 1926 si reputó válido un deje de cuenta ejercitado después de la llegada de las mercancías a su destino, es porque en aquel caso se daba la circunstancia de que el consignatario ignoraba este hecho, con lo que entendió que seguía cumpliéndose el espíritu del artículo 371, pág. 501 de su *Manual de Derecho Mercantil*, citado.

Abundando en el ejemplo que en líneas anteriores expusimos, el transporte mercantil, por regla general, impondrá la necesidad del incumplimiento del plazo de entrega para que quede satisfecho el interés del acreedor del transporte. En el transporte civil, por el contrario, será regla general que la entrega de los objetos transportados fuera del plazo estipulado no torna imposible la satisfacción de la prestación.

Todavía en esta línea de ideas, que intento ir destacando en apoyo de mi tesis final, quisiera aportar un argumento más. Sólo que debo hacer una salvedad: la de que debo confesar el desconocimiento de «primera mano» de la fuente a que me voy a referir. Recoge el profesor VICENTE Y GELLA en una nota a pie de página que aparece en su *Manual de Derecho Mercantil comparado*, en el que dedica algún interés especial al deje de cuenta, una Orden ministerial de 9 de agosto de 1958, que yo no he podido encontrar, que no se cita por ningún otro autor y que, según VICENTE Y GELLA, «viene a atenuar el régimen del artículo 371. Según esta norma, el derecho de rehúsa o deje de cuenta sólo podrá ejercitarse cuando el tiempo empleado exceda del duplo ordinario o normal más sobre el plazo que en su caso establezca la tarifa de aplicación. Para los retrasos inferiores, esta norma concede al destinatario una indemnización que se calcula en relación con los portes y según el tiempo de retraso producido. Por excepción, el derecho de rehúsa podrá ejercitarse al término del plazo ordinario más el sobreplazo cuando se trata de pescado fresco, ganado vacuno, cabrío, de cerda, hortalizas frescas y frutas y legumbres frescas». Recojo esta norma fundada en la autoridad del señor VICENTE Y GELLA, porque abona en la intención del que la dictó la tesis que yo sostengo.

V

NATURALEZA JURIDICA DEL DEJE DE CUENTA

El artículo 371 concede al consignatario, acreedor del transporte, un derecho: el de exigir al porteador el valor de las cosas transportadas, abandonándoselos. A la vez, impone una obligación para el consignatario: la de tener que quedarse con las cosas transportadas, abonando el valor de las mismas al consignatario.

El derecho y la obligación, respectivamente, del consignatario y del porteador no nacen del contrato de transporte, sino de la ley. Este derecho, nacido del artículo 371, es un derecho anómalo, para nuestra doctrina, de difícil fundamentación. Y con rara unanimidad, el Tri-

bunal Supremo y los autores que hemos consultado califican al deje de cuenta como una compraventa o como una compraventa forzosa. Es seguramente esta solución la más sencilla. El porteador se ve obligado a comprar los efectos transportados al consignatario; hay una venta en la que el legislador impone, además, el límite del precio a pagar por las mercancías. Seguramente es el Tribunal Supremo el que inicia esta doctrina, pues hay una vieja Sentencia de 10 de diciembre de 1894, citada por casi todos los autores que se ocupan, aunque sea incidentalmente, del tema, que así la califica. «Implica—dice el Tribunal Supremo—el deje de cuenta una verdadera venta forzosa, por virtud de la cual el porteador queda dueño de la cosa abandonada y obligado a pagar su justo precio al consignatario.» Este criterio lo recoge GAY DE MONTELLA. Nuestra doctrina posterior también participa del mismo. A mi juicio, no es ocioso recoger estas opiniones, aun cuando, repito, sean uniformes. VICENTE Y GELLA la califica de «venta forzosa impuesta por la ley, y en virtud de ella, la empresa que se encargó del acarreo deviene propietaria de las cosas transportadas, con la obligación de abonar al interesado el valor total de los efectos como si se hubiesen perdido o extraviado». Añade que «es también un medio de evaluar daños y perjuicios». Y también esto es repetido por los demás autores (12). URÍA, ratificándose en esta línea de pensamiento, escribe: «La consecuencia del abandono es que el porteador deberá satisfacer el total importe de los géneros inutilizados o no entregados a su debido tiempo.» «Implica, en definitiva, una especie de venta forzosa, que resulta, sin duda, excesivamente gravosa para el consignatario» (13). LANGLE entiende que es «un derecho durísimo, porque equivale a comprar a la fuerza las mercancías que él no necesitaba» (14). Hay en los términos de LANGLE como una reserva a calificarlo abiertamente de venta, quizá porque es LANGLE uno de nuestros mercantilistas más conocedores del Derecho Civil; cuando menos, de los que más piensan las instituciones mercantiles dentro del marco único de un Derecho privado. El doctor GARRIGUES califica al derecho de abandono o deje de cuenta como «verdadera venta forzosa de la mercancía por el porteador, la cual excluye, por tanto, toda otra indemnización» (15).

Pese a la rara unanimidad de nuestra doctrina mercantil, y pese a la autoridad de nuestro Tribunal Supremo, no creo, sin embargo, que sea defendible la concepción del deje de cuenta como una compraventa forzosa. A esta idea les ha conducido el que los efectos de la compra-

(12) VICENTE Y GELLA, *op. cit.*, pág. 158.

(13) URÍA, *op. cit.*, pág. 501.

(14) LANGLE, *op. cit.*

(15) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 242.

venta y los del derecho que el artículo 371 establece son los mismos: el porteador adquiere una cosa que paga al consignatario. Pero aquí terminan las analogías. La doctrina de la omnipotencia del legislador no puede cambiar la naturaleza de las instituciones. Decía bien WELZEL cuando afirmaba que era sólo el pecado del positivismo. La declaración contenida en el artículo 371 no puede decidir que entre consignatario y porteador tenga lugar una venta forzosa de los efectos transportados (16). Por otra parte, yo no recuerdo que en la Exposición de Motivos se hable de compraventa forzosa cuando se comenta el deje de cuenta.

En mi modestísima opinión, y frente a tanta autoridad, creo que no es posible sostener que el derecho llamado deje de cuenta por el legislador pueda calificarse de compraventa ni siquiera forzosa. Hay términos que son irreductibles. La compraventa supone siempre un acuerdo de voluntades libremente emitidas que no existe en el caso del deje de cuenta, en el que el portador no es libre para aceptar o no los bienes transportados por él y abonar su precio al consignatario. Es el consignatario el que, facultado por la ley para abandonar las mercancías transportadas, exigiendo su valor al porteador, o aceptarlas exigiendo la indemnización por los daños originados por el retraso, da lugar a que surja, a su vez, la obligación para el porteador de quedárselas y abonar su precio. Este «derecho de opción» (como lo ha calificado el Tribunal Supremo) puede originar simplemente, cuando se decide por el abandono, la obligación del porteador. Si la doctrina española califica de durísimo este derecho de deje de cuenta, mirándolo con recelo, debería haberse cuestionado si tendrían que aplicarse, con una posible agravación de la situación del porteador, las normas de la compraventa.

Pero, además, es necesario cuestionarnos, antes de calificarlo de compraventa forzosa, si verdaderamente cabe hablar de tales compraventas.

No es nueva la idea de la compraventa forzosa, porque no lo es la de los contratos forzosos. Siempre que nos encontramos con situaciones que, en distinta medida, imponen la necesidad de contratar, se ha hablado de contrato forzoso. Es típico el ejemplo del médico, al que, no habiendo otro a quien recurrir, se «obliga» a atender a un enfermo. Sin embargo, será en nuestros días cuando cobre fuerza la idea de los «contratos forzosos». Son las nuevas circunstancias socioeconómicas —como ahora tanto gusta decirse— las que impondrán la necesidad de estudiar el fenómeno. El dirigismo y la masificación se proyectan en la

(16) HANS WELZEL, *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Córdoba, 1962.

esfera de la contratación tradicionalmente abandonada a la libre iniciativa de los particulares, limitando la autonomía de la voluntad, imponiendo, en cierta medida cuando menos, el contenido de los contratos. Todo esto lleva, por la línea del menor esfuerzo, hasta la idea de «contratos forzosos». No quiero que sea mi opinión desnuda de autoridad la que se oponga a un criterio mantenido por una brillante doctrina; por eso voy aquí a referirme a dos autores que con absoluto conocimiento de causa han llevado a cabo la crítica de esta figura: el contrato forzoso.

MOREL estudia los contratos forzosos, y para él sólo hay contrato forzoso cuando se impone el contrato a una persona al margen de toda oferta por parte suya y en provecho de una persona determinada (17). Pero hay todavía más: «... hay muchos casos en los que, sin que haya existido jamás contrato entre las partes, la ley establece entre ciertas personas una relación a la que atribuye carácter contractual». Esta es la que califica de relación contractual de carácter legal (18). El profesor DÍEZ PICAZO va más allá en su estudio de los contratos forzosos. Para este autor no cabe hablar de contrato sino cuando dos personas, voluntaria y autónomamente, acuerdan crear entre ellas una relación jurídica. La relación jurídica que nace de él, es su efecto, es una realidad nueva. Donde hay imposición no puede hablarse de contrato. Cuando no existe acuerdo de voluntades y la voluntad de una de las partes, o la de ambas, se desconoce, y pese a ello nace una relación jurídica, habrá otra cosa, pero no contrato. Para DÍEZ PICAZO tampoco puede aceptarse el concepto exprimido por MOREL de «relaciones contractuales de origen legal», ya que existe una contradicción entre legal y contractual. Si ambas hacen referencia a su origen, se excluyen. Es necesario distinguir entre contrato y relación jurídica para comprender el fenómeno. El contrato es un acto privado mediante el cual se crean relaciones jurídicas bilateral y voluntariamente; es una especie del *genus* negocio jurídico, que continúa siendo la forma más importante de creación de las relaciones privadas. Pero, junto al contrato, al negocio jurídico, hay muchas otras formas de constitución forzosa de relaciones jurídicas. Relaciones idénticas a las que nacen del contrato, variando sólo la fuente de producción, voluntaria en un caso, forzosa en otro. Acto de constitución y relación constituida son estruc-

(17) MOREL, *Le contrat imposée*, en "Le droit privé français milieau du XIX siècle", París, 1951, pág. 124. De acuerdo con la doctrina de MOREL, el deje de cuenta sería una relación contractual de origen legal. Consignatario y porteador vendrían obligados a constituir una relación de compraventa por imposición del artículo 371.

(18) DÍEZ PICAZO, *Los llamados contratos forzosos*, en "Anuario de Derecho Civil", 1956, págs. 100 y 101.

tural y funcionalmente distintas. La constitución es un acto y la relación una situación, un estado (19). Dentro de esta línea de principios, el negocio jurídico es el acto de constitución voluntaria y autónoma de las relaciones jurídicas. En los casos de constitución forzosa no se tiene en cuenta la voluntad de sus titulares, sino que hay una voluntad superior que se impone, y las partes tienen que acatarla.

Finalmente, se señalan varios tipos de «forzosidad». Hay relaciones unilateralmente forzosas cuando el mandato es solicitado, instado por uno de los sujetos, que podemos llamar sujeto activo. El segundo sujeto no interviene, no se tiene en cuenta su voluntad. Dentro de este orden de relaciones cabría incluir al deje de cuenta. Relación unilateral forzosa que nace de un imperativo legal, pero sólo en cuanto que es instada por una de las partes: el consignatario. Y, al ejercitar éste su derecho, da lugar a unos efectos que se imponen a la voluntad del porteador, del obligado. Por otra parte, abundaría en esta posición el hecho de que el deje de cuenta es una facultad limitada, condicionada por la ley. Es también en este aspecto una facultad legal que se reconoce al consignatario.

No obstante lo sugestivo de la construcción que, acogiéndonos a la doctrina de DÍEZ PICAZO, podríamos concluir, yo, personalmente, creo que el deje de cuenta es otra cosa. Que hay que pensarlo dentro del sistema de cumplimiento de las obligaciones.

VI

CRITICA DEL DEJE DE CUENTA Y DE LA DOCTRINA EN TORNO AL MISMO

Seguramente sin mucho acierto he intentado ir destacando a lo largo de mi estudio sobre el deje de cuenta aquellos criterios del propio legislador, expuestos en la Exposición de Motivos del Tribunal Supremo y de la doctrina, con los que no estoy de acuerdo. Y aquellos que pueden de algún modo venir a fundamentar mi propia posición sobre esta institución jurídica. No quisiera reincidir en los mismos sino sólo en la medida en que fuera absolutamente necesario hacerlo.

El análisis y la reflexión sobre el artículo 371 me llevan a conclusiones que están encuadradas en una dogmática diferente a la tradi-

(19) Ver DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil*, pág. 90.

cionalmente mantenida por la doctrina sobre retraso e incumplimiento, como ya he hecho notar en algunos lugares de este trabajo.

En primer lugar, creo que no es posible sostener en términos absolutos, como se ha venido haciendo, la falta de equidad del artículo 371. Lo grave de este precepto no es que otorgue ese derecho de abandono al consignatario, sino que se lo reconozca en todo caso, como parece desprenderse del tenor literal del mismo. Y esto porque, aun dentro de la hipótesis del retraso culpable, es necesario distinguir también en buena doctrina entre retraso que permite todavía, con el cumplimiento tardío, la satisfacción del interés del acreedor, y retraso en que el cumplimiento tardío torna inoperante la prestación.

En segundo lugar, no puedo participar de la tesis que concibe al deje de cuenta en tema de retraso como un derecho anómalo dentro de nuestro sistema positivo. No. Al deje de cuenta es necesario pensarlo precisamente encuadrado dentro del sistema de cumplimiento de las obligaciones, cosa que han olvidado los autores, aunque no han dejado de afirmar que es «un medio de evaluación de los daños y perjuicios sufridos por el retraso en la entrega de los efectos transportados» (20).

El deje de cuenta aparece en tres ocasiones en nuestro Derecho positivo, las tres en el régimen del cumplimiento de la obligación de entrega de las cosas transportadas, y esto porque responde a la mecánica de este contrato, como habremos de ver seguidamente. Es la fórmula legal en que se traducen tres supuestos de incumplimiento de la obligación de entrega del porteador. En el primer caso (arts. 360, 2.º, y 365, 2.º), se trata de los supuestos de averías debidas a culpa y negligencia del porteador, averías que dejan inútiles los géneros para su venta y consumo en los objetos propios de su uso, y de entrega parcial de los efectos transportados cuando no puede utilizarlos con independencia de los otros. El legislador, al reconocer el deje de cuenta, no hace sino reconocer la equiparación de la entrega parcial o con averías a la falta de entrega y establecer el modo de evaluar el daño. En el segundo, retraso culpable en la entrega, también hay equiparación del retraso en la entrega al incumplimiento. El hecho de que el derecho concedido al consignatario sea opcional no hace sino confirmar la tesis. Es el consignatario el único que puede decidir si todavía le interesa o no el recibir las mercancías fuera del plazo pactado en el contrato, y si le interesa o no aceptar el cumplimiento de la prestación tardía. En este caso, el criterio por nosotros sostenido entra plenamente en la doctrina del retraso que en su momento expusimos. El retraso

(20) Basta leer las obras citadas de GARRIGUES, LANGLE, VICENTE Y GELLA y URÍA.

algunas veces es equivalente al incumplimiento. En la esfera de las obligaciones mercantiles está reconocido el principio del término esencial. Si bien no es sostenible el que en todo caso haya de tener el término en las obligaciones mercantiles este carácter—aunque, como acertadamente mantiene VICENTE Y GELLA, sería más acorde con la naturaleza de las relaciones mercantiles que lo fuera siempre—, hay supuestos específicos que son de término esencial. Y uno de ellos lo sería el contemplado por el artículo 371: la entrega con retraso de las mercancías transportadas cuando se ha fijado un término para la misma. Si las partes fijan un término para la entrega, por regla general, para el consignatario habrá un interés en recibirlas dentro de ese plazo. Si ejerce el derecho de dejar de cuenta, no viene sino a confirmar que el término para la entrega tenía para él este carácter. La entrega tardía habrá frustrado el fin del contrato de compra que llevó a cabo el consignatario, pues las mercancías transportadas fueron adquiridas por la necesidad de poseerlas en la fecha estipulada en el contrato de transporte.

Finalmente, vamos a detenernos en lo que de especialidad tiene el dejar de cuenta. El contrato de transporte terrestre es un contrato de arrendamiento de obra, por el cual el porteador se obliga a ejecutar el transporte de las mercancías de acuerdo con lo estipulado en la carta de porte. El incumplimiento del contrato supone, en el caso del retardo en la entrega, cuando el término es esencial, una causa de resolución del contrato. Y éste, hemos dicho, parece ser el supuesto del artículo 371. El consignatario exigiría, como en el caso de pérdida, el valor de los objetos transportados. Pero como, dada la naturaleza del transporte, incide en su cumplimiento la relación del consignatario con las cosas transportadas—que le pertenecen—, si ha de exigir el valor de las mismas, puesto que ya no le interesa recibirlas fuera del plazo estipulado en el contrato, habrá de abandonarlas al porteador, lógicamente, ya que, de lo contrario, tendría las mercancías y el valor de las mismas. Esto es lo que el dejar de cuenta significa, la fórmula que exige el contrato de transporte para que pueda tener lugar en el caso de retardo culpable, el régimen del incumplimiento de la obligación del porteador de entrega, la resolución del contrato por incumplimiento.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor adjunto de Derecho Civil

Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad ⁽¹⁾

SUMARIO: *Aspecto general:* A) Concepto y clases. B) Fuentes y Derecho comparado. C) Naturaleza jurídica. D) Importancia de la institución.—*Parte especial: su relación con el Registro de la Propiedad:* A) Certificación registral de titularidad y cargas. B) Inmatriculación y tracto sucesivo. C) Reunión o agrupación y segregación. D) Cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real. E) Estatuto de limitaciones.

La institución de la reparcelación urbanística es una de las más importantes y sugestivas del nuevo Derecho Urbanístico. Determinados problemas de la misma tienen entidad suficiente para ser por sí solos objeto de una ponencia especial. Hoy me propongo únicamente dar una idea global de la figura, sin perjuicio de ofrecer mi colaboración para estudios posteriores más concretos.

Siguiendo el esquema, voy a distinguir una parte «general» o de teoría general de derecho y una parte «especial» o relativa a algunas de las cuestiones planteadas en su relación con el Registro de la Propiedad, deteniéndome, sobre todo, en el estudio de este segundo aspecto, por estimarlo de más interés inmediato para los compañeros que me escuchan.

Veamos la parte que he llamado «general»:

(1) Ponencia del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca. Curso 1969-70.

I. ASPECTO GENERAL

A) REPARCELACION: CONCEPTO Y CLASES

CONCEPTO

Para llegar a un concepto de la reparcelación será conveniente hacer un examen, si bien brevísimo, de la *parcelación*.

El artículo 77 de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante Ley del Suelo), en su apartado 1.º, dice así: «Se considerará parcelación urbanística la división de terrenos en dos o más lotes cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situado en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma.»

No nos vale ese concepto legal de la parcelación, que peca de excesivamente amplio, porque no puede conceptuarse como tal, a efectos de ser sometida al régimen de la Ley del Suelo, toda división que reúna esas características. Tratemos de dar un concepto más preciso: Parcelar, en sentido vulgar, no es más que «dividir un terreno en lotes determinados».

Pero el terreno a dividir puede ser rústico y urbano, y en éste, lo mismo que en aquél, existen determinadas normas que limitan y restringen esa división, señalando, por ejemplo, una unidad mínima edificable, una extensión destinada a viales y jardines, etc... Esas normas urbanísticas se concretan ordinariamente en un Plan de Ordenación.

Siendo esto así, podemos entender ya la *parcelación urbanística* en un sentido técnico y preciso definiéndola como «la división del terreno urbano en lotes con arreglo a la ordenación señalada en los Planes».

En esta parcelación debemos precisar brevemente los siguientes requisitos o condiciones:

1) Existencia de un *Plan Parcial de Ordenación* aprobado previa o simultáneamente al proyecto de parcelación. Así resulta del apartado 1 del artículo 79 de la Ley del Suelo. Sobre si es posible la parcelación sin el Plan, previo o simultáneo, algunos autores, que constituyen minoría, lo admiten, aplicándose las normas complementarias y subsidiarias establecidas en los artículos 57 y siguientes de referida Ley.

2) Las parcelas o lotes resultantes no han de tener una *superficie* inferior a la de la parcela mínima señalada en el Plan de Ordenación. Así resulta del artículo 78, el cual, además, en su apartado 2 señala la obligación de los Notarios y Registradores de hacer constar en la descripción de las fincas la cualidad de «indivisible» de las que tuvieran tal carácter.

3) Aprobación del proyecto de parcelación, como trámite último del mismo, a través de la oportuna *licencia*. Según el citado artículo 79, todas las parcelaciones quedarán sujetas a licencia y «los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia, que los primeros testimoniarán en el documento».

Entiende la doctrina que la parcelación, como acto jurídico, será nula sin la oportuna licencia, de acuerdo con el artículo 4.º del Código civil. GONZÁLEZ PÉREZ, en su obra *Comentarios a la Ley del Suelo*, se opone a esa nulidad. Sanciona, además, la Ley del Suelo especialmente esa omisión en el apartado último del repetido artículo 79, diciendo que «en ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación... efectuada con infracción de este artículo o el que antecede».

El procedimiento y condiciones de otorgamiento de las licencias, según el artículo 165 de la Ley del Suelo, se ajustará en todo caso a lo prevenido en el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales. Y de acuerdo con el artículo 9.º del citado Reglamento de 17 de junio de 1955, la aprobación o licencia puede concederse de modo expreso o tácito por aplicación del silencio administrativo positivo. Una vez obtenida la licencia podrá formalizarse la parcelación por escritura pública de división o por certificación administrativa del acto de aprobación, que serán los títulos inscribibles a tenor del artículo 209 de la Ley del Suelo y concordantes de la Ley Hipotecaria.

Pues bien: hecha esta brevísima referencia a la parcelación, entramos ya en el estudio de la «reparcelación», comenzando con el concepto de la misma.

El apartado 2 del artículo 77 de la Ley del Suelo contiene un concepto muy sencillo de la reparcación. Así dice que «se entenderá por reparcación *la nueva división de terreno parcelado...*».

Como dice CARCELLER FERNÁNDEZ en su libro *Teoría y práctica de la reparcación*, «la imprecisión de las definiciones legales hace que la línea delimitadora de los conceptos de parcelación y reparcación aparezca tan borrosa que haga surgir en la práctica la duda de si en determinado caso nos encontramos ante un supuesto de parcelación o de reparcación. Podemos decir, sin embargo, que en la parcelación el terreno que se divide en lotes, por regla general, *se fracciona por primera vez* y pertenece a un *único propietario*, mientras que en la reparcación, además de tratarse de una *nueva división*, como resulta de la preposición «re», afecta a terrenos pertenecientes a *varios propie-*

tarios, porque sólo en este caso de pluralidad de titulares puede hacerse necesaria la reparcelación».

Aceptemos en principio esta diferenciación sencilla, suficiente para mi objeto. Así tenemos, resumiendo:

PARCELACION: División por primera vez y terreno perteneciente a un único propietario.

REPARCELACION: Nueva división y terreno perteneciente a varios propietarios.

Sobre esta base se puede precisar su concepto y contenido.

FRANCISCO JAVIER DíEZ MONTERO, en su obra *Parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas*, define esta institución como «un procedimiento especial, técnico jurídico, que tiene por objeto regularizar la configuración de las parcelas afectadas por un Plan de Ordenación, facilitando su ejecución y asegurando, a la vez, la distribución justa de los beneficios y cargas establecidos en él entre los propietarios afectados».

Propongo yo, sobre la base de la Exposición de Motivos del Reglamento de Reparcelaciones, su definición o descripción como «un instrumento de justicia distributiva dirigido a: 1) regularizar las diversas parcelas o fincas incluidas en un plan con el fin de facilitar su edificación, y 2) contribuir a la adecuada distribución de los beneficios y cargas de la ordenación entre los propietarios.

En estas como en otras definiciones que podían sentarse, se recogen las dos *finalidades* esenciales de la reparcelación a las que expresamente se refiere el apartado 2 del artículo 77 de la Ley del Suelo, y que son: la regularización de la configuración de las fincas y la distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas de la ordenación. Ambas finalidades pueden conseguirse por separado o conjuntamente.

Además de esos fines normales está previsto un fin especial, y así el Reglamento de Reparcelaciones de Suelo afectado por planes de ordenación urbana (en adelante R. R.) de 7 de abril de 1966, en el artículo 43, apartado 2, último párrafo, establece como la normalización de fincas «con carácter excepcional podrá acordarse para corregir situaciones de abuso de derecho». Radica el carácter especial en que la reparcelación se prevé en este caso como un puro instrumento de justicia, sin que sea precisa la concurrencia de una finalidad urbanística.

Son *requisitos* o condiciones de la reparcelación, en general, los mismos señalados para la parcelación, de conformidad con los artículos 78 y 79 de la Ley del Suelo.

CLASES

La clasificación más importante es la que radica en su distinta *finalidad*, ya indicada, según se dirija a la regularización de la configuración de las parcelas facilitando la ejecución de los planes, o a distribuir con justicia los beneficios y cargas de la ordenación.

En razón al *carácter libre o forzoso* que la reparcelación pueda tener para los propietarios, puede ser obligatoria o voluntaria. Y así dice el artículo 3.º del R. R., en su apartado 1: «La reparcelación procederá: *a)* con carácter obligatorio, de oficio o a instancia de todos o algunos de los propietarios, conforme al artículo 77-2 y concordantes de la Ley del Suelo..., y *b)* si voluntariamente lo solicitaren todos los interesados para distribuir más adecuadamente la propiedad en zona delimitada.»

Por los *resultados*, distingue GONZÁLEZ PÉREZ en sus *Comentarios a la Ley del Suelo* entre:

- a)* Reparcelación que atribuye a los propietarios parcelas independientes.
- b)* Reparcelación por indemnización de valor.
- c)* Reparcelación por concentración de parcelas.

Por la *superficie* de la zona reparcelable: de sector, de agrupación de polígonos, de polígono o de manzana.

B) FUENTES Y DERECHO COMPARADO

FUENTES

Actualmente se regula la reparcelación urbanística en los pobres preceptos dedicados a la misma en la Ley del Suelo, especialmente en su capítulo III del título II, y más extensamente en el Reglamento de Reparcelaciones. Este último consta de 48 artículos, dos disposiciones adicionales, dos transitorias y una final, precedido todo ello de un extenso preámbulo que alude a la importancia y finalidad de la institución, a sus precedentes y a los aspectos más interesantes del sistema.

DERECHO COMPARADO

Legislación belga.—Es quizá la más completa en materia de reparcelaciones. La Ley Orgánica sobre Ordenación Territorial y del Urbanismo de 29 de marzo de 1962 regula en el capítulo V del título I las

agrupaciones de fincas y las reparcelaciones, y en el título III, la licencia para parcelar.

Legislación alemana.—Dedica a la reparcelación el título IV de la Ley federal del Suelo de 29 de julio de 1960.

Las legislaciones *italiana*, constituida por la Ley urbanística de 17 de agosto de 1942 y completada por la de 6 de agosto de 1967, y *francesa*, constituida especialmente por las disposiciones contenidas en el título VIII del libro I del Código del Urbanismo y de la Vivienda de 26 de julio de 1954 y posteriores complementarias de diciembre de 1958, julio de 1959 y julio de 1960, no se refieren directamente a la reparcelación, pero llegan al mismo resultado a través de la regulación de la parcelación y de la regularización de límites.

Tiene también interés, por último, la *Ley danesa* de 7 de junio de 1963.

C) NATURALEZA JURIDICA

Cuando se estudia una institución nueva en Derecho, se incluye siempre en sus epígrafes el relativo a la naturaleza jurídica de la misma. Se aspira a situarla dentro de una figura típica de Derecho que ya ha sido moldeada y estructurada, con objeto de aplicar a aquélla las normas de ésta. Pero casi siempre resulta difícil ese encajonamiento. Si se trata de una figura nueva que tiene un nombre propio es precisamente porque no puede asimilarse estrictamente a otra, pues entonces utilizaría su nomenclatura. En estos casos a lo más que se llega es a descubrir, en relación con esas otras figuras, analogías parciales, parecidos concretos y limitados, y al final, la mayor parte de las veces, tenemos que reconocer que su naturaleza es atípica, *sui generis*.

Lo mismo hemos de decir de la institución de la reparcelación urbanística. Se la ha estudiado y comparado con la expropiación forzosa, con la permuta forzosa, con la subrogación real. También se ha dicho que es una limitación del dominio o se la ha asimilado *mutatis mutandi* con la concentración parcelaria.

¿Qué hay de cierto en todo esto?

1) *Concentración parcelaria.*—Decir que la reparcelación desempeña en lo urbano un papel parecido al que la concentración parcelaria representa en lo rústico es bastante cierto, pero ello no nos sirve directamente al objeto de determinar la naturaleza jurídica de aquélla, ya que la concentración parcelaria es una institución y no una figura

jurídica tipo. Unicamente nos puede valer ese parecido en el sentido de que los problemas y discusiones referentes a la concentración parcelaria rústica, más antigua en el tiempo, ayudan también para comprender y analizar los que análogamente se plantean en la reparcelación urbanística.

En este sentido resulta de mucho interés la tesis doctoral de nuestro compañero PABLO VIDAL FRANCÉS, *La concentración parcelaria*, que creo está aún inédita, y cuyo trabajo importantísimo ha servido de base a gran parte de las publicaciones posteriores sobre la materia.

Y no son pocos los autores que insisten en este paralelismo.

Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus *Apuntes de Derecho administrativo*, nos dice, hablando de la reparcelación, que «se trata de una institución en todo similar a la concentración parcelaria».

Y el «Preámbulo» del Reglamento de Reparcelaciones expone textualmente: «Objetivo semejante persigue la concentración parcelaria, no obstante sus singulares caracteres y el ámbito de su aplicación.»

Diremos, por último, que NÚÑEZ RUIZ, en su obra *Derecho Urbanístico español*, traduce ese paralelismo en las siguientes notas comunes:

- a) Mismo fin: reestructuración nacional del suelo para que la propiedad pueda cumplir su función social.
- b) Procedimiento: Al igual que en la concentración parcelaria, se inicia por los particulares, o, en su defecto, por la Administración.
- c) Fundamento mismo: Concepción funcional de la propiedad.
- d) Sus presupuestos: Determinación de la superficie en la zona afectada por la ordenación y fijación de una unidad mínima.
- e) Fijación de las fincas de reemplazo: Acta de concentración y acta de reparcelación.
- f) Sustitución de parcelas con subsistencia de las mismas titularidades, cargas y gravámenes.
- g) Constitución de una comunidad *sui generis*, necesaria, dinámica y funcional.
- h) Analogía en los problemas de titulación y registro.
- i) Admisión como medida de recursos del valor de la lesión superior al sexto.

Evidentemente, los redactores del Reglamento de Reparcelaciones han tenido en cuenta el texto legal de la concentración parcelaria, si bien han introducido importantes innovaciones, debidas unas a las diferencias naturales y nacidas las otras de la experiencia práctica que ha ido mostrando los defectos de aquélla. Por ello, y sin perjuicio de las diferencias que iremos viendo a lo largo de esta exposición, se puede anticipar, por ejemplo, que la subrogación o sustitución se produce en

la Concentración Parcelaria (arts. 65 y 66 del Texto Refundido) incluso para los arrendamientos, mientras que el artículo 32 del R. R. señala su extinción en la reparcelación. Pensemos también que en la Concentración Parcelaria la sustitución de las fincas aportadas por las de reemplazo se realiza *per saltum*, mientras que en la reparcelación urbanística se mantiene y respeta el tracto sucesivo mediante la agrupación o reunión de las primeras, de las que surgen, por segregación, las nuevas. Y que así como el fin primordial de la Concentración Parcelaria es combatir el minifundio, en la reparcelación los fines principales son los ya señalados a que se refiere el artículo 77 de la Ley del Suelo. Gráficamente nos dice FUENTES SANCHIZ en su ponencia al Primer Congreso de Derecho Registral de 1961, que «la Concentración Parcelaria contempla subjetivamente al propietario y pretende evitar la dispersión de sus predios, mientras que la reparcelación urbana contempla objetivamente las fincas para evitar que se malogre la ordenación y que ésta produzca graves perjuicios».

2) *Permuta*.—A primera vista resulta clara la analogía. Cambio de cosa por cosa. Los particulares afectados por la reparcelación permutan las fincas aportadas por las de reemplazo, que vienen a sustituirlas.

¿Puede entonces explicarse la naturaleza jurídica de la reparcelación a través de esta figura? Estimo que no.

En la reparcelación voluntaria los inconvenientes son menores por tratarse de un acto consensual. Sería difícil, no obstante, explicar la subrogación en las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real a que se refiere el artículo 31-1 del R. R. También ocasionarían problemas los casos en que el particular recibe metálico en vez de otra finca que vendría a sustituir a la aportada. En definitiva, no aparecen objeciones de verdadera importancia. Pero ¿podemos decir lo mismo de la reparcelación obligatoria? ¿Se puede configurar ésta como permuta, como permuta forzosa?

Estimo que en puro derecho no se puede hablar nunca de permuta forzosa, aunque tal denominación se emplee tradicionalmente. La permuta es un contrato y como tal exige la libre manifestación de voluntad. Si esa manifestación es forzada, coaccionada, el contrato es nulo. Faltaría el consentimiento como requisito esencial, según el artículo 1.261 del Código civil, o, en el mejor de los casos, existiría aquél, pero estaría viciado.

Las personas y la ley pueden aconsejar, favorecer la realización de un contrato determinado, pero nunca obligar. Así resulta de la Ley de Permutas Forzosas de 11 de mayo de 1959. Ante los enclaves que con

frecuencia surgen en la propiedad rústica y los perjuicios que aquéllos ocasionan a ésta, la Ley estimula la permuta. Favorece su otorgamiento invitando al consentimiento con las ventajas que ofrece, especialmente con el mayor valor del 50 por 100 en la finca que se adquiere en cambio. Pero al final el afectado puede consentir o negarse al cambio. Si no consiente, la escritura se otorga por el Juez en rebeldía, y entonces ya no hay verdadero contrato ni, por tanto, verdadera permuta, sino que estamos ante un efecto expropiatorio.

3) *Expropiación forzosa*.—La consideración de la reparcelación urbana como una expropiación forzosa ha sido mantenida especialmente por GUAITA MARTORELL en su *Dercho Administrativo especial* (volumen II). Nos dice que las parcelaciones y reparcelaciones son casos especiales de expropiación en los que la indemnización se paga en especie.

GONZÁLEZ PÉREZ, en su obra citada, considera la reparcelación como «una institución compleja, mezcla de expropiación y subrogación real».

No está la Ley del Suelo muy alejada de esta idea, y así dice, en su artículo 82-1, que «la aprobación de la reparcelación producirá efecto expropiatorio de las parcelas antiguas mediante simultánea adjudicación de las nuevas».

El R. R. se remite en ocasiones a la legislación de expropiación forzosa. Así, en el artículo 21.

DÍEZ MONTERO, en su libro citado, señala esa legislación expropiatoria como fuente supletoria aplicable a las reparcelaciones.

Sin embargo, tampoco aquí la analogía existe y las diferencias entre ambas figuras son muy sensibles. Es cierto que la reparcelación produce ciertos efectos expropiatorios y que en este sentido concreto utiliza la normativa de la expropiación forzosa, pero no acaba ahí su contenido para delimitar con ella la figura de la reparcelación.

Como diferencias podemos indicar, *ad exemplum*:

a) En la expropiación forzosa lo característico es la indemnización en metálico y la excepción es que se practique en especie, mientras que en la reparcelación se produce como regla general la sustitución de cosa por cosa y excepcionalmente, como subsidiaria, se opera la compensación en metálico. Ello deriva de su distinta naturaleza, pues en la expropiación forzosa se opera, como expresa el artículo 1.º de su Ley reguladora de 16 de diciembre de 1964, una «privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos...», mientras que en la reparcelación no hay tal privación, sino simple *sustitución*.

b) Consecuencia lógica de lo anterior es que, mientras la expropiación produce la extinción de las cargas y gravámenes en el objeto expropiado, éstas pasan por subrogación, en la reparcelación, sobre las nuevas fincas resultantes.

NÚÑEZ RUIZ marca estas diferencias cuando nos dice en el libro citado que «hay cierta antítesis entre expropiación y reparcelación. La primera entraña privación de un bien o interés patrimonial legítimo, mediante indemnización; en cambio, todo el sistema de limitaciones que encierra la reparcelación, por entrar dentro del contenido normal de la propiedad, no confiere derecho a los propietarios a exigir indemnización. En consecuencia, mientras exista «deber» no puede hablarse de expropiación, sobre todo, cuando ese deber está inicialmente fuera de la Administración».

Más brevemente nos dice GARCÍA DE ENTERRÍA en los aludidos Apuntes que «no hay expropiación forzosa porque no hay privación de derechos, sino sustitución; ni beneficios de terceros, sino de los mismos propietarios».

Por último, FUENTES SANCHIZ, comentando el artículo 82-1 de la Ley del Suelo, manifiesta que «lo que quiso significar la Ley es el carácter ejecutivo más que la naturaleza de la reparcelación».

4) *Subrogación real*.—Creo que es esta figura jurídica la que mejor explica la naturaleza de la reparcelación.

La subrogación real no ha sido abordada directamente por nuestra legislación. Su concepto y elaboración ha sido doctrinal y jurisprudencial.

En nuestra patria siempre que hablamos de esta figura nos acordamos de ROCA SASTRE. Partiendo de la doctrina francesa, nuestro ilustre compañero la estudia y analiza en su trabajo publicado en 1949 en la «Revista de Derecho Privado».

Se trata, nos dice, de «aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto aspecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla».

Son sus *requisitos*: cambio de cosas o elementos patrimoniales, y persistencia o continuidad de la situación jurídica a pesar del cambio operado.

En cuanto al *ámbito de su aplicación*, se produce automáticamente, por naturaleza, cuando se trata de patrimonio general o de patrimonios especiales separados o diferenciados, basándose en el principio de fun-

gibilidad patrimonial. Cuando se trata de bienes singulares, la subrogación solamente se produce *ex lege* o *ex voluntate*.

Normalmente, una cosa reemplaza a la otra por causa de *enajenación* (en sentido amplio) o *pérdida* (también en sentido amplio), pero dice ROCA SASTRE que también habrá subrogación aunque el cambio de cosa afectada sea independiente de aquellos actos, si bien de modo excepcional.

Sobre esta base podemos considerar la reparcelación como un caso de *subrogación en cosas singulares*, producida *ex voluntate* (cuando todos los afectados realizan la reparcelación consinténdola) o *ex lege* (en los demás casos).

Legalmente las disposiciones existentes parecen abogar por esta solución en la naturaleza jurídica.

El artículo 82-3 de la Ley del Suelo dice que «mediante la presentación del documento en el Registro de la Propiedad se extenderá asiento en cada una de las fincas anteriores, haciendo constar que por la reparcelación queda modificada la propiedad inscrita en los términos resultantes de la *nueva, en la que subsistirán las condiciones y modalidades de titularidad y demás cargas que existieren sobre el anterior inmueble del mismo propietario*».

Lo mismo podemos decir del R. R., en donde, además, se emplea frecuentemente la palabra «subrogación real». Así, en los artículos 24-1 c), 30-3, 31-1, entre otros.

También la mayor parte de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ PÉREZ, LUCAS FERNÁNDEZ, MARTÍN BLANCO, CARCELLER FERNÁNDEZ) reconoce que la reparcelación utiliza la técnica de la subrogación real.

5) Por último, merece mencionarse la postura de NÚÑEZ RUIZ, quien, sobre la base especialmente del artículo 70-3 de la Ley del Suelo, concibe la reparcelación como «una *comunidad intervenida de origen incidental y por cuotas*, que tiene una finalidad compensatoria y en la que los intereses individuales se actúan en beneficio de un interés social y urbanístico».

D) IMPORTANCIA DE LA INSTITUCION

Deriva su importancia general de la doble finalidad que indicaba al principio de la ponencia. Se pretende regularizar la configuración de las parcelas cuando las mismas no responden al Plan urbano, consi-

guiendo solares edificables, disponiendo de zonas verdes y servicios necesarios, etc. Y para ello los particulares habrán de estar a los beneficios y cargas que la ordenación lleva consigo, pues unos tendrán que ceder el todo o parte de sus derechos, mientras que, por el contrario, otros únicamente percibirán beneficios como consecuencia de la nueva distribución.

Pues bien: para que la propiedad se estructure convenientemente cumpliendo la función social de la misma a través del Plan, corrigiendo al mismo tiempo las desigualdades producidas por ese planeamiento entre los propietarios que puedan ser afectados en la superficie, volumen o situación de sus fincas o parcelas urbanas, es necesario disponer de una institución, un mecanismo regulador. Ese mecanismo, esa institución, se llama reparcelación urbanística.

La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo califica la institución de «pieza fundamental», diciendo que «con esa justa distribución que la reparcelación pretende se facilitará extraordinariamente la acción urbanizadora, entorpecida por la oposición comprensible de los propietarios de terrenos destinados a espacios libres cuando observan la depreciación de los mismos correlativa al enriquecimiento de los demás propietarios colindantes».

Al mismo tiempo que se expresa su importancia, no se olvida la dificultad que supone su aplicación, y así, la Exposición de Motivos del R. R. dice que «se trata de un instrumento delicado, de alta técnica, que roza la temática de la función social de la propiedad y ha de enlazar con el vigente sistema hipotecario».

A nosotros, Registradores de la Propiedad, nos corresponde especialmente facilitar el mecanismo de esta institución, constituyendo el Registro un instrumento imprescindible para su aplicación, coordinando la situación previa con la nueva resultante, publicando y garantizando los derechos legítimos y constatando al final la propiedad reparcelada y configurada con arreglo a Derecho.

Vamos a examinar a continuación, en esta segunda parte de la ponencia, la que hemos llamado «especial», estudiando algunos problemas que la reparcelación, institución nueva en Derecho, puede provocar al ponerla en relación con el viejo y tradicional Registro de la Propiedad.

II. PARTE ESPECIAL: RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A) CERTIFICACION REGISTRAL DE TITULARIDAD Y CARGAS

Bajo este epígrafe voy a examinar un doble aspecto, distinguiendo en dos apartados la certificación propiamente dicha, y el asiento de afectación que provoca.

CERTIFICACIÓN

El apartado 1 del artículo 21 del R. R. nos dice: «Aprobado inicialmente el proyecto, el organismo actuante recabará, de oficio o a instancia de parte, *certificación de titularidad y cargas de las fincas afectadas*, a cuyo fin aportará los datos necesarios para la identificación de los inmuebles. La certificación podrá solicitarse, asimismo, una vez declarada la zona en estado de reparcelación.»

Distinguiré las siguientes cuestiones:

1) *Momento* en que procede.—Se refiere el precepto a dos fases del procedimiento. Con carácter forzoso procederá «aprobado inicialmente el proyecto». Facultativamente, como expresa la palabra «podrá», se solicita «una vez declarada la zona en estado de reparcelación».

Ambos estados o fases del procedimiento pueden coincidir en el tiempo, puesto que el apartado 1 del artículo 23 del mismo Reglamento dice que «aprobado inicialmente el proyecto de reparcelación, lo que implicará la declaración de la zona en estado de reparcelación...». Pero pueden no coincidir, pues continúa dicho artículo señalando, como excepción a esa identidad cronológica, que «... si antes no se hubiera acordado...». Por otro lado, el apartado 1 del artículo 27 nos dice que «la declaración de una zona en estado de reparcelación, y en su defecto, la aprobación inicial del proyecto...».

De los preceptos anteriores podemos sentar las siguientes conclusiones en esta materia:

a) La declaración de una zona en estado de reparcelación puede o no existir como acto administrativo aislado.

b) Si no se da como acto independiente, la aprobación inicial del proyecto, implicará la declaración de aquel estado.

c) Si se da independientemente, puede ser simultáneo al acto administrativo de aprobación inicial del proyecto, o anterior al mismo, pero no posterior.

d) En definitiva, si la certificación de titularidad y cargas no se ha llevado a cabo al declararse la zona en estado de reparcelación, bien,

porque no ha existido tal acto administrativo independiente, o bien porque aun existiendo no se ha hecho uso de la facultad de solicitaria, *necesariamente ha de pedirse en el momento de aprobarse inicialmente el proyecto.*

2) *Cómo se expide.*—Según referido precepto, se actuará de oficio o a instancia de parte, correspondiendo a las dos posibilidades señaladas en el artículo 14-1 del R. R. cuando dice que «el procedimiento se incoará de oficio o a instancia de todos o algunos de los propietarios».

3) *Contenido.*—La certificación se referirá a *titularidades y cargas* de las fincas afectadas. A este fin, el Organismo actuante aportará los datos necesarios para la identificación de los inmuebles.

4) *Efectos.*—Son esencialmente dos: a) Dar a conocer al órgano actuante el contenido de la misma para seguir con los titulares el procedimiento y subrogar en las nuevas fincas las cargas compatibles con ellas. b) Servir de punto de partida para practicar los asientos registrales establecidos en el apartado 2 del artículo 21 del R. R.

ASIENTO DE AFECCIÓN

Una vez expedida la certificación, dice referido artículo 21, el Registrador «expenderá la nota marginal prevenida a efectos expropiatorios en el artículo 32, regla primera del Reglamento Hipotecario... Si los inmuebles no constaran inscritos, se extenderá anotación preventiva».

Referidos asientos provocan los siguientes comentarios:

1) *Clases.*—El sistema de publicidad es el general de la Ley Hipotecaria (así art. 131, regla cuarta, para el procedimiento judicial sumario). Prevé, sin embargo, el R. R. con más perfección que aquélla la constancia registral en el caso de que las fincas no estén inscritas. La nota marginal, como asiento accesorio, no puede realizarse, y entonces se practica una anotación preventiva con la misma finalidad que aquélla.

NÚÑEZ RUIZ señala en esta anotación las siguientes características o notas: a) Es una a. p. de propiedad, análoga a la que el artículo 274 del Reglamento Hipotecario prevé en el expediente de dominio. b) Es de simple publicidad, dirigida a informar a los posteriores adquirentes de la existencia del procedimiento de reparcelación y de la propiedad alegada por el titular. c) No provoca el cierre registral, por lo que los actos de enajenación posteriores son también anotables, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en los artículos 22 y 27 del R. R. d) Es convertible en inscripción definitiva de propiedad. NÚÑEZ RUIZ defiende esta solución a pesar de la confusión que estima existir en el artículo 24-1 f) de dicho Reglamento. e) Libera a la Administración de citar a los terceros adquirentes, sin perjuicio de que puedan comparecer en

el expediente. Así se desprende del apartado 3 del repetido artículo 21 cuando dice que «los interesados que hagan constar su derecho en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la fecha de dichos asientos (es decir, nota marginal o anotación preventiva) no tendrán que ser citados, respectivamente, en el expediente».

Sobre esta última consideración, DÍEZ MONTERO, en su obra referida *Parcelaciones y Reparcelaciones Urbanísticas*, estudia y plantea la posible ilegalidad que resulta de la comparación de los artículos 21-3 y 27-2 del R. R., 7.º del Reglamento de Expropiación Forzosa y 32 del Reglamento Hipotecario, con la Ley de Procedimiento Administrativo, especialmente los artículos 23 y 26 de la misma, entendiendo que éstos han derogado los citados preceptos reglamentarios. De esta relación llega a entender que la referencia del artículo 27-2 del R. R. (que dice: «Extendida la nota marginal o la anotación preventiva a que se refiere el artículo 21 del presente Reglamento, la transmisión de finca afectada por la reparcelación o la constitución de derechos sobre la misma, no alterará en ningún caso su situación urbanística en cuanto al expediente, aplicándose el artículo 7.º del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa») debe entenderse al artículo 7.º de la Ley de E. F. y no al mismo número de su Reglamento, que ha sido modificado por la Ley de Procedimiento Administrativo. Considerando esto, llega a las siguientes conclusiones que considero discutibles: a) Los nuevos titulares de derechos o subrogados en los existentes sobre las fincas sujetas a reparcelación, serán parte en el expediente desde que comparezcan, e intervendrán en el procedimiento a partir del trámite en que se encuentren. b) En contrapartida, la Administración no está obligada a seguir las actuaciones con estos titulares, ni a notificarles los acuerdos, hasta que no comparezcan en el expediente. Y c) Estos interesados podrán justificar su derecho por cualquier medio legal, aunque no esté entre los contemplados por el artículo 7.º del Rto. de E. F.

2) *Circunstancias*.—a) En la nota marginal habrán de hacerse constar, según el artículo 21 del R. R., el organismo actuante en la reparcelación y la fecha del acuerdo. Contendrá, además, las circunstancias propias de su objeto; por ejemplo, que se ha expedido la certificación de titularidad y cargas. b) En la anotación preventiva se consignarán, según expresado artículo, la descripción de los inmuebles y referencia al expediente de reparcelación. De conformidad con el apartado 6 del artículo 32 del Rto. Hipotecario, entiendo que habrán de consignarse también las circunstancias generales que la legislación hipotecaria señala para las anotaciones preventivas, en cuanto sea posible, para lo cual han de tenerse en cuenta, especialmente, los artículos 72 de la Ley Hipotecaria y 166 de su Reglamento.

3) *Duración*.—El artículo 21 del R. R. establece un plazo de caducidad solamente para las anotaciones preventivas, diciendo que «caducarán y serán canceladas de oficio o a instancia de parte a los tres años de su fecha, sin perjuicio de que el órgano actuante pueda acordar su prórroga en un plazo igual». DÍEZ MONTERO estima igual norma aplicable para las notas marginales, a tenor de lo preceptuado en el apartado 1 del artículo 32 del Rto. Hipotecario. No olvidemos que este autor considera la legislación expropiatoria como subsidiaria en las reparcelaciones.

B) INMATRICULACION Y TRACTO SUCESIVO

Señalábamos como característica importante del expediente de reparcelación que en éste, a diferencia de lo que ocurre en el de Concentración Parcelaria, la subrogación o sustitución de unas fincas por otras no se realiza *per saltum*, sino que, con una mayor técnica registral, se preocupa de respetar las normas hipotecarias sobre el tracto sucesivo.

Esta idea no es fácil de lograr en principio, puesto que cuando se reparcelan grandes polígonos urbanos, con un número considerable de fincas y muchos propietarios, es difícil que las primeras se encuentren en su totalidad inscritas, o que, estándolo, aparezca registrada su real cabida y perfectamente determinados sus linderos, construcciones, etc... Por último, el problema puede consistir también en que falten por registrar determinadas transmisiones intermedias. Son las cuestiones generales de inmatriculación de fincas o excesos de cabida y de tracto sucesivo. En definitiva, no es otra cosa que el eterno problema de la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

Pretender en la reparcelación lograr esa concordancia con los medios generales establecidos en el título VI de la Ley Hipotecaria y preceptos concordantes reglamentarios, resultaría tan lento y complicado, que prácticamente sería imposible en la mayor parte de los casos la realización de la misma. Por ello, el R. R. no podía estar ausente de esta problemática registral y la ha solucionado, creo que con un criterio bastante acertado, dando al título reparcelatorio carácter inmatriculador y señalando en orden al tracto sucesivo unas disposiciones que unas veces implican situaciones de tracto abreviado y otras modos o formas nuevos de reanudación de aquél cuando claramente ha sido interrumpido. Veamos estas dos materias por separado:

INMATRICULACIÓN

El artículo 24-1 f) del R. R. señala como contenido del acuerdo que apruebe definitivamente la reparcelación (contenido que lo será también

de la escritura en los casos del artículo 33) la «descripción de la finca formada por agrupación que se inscribirá por reparcelación o *se inmatriculará en todo o en parte*, en virtud de dicho título, a favor del órgano que lo apruebe, y como trámite formal para las segregaciones con expresión de los interesados. Cuando la reparcelación se hubiera solicitado por todos los interesados, el asiento de agrupación se practicará a favor de los mismos».

El artículo 28-8 dice más claramente que «el título de reparcelación será bastante para inmatricular en el Registro las fincas, aunque alguna aportada no figurara inscrita en todo o en parte, siempre que en el documento consten las circunstancias prevenidas en este Reglamento. De la inscripción de inmatriculación se publicarán los correspondientes edictos, pero no estará sometida aquélla a la limitación de efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria».

Por último, tenemos el artículo 34-2, que dice en su último párrafo que «el título tendrá eficacia inmatriculadora para los inmuebles no inscritos, y respecto de los excesos de cabida, según el artículo 28-8, y cancelatoria, en su caso».

A la vista de estos preceptos podemos indicar:

a) Se trata de un título nuevo de inmatriculación, distinto tanto de los generales constituidos por el expediente de dominio y el título público de adquisición, como de los especiales regulados dentro de las disposiciones hipotecarias y extrahipotecarias.

b) El medio de inmatriculación será el título reparcelatorio, que es doble según el procedimiento empleado. Normalmente será la certificación administrativa del acuerdo de aprobación definitiva. En casos excepcionales el título queda constituido por la escritura pública de reparcelación otorgada por los interesados. Así se desprende especialmente de los artículos 34 y 33, determinado el último que en el caso de proceder la escritura pública ésta habrá de ser aprobada por el órgano actuante.

c) La inmatriculación se referirá tanto a la finca como a los excesos de cabida, en su caso.

d) Se publicarán edictos, sin la limitación, respecto a terceros, establecida por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

e) Procederá, en su caso, la conversión en inscripción de la anotación preventiva practicada con arreglo al artículo 21 del R. R.

f) Los datos descriptivos se rectificarán de acuerdo con el apartado 2 del artículo 28 del R. R., que dice que «cuando existiere discordancia entre los títulos y la realidad físico-jurídica de alguna finca en cuanto a superficie, linderos, construcciones u otras circunstancias, los

interesados aportarán los datos catastrales y los documentos y pruebas necesarios para su más exacta descripción. Dichos documentos serán informados por los Servicios Técnicos y Jurídicos. El acuerdo de reparcelación será suficiente para la rectificación de los datos descriptivos, salvo que constare anotación preventiva de demanda respecto a los mismos».

TRACTO SUCESIVO

Partiendo del Registro de la Propiedad y de la protección que proporciona a sus titulares, el R. R. da las normas necesarias para que no se perjudiquen tampoco los derechos de los titulares extrarregistrales. Se refiere a esta materia de una manera especial el artículo 28 en los apartados 3 al 7, además de la norma general del apartado 1, que sanciona la obligación de los propietarios y titulares de derechos afectados por la reparcelación de exhibir los títulos que posean y declaren las situaciones jurídicas que conozcan y afecten a sus fincas.

De referidas disposiciones especiales podemos sacar las reglas siguientes:

1) El titular registral *comparece sin formular oposición*, frente al que justifica mejor derecho por documento fehaciente. La finca se adjudica e inscribe entonces a favor de este último. De conformidad con el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, y dados los términos del R. R., debemos entender por documentos fehacientes no solamente los públicos, sino también los que, según el artículo 1.227 del Código civil, hagan prueba contra tercero en cuanto a su fecha.

2) El titular registral, debidamente citado, *no comparece*. Entonces deberán entenderse las actuaciones con el Ministerio Fiscal, pudiendo a su vez dar los siguientes supuestos según la inscripción de la finca aportada tenga más o menos de treinta años de antigüedad:

a) Si tiene *más de treinta años* de antigüedad, normalmente exige el Reglamento que se pruebe ser causahabiente del titular registral por documento fehaciente. A falta del mismo, el Ministerio Fiscal podrá estimar suficiente que el derecho del que pretende la inscripción de la nueva finca a su favor se pruebe por cualquiera de los medios admitidos en derecho, pero entonces la inscripción se entenderá sin perjuicio de los derechos del titular registral de la finca aportada, cancelándose esta limitación a instancia de cualquier interesado al cumplirse treinta años desde la última inscripción de la finca aportada o mediante alguno de los procedimientos de reanudación del tracto o en virtud de resolución judicial firme que así lo ordene.

b) Si tiene *menos de treinta años* de antigüedad, la regla general

es la exigencia, en el que pretende la inscripción a su favor, de que pruebe por documento público traer causa directa del titular registral, pero excepcionalmente puede el Ministerio Fiscal admitir cualquier otro medio de prueba, practicándose entonces la inscripción en la forma y con las limitaciones señaladas en el caso anterior.

En todos los supuestos referidos se consignarán en el acuerdo y en la inscripción, si constaren, las transmisiones realizadas.

No prevé el Reglamento el supuesto que puede darse cuando el titular registral *comparece y se opone* al derecho alegado por otra persona. En este caso obrará en favor de aquél toda la protección del Registro reconocida expresamente en la Ley Hipotecaria, sobre todo en sus artículos 1.º y 38, habiendo de utilizar quien alegue su mejor derecho los procedimientos de rectificación registral establecidos en el artículo 40 de la misma.

C) REUNION (O AGRUPACION) Y. SEGREGACION

Como estamos viendo, la reparcelación se efectúa a través de la «*reunión*» de las fincas aportadas en una sola que posteriormente se divide o de la cual se *segregan* otras nuevas y distintas que se adjudican a los diferentes titulares».

Estudiemos ahora las especialidades que esos asientos registrales presentan en el expediente reparcelatorio, ocupándonos, en primer lugar, del de reunión o agrupación.

REUNIÓN (O AGRUPACIÓN)

Ya hemos dicho que la reparcelación opera a través de la reunión o concentración de las fincas de origen en una nueva y distinta.

He evitado utilizar la palabra «agrupación» porque, como iremos viendo, no responde este asiento en la reparcelación a las características propias de la agrupación tal y como tradicionalmente se la configura.

La Ley del Suelo no emplea la palabra «agrupación» debido, sin duda, a que casi siempre se refiere al segundo aspecto de la reparcelación, es decir, a la división o segregación que posteriormente se opera.

El R. R. utiliza claramente la palabra «agrupación». Así puede verse, por ejemplo, en el apartado f) del artículo 24-1, del cual resulta que la reparcelación se realizará a través de la *agrupación* de las fincas incluidas, en virtud del título de la misma, a favor del órgano que lo apruebe o de los interesados si se hubiese hecho a instancia de éstos.

No sé si el R. R. ha querido utilizar la palabra «agrupación» en sentido técnico registral, es decir, con el carácter típico de la Ley y el

Reglamento Hipotecarios, pero creo que no, porque la Comisión elaboradora del R. R., integrada, entre otros, por nuestro compañero NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, sabía muy bien las diferencias que separan la concentración o reunión de fincas a que da lugar la reparcelación de la agrupación tradicional, que se realiza en nuestros libros de inscripciones a través de la regulación hipotecaria.

Voy a examinar brevemente las características de esa reunión o concentración de fincas, comparándola con la agrupación tradicional, siguiendo para ello la sistemática de ROCA SASTRE en su *Tratado de Derecho Hipotecario*.

Define dicho autor la agrupación como «la operación registral en cuya virtud dos o más fincas inmatriculadas son unificadas o reunidas en una sola en el Registro, para formar una finca nueva».

De acuerdo con ese concepto, y de conformidad con la Ley y el Reglamento Hipotecarios, ROCA SASTRE estudia en los correspondientes apartados los requisitos, la constancia registral y los efectos de esa agrupación, de todo lo cual vamos ahora a fijarnos únicamente en lo que puede servir de base para señalar las diferencias que postulo:

1) Es *requisito* esencial exigido por los artículos 44 y 45 del Reglamento Hipotecario que las fincas a agrupar «han de pertenecer, según el Registro, a un solo dueño o a varios pro indiviso en cuotas proporcionales».

Esto quiere decir que: a) *Las fincas han de estar inscritas a nombre de la persona o personas agrupantes*. Así lo ha exigido la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, D. G. R. N.), y se desprende, además de otros artículos, del 20 de la Ley Hipotecaria, como requisito o consecuencia del principio del tracto sucesivo. También el artículo 28-8 del R. R. se muestra favorable al mismo cuando dice que «el título de reparcelación será bastante para inmatricular en el Registro las fincas, aunque alguna aportada no figurara inscrita en todo o en parte...». De lo cual resulta que habría de hacerse la inmatriculación previa en hoja aparte, del modo examinado en otro lugar de esta ponencia. En contra parece mostrarse el ya referido artículo 24, apartado 1, f), al decir que «la agrupación se inscribirá o inmatriculará en todo o en parte...», con lo que sugiere la inmatriculación directamente en el propio asiento de agrupación, incumpliendo el requisito de la previa inscripción, necesario, como dice la Resolución de la D. G. R. N. de 6 de febrero de 1958, «... a fin de que puedan apreciarse las circunstancias objetivas para la efectividad de la agrupación y las facultades dominicales del titular». Ya sé que es práctica frecuente, para ahorrar trabajo, inmatricular en el mismo folio en que se practica la agrupación cuando

alguna de las fincas que se agrupan no ha tenido aún entrada en el Registro, pero esta práctica supone un vicio antirreglamentario que ahora parece dar fuerza normativa el R. R. en el artículo citado.

b) *Las fincas a agrupar han de pertenecer a un solo dueño o a varios pro indiviso en cuotas proporcionales.* Ya de muy antiguo se suscitó el problema de agrupar fincas pertenecientes por entero a distintos propietarios pro indiviso en cuotas no proporcionales, y ha sido tratado extensamente por HIPÓLITO SÁNCHEZ VELASCO, MARTÍNEZ SANTONJA y LA RICA, especialmente. A través de diversos medios o negocios jurídicos, dan solución a este problema mediante «poner en común» o constituir un condominio romano entre los titulares a través de las necesarias cesiones o permutas recíprocas de cuotas indivisas de las respectivas fincas. En definitiva, la mayor parte de la doctrina estudia y trata esa «puesta en común» como trámite previo a la agrupación, por exigirlo imperativamente el artículo 44 del Reglamento Hipotecario. Así se consigue que las fincas a agrupar pertenecientes a varios propietarios pro indiviso lo sean en cuotas proporcionales.

El R. R., en el artículo 24, apartado 1, f), referido, parece prescindir de esa exigencia como requisito previo, y admite la práctica de la inscripción de agrupación a favor de la comunidad que se constituye en el propio expediente reparcelario, aun cuando no sea coincidente con la situación registral entonces vigente. Parece seguir con ello la solución de LA RICA, expuesta en su trabajo *La unificación de fincas y sus problemas*, publicado en la «Revista de Derecho Privado» (1951), indicando que la unidad de dominio puede cumplirse *a priori* en las fincas que van a unificarse, o *a posteriori* en la finca resultante de la unificación.

El R. R. hace posible la agrupación de fincas pertenecientes regístralmente a varios propietarios en cuotas desiguales, mediante la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada, en la que a cada condueño se atribuye una cuota indivisa equivalente al valor de sus aportaciones. Y así dice su artículo 10 que «la valoración de las fincas aportadas se practicará asignando a cada una un valor concreto en pesetas o unidades convencionales, que determinará, en relación con el total de la zona reparcelable, el coeficiente para el reconocimiento de derechos y adjudicación de las fincas resultantes». Para que esas participaciones indivisas sean fácilmente transmisibles suelen incorporarse a títulos negociables, lo que resulta de gran interés por la larga duración de los expedientes de reparcelación.

2) Como *efecto principal* de la agrupación establece ROCA SASTRE que, «una vez efectuada... en el Registro y hecha constar al margen de la última inscripción de propiedad de la hoja, folio o registro particular

de cada finca aportada, *ésta quedu cerrada*». Y esto tampoco se exige en la reparcelación, ya que, hasta tanto que el expediente no esté totalmente finalizado mediante las segregaciones y adjudicaciones de fincas concretas e independientes a cada titular, las fincas aportadas pueden tener aún vida en sus respectivas hojas registrales, inscribiéndose en las mismas los negocios jurídicos que las afecten. La razón de esta particularidad puede estar en que, como dice DÍEZ MONTERO en su obra citada, «la agrupación (en la reparcelación) no da lugar a una inscripción de dominio, sino a una inscripción de carácter instrumental, como trámite formal para las sucesivas segregaciones que con posterioridad se practiquen».

De todo lo dicho se desprende que la agrupación de que habla el R. R. tiene, o puede tener, caracteres propios y forma singular diferente de la regulada típicamente en las Leyes hipotecarias, por lo cual pudiera prescindirse de tal nombre, denominándola como *reunión* o *concentración* urbanística de fincas.

En todo caso, y por lo que se refiere a esta figura o asiento de reunión, hemos de tener en cuenta lo siguiente:

&) Serán *títulos* inscribibles, al igual que señalábamos para la inmatriculación, la certificación literal del acuerdo de aprobación administrativa del expediente de reparcelación (art. 34-1), o la escritura pública en los casos del artículo 33, que deberá ser aprobada por el órgano actuante.

&&) El *contenido* del título será, en ambos casos, el mismo que el artículo 24 del R. R. señala para el acuerdo definitivo de la reparcelación, según resulta de los artículos 33 y 34. Deberán acompañarse los planos de información y adjudicación a que se refiere el artículo 20.

&&&) La *inscripción* se practicará: 1) A favor de los interesados, cuando todos ellos hubieran solicitado la reparcelación (art. 24-1, *ff*). En este caso surgirá la comunidad de bienes de la que anteriormente he hablado. 2) A favor de la entidad urbanística colaboradora, cuando, en el caso anterior, los interesados la hubieran constituido con arreglo a las normas establecidas en el capítulo VIII del R. R. 3) A favor del órgano que apruebe la reparcelación (art. 24-1, *ff*), es decir, el Ayuntamiento o el órgano subrogado, en su caso. En estos dos últimos supuestos se establece una verdadera titularidad fiduciaria.

SEGREGACIÓN

De la finca agrupada se segregarán las que han de adjudicarse a los originarios propietarios en sustitución de las que aportaron.

Esta materia está especialmente regulada en el artículo 34, apartados 3 al 5, del R. R. Según referido artículo y concordantes, la mayor parte de la extensión de la finca agrupada pasa, por segregación, a constituir las fincas nuevas de reemplazo. El resto de la finca matriz tiene el destino concreto determinado por los artículos 34, 35 y 24 de dicho Reglamento. Con arreglo a estas bases, distinguiremos:

1) *Segregación* propiamente dicha: Constituye la etapa final del expediente reparcelatorio. Con ella se obtiene la normalización o regularización de las parcelas y la justa distribución entre los afectados. Con miras al Registro de la Propiedad, podemos considerar:

a) *Título*.—Está constituido por *la copia o copias parciales autorizadas del acuerdo de reparcelación*, a las que se acompañarán, como complementarios, el plano general de adjudicación o el especial de la finca adjudicada. A este fin, una vez inscrita la agrupación, el Registrador devolverá el título de la misma, con la correspondiente nota, al órgano actuante, que, a su vez, lo remitirá al Notario a cuyo distrito pertenezca la zona reparcelada o al que por turno corresponda, para su protocolización, pudiendo, asimismo, remitirle planos parciales de adjudicación de las fincas reparceladas.

b) *Contenido del título*.—Deberá contener obligatoriamente la descripción de las fincas, titularidad y cargas de las mismas, además de «las circunstancias oportunas», según expresión del Reglamento, que deja bastante margen discrecional.

c) *Las inscripciones se practicarán* a favor de las personas, físicas o jurídicas, privadas o públicas, que originariamente participaron en el expediente o que sustituyeron a aquéllas durante el mismo, siempre que cumplan las formalidades exigidas en este caso por el Reglamento.

d) *Normas de adjudicación*.—Se seguirán las establecidas especialmente en los artículos 81-3 de la Ley del Suelo y 12 y 13 del R. R., procurando atribuir a cada propietario la mayor superficie posible de sus primitivas parcelas y la integridad de los edificios construidos que se acomoden al planeamiento vigente o sean declarados fuera de ordenación. Cuando las fincas resultantes de la reparcelación sean inferiores en número a las aportadas, podrá constituirse sobre algunas de aquéllas una copropiedad, en la que se reconocerá a los comuneros la cuota indivisa de valor que corresponda y sin perjuicio de que puedan solicitar la expropiación de su participación los que estén en desacuerdo con esta medida. Estimo de gran interés esta disposición, que bien podría haberse aplicado a la Concentración Parcelaria rústica, a fin de evitar los casos frecuentes en que las superficies de reemplazo adjudicadas a

cada propietario no son agrícolamente rentables, aun cuando sean superiores a la unidad mínima de cultivo señalada al efecto.

Indicaremos, por último, que, por acuerdo con el propietario interesado, el pago por reparcelación podrá realizarse mediante la constitución de un derecho de superficie, de propiedad horizontal o cualquier otro, e incluso por adjudicación de fincas sitas fuera de la zona. Las diferencias existentes se compensarán en metálico.

2) *Resto de la finca matriz*: La finca agrupada no se extingue, agotando su total contenido, con las segregaciones practicadas a la misma.

Según el apartado 5 del artículo 34 del R. R., una vez inscritas las fincas por segregación se remitirá al órgano actuante *copia del acta de protocolización* en la que conste la referencia de las operaciones practicadas en el Registro, siendo este documento el título para realizar la inscripción del resto. El contenido u objeto de este resto está constituido especialmente por:

a) *Superficie no titulada*.—La superficie aportada respecto de la cual no se hubiere acreditado ni identificado su titularidad no será adjudicada—dice el artículo 35, apartado 5—, y quedará formando parte del resto de la finca matriz, pudiendo disponer de la misma el órgano actuante, como fondo regulador. Transcurridos cinco años desde la firmeza del acuerdo aprobatorio de la reparcelación, se enajenará en pública subasta y el producto se destinará a la constitución del Patrimonio Municipal del Suelo.

b) *Bienes a favor del Ayuntamiento*.—El resto de la finca agrupada que no deba quedar en situación jurídica especial quedará inscrito a favor del respectivo Ayuntamiento, con obligación de dedicarlo al destino previsto en el planeamiento, y gravado con la condición resolutoria de revisión, si se modificara aquél, en los términos previstos por el artículo 90-2 de la Ley del Suelo.

D) CARGAS, GRAVAMENES Y SITUACIONES JURIDICAS DE CARACTER REAL

Se refiere a esta materia la Ley del Suelo en los apartados 3 y 4 del artículo 82:

«En la nueva propiedad subsistirán las condiciones y modalidades de titularidad y demás cargas que existieren sobre el anterior inmueble del mismo propietario.»

«Si alguna carga resultare incompatible con la nueva situación o característica de la finca, el Registrador se limitará a hacerlo constar en el correspondiente asiento, y las partes interesadas podrán acudir al Juzgado de Primera Instancia competente para solicitar la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de las cargas o gravámenes sobre las fincas nuevas y, en este último supuesto, su transformación en un derecho de crédito con garantía hipotecaria sobre la finca nueva, en la cuantía en que la carga fuera justipreciada, todo ello por el trámite de los incidentes, y sin que sea admisible recurso de apelación contra las resoluciones del Juzgado.»

El R. R., con más amplitud y claridad, dedica el artículo 31 a esta materia. En su apartado 1 da una norma de carácter general, diciendo que «las cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real que consten registrados pasarán por subrogación real sobre las nuevas fincas resultantes de la reparcelación...». El apartado 4 se refiere a la transformación de las cargas no susceptibles de subrogación real en términos análogos a los ya expuestos de la Ley del Suelo, y por último, el apartado 5 señala que las servidumbres prediales incompatibles con la nueva ordenación serán expropiadas y canceladas las ya inscritas, sirviendo de título el de la reparcelación.

Expuesta la normativa de esta materia, voy a exponer las cuestiones principales que estimo pueden sugerirse:

1) *Derechos estrictamente personales.*—La subrogación y permanencia solamente opera con los derechos y situaciones jurídicos de carácter real en los términos expuestos, quedando extinguidos los puramente personales. Especialmente el artículo 32 del R. R. declara la extinción de los arrendamientos, dando las reglas referentes a su indemnización, así como al desahucio y lanzamiento de los arrendatarios afectados.

2) *Cargas no susceptibles de subrogación real.*—En el caso de incompatibilidad con la nueva situación, se arbitra un procedimiento judicial, convirtiéndose la carga en un derecho de crédito garantizado con hipoteca sobre las nuevas fincas. El Registrador hará constar la incompatibilidad en el asiento. Pero, como dice FUENTES SANCHIZ en la ponencia al Congreso de Derecho Registral citado, el Registrador no tiene normalmente a su alcance elementos suficientes para apreciar esa incompatibilidad, por lo cual se limitará a arrastrar la carga, y serán los interesados los que directamente habrán de acudir al procedimiento de transformación.

3) *Terrenos de dominio público.*—Con anterioridad a la reparcelación existirían normalmente terrenos de dominio y uso público municipi-

pal, que serán sustituidos después por otros distintos que permanecerán con la misma afección, como aparece claramente establecido en los artículos 29 y 30 del R. R., señalando especialmente el apartado 2 del último citado que «la superficie de suelo de dominio y uso público municipal existente en la zona a parcelar se entenderá compensada por los nuevos viales y otros terrenos de dicho carácter resultantes de la reparcelación». La sustitución o cesión se produce automáticamente por la aprobación definitiva de la reparcelación, inscribiéndose a favor del respectivo Ayuntamiento los terrenos resultantes, con arreglo a los artículos 28 y concordantes. Pues bien: estos terrenos se inscribirán libres de cargas y gravámenes. Así resulta de la misma naturaleza de los mismos, como bienes de dominio y uso público, y se consagra en el propio Reglamento, especialmente en el apartado 1 del artículo 31.

4) *Cargas, gravámenes y situaciones jurídicas de carácter real.*—La declaración del artículo 31, en su apartado 1, de que «LAS CARGAS, GRAVAMENES Y SITUACIONES JURIDICAS DE CARACTER REAL REGISTRADOS EN LAS FINCAS QUE SE AGRUPAN PASARAN POR SUBROGACION REAL SOBRE LAS NUEVAS FINCAS RESULTANTES DE LA REPARCELACION», muestra una complejidad difícil de precisar, ya que los conceptos empleados de «carga», «gravamen» y «situación jurídica de carácter real» carecen de una definición legal e incluso doctrinal que determine su verdadero significado. Y estamos ante un problema muy importante que, si lo es en general, tiene aún más trascendencia en el juego de las reparcelaciones urbanísticas.

En efecto, mediante la reparcelación concebida en la Ley del Suelo y desarrollada en el R. R. se llega a una reestructuración de la propiedad urbana, con un juego parecido al que en la propiedad rústica representa la Concentración Parcelaria. Es el momento propicio de limpiar el Registro de la Propiedad de aquellos pactos y derechos carentes de trascendencia real, cumpliendo los deseos declarados reiteradamente en la legislación hipotecaria, especialmente en los artículos 98 de la Ley y 9.º y 355 de su Reglamento. La diferencia, sin embargo, en este punto con el expediente de Concentración Parcelaria es importante, y exige una mayor responsabilidad en el Registrador de la Propiedad, pues mientras en aquél la calificación y consiguiente repercusión sobre las nuevas fincas de las situaciones reales resultantes de las antiguas se opera y realiza directamente por el Servicio de Concentración Parcelaria y sus asesores, sin que el Registrador pueda, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 70 de su Ley especial, denegar o suspender la inscripción por este punto, en la reparcelación el Registrador tiene abiertas las manos y su calificación se desenvuelve con toda normalidad y libertad. En defini-

tiva, será él, juez calificado, quien ha de decidir en última instancia sobre la naturaleza real de esos derechos y situaciones que han de pasar por subrogación a las fincas nuevas resultantes de la reparcelación. Y digo en última instancia porque en la práctica raramente se recurrirá contra su calificación.

Y si esto es así, es necesario que profundicemos un poco en esos conceptos de «carga», «gravamen» y «situación jurídica de carácter real» de que habla el R. R. en su artículo 31.

Voy a tratar de deslindar primeramente los conceptos de carga y gravamen, para referirme después al de situación jurídica de carácter real.

a) *Carga y gravamen*.—Examinemos el concepto a través de la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

a') *La ley*.—Ni el Código civil ni la Ley Hipotecaria dan un concepto técnico de carga y gravamen. Sirvan de ejemplo en el primero sus artículos 452, 504 y 633, que utilizan la palabra «carga» unas veces como sinónima de gastos, otras como contraprestación, etc. Similar disparidad de criterio encontramos en la Ley Hipotecaria, como puede deducirse, entre otros, de los artículos 13 (habla de «cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales»), 98 (contrapone los «gravámenes», con acceso al Registro de la Propiedad, a «los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal»), 209 (que, al tratar del procedimiento de liberación de gravámenes, dice que «se aplicará para cancelar hipotecas, cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena que hayan prescrito...»). En modo alguno podemos, a la vista de tales preceptos, concretar los conceptos de carga y gravamen, y mucho menos establecer la diferencia entre ambos.

b') Igual imprecisión encontramos en la jurisprudencia de la D. G. R. N. La Resolución de 3 de diciembre de 1892, interpretando el artículo 633 del Código civil, dice que «el concepto de cargas debe entenderse en el sentido de derechos reales que afectan a los bienes donados, y no en el de obligaciones personales impuestas al donatario». Esta manifestación nos vale únicamente para excluir las obligaciones personales del concepto de carga. Pero ¿debemos entender que carga es todo lo que no sea obligación personal? Y el gravamen, ¿es equivalente a carga, o es otra cosa distinta? La Resolución de 5 de octubre de 1925, al tratar del sentido de la palabra carga, dice que el Código civil y la Ley Hipotecaria la señalan en múltiples y distintos significa-

dos, por lo que solamente se puede atribuir a la frase «libre de cargas» el sentido que resulte del conjunto de las cláusulas del instrumento público en el que se utilicen. Lo cual es como decir nada o muy poco.

c') También resulta difícil encontrar en la doctrina un concepto técnico y específico de carga y gravamen. La mayor parte de los tratadistas dan por supuestos y conocidos los conceptos o no quieren arriesgarse a dar su opinión sobre los mismos, y no se paran a precisar su verdadero sentido.

A veces nos encontramos con conceptos simplísimos que no dicen nada. Así, en los Resultandos de la Resolución de la D. G. R. N. de 1 de marzo de 1939 se recoge de pasada el concepto que de carga nos da el Notario recurrente, diciendo que «la palabra carga, en sentido hipotecario, es sinónimo de gravamen impuesto sobre una finca o derecho real». Y entonces pregunto yo: ¿qué es un gravamen?

CHICO y BONILLA nos dicen, en la página 115 del tomo II (segunda edición) de sus *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, que dentro de los conceptos de carga o gravamen deben comprenderse no solamente los derechos limitados o desmembrados que pesen sobre el dominio u otro derecho real, sino también las causas, afecciones y gravámenes resolutorios o restitutorios, así como las limitaciones de disponer. Pero este concepto, dado ya intencionadamente amplio con ocasión de tratar la materia de las menciones, peca por exceso, además de asimilar los de carga y gravamen, que pretendo distinguir.

ROCA SASTRE, con ocasión del artículo 209 de la Ley Hipotecaria, referente, como hemos indicado anteriormente, a la liberación de cargas y gravámenes, nos dice que en tal expresión debe incluirse toda afección, restricción o limitación que pese directamente sobre el dominio o derecho real. Y el mismo autor, en la página 114 del tomo III de la última edición de su *Tratado de Derecho Hipotecario*, al hablar de las menciones, así como en la página 647 del tomo II, interpretando el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, distingue y separa la carga o gravamen del derecho real limitado, diciendo que las cargas o gravámenes en sentido estricto sólo atribuyen a su titular activo un derecho de tipo personal, aunque pueda ser protegido por acciones reales, dada su naturaleza de afección o limitación de trascendencia real (gravámenes fideicomisarios, reservas, modos condicionantes o causalizados). El carácter negativo de esa carga, gravamen, afección, limitación o restricción de trascendencia real, continúa diciendo ROCA SASTRE, hace que, una vez registradas, perjudiquen a terceros adquirentes, pero sin que sobre su base puedan desplegarse los efectos de la fe pública registral, ya que el artículo 34-1 de la Ley Hipotecaria sólo alude al tercer adquirente de un derecho inscrito, y este derecho solamente puede ser real.

Establece, pues, ROCA SASTRE la diferencia entre carga o gravamen, por un lado, como derecho personal de trascendencia real siempre que se inscriba, pero que no atribuye a su titular la protección de la fe pública registral, y derecho real limitado, por otro lado, que, por su propia naturaleza, además de su actuación *erga omnes*, queda bajo los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Según estas ideas, quedan por determinar tres cuestiones muy importantes: 1') Diferencia entre carga y gravamen, pues si son equivalentes basta con emplear uno u otro de los conceptos, y no los dos. 2') Esas cargas y gravámenes, según las opiniones hasta ahora expuestas, ¿cuándo tienen trascendencia real? ¿La tienen por ley o por voluntad de los particulares? 3') Esas cargas y gravámenes, ¿afectan a los terceros adquirentes porque se inscriben, o se inscriben porque o para afectar a aquéllos?

Procurando contestar, de momento, a la primera pregunta, vamos a detenernos, por ahora, en las consideraciones que sobre este problema hace BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE en el libro recientemente publicado *Comentarios a la legislación hipotecaria*.

Nuestro compañero es consciente de la importancia que tiene el que se precisen estos conceptos, y aborda directamente la cuestión, sin marginarla. Podemos resumir sus ideas de la siguiente manera:

&) Separa las cargas reales (tomando primeramente este concepto en un sentido general) de las personales, en cuanto que las primeras afectan a la finca y al derecho, o sólo a éste, sea cualquiera su titular, y en tanto que lo sea del derecho gravado.

&&) Esas cargas reales, siguiendo con el concepto o sentido amplio, tienen por contenido exclusivo los derechos reales limitativos del dominio. Y dentro de esos derechos reales limitativos precisa ya BUENAVENTURA los conceptos estrictos de «gravamen», «carga» y «limitación del dominio».

&&&) *Gravamen*, según dicho autor, es el derecho o derechos reales limitativos del dominio que afectan directamente a la finca. Cuando ese derecho recae sólo indirectamente sobre la finca y directamente sobre el derecho de propiedad u otro real limitativo, estamos ante la *carga* o la limitación del dominio.

Podrá ser discutible esta distinción elaborada por nuestro compañero CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, pero tiene la indudable ventaja de su claridad y supone un gran esfuerzo para facilitar al Registrador de la Propiedad su función calificadoras.

Incluso llegando más lejos en ese camino, dejaría yo reducido a dos

conceptos, los tres señalados por nuestro compañero, absorbiendo el contenido que da para la limitación del dominio dentro del de carga. Y, siendo así, llego a las siguientes conclusiones:

1. «Gravamen» es todo derecho real limitativo del de dominio recayente directamente sobre la finca (así, la servidumbre).

«Carga» es todo aquel otro derecho real limitativo del de dominio recayente directamente sobre el derecho de propiedad u otro real limitativo, e indirectamente sobre la finca (así, la hipoteca).

Sentadas estas conclusiones, podemos volver al artículo 31, apartado 1, del R. R., sabiendo ya cuál es el contenido de esos dos conceptos, carga y gravamen, de que habla el mismo, y que, debidamente registrados en las fincas aportadas, pasarán por subrogación real sobre las nuevas resultantes de la reparcelación.

b) *Situaciones jurídicas de carácter real*.—Siguiendo con el mencionado apartado 1 del artículo 31 del R. R., es preciso concretar en qué consisten estas figuras para completar el cuadro de las relaciones que son objeto de subrogación real, debidamente registradas en las fincas de origen.

Su consideración me obliga a entrar brevemente en el discutido artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, que dice: «No sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (se refiere al art. 2.º de la Ley), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.»

Si hemos comprendido como contenido de los conceptos de carga y gravamen el de los derechos reales limitativos del de dominio, habremos de decir algo, muy esquemáticamente, sobre si en nuestro Derecho entendemos que se adopta el criterio del *numerus apertus* o el del *numerus clausus* en la creación de derechos reales atípicos, pues si defendemos el primero, el Registrador se vuelve a encontrar en su calificación con la perplejidad y confusión al no saber exactamente cuáles, de entre las relaciones que se le presentan, han de tener acceso a los libros registrales. Se trata, como dice JOSÉ SERVAT ADÚA en su conocidísimo y aún actualmente importante artículo *Derechos reales y pactos de trascendencia real*, publicado en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (1948)», «de reafirmar la pureza de la función registral, cuyo prestigio no se aviene con la viciosa práctica seguida hasta ahora en algunas de nuestras oficinas de consignar en los asientos toda clase de estipulaciones.» «Una

mala entendida prudencia—continúa diciendo—ha sido la principal causa de que muchos asientos obrantes en los libros de nuestros Registros sean verdaderas transcripciones.»

Como ha dicho la Resolución de la D. G. R. N. de 1 de marzo de 1939, quizá la más expresiva y clara sobre esta materia, «aunque la legislación vigente no contiene una categoría agotadora de derechos reales, pudiendo los interesados regular otros de igual naturaleza que los enumerados por la ley y modificar, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio, *la manifestación de voluntad que determina tales derechos reales inscribibles ha de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos, las características externas y aparentes que los hacen trascender a terceros extraños al negocio, y siempre, las que son necesarias para reflejar tales derechos en el Registro de la Propiedad por imperativo de su legislación orgánica*».

Por tanto, si bien es verdad que no es exhaustiva la relación de derechos reales señalada en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria o que resulten de otras leyes, y se pueden adicionar otros, no menos cierto es que la voluntad humana no es suficiente por sí sola para crearlos, y una vez elaborados necesitan una consagración que, mientras la ley no decida directamente, sólo puede otorgarle la jurisprudencia de la D. G. R. N., por ser el órgano a quien está encomendado asegurar en los Registros de la Propiedad la observancia de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento y decidir sobre su interpretación en las resoluciones de los recursos gubernativos que se interpongan contra la calificación de los títulos por los Registradores.

Como dice también nuestro aludido compañero SERVAT, «sólo gozan *a priori* de la protección de la fe pública registral y de todas las ventajas del sistema los derechos reales reconocidos, catalogados y regulados por el derecho positivo». Los particulares podrán crear nuevos derechos reales, pero éstos no podrán aspirar al pleno reconocimiento de sus ventajas, así civiles como hipotecarias y procesales, hasta que la ley o la D. G. R. N., en su caso, los hayan sancionado como tales derechos y consagrado su configuración.

Siendo esto así, ¿qué debemos entender, dentro del repetido artículo 31-1 del R. R., por «situaciones jurídicas de carácter real»?

Por tales debemos comprender *aquellos pactos accesorios al acto o contrato que constituyen modalidades o condicionamientos de la relación jurídica inscribible y que tienen acceso al Registro de la Propiedad cuando han de actuar con transcendencia real*.

Se trata de aquellos pactos que, según la regla 6.ª del artículo 51 del

Reglamento Hipotecario, dan a conocer la *extensión del derecho* que se inscribe, determinándolo o limitando las facultades del adquirente.

No son, pues, derechos reales típicos o atípicos, sino derechos o pactos de carácter obligacional, accesorios de aquéllos, y unidos a los mismos para señalar y determinar su extensión, y que han de constar en el Registro de la Propiedad para afectar a los terceros adquirentes.

El contenido de tales situaciones de carácter real puede configurarse especialmente a través de reservas y condiciones, y se determinan del modo anteriormente indicado.

Y así entramos a examinar otro tema íntimamente ligado con los precedentemente tratados.

E) EL ESTATUTO DE LIMITACIONES

Define este Estatuto NARCISO DE FUENTES en su trabajo *En torno al urbanismo, política del Suelo y Registro de la Propiedad*, publicado en 1963 en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», como «el conjunto de reglas establecidas para garantizar la estabilidad de las urbanizaciones».

Si en otros momentos de esta ponencia he destacado el paralelismo que, sin perjuicio de las naturales diferencias, existe entre la reparcelación urbanística y la Concentración Parcelaria rústica, vamos a ver ahora cómo la institución que estudiamos tiene, en el marco que a continuación desarrollaré, gran similitud con la Propiedad Horizontal.

El artículo 24 del R. R. dice en su apartado 1: «El acuerdo que apruebe definitivamente la reparcelación contendrá, según los casos, las circunstancias y requisitos siguientes, que podrán consignarse en anexo al mismo:

... ..

m) Podrán regularse, con efectos reales, las nuevas situaciones jurídicas derivadas de la ordenación ejecutada, tales como régimen de patios comunes, servidumbres recíprocas, zonas de estacionamiento y otras análogas.

m) Podrá establecerse, asimismo, el Estatuto de Limitaciones que regulen con carácter real: ubicación de los edificios, altura, tipo de construcción, destino, normas sobre conservación, tipo de construcción de espacios libres y demás semejantes. Las determinaciones señaladas en los apartados m) y n), inscritas en el Registro de la Propiedad y contrarias a las de derecho necesario, incluidas en planeamiento aproba-

do con posterioridad, podrán cancelarse por acuerdo firme del órgano urbanístico competente.»

Es este precepto el único dedicado al tema, y supone una innovación, pues su contenido no estaba regulado expresamente en la Ley del Suelo.

La idea de regular por medio de este llamado Estatuto todo el conjunto de situaciones que garanticen la nueva Ordenación Urbana es de toda consideración. Al igual que en la Propiedad Horizontal se estimó esta necesidad y en previsión de que pudiera discutirse el carácter real del contenido de los Estatutos, donde se comprenden, como un todo único, derechos reales, situaciones jurídicas de carácter real y obligaciones, se manifestó directamente a través de una declaración formal.

Ahora bien: ¿es suficiente esa declaración para dar trascendencia real a ese Estatuto, con las obligaciones contenidas en él? ¿El Registrador de la Propiedad ha de inscribir el Estatuto de Limitaciones como un todo complejo, introduciendo en sus libros todas sus cláusulas por el mero hecho de que así se determine en el acuerdo de reparcelación?

No voy a referirme aquí a las cuestiones doctrinales planteadas con referencia a los Estatutos de la Propiedad Horizontal en este mismo aspecto. Solamente indicaremos que la solución aparece aún más difícil en las reparcelaciones urbanísticas por la falta de un apoyo legal directo, como vamos a ver brevemente.

La Ley de Propiedad Horizontal parece apoyar en algunos de sus preceptos la trascendencia real de sus Estatutos. Así tenemos el artículo 5.º, en su párrafo tercero, que dice que «el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho..., formando un estatuto privativo que *no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad*».

También puede considerarse algún fundamento en el artículo 8.º-4 de la Ley Hipotecaria, reformado por la Ley de Propiedad Horizontal, cuando dice que en la inscripción del edificio «se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad».

Esta base legal lleva a autores como MONET a decir que las normas estatutarias, en la propiedad horizontal, regulan una situación compleja en la que no procede distinguir normas de eficacia real, normas de eficacia *ad rem* y normas de eficacia personal. Todas, en su conjunto, según él, forman la reglamentación de una situación jurídica real inmobiliaria de naturaleza compleja.

Pero, repito, esa base legal, de discutida interpretación, no la tenemos en materia de reparcelaciones, pues sólo disponemos del precepto reglamentario textualmente expuesto. Por ello vamos a distinguir en este problema dos aspectos, que conviene tratar por separado: 1) Convenien-

cia de que los Estatutos de Limitaciones tengan, en las reparcelaciones urbanísticas, transcendencia real como un todo único. Y 2) Sistema actual básico.

1) *Conveniencia de que los Estatutos de Limitaciones, como un todo, tengan transcendencia real y se inscriban en el Registro de la Propiedad.*—Con un sentido muy general, NARCISO DE FUENTES, en la ponencia tantas veces citada, exponía «cómo debe desarrollarse en el Registro la teoría del urbanismo, fenómeno universal ante el cual el jurista práctico no puede cerrar los ojos con olvido de que la realidad, siempre más fuerte, le impone una intervención directa no ya de coadyuvante en campo de técnicas distintas, sino de protagonista en ese penoso avanzar por el único camino que puede utilizar el urbanismo, por las vías del derecho, y fundamentalmente del derecho privado». «*El Registro de la Propiedad*—continúa diciendo—*es el medio adecuado para reflejar la ordenación urbanística en sentido jurídico.*»

El mismo FUENTES SANCHIZ, en el trabajo *En torno...*, también citado, nos dice: «*La conexión de la Ley del Suelo con los pronunciamientos del Registro es evidente.* No hay otro medio para asegurar las decisiones urbanísticas que arroparlas con los principios registrales. Salvo esta institución, no existe otra que ofrezca, al mismo tiempo, garantías de publicidad y legalidad suficientes. Lo que ocurre es que la técnica registral inmobiliaria no es adecuada a los problemas que la Ley del Suelo plantea, y habremos de ajustarla o atenernos a las consecuencias. Van a chirriar los principios y tendremos que arbitrar fórmulas nuevas, con espíritu generoso, aunque con feroz intransigencia, en cuanto se pretenda desconocer los derechos fundamentales que debemos defender. La estructura del Registro de la Propiedad sólo debe ser rígida en sus principios fundamentales, pero ha de amoldarse a las situaciones y circunstancias en su funcionamiento.» Y a continuación señala, con los fundamentos que luego veremos, la inscribibilidad del Estatuto de Limitaciones mediante la registración en la finca afectada.

MARTÍN BLANCO, en su obra *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo* (segunda edición, 1968), al hablar de la constatación registral de las limitaciones urbanísticas, dice textualmente: «Ofrece esta cuestión unas nuevas perspectivas frente a la tradicional estructura hipotecaria-registral y a la conservadora función calificadora del Registrador, y la necesidad, en nuestro parecer, de dar acceso cada vez más abiertamente a los libros del Registro, a las numerosas limitaciones urbanísticas que constituyen hoy una realidad vital, social y económica de primera magnitud, en la que los intereses en juego, tanto particulares como generales, postulan la eficaz y pública protección registral. *Es difícil la*

discriminación en muchos casos del aspecto obligacional o real de algunas de tales limitaciones y muy discutible su configuración a efectos registrales como servidumbres prediales. En todo caso, sin embargo, la solución pudiera estar más que en una cuestión de principios, en una apertura progresiva del Registro de la Propiedad, para acoger aquellas circunstancias o limitaciones más significativas para el tráfico inmobiliario y que, como tales, se cotizan y valoran en éste: edificabilidad o no de las fincas; espacios libres, plazas, calles, jardines, etc.; alturas máximas y mínimas de los edificios; volúmenes edificables; usos no permitidos; distancias a que deben hacerse las construcciones; materiales y estilo en que deben construirse los edificios; conservación de los edificios y de la urbanización y otras.»

ROCA SASTRE, en la ponencia presentada al Primer Congreso de Derecho Registral de 1961, titulada *La servidumbre predial, como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas*, resalta esa conveniencia de que ingresen en el Registro de la Propiedad tales relaciones. Comienza la ponencia diciendo que «la experiencia pone muchas veces de relieve ciertos supuestos, en los que resulta de gran conveniencia la imposición de determinadas limitaciones de índole privada en el goce de las fincas, limitaciones que pugnan por alcanzar trascendencia real, es decir, efectos contra terceros o subadquirentes singulares y, asimismo, lograr su robustecimiento con su ingreso en el Registro de la Propiedad inmueble. Las referidas limitaciones, continúa diciendo en otra parte de su ponencia, pueden imponerse a los adquirentes como meras obligaciones personales, con efectos para los herederos del obligado, mas no para los demás adquirentes, a menos que se subroguen en ellas. Por ello se pretende investir las de carácter real para así poder ser inscritas en el Registro de la Propiedad».

2) *Sistema actual básico.*—De las citas anteriores y de otras que podríamos exponer resulta clara la visión de los autores en orden a la conveniencia de que el llamado Estatuto de Limitaciones de las reparcelaciones urbanísticas tenga acceso al Registro como un todo con trascendencia real. Pero ahora tenemos que ver brevemente si existe en nuestro derecho un apoyo o un fundamento que sirva para defender esa conveniencia práctica.

Entiendo que no basta con alegar esa conveniencia y decir que el Registro de la Propiedad ha de acomodarse a las realidades fácticas que se van presentando. Si el Derecho, la ley, ve esa necesidad, ha de regularla dentro de sus normas y entonces podremos ya actuar con arreglo a las mismas. Hasta que esa regulación no se dé, los particulares podemos

requerir o solicitar la reforma, configurar las situaciones, si de profesionales se trata, pero nada más.

Por eso no vale decir, como veíamos en MARTÍN BLANCO, que «la solución pudiera estar, más que en una cuestión de principios, en una apertura progresiva del Registro de la Propiedad, para acoger aquellas circunstancias o limitaciones más significativas para el tráfico inmobiliario». Esto es decir nada, porque ¿quién va a determinar cuáles son esas circunstancias o limitaciones «más significativas» para el tráfico inmobiliario?

Y, una vez determinadas, ¿quién ha de darles esa trascendencia real de que carecen, cuando, tratándose de meras obligaciones, su entrada en el Registro está cerrada en el Derecho vigente?

NARCISO DE FUENTES, en el trabajo citado *En torno...*, defiende la inscribibilidad de estas Estatutos, en favor de quienes sean titulares de los predios vinculados. «No entraremos—nos dice— en el estudio de su naturaleza jurídica, pero hemos de afirmar su inscribibilidad, sin lugar a dudar, y esto en base de las siguientes consideraciones: ningún precepto de nuestra legislación se opone a ello; se amparan en la libertad de pactos establecida en nuestro Código civil; y su trascendencia real, nacida de su oponibilidad a terceros, única razón de su existencia, es indudable.»

Si con esa fundamentación quiere FUENTES SANCHIZ deducir, y así parece desprenderse, la inscribibilidad de los Estatutos como un todo, incluidas sus cláusulas puramente obligaciones, creo que la argumentación no es muy fuerte, por las razones que expongo a continuación.

Dice que «ningún precepto legal se opone a ella», cuando del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 9.º y 51-6 del Reglamento, entre otros, se desprende lo contrario.

Continúa diciendo que «su admisión se ampara en la libertad de pactos admitida en nuestro Código civil». Esto tampoco es así, porque si bien el contenido de los contratos es un complejo de facultades y deberes cuyo ejercicio o cumplimiento ordinariamente no interesa ni trasciende más allá de las partes y sus herederos, en el derecho real, por el contrario, las facultades se ejercen sobre objetos del mundo exterior, bienes inmuebles que constituyen apreciables elementos de la riqueza de la nación, y no puede quedar indiferente el poder público en cuanto a las normas que hayan de limitar su uso o disfrute y disposición. A este respecto dicen PÉREZ y ALGUER, en sus comentarios al libro de MARTÍN WOLFF, que «falta en el orden de los derechos reales un precepto como el artículo 1.255 con relación a los contratos, o como los artículos 658-1 y 764 con referencia a los testamentos, que establezca la libertad en la configuración de los mismos».

En cuanto a la consideración de que «su trascendencia real, nacida de su oponibilidad a terceros, es indudable», tampoco me parece cierto, porque entiendo que la trascendencia real del Estatuto, unitariamente considerado, se basaría en la inscripción, si lo pudiera recoger en todo su contenido, y no al contrario, como parece indicar nuestro compañero.

Volviendo al R. R., estimo que, a pesar de lo que el mismo señala en orden al Estatuto de Limitaciones en el artículo 24, apartado 1, letras *m)* y *n)*, el acuerdo que aprueba la reparcelación no puede, por sí solo, dar carácter real al contenido puramente obligacional de aquél, de manera directa y simple.

Por ello señalo como conclusión final a esta última parte de la ponencia que solamente podrán llegar al Registro de la Propiedad los Estatutos de Limitaciones, como un todo, con su doble contenido real y obligacional, bajo las siguientes fórmulas, habida cuenta el vigente sistema legislativo sobre la materia:

a) Que se aseguren por medio de alguna *garantía real*. Así una condición resolutoria.

b) Que se configuren como *limitaciones legales*. Así puede resultar, conforme al artículo 45 de la Ley del Suelo, de las que ésta sancione directamente, o de las que señalen los Planes, proyectos, normas y Ordenanzas, aprobados con arreglo a la misma. Dicho precepto, en su apartado 1, dice así: «Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, proyectos, normas y Ordenanzas aprobados con arreglo a la misma».

c) Que en forma legalmente fundada se incluya el contenido de las limitaciones urbanísticas, dentro de los *derechos reales típicos*. Así el Notario SAPENA TOMÁS, en artículo publicado en la «Revista de Derecho Notarial», en 1967, números 57-58, propone la entrada a través del derecho real de servidumbre. E igual o parecida fórmula ofrece ROCA SASTRE en su ponencia referida, *La servidumbre predial como cauce...*, examinando, con el rigor científico que le caracteriza, los problemas jurídicos que tal configuración puede presentar.

Ponente: MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ,

Registrador de la Propiedad
Profesor de Derecho Civil

SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO
Valladolid-Salamanca



DICTAMENES
Y CUESTIONES ACTUALES

Transformación de servidumbre de luces en servidumbre de vistas

I

ANTECEDENTES

Doña M. y doña E. son dueñas de unas tierras dentro del casco urbano de X, que miden una superficie de 1.200 metros cuadrados. Sobre parte de estas tierras existe construido un edificio de planta baja y dos pisos altos, unos cobertizos anexos y una balsa. Esta finca tiene su entrada por un callizo propio existente entre las casas números 8 y 10 de la calle Z. La finca colindante por la derecha entrando al callizo, que es la casa número 10 de la calle Z, tiene a su favor «una servidumbre de luces» que grava las tierras de doña M. y doña E. El origen de esta servidumbre se remonta al 6 de diciembre de 1940, fecha en la que el dueño de las dos fincas vendió la sirviente a los actuales propietarios. En la escritura de venta, entonces otorgada, se constituyó la servidumbre en una cláusula redactada en los siguientes términos: «Sobre la finca descrita en el párrafo segundo, bajo la letra B), que será el predio sirviente y a favor de la finca descrita en el párrafo séptimo, bajo el número segundo, que será el predio dominante, se establece la servidumbre de luces en toda la extensión de la fachada recayente sobre el predio sirviente.» De la descripción del dominante resulta tratarse de un edificio de una sola planta, que fue vendido también años más tarde. La servidumbre, en tales términos constituida, se venía disfrutando a través de cuatro grandes huecos provistos de tela metálica, que existían en el

edificio dominante de una sola planta, destinado a garaje. Dichos huecos recaían al callizo de referencia.

El dueño del predio dominante ha derribado el edificio de una sola planta que en él existía y ha construido otro de cinco plantas. En cada una de las plantas del nuevo edificio se han construido siete ventanas de 1,36 metros de ancho por 1,73 metros de alto, recayendo todas ellas al callizo propiedad de las señoras M. y E. A consecuencia de ello se estima que el dueño del predio dominante se ha extralimitado en su derecho al convertir la servidumbre de luces en servidumbre de vistas, puesto que es posible asomarse al exterior a través de las nuevas ventanas.

A fin de poderle exigir, voluntaria o judicialmente, que reduzca su disfrute a la simple servidumbre de luces, que es su derecho, se desea saber: 1) Cómo puede ejercitarse la servidumbre de luces sin que, a la vez, se ejercite la de vistas, de acuerdo con el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia. 2) Si puede aumentar el número de huecos en la forma que lo ha hecho, pasando de cuatro, que había, a 35, que actualmente existen.

II

CALIFICACION JURIDICA DE LA SITUACION EXISTENTE ANTES DEL DERRIBO PARA LA POSTERIOR EDIFICACION

La respuesta a la consulta que se nos ha sometido requiere, en primer lugar, que se realice la calificación jurídica de la situación vigente hasta el momento en que el dueño del predio dominante derribó el edificio de su propiedad y, sobre el solar, construyó una finca de cinco plantas con siete ventanas en cada planta de 1,36 metros de ancho por 1,73 metros de alto, recayendo sobre el callizo propiedad del predio sirviente. Una vez realizada tal calificación, se podrá determinar si el propietario del predio dominante se ha extralimitado o no en su derecho. Dicha calificación jurídica requiere el análisis de las cuestiones que se exponen a continuación.

1) ORIGEN DE LA SERVIDUMBRE

Teniendo en cuenta las circunstancias señaladas, y especialmente la cláusula de constitución de la servidumbre, resulta que la calificación jurídica que corresponde a la situación anterior al derribo y nueva construcción es la de servidumbre de luces constituida voluntariamente. Tal afirmación requiere algunas aclaraciones. La primera de ellas es la de

que, como señala el profesor CASTÁN, en el Código civil no se establece «ninguna servidumbre legal de luces y vistas, y sus preceptos lo que hacen es imponer limitaciones al derecho de propiedad, restringiendo la facultad de abrir ventanas o huecos en pared medianera, o en pared propia contigua a finca ajena (arts. 581 y 584), y regular los efectos de la servidumbre de vistas adquirida por título (art. 585)» (1). Limitando el análisis a la servidumbre de luces, es evidente que ésta no aparece regulada en el artículo 581, único precepto en el que se habla de la facultad de abrir huecos para recibir luces. Prueba de que tal situación no es constitutiva de servidumbre es que en el mismo precepto se establece la facultad de cerrar tales huecos a favor del dueño de la finca o propiedad contigua. Ahora bien: el hecho de que el Código, a pesar de que la sección quinta del capítulo II, título VIII, del libro II, lleva el epígrafe general «de la servidumbre de luces y vistas, no establezca en el artículo 581 una servidumbre legal de luces, sino que regule unas simples «limitaciones del derecho de propiedad originadas por las llamadas «relaciones de vecindad» (2), no es obstáculo para que una servidumbre de luces se establezca voluntariamente. Así lo ha puesto de manifiesto DE BUEN, señalando que «es indudable que existe derecho a establecer voluntariamente una servidumbre de luces, de cuyo contenido hay que decir lo que se dice siempre del de las servidumbres de esta clase: se regirá por el título y por las reglas sentadas en el Código al tratar de las servidumbres en general... Lo que no podrá hacerse es imponer a nadie contra su voluntad la servidumbre de luces, pues aunque parezca lo contrario por sus epígrafes, el Código no la ha regulado como tal» (3). Por consiguiente, no es posible constituir forzosamente en nuestro Derecho una servidumbre de luces, pero no hay, como es lógico, ningún inconveniente en que se constituya voluntariamente. Esto último es lo que ha sucedido en el supuesto objeto de esta consulta, como se desprende claramente de la cláusula, inserta en la escritura de venta del predio sirviente, en la que se establece «la servidumbre de luces en toda la extensión de la fachada».

2) CONTENIDO DE LA SERVIDUMBRE

Habiendo ya señalado que nos encontramos ante una servidumbre voluntaria, conviene ahora determinar el contenido de la misma, fijan-

(1) CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II: *Derecho de cosas*; vol. II, *Los derechos reales restringidos*, 10ª edición, Madrid, 1965, páginas 127 y 128.

(2) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Servidumbre de luces y construcción con materiales traslúcidos*, "Revista de Derecho Privado", noviembre 1970, pág. 952.

(3) D. DE BUEN, *Servidumbre de luces y vistas*, Enciclopedia Jurídica Española Seix, tomo XXVIII (Sani-Soci), pág. 697.

do cuáles son los derechos del predio dominante y los deberes del sirviente. Ello nos permitirá decidir si con la nueva edificación y las ventanas abiertas en ella se ha extralimitado o no el dueño del predio dominante. El artículo 598 del Código civil dice que «el título, y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables». Por consiguiente, para determinar el contenido de la servidumbre hay que tener en cuenta el «título», es decir, el negocio genético originador de la misma. Ello debe ser así porque, como dice el artículo 594 del propio Código civil, «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y *en el modo y forma* que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público». Por lo demás, es evidente que, con independencia de los argumentos concretos de derecho positivo, la lógica impone que para determinar el contenido y configuración de una servidumbre voluntaria haya que estar fundamentalmente a las manifestaciones de voluntad contenidas en el negocio genético-constitutivo de la misma. Atendiendo, pues, a los postulados de la lógica y a los imperativos del Derecho positivo, tendremos que volver de nuevo a la cláusula de constitución de la servidumbre para determinar su configuración y contenido.

La cláusula en cuestión determina, en primer lugar, cuál es el predio sirviente y cuál el dominante, añadiendo a continuación que «se establece la servidumbre de luces en toda la extensión de la fachada recayente sobre el predio sirviente». La cláusula es escueta, pero en ella se encuentran los elementos necesarios para determinar en líneas generales el contenido de la servidumbre constituida. Se señala claramente que «se establece la servidumbre de luces»; por consiguiente, la finalidad perseguida es sólo la de conceder luces, finalidad que hay que tener en cuenta, puesto que, como dice ALBALADEJO, «el contenido de cada servidumbre se determina por el fin perseguido» (4). Además se dice que tal servidumbre se establece «en toda la extensión de la fachada recayente sobre el predio sirviente». Dato físico de considerable interés para determinar la amplitud de la servidumbre. Hay, pues, en la cláusula constitutiva dos elementos decisivos para fijar el contenido de la servidumbre: la finalidad de la misma y el dato físico relativo a su extensión o amplitud. Sin embargo, la cláusula no fija de modo concreto la forma o manera en que la servidumbre va a ejercitarse. ¿Quiere

(4) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de cosas*, Barcelona, 1964. pág. 373.

ello decir que la forma de ejercicio de la servidumbre va a depender en cada momento del capricho del dueño del predio dominante? Indudablemente no, pues, de una parte, la servidumbre se estableció teniendo en cuenta una determinada configuración de los predios dominante y sirviente, configuración que—como se verá—viene a concretar de alguna manera la forma de ejercicio de la servidumbre. Por otra parte, sobre la base de la cláusula constitutiva y de la configuración física de los predios afectados, la servidumbre se ha venido disfrutando, poseyendo de una determinada forma—a través de cuatro grandes huecos con tela metálica—durante treinta años aproximadamente. Circunstancia esta última de gran interés, puesto que «la posesión sirve para determinar la extensión y el modo de ejercicio de la servidumbre, incluso teniendo su origen en un título, ya que la posesión es ejercicio presunto conforme a las intenciones de las partes, para las cuales es «la puesta en obra del título» (5). Por todo ello, para determinar el contenido de la servidumbre es necesario analizar todos y cada uno de los puntos aquí señalados.

a) *Finalidad de la servidumbre*

La finalidad de la servidumbre, como se desprende claramente de la cláusula constitutiva de la misma, es la de conceder luces al predio dominante «en toda la extensión de la fachada recayente sobre el predio sirviente». Ahora bien: se conceden luces, ya que así se dice literalmente, pero no vistas. Conviene insistir en este punto y aclarar las diferencias entre una servidumbre y otra. Desde luego, la amplitud de las mismas es distinta, pues, «así como el derecho a no ser privado de luz no lleva consigo el de tener vistas de cierta extensión, la servidumbre de vistas incluye siempre el contenido de una servidumbre de luz» (6). Por tanto, la concesión sólo de luces implica necesariamente la consecuencia de que no se conceden vistas, ya que las primeras no incluyen a las segundas. Pero ¿cuándo hay sólo servidumbre de luces? En relación con el Derecho anterior al Código decía BENITO GUTIÉRREZ que «la mera servidumbre de luces no da derecho para registrar la casa del vecino, y menos para echar materias arrojadizas. Con esta precaución se emplean las correspondientes medidas, abriendo las ventanas altas y colocando, si menester es, una alambreira. Cuando la servidumbre de luces estuviese legalmente constituida, no puede edificarse sin dejar patio...» (7).

(5) ROCA JUAN, *Las servidumbres* (arts. 530 a 604 C. c.), Barcelona, 1961. Comentarios al Tít. VII, cap. III, pág. 8.

(6) DE BUEN, *loc. cit.*, pág. 694.

(7) La cita es de DE BUEN (*loc. cit.*, pág. 695), que la refiere a B. GUTIÉRREZ,

Por consiguiente, la servidumbre de luces da al predio dominante sólo el derecho a recibir luz del sirviente, pero no el de mirarlo o registrarlo, ni tampoco el de arrojar objetos sobre él. A esta idea responde el artículo 581 del Código, en el cual, como se ha dicho, no se establece una servidumbre de luces, sino unas normas reguladoras de relaciones de vecindad», pero que, en todo caso, proporcionan unos indicios para elaborar el concepto de servidumbre de luces. En efecto, en el primer apartado de tal precepto se dice que «el dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatas a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre». Se trata de huecos o ventanas destinados exclusivamente a la recepción de luz, sin que en este caso la cuestión se regule en el 582 y siguientes del Código civil. Como se desprende de los requisitos exigidos por el artículo 581, y especialmente de la reja remetida en la pared y de la red de alambre, se persigue sólo la finalidad «de proporcionar luz al predio, pero en forma alguna que sirva para mirar o arrojar objetos o residuos al fundo ajeno» (8).

Habiéndose constituido, en el caso que nos ocupa, sólo una servidumbre de luces, es evidente que no se ha concedido al predio dominante derecho a mirar sobre el sirviente, ni por supuesto tampoco a arrojar objetos sobre el mismo. Incidentalmente, conviene aclarar que tal facultad de arrojar objetos no debe estimarse comprendida en una simple servidumbre de vistas; otra cosa es que las ventanas y balcones a través de los que se ejercita permitan el poder lanzarlos, lo que no es posible cuando se trata de balcones y huecos con la sola finalidad de recibir luces. ¿Cuál es, entonces, el contenido de la servidumbre constituida? Simplemente la de recibir luces del predio sirviente; pero tal facultad de recibir luces, constituida como servidumbre, hay que entenderla más amplia que la regulada en el artículo 581 y que, como sabemos, no constituye auténtica servidumbre. El contenido mínimo de una servidumbre de luces parece que ha de concretarse respecto del predio sirviente en la pérdida de la facultad, que se le reconoce en el artículo 581, de cerrar o cubrir los huecos abiertos en la finca contigua para recibir luz. Por consiguiente, la pérdida de tal facultad supone que el dueño del predio sirviente tendrá que construir a la distancia del domi-

Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español, tomo II, Madrid, 1868, pág. 545, donde efectivamente aparece el texto citado por DE BUEN.

(8) GONZÁLEZ-ALEGRE, *Manual de servidumbres*, Barcelona, 1962, pág. 135.

nante señalada en el título y, a falta de concreción en el mismo, será preciso tener en cuenta «las reglas de construcción de edificios urbanos, aceptadas por la costumbre, ordenanzas y usos de aquella ciudad...» (9). En consecuencia, la primera limitación que tiene el predio sirviente cuando existe servidumbre de luces es la de no poder cerrar los huecos abiertos por el dominante, huecos que pueden ser iguales, mayores o incluso menores que los señalados en el artículo 581, aunque, como es lógico, en la práctica siempre serán mayores.

La existencia de la servidumbre de luces supone para el dueño del predio sirviente, como se ha dicho, la limitación de no poder cerrar los huecos o ventanas abiertos por el dominante. Ahora bien: ello no significa que dichos huecos no tengan que someterse a ciertos requisitos en su construcción, ya que han de permitir la entrada de luz; pero no han de facultar al dueño del dominante para poder registrar, como dice la doctrina, el fundo vecino. De los requisitos que el artículo 581 señala para los llamados huecos de ordenanza o tolerancia, hay algunos que no afectan esencialmente a los huecos que se abran existiendo servidumbre de luces; así, no parece necesario que los mismos se construyan «a la altura de las carreras o inmediatos a los techos». Pueden, efectivamente, construirse a tal altura, con lo cual se garantiza que desde el dominante no se podrá registrar el predio sirviente, o tendrá que hacerse con notoria incomodidad al tener que utilizar una escalera o silla para poder mirar por el hueco; pero también pueden construirse a una altura inferior. Lo que constituye un requisito indispensable es que tales huecos no permitan mirar al fundo sirviente. Por lo cual parece necesario que tengan—como dice el art. 581, 1.º, del Código—«reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre», aunque, sin duda, lo decisivo no es el medio empleado para asegurar que se reciben luces, sin tener vistas, sino que se garantice el respeto a la intimidad del dueño del predio sirviente. En consecuencia, puede conseguirse tal finalidad, como dice CASTÁN, construyendo huecos altos y con «vidriera fija que impida sacar la cabeza, mientras que los huecos para vistas tienen vidrieras movibles que permiten asomarse y mirar hacia afuera» (10). Pero también puede conseguirse a través de otros medios utilizados por las técnicas modernas de construcción. Así, mediante el uso de materiales traslúcidos, el predio dominante puede recibir luz, sin tener vistas sobre el sirviente, como se desprende de las Sentencias de 15 de junio de 1960, de la

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1879. Esta sentencia se refiere a una servidumbre de luces y vistas, pero un criterio semejante aparece en la Sentencia de 3 de marzo de 1905 respecto de una servidumbre de luces

(10) CASTÁN, *op. y loc. cit.* pág. 127.

Audiencia Territorial de La Coruña, y de 4 de febrero de 1965, de la de Oviedo; afirmándose en la de 17 de febrero de 1968 del Tribunal Supremo, recogiénose el pronunciamiento de primera instancia, que el empleo de material traslúcido «impidiendo la visión permite el paso de la luz con intensidad limitada, y no permite la inspección o fiscalización del fundo ajeno contiguo» (11).

Todo lo anterior permite concluir que la servidumbre de luces es más limitada que la de vistas y que, cuando se han concedido sólo luces, los huecos que se construyen han de tener necesariamente unas características especiales, para garantizar que el predio sirviente no se vea sometido a fiscalizaciones que no tiene derecho a realizar el dominante. Por ello, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 3 de marzo de 1905, afirma, después de señalar que hay servidumbre de luces y no de vistas, que no debe respetarse la extensión de los huecos abiertos en la actualidad, «subsistiendo los cuales vendría a hacerse ilusorio el fallo denegatorio de la servidumbre de vistas». Volviendo al caso objeto de esta consulta, no cabe duda que el dueño del predio dominante se ha extralimitado al transformar los primitivos huecos de luces en ventanas que permiten ejercitar vistas sobre el predio sirviente. En consecuencia, hay que señalar que tales ventanas deben modificarse de manera que, a través de ellas, puedan sólo recibirse luces. Tal modificación deberá realizarse, como se ha señalado, construyendo los huecos a una altura suficiente para no tener vistas, colocando rejas y red de alambre para que no se pueda mirar, empleando materiales traslúcidos, etc. En definitiva, será válido cualquier medio que permita al predio dominante recibir luces, pero que no le faculte para fiscalizar al predio sirviente.

b) *Forma en que se venía poseyendo o ejercitando la servidumbre*

Habiéndose ya aclarado, a través de la finalidad, el contenido esencial de la servidumbre constituida: se trataba de servidumbre de luces, no de vistas. Conviene ahora concretar, con mayor detalle, cuáles eran los derechos y deberes de los predios antes de producirse el derribo y nueva construcción realizados en el dominante. Tal concreción debe realizarse, dado que no se perfila suficientemente en la cláusula constitutiva de la servidumbre, a través de la posesión o ejercicio de la misma desde el momento de su constitución y hasta el del derribo del edificio que existía en el predio dominante. También habrá que tener en cuenta la configuración de los predios durante el referido tiempo de ejercicio

(11) Cfr. al respecto el estudio citado de FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *loc. cit.*, págs. 953 y ss.

de la servidumbre, ya que dicha configuración influía decisivamente en la forma de dicho ejercicio.

Para analizar este problema conviene partir de la cláusula constitutiva de la servidumbre, pues, si bien en ella no se concreta debidamente la forma de ejercicio, lo cierto es que se señalan las líneas estructurales básicas de tal ejercicio. En efecto, en tal cláusula se dice que se establece la servidumbre de luces «en toda la extensión de la fachada recayente sobre el predio sirviente». ¿Qué quiere decirse con ello? El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* afirma que fachada es el «aspecto exterior de conjunto que ofrece un edificio, un buque, etc., por cada uno de los lados que puede ser mirado». Por consiguiente, la servidumbre se establecía en toda la extensión de la fachada—nada más que en esa extensión—que tenía el predio dominante cuando se le observaba desde el sirviente. Dicho de otra manera, se constituía para que el predio dominante abriera huecos a fin de recibir luces en la fachada que el mismo predio tenía mirando o recayendo sobre el sirviente. La fachada aparece como módulo de la servidumbre, se podrían abrir huecos para luces en la misma sin que el dueño del sirviente pudiera oponerse a ello, ya que la servidumbre se constituía «en toda la extensión de la fachada». Lo que no podía hacer el dominante, ya que ello implicaría una extralimitación o abuso de su derecho, era transformar la fachada, aumentar su extensión y construir nuevos huecos en esa mayor extensión. Dada esta circunstancia, sobre la que se volverá más adelante, conviene determinar la extensión de la fachada en el momento de constituir la servidumbre y durante el ejercicio de la misma hasta el derribo y posterior edificación en el predio dominante. Tal como resulta de los antecedentes de que disponemos, puede afirmarse que se trataba de un edificio de una sola planta, como se desprende tanto de la escritura, en que se constituía la servidumbre, como del modo de ejercicio de la misma, ya que se disfrutaba por cuatro grandes huecos con tela metálica, que existían en el edificio, *de una sola planta*, destinado a garaje.

Habiéndose fijado que la servidumbre se estableció a favor de un edificio de una sola planta y que se ha ejercitado durante cerca de treinta años sin alterar la configuración del predio dominante, es preciso determinar ahora la influencia que tal ejercicio haya podido tener en la concreción del contenido de la servidumbre. A este respecto, hay que recordar que el artículo 547 del Código civil dice que «la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera». Algunos autores interpretan el precepto en el sentido de que, discrepando la forma de usar la servidumbre de lo establecido en el título constitutivo, puede llegarse «a tener derecho al uso en la forma

en que se haya venido practicando, si la práctica ha durado el tiempo fijado para la usucapión» (12).

Por consiguiente, se trataría de que el predio dominante podría adquirir por usucapión derecho a una forma de ejercicio de la servidumbre más gravosa para el sirviente de la que resultara del título. Tal interpretación tiene el inconveniente de que no cuadra con la colocación sistemática del precepto, ya que el mismo se halla en la sección dedicada a los modos de extinguirse las servidumbres. Por ello, ESPÍN, teniendo en cuenta tal circunstancia, dice que igual «que la prescripción adquisitiva o usucapión, también la prescripción extintiva puede afectar a la extensión y modo de ejercicio de la servidumbre» (13). En consecuencia, parece que el criterio más apropiado es el de SÁNCHEZ ROMÁN, que lo recoge GONZÁLEZ ALEGRE diciendo que, en virtud del artículo 547, «la forma de prestar la servidumbre puede modificarse en más o en menos en pro o en contra del dueño del predio dominante o del dueño del predio sirviente, en cuanto a las continuas y aparentes...» (14). Siendo ello así, hay que recordar que en el supuesto que nos ocupa, la servidumbre se ha ejercitado a través de cuatro huecos con tela metálica que existían en el edificio de una sola planta. Por consiguiente, el ejercicio de la servidumbre se ha realizado de conformidad con lo establecido en la cláusula constitutiva: 1) en toda la extensión de la fachada, sin haberse modificado ésta durante cerca de treinta años; por tanto, no se tiene más derecho que el de recibir luces a través de la fachada, recayente sobre el sirviente, de un edificio de una sola planta; 2) el ejercicio de la servidumbre se ha realizado a través de cuatro huecos que llevaban tela metálica, con lo cual se demuestra que dicho ejercicio se realizaba, de conformidad con la cláusula constitutiva, para recibir luces y nada más que luces. Puede, pues, concluirse que, tanto por lo que se desprende de la cláusula constitutiva, como de lo que resulta del ejercicio de la servidumbre durante cerca de treinta años, el predio dominante no tenía más derecho que el de recibir luces a favor de un edificio de una sola planta. Sin embargo, ahora se ha construido un edificio de cinco plantas y se pretende tener derecho a recibir tanto luces como vistas en toda la extensión de la nueva fachada. ¿No constituye ello una clara extralimitación por parte del dueño del predio dominante? Esta es la cuestión que se va a analizar a continuación.

(12) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 374.

(13) ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español*, vol. II: *Derechos reales*, 3.^a ed., Madrid, 1968, pág. 353.

(14) GONZÁLEZ-ALEGRE, *op. cit.*, pág. 53. El criterio aparece expuesto ampliamente en SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, 2.^a edición, Madrid, 1900, págs. 655 y ss.

III

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PLANTEADA POR LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS ARBITRARIAMENTE EN EL PREDIO DOMINANTE

Las modificaciones introducidas en el predio dominante son dos: 1) Se ha derribado el edificio de una sola planta y se ha construido uno de cinco plantas. 2) Los viejos cuatro huecos, a través de los que se ejercitaba la servidumbre de luces, han sido sustituidos por siete ventanas en cada planta, existiendo actualmente, por tanto, 35 ventanas en la nueva fachada, las cuales permiten asomarse al exterior, lo que indica un propósito deliberado de transformar la antigua servidumbre de luces en servidumbre de vistas. La nueva situación originada unilateral y arbitrariamente por el predio dominante plantea una serie de consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

1) ¿SUBSISTENCIA DE LA VIEJA SERVIDUMBRE DE LUCES?

Esta es, sin duda, la primera cuestión que hay que analizar en relación con la nueva situación planteada. En efecto, la servidumbre de luces se concedió a favor de un edificio de una sola planta y durante cerca de treinta años se ejerció a favor de tal edificio. ¿El derribo del mismo no implicará extinción de la servidumbre? La Sentencia de 31 de mayo de 1960 de la Audiencia Territorial de Oviedo dice que «la servidumbre de luces y vistas que se alega, según se desprende del título constitutivo, se constituyó en favor de una casa que, como se describe en la diligencia de reconocimiento judicial—y en ello están conformes las partes—, se encuentra actualmente derruida, con lo que, desaparecido el predio dominante, desapareció por ello, también, el gravamen, por ser requisito conceptual *sine qua non* para la realidad de la servidumbre real la existencia de un predio que se beneficie; por ello, la servidumbre se encuentra extinguida, según se prescribe en el número tercero del artículo 546 del Código civil...».

En el caso objeto de esta consulta es evidente que el edificio a cuyo favor se constituyó la servidumbre de luces ha desaparecido, lo cual puede servir para argumentar la extinción de la misma, ya que el nuevo edificio construido es tan distinto del anterior, que no puede decirse que venga a sustituirlo. Para aclarar este punto hay que tener en cuenta lo establecido en el número 3.º del artículo 546, en el cual se dice que las servidumbres se extinguen «cuando los predios vengan a tal estado que

no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior». No cabe duda, pues, que, al tenor de este precepto, el derribo produjo la extinción de la servidumbre. El problema estriba en determinar si la nueva construcción puede ser causa de que la servidumbre reviva. En este sentido conviene observar que el precepto descansa en la idea de que se han producido alteraciones en los predios, pero se ha mantenido su identidad. Es decir: se han producido deterioros, menoscabos, los cuales hay que entender que pueden sufrirlos ambos predios o uno sólo, ya sea el dominante o el sirviente; lo importante es que el estado de los mismos haga que no pueda usarse de la servidumbre, circunstancia que produce la extinción. Pero si el estado de los predios mejora, de manera que vuelve a permitir el uso de la servidumbre, ésta revive, salvo que haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción. Queda, pues, demostrado que el precepto se mueve sobre la base de que la identidad de los predios no se altera; su estado se deteriora o mejora, pero los predios son los mismos (15). Ahora bien: cuando un edificio de una planta se derriba y en su lugar se construye uno nuevo de cinco plantas, no parece posible estimar que el nuevo edificio tenga la misma identidad que el viejo, y siendo así, es necesario concluir que, habiendo desaparecido la finca a cuyo favor se construyó la servidumbre, ésta queda extinguida. De no estimarse procedente la extinción de la servidumbre, lo que no cabe duda es que, según el referido precepto, lo único que cabe admitir es que, al realizarse la nueva construcción, la servidumbre podrá usarse, y, por tanto, *revivirá*. Pero obsérvese que si revive ha de ser en las mismas condiciones, amplitud y extensión que tenía antes del derribo; por tanto, el nuevo edificio sólo tendrá derecho a recibir luces en la planta baja. Llegar a otra solución sería tanto como estimar que revivía—volvía a la vida—una servidumbre que nunca había tenido vida.

2) AMPLITUD MÁXIMA DE LA SERVIDUMBRE DESPUÉS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO EDIFICIO DE CINCO PLANTAS

De lo dicho anteriormente se desprende que, después de la construcción del nuevo edificio, éste no puede tener, en el supuesto de que tenga algún derecho, más que el de recibir luces en la planta baja. Además de los argumentos legales antes aducidos, conviene recordar que, respecto

(15) En tal línea de pensamiento se mueve MANRESA cuando dice que si "los accidentes son reparables, las servidumbres pueden revivir" (*Comentarios al Código Civil español*, tomo IV, 3.^a edición, Madrid, 1910, pág. 642).

del ejercicio de las servidumbres, rige desde antiguo el principio de que debe hacerse *civiliter*, es decir, en las condiciones menos gravosas para el fundo sirviente (16), apareciendo reflejado tal principio en diversos preceptos de nuestro Código civil (así, 543, 2.º; 545, 2.º; 565, etc.). Pero, sobre todo, interesa aquí analizar la cuestión de si el dueño del predio dominante puede alterar la servidumbre. La respuesta nos la proporciona claramente el artículo 543, 1.º, donde se dice que «el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, *pero sin alterarla ni hacerla más gravosa*». Por consiguiente, el dueño del predio dominante está legitimado para realizar las obras necesarias de conservación de la servidumbre, pero no podrá alterarla ni hacerla más gravosa. Algunas decisiones jurisprudenciales se muestran tajantes en la aplicación de este precepto. En tal sentido, las Sentencias de 24 de abril de 1954 de la Audiencia Territorial de Valladolid y la de 7 de enero de 1958 de la de Zaragoza, afirmándose en la última que «como el dueño del predio dominante, según el artículo 543 del Código civil, no puede alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa, deberán *los demandados reducir el hueco en cuestión a las dimensiones que tuvo originariamente*».

Proyectando las ideas anteriores sobre el supuesto objeto de este dictamen, es claro que al derribar el edificio antiguo y construir uno nuevo de cinco plantas se hace más gravosa la situación del predio sirviente.

En efecto, de una parte, se han construido ventanas para poder ejercitar un derecho de vistas, con lo cual el predio sirviente sufrirá una fiscalización a la que no estaba obligado, dado que sólo se constituyó y ejercitó en todo tiempo una servidumbre de luces. Tal fiscalización será particularmente intensa en cuanto que las cinco nuevas plantas construidas parece que se destinaran a vivienda. Además de dicha fiscalización tendrá que sufrir, aunque estimamos que a ello no otorga derecho ni siquiera una servidumbre de vistas, que por las ventanas caigan o se arrojen desperdicios, objetos, etc. Todo ello nos llevaría a exigir que en las ventanas se colocaran vidrieras fijas, telas metálicas, materiales traslúcidos, etc., es decir, cualquier medio que sirviera—como se indica al tratar de la finalidad de la servidumbre que se constituyó a favor del primitivo edificio—para recibir luces sin que el dominante pueda fiscalizar al predio sirviente. Pero esa exigencia no es suficiente salvo en lo que a la planta baja se refiere, ya que ésta es la única que podría, tal vez, tener derecho a luces, pero no los otros pisos edificadas, que no

(16) Cfr. al respecto ESPÍN, *op. cit.*, pág. 351; ROCA JUAN, *op. cit.* Comentario a los artículos 543 a 545, pág. 2, etc.

existían antes del derribo, en los cuales deberán cubrirse las ventanas, puesto que no tienen ni siquiera tal derecho.

El reconocimiento del derecho a luces a favor de las nuevas plantas construidas, además de que significaría la consagración de una alteración introducida unilateral y arbitrariamente por el dueño del predio dominante, con la consiguiente vulneración de lo establecido en el artículo 543, 1.º, del Código en lo que a la prohibición de que se realicen tales alteraciones se refiere, supondría también una situación más grave para el predio sirviente. En efecto, pueden resultar para tal predio mayores limitaciones en cuanto a distancias, modo de construir, etc., ya que, siendo el edificio de cinco plantas, presenta mayores exigencias para ejercitar el derecho a recibir luces que si es de sólo una planta. Pero es que, además, como se dice en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 24 de abril de 1954, existe un derecho en los propietarios de los inmuebles sirvientes, «que es el de extinguir las servidumbres voluntariamente, por convenio, mediante la cancelación (artículo 546, núm. 6 del Código civil referido), y la mayor extensión y utilización de la servidumbre llevaría como consecuencia un notable aumento en el precio de la redención». Por todo ello, no cabe duda que todas las ventanas—a excepción, tal vez, de las de la planta baja—deben ser cerradas, porque el nuevo edificio no tiene derecho a recibir luces a través de ellas.

CONCLUSIONES

I) La extralimitación del dueño del predio dominante ha quedado claramente demostrada. En efecto, no podía en las nuevas plantas construidas poner ventanas para tener vistas, y ello no sólo porque no ha tenido nunca derecho a vistas, sino también porque—además de que al derribar el anterior edificio la servidumbre de luces, constituida a favor del mismo, probablemente se ha extinguido—al pretender tener, aunque sólo sea derecho de luces, en las nuevas plantas construidas, ha agravado la situación del predio sirviente, con la consiguiente vulneración del artículo 543, 1.º, del Código civil. Por tanto, deben cerrarse las 35 ventanas que actualmente existen.

II) De estimarse que la servidumbre de luces subsiste sólo a favor de la planta baja, las siete ventanas, únicas que en tal caso no serían totalmente cerradas, existentes en la misma, deben adaptarse para que reciban luces sin tener vistas, ya que, habiéndose concedido sólo servidumbre de luces, el dueño del predio dominante se ha extralimitado al construir ventanas que permiten las vistas sobre el predio sirviente. En

consecuencia, tales ventanas deben modificarse de manera que, a través de ellas, puedan sólo recibirse luces. Tal modificación deberá realizarse, como se ha señalado, construyendo los huecos a una altura suficiente para que no tengan vistas, colocando rejas y red de alambre, empleando materiales traslúcidos, etc. En definitiva, será válido cualquier medio que permita al predio dominante recibir luces, pero que no le faculte para fiscalizar al sirviente. En todo caso, insistimos, serían sólo las ventanas de la planta baja las que subsistirían, pero únicamente a los efectos de recibir luces. Podría incluso plantearse la cuestión de si en tal planta puede haber siete ventanas o, como es más probable, sólo cuatro, es decir, las mismas que había en el anterior edificio; sin embargo, esta cuestión no tiene demasiado interés dentro de la amplitud de la problemática conjunta.

III) El dueño del predio dominante puede ejercitar la acción negatoria de servidumbre de luces y de vistas, matizando la cuestión por las razones expuestas, en cuanto a las luces de la planta baja se refiere.

Así es cuanto resulta de mi dictamen, que someto con gusto a otro más autorizado.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO
Profesor adjunto de Derecho Civil

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

4. RECURSO GUBERNATIVO.—PUEDEN ACUMULARSE Y RESOLVERSE EN UN ÚNICO RECURSO Y EXPEDIENTE, POR RAZONES DE ECONOMÍA, CELERIDAD Y EFICACIA, LAS IMPUGNACIONES REFERENTES A DOS NOTAS DE CALIFICACIÓN CUANDO EXISTE ÍNTIMA CONEXIÓN ENTRE ELLAS.

LOS RECURSOS GUBERNATIVOS SOLAMENTE PUEDEN INTERPONERSE CUANDO LA CALIFICACIÓN SUSPENDA O DENEGUE EL ASIENTO SOLICITADO, PERO NO CUANDO EL TÍTULO HA TENIDO ACCESO AL REGISTRO, PORQUE LOS ASIENTOS, AUN ERRÓNEAMENTE EXTENDIDOS, ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES Y PRODUCEN SUS EFECTOS MIENTRAS NO SE DECLARE SU INEXACTITUD MEDIANTE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS PARA LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES.

RECTIFICACION DE ERRORES.—SE PRODUCE UN ASIENTO CLARAMENTE ERRÓNEO CUANDO SE INSCRIBE UN TÍTULO REFERENTE A UN RESTO DE FINCA RESULTANTE DE UNA SEGREGACIÓN NO REGISTRADA, ATRIBUYENDO EL TÍTULO A LA TOTALIDAD DE LA FINCA MATRIZ TAL COMO SIGUE INSCRITA, EN LUGAR DE SUSPENDER LA INSCRIPCIÓN HASTA QUE, INSCRITA LA SEGREGACIÓN, LA INSCRIPCIÓN DE AQUEL TÍTULO QUEDE CLARAMENTE CONCRETADA AL RESTO.

NO PUEDE SER SUPLIDO POR EL CENTRO DIRECTIVO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO, EL CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS QUE DEBEN PRESTARLO PARA LA RECTIFICACIÓN DE ERROR DEL ASIENTO CONFORME A LOS ARTÍCULOS 214 Y 217 DE LA LEY HIPOTECARIA.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—EN LOS ACTOS Y OPERACIONES RELATIVOS A UN PISO O APARTAMENTO NO ES SUFICIENTE QUE LA ESCRITURA DESCRIBA EL PISO CON TODAS SUS CIRCUNSTANCIAS REGLAMENTARIAS. PUES, AL CORRESPONDER AL TITULAR DERECHOS QUE RADICAN EN EL EDIFICIO EN SU CONJUNTO, DEBE IGUALMENTE HACERSE LA DESCRIPCIÓN DE ÉSTE PARA QUE RESULTE PLENAMENTE IDENTIFICADO. LOS REGISTRADORES DEBEN, A SU VEZ, EXTREMAR LA ATENCIÓN CON OBJETO DE NO EXTENDER ASIENTOS ERRÓNEOS, AL NO TENER SEGREGACIONES O AGREGACIONES QUE SE HAYAN VERIFICADO EN EL SUELO DE LA FINCA TOTAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Resolución de 28 de mayo de 1971 («B. O. del E.» de 19 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—En escritura de 26 de junio de 1962, los cónyuges don José Miguel Cortadi Galarra y doña Petra Ramos Martínez, manifestaron que eran dueños de la casa número 16 de la calle Luis Mitjans, de Madrid, compuesta de cuatro plantas con tres viviendas cada una de ellas, construidas sobre un solar de 613,46 metros cuadrados, de los cuales, según el título, estaban edificados 247,85, destinándose el resto—365,61 metros cuadrados— a patio; que, en realidad, el patio sin edificar medía exactamente 372,24 metros cuadrados y la parte edificada 241,42 metros cuadrados (o sea, 613,66 en total); que aparte el frente de la calle, los linderos anteriores de la finca por la derecha, izquierda y fondo, habían sido terrenos del «Banco de la Construcción, S. A.», pero que los actuales eran, por la izquierda el número 18 de la nombrada calle Luis Mitjans, y por la derecha y fondo fincas de don Ramiro Calle. En la citada escritura de 26 de junio de 1962, los dueños segregaron el patio o parte no edificada de la mencionada finca y lo vendieron a don Luis Escandón Pendás; la descripción del indicado patio en la referida escritura, era la siguiente: «Solar en Madrid con fachada a la calle Luis Mitjans, por donde le corresponde el número 16 bis. Tiene la forma de rectángulo de 10,30 metros de frente por 34,14 de fondo, lo que le da una superficie de 372,24 metros cuadrados. Linda al frente en línea de 10,30 metros con la calle de Luis Mitjans, por la derecha en 36,14 metros con patio y casa de don Ramiro Calle, por la izquierda en línea de 36,14 metros con la finca de la que se segrega, y por el fondo en 10,30 metros con finca de don Ramiro Calle». En virtud de tal segregación y venta, la finca matriz quedó, según la escritura, con una superficie de 241,42 metros, todos ellos edificados, variando sólo el lindero del fondo que ya no serían terrenos de don Ramiro Calle, sino el antiguo patio segregado que se vendía a don Luis Escandón Pendás y que es el que continuaba lindando con la finca de don Ramiro Calle. En el mismo instrumento se constituyó sobre el repetido patio vendido una servidumbre de paso, luces y vistas, en favor de la finca de la que había sido segregado y de la casa contigua señalada con el número 18 de la misma calle Luis Mitjans.

Por escritura de 4 de noviembre de 1963 y en virtud del derecho de vuelo que se había reservado, el propietario declaró la nueva obra de tres

plantas y construyó el régimen de propiedad horizontal de esta casa número 16, y de la número 18 de la calle Luis Mitjans, indicándose que tenían a su favor una servidumbre de luces y vistas, sobre las fincas inmediatamente colindantes; esta escritura se inscribió en el Registro indicándose que la extensión era la total de 613,46 metros, y cuando posteriormente, en noviembre de 1964, se presentó en dicha Oficina el anterior instrumento de 26 de junio de 1962, que contenía la segregación realizada del solar, se denegó su inscripción porque la dicha segregación, según el Registrador, suponía una alteración de la cuota correspondiente a los propietarios de los diferentes pisos, razón por la cual se precisaba el consentimiento unánime de los mismos; contra tal calificación se interpuso recurso gubernativo que fue decidido por la Dirección general el 28 de febrero de 1968, confirmando la nota del Registrador y declarándose en la resolución que al haberse inscrito con anterioridad a la escritura de 4 de noviembre de 1963, al menos uno de los pisos de la finca parcelada horizontalmente, el asiento que provocó está bajo la salvaguarda de los Tribunales y sólo podrá ser rectificado mediante consentimiento de su titular o, en su defecto, resolución judicial en caso de que los interesados contendieran entre sí acerca de sus respectivos derechos.

Por escritura de 5 de abril de 1968, otorgada en Madrid ante el Notario don Francisco Javier Monedero Gil, los cónyuges don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García manifestaron que: «Al adquirir, por compra a don José Miguel Cortadi Galarra y su esposa, en 30 de mayo de 1963, el piso 4.º letra a), de la casa número 16, de la calle Luis Mitjans de esta capital, lo hicieron según los límites y porcentajes señalados para el mismo, por su edificación en casa construida sobre un solar de 241,42 metros cuadrados», por lo que ningún derecho consideraban tener «sobre el solar de 375,71 metros cuadrados que en tiempos anteriores fueron patios de la referida finca número 16 de la calle Luis Mitjans . que por segregación y venta adquirió en 26 de junio de 1962 don Luis Escandón Pendás »

En instancia de 2 de octubre de 1969, el señor Cortadi, resumiendo la situación resultante de todo lo anteriormente expuesto, solicitó la rectificación de la inscripción décima de la finca originaria número 5.071, producida por la escritura de 4 de noviembre de 1963, conforme a los datos reales ya implícitos en la citada inscripción y en las inscripciones de los pisos derivados de la división horizontal, con el fin de poder inscribir el contenido de la escritura de 26 de junio de 1962.

Presentada en el Registro la mencionada solicitud, junto con la escritura de 5 de abril de 1968 y la de 4 de noviembre de 1963, así como la de segregación y venta de 26 de junio de 1962, fueron calificados los tres primeros documentos con la siguiente nota: «No admitida la rectificación que se interesa en la instancia que antecede a la que se acompaña primera copia de la escritura otorgada el 4 de noviembre de 1963, ante el Notario de esta villa don Valentín Fausto Navarro Azpeitia: Primero.— Porque siendo el error de los comprendidos en el artículo 214 de la Ley Hipotecaria, no puede rectificarse sin el acuerdo unánime de todos los interesados, según el artículo 217 del mismo cuerpo legal, y no se acompaña documento alguno en que conste el consentimiento de los titulares de los pisos y locales formados por la división horizontal de la finca número 5.071, cuya inscripción décima se pretende rectificar. Segundo.— Porque de la lectura de la descripción que de la finca citada se hace en la escritura que se acompaña, no se desprende que la totalidad de la finca hubiera quedado reducida en su superficie a 241,42 metros cuadrados, sino más bien parece deducirse, que la expresada superficie era la correspondiente a la parte edificada sobre la que se habían levantado las plantas 5.ª y 7.ª, en cuya escritura se parcelaban horizontalmente». En la es-

critura de 26 de junio de 1962, se puso otra nota que literalmente dice así: «No admitida la inscripción del documento que antecede, porque en virtud de su anterior presentación, que tuvo lugar el 27 de octubre de 1966, según el asiento número 1.466 del diario 16, fue calificada por este Registro en los términos que constan en la nota precedente, extendida el 29 de noviembre de 1966, calificación que fue recurrida gubernativamente y motivó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado dictada el 28 de febrero de 1968, confirmatoria de la nota del Registrador. Y no habiéndose producido alteración alguna en los asientos del Registro relativos a la finca, ni acompañado documento que desvirtúe o haga inoperante la decisión del Centro Directivo, se reproduce en todos sus términos la calificación recurrida que consta en la nota que antecede».

Don José Miguel Cortadi interpuso recurso gubernativo contra la expresada calificación, y alegó: Que en escritura de 5 de abril de 1968 consta el consentimiento del único adquirente anterior a la segregación, dueño del piso cuarto, a), exigido por la Resolución de 28 de febrero de 1968; que el artículo 211 y los nueve siguientes de la Ley Hipotecaria ordenan la rectificación de lo que hubiese sido mal inscrito y determinan los casos, el modo y la eficacia de las rectificaciones; que según el artículo 213, los Registradores podrán rectificar por sí mismos los errores materiales cometidos en los asientos, cuyos títulos se conservan en el Registro y, en todo caso, en que la inscripción dé a conocer el error y por ella sea posible su rectificación; que estima que la rectificación que se pretende encaja con los preceptos señalados; que de no admitirse el criterio expuesto, habría que luchar con gentes hasta ahora pacíficas, que serían los primeros sorprendidos, ya que en el tiempo transcurrido desde la adquisición de sus pisos, nada han alegado en cuanto a la segregación anterior ni reclamado ningún derecho sobre el patio; y que, rectificando el asiento que se pretende o simplemente inscribiendo las escrituras presentadas con la instancia, no se necesitaría siquiera rectificar las inscripciones de los pisos segragos, cuya descripción actual es correcta.

El registrador informó: Que al ser dos las notas calificadoras, existen dos procedimientos diferentes que no deben ser acumulados, pero para el caso de que no se estime así por la superioridad, se reafirma en su calificación alegando: Que la nota puesta al pie de la escritura de 26 de junio de 1962, no es el resultado de una nueva calificación registral, sino reproducción de la anteriormente hecha, que fue confirmada por la Dirección General cuya decisión es ejecutiva y causa estado, razón por la cual en el orden administrativo registral no cabe nuevo recurso sobre el asunto; que en cuanto a la calificación de la instancia, procede analizar la situación registral de la finca número 5.071, para lo cual acompaña certificación de la descripción de la misma en los asientos practicados, de los que resulta que en la inscripción primera aparece con una superficie de 613,42 metros cuadrados, en la segunda se dice que de esa superficie están edificadas 257,85 metros cuadrados, destinándose el resto de 355,61 metros cuadrados a patios, las terceras y cuartas se remiten a la segunda, en la quinta se indica que la finca consta de cuatro plantas con tres viviendas en cada una de ellas y que el solar ocupa una superficie de 613,42 metros cuadrados, de los cuales están edificadas 257,85 metros cuadrados, destinándose el resto de 355,62 a patio, en la sexta se describe un bloque de tres plantas en construcción (las plantas 5.ª, 6.ª y 7.ª) con superficie base de 257,85 metros cuadrados, las inscripciones séptima y octava se remiten a las segunda y sexta y, finalmente, la décima se remite igualmente, en cuanto a la descripción, a la citada inscripción sexta; que de todo ello resulta que registralmente la finca número 5.071 tiene una superficie de 613,46 metros cuadrados, de los cuales están edificadas 257,85 metros y el resto de 355,61 destinado a patio; que según nota marginal

en la inscripción sexta, el bloque de las plantas 5.ª, 6.ª y 7.ª, fue dividido horizontalmente por su propietario, don José Miguel Cortadi, formando las fincas registrales números 25.980-82-84-86-88-90-92-94 y 96, inscritas especialmente a favor de distintos titulares; que del mismo modo, por nota al margen de la inscripción décima, se hace constar que las plantas primera a cuarta inclusive, fueron divididas horizontalmente formando las fincas independientes señaladas con los números 28.368-70-72-74-76-78-80-82-84-86-88 y 90, inscritas especial y separadamente a nombre de diferentes personas; que todos estos titulares, además de la propiedad privativa de su piso o local, tienen un derecho de copropiedad sobre los restantes elementos comunes del edificio, entre los que se cuentan legalmente los patios; que, por tanto, es evidente la existencia de una discordancia entre el contenido del Registro y la pretensión del recurrente, agravada al surgir los terceros hipotecarios con la división horizontal de la finca; que la discordancia tiene su origen en no haber tenido acceso al Registro, en tiempo oportuno, la escritura de segregación y venta cuya entrada le está ahora vedada sin el consentimiento de los titulares de los pisos o locales, y por el error cometido al practicarse la inscripción décima, en la que no se hicieron constar las variaciones habidas en la descripción de la finca; que este error es de concepto y no puede rectificarse sino en los términos que señalan los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria; que así viene a reconocerlo el propio recurrente al indicar la procedencia de la citación a todos los interesados; que de conformidad con lo establecido en los artículos 1.º, 40 y 217 de la Ley Hipotecaria, tal consentimiento debe ser prestado en documento fehaciente, pero no necesariamente en juicio declarativo; que en cuanto al segundo efecto, la escritura que causó la inscripción décima tenía por principal objeto completar la descripción de las fincas, surgida como consecuencia de la división del inmueble en propiedad horizontal, razón por la cual, tal vez no se estimó necesario hacer constar las variaciones referentes a la finca total, pues siendo de tanta trascendencia no se había solicitado en ella la descripción del resto de la finca con el fin de que desapareciera la inexactitud que aún subsiste; que es cierto que la escritura contiene modificaciones de linderos que debieron recogerse en el asiento de descripción de la finca, pero no lo es menos que otros datos desperdigados y sin formar un todo armónico al describir el inmueble no demostrarían, con la claridad debida, la variación sustancial ocurrida en la superficie y linderos de la finca, a causa de la segregación sufrida;

El Notario autorizante de la escritura calificada informó: Que realmente no se atribuye en la calificación defecto al título por él autorizado, aunque haya sido alegada por el recurrente como fundamento jurídico de su pretensión, razón por la cual quizá resulte ociosa su intervención en este asunto, pero como ha sido requerido por el Presidente de la Audiencia, cumple lo ordenado, con el deseo, además, de contribuir con la exposición de sus puntos de vista, totalmente desapasionados u objetivos por su falta de interés directo en la cuestión, a que la Resolución sea dictada con los mayores elementos de juicio; que la situación que se ha producido es consecuencia de practicarse una segregación que, por las razones que sean, tardó en llegar al Registro, practicándose después otras que llegaron antes, supuesto bastante frecuente en fincas rústicas de mucha cabida, de las que se van practicando sucesivas segregaciones; que esta falta de correlación cronológica entre los otorgamientos notariales y los asientos del Registro no tiene gran trascendencia en cuanto a la transmisión, pero sí respecto al gravamen de la finca mientras todas las segregaciones previas no hayan sido inscritas; que esta dificultad se soslaya en la práctica haciendo expresa mención de todas las segregaciones practicadas previamente y dejando sentado que la carga recae sobre ese resto y no sobre

porciones que ya fueron antes segregadas y enajenadas; que esta prudente práctica sirve para suplir esa deficiencia del sistema a que alude la Resolución de 28 de febrero de 1968; que el citado procedimiento es el que se ha seguido con evidente celo y prudencia por el Notario autorizante de la escritura de 4 de noviembre de 1963, de la que resulta con meridiana claridad la previa segregación del solar vendido al señor Escandón Pendás; y que igualmente admite este hecho el funcionario calificador y reconoce también el Centro directivo, sin que se deriven del mismo perjuicios para terceros que, por otro lado, conocen perfecta y documentalmente la situación real, por todo lo cual entiende que interpretando con un sentido espiritualista de economía procesal y valor humano los documentos presentados, puede inscribirse ahora lo que antes no se inscribió, puesto que esta subsanación o rectificación del contenido del asiento no afecta a ningún derecho de tercero;

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por las razones expuestas por este funcionario;

Anelado el Auto del Presidente de la Audiencia por el recurrente, la Dirección General resuelve el recurso interpuesto, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Madrid, a practicar la rectificación registral, acordando revocar parcialmente el Auto apelado, y el defecto segundo de la nota primera del Registrador, confirmando los restantes (1), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General

Aun cuando se trata de dos notas de calificación, la íntima conexión que existe entre ellas, y en armonía con los principios de economía, celeridad y eficacia, que inspiran los procedimientos actuales, del que es muestra el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aconsejan acumularlos y resolverlos en un único y solo expediente;

Para una más ordenada resolución de las cuestiones planteadas, se comenzará por examinar el defecto segundo de la primera de las notas recurridas, respecto del que la lectura de la descripción que de la casa situada en la calle Luis Mitjans, número 16, de Madrid, se hace en la escritura de 4 de noviembre de 1963, revela que estaba totalmente edificada sobre un solar de 241,42 metros cuadrados, finca resultante de la segregación que en la misma escritura se indica «practicada ante el Notario de Madrid don Enrique Giménez Arnáu el 26 de junio de 1962», por lo que debiera haberse procedido a la suspensión del asiento solicitado hasta tanto se hubiera inscrito la segregación realizada, dada la no coincidencia entre la descripción en la escritura y la registral, pero al no haber sido así, sino que, por el contrario, se extendió la inscripción y se arrastró la superficie a 613,42 metros cuadrados, se ha producido un asiento claramente erróneo;

En cuanto al primer defecto señalado en la misma nota, hay que tener en cuenta la doctrina establecida por este Centro, entre otras en la Resolución de 11 de noviembre de 1970, que declaró que los recursos gubernativos solamente pueden interponerse cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando el título haya tenido acceso al Registro como sucede en este caso, en que aun erróneamente extendido, el asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria, para lo cual el interesado habrá de acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se establecen en el título VII de la Ley y Reglamento Hipotecario.

(1) VISTOS los artículos 8, 9 y 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, los artículos 314 a 331 del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 28 de febrero de 1968 y 11 de noviembre de 1970

Los consortes don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García—únicos que compraron uno de los pisos con anterioridad a la presentación en el Registro de la escritura de 4 de noviembre de 1963, sin que se hiciera constar en su título adquisitivo la descripción del edificio en su conjunto, lo que calificó esto último la Resolución de 28 de febrero de 1968 como deficiencia del sistema por lo que todavía los libros registrales no publicaban una extensión equivocada—, si bien han prestado su consentimiento a la rectificación del asiento, evidentemente erróneo, falta por obtener el de los restantes titulares que adquirieron con posterioridad a la inscripción de la mencionada escritura de 4 de noviembre de 1963—y que de haber sido correctamente calificada no hubiese producido en cuanto a ellos la actual situación—consentimiento necesario de conformidad con los artículos 214 y 217 de la Ley, que no puede ser suplido por este Centro directivo, ya que sería desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene a reforzar la idea ya declarada en la Resolución de 11 de noviembre de 1970, de que estas cuestiones no pueden resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo;

La naturaleza especial que ofrece la finca registral en los supuestos de edificios en régimen de propiedad horizontal, cualquiera que sea la forma en que aparezcan inscritos (artículo 8.º, números 4 y 5), obligan a extremar la atención, en primer lugar, a los Notarios en todas las operaciones en que el objeto sea un piso o apartamento, sin que baste describir única y exclusivamente a éste con su extensión, linderos y demás circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican además en el edificio en su conjunto, debe igualmente hacerse la descripción de este último para que resulte plenamente identificado y se eviten situaciones como las contempladas en este expediente, en la que un aparente confusiónismo puede inducir a error, y en segundo lugar, a los funcionarios calificadores, con objeto de que no se extiendan asientos erróneos, por no haberse tenido en cuenta las posibles segregaciones o agregaciones que en el suelo de la finca hayan podido existir y que los propios títulos calificados revelan;

En tanto no se subsane el asiento erróneo por los procedimientos legalmente establecidos, subsiste el obstáculo registral para la inscripción de la escritura de 26 de junio de 1962, tal como declaró la Resolución de 28 de febrero de 1968 al resolver el recurso gubernativo que entonces se interpuso para idéntica calificación.

Comentario

La Resolución de 28 de mayo de 1971, que vamos a comentar, es una continuación de la de 28 de febrero de 1968. El primer recurso lo interpone el señor Escandón, comprador del terreno segregado, contra la nota de calificación puesta en su escritura de segregación y compra; el segundo lo interpone el señor Cortadi Galarmendi, segregante y vendedor del terreno y de los pisos, contra la nota puesta a su solicitud de rectificación de asiento por error y conjuntamente contra la segunda nota puesta en la escritura de segregación y venta al señor Escandón. Pero el problema es uno y el mismo, aunque en el segundo recurso se nos presente corregido y ampliado, y por ello debemos comenzar con una referencia a la *Resolución de 28 de febrero de 1968* (2).

I. a) Su primer resultando se refiere a la escritura de segregación, venta y constitución de servidumbre, otorgada el 26 de junio de 1962,

(2) La referencia a esta Resolución de 28 de febrero resulta más imprescindible porque si no hemos incurrido en error de busca, no fue objeto de comentario ni reseña en esta REVISTA

ante el Notario de Madrid don Enrique Jiménez Arnáu, en términos similares a la del primer resultando de la Resolución de 1971 (3).

El segundo resultando transcribe la nota de calificación así: «No admitida la inscripción del precedente documento, porque implicando una rectificación antecedente de la inscripción 6.ª, en la que se determinó la cuota en el total inmueble, o sea, lo edificado y el resto de solar destinado a patios, representaría la alteración de la extensión del derecho de unos terceros adquirentes según el Registro, propietarios de los diferentes pisos, sin el consentimiento preciso de los mismos, a los fines de concretar la superficie de los patios constitutivos con el edificio de la finca dividida horizontalmente; determinante imprescindible a la posible segregación por el señor Cortadi, de lo que, como resto, hoy se pretende enajenar.»

En el tercer resultando constan las alegaciones del recurrente, que pueden resumirse así: Que antes de la segregación (el 5 de junio de 1962, ante el Notario don Valentín Fausto Navarro Azpeitia) el señor Cortadi estableció una separación de derecho de vuelo, hizo una declaración de obra nueva y constituyó en régimen de propiedad horizontal la casa de la calle Luis Mitjans, 16, describiendo el solar con 613,46 metros cuadrados, de los cuales estaban edificados 247,85 metros cuadrados, a los que se refería la obra nueva, sobre la que se constituyó la propiedad horizontal; que después de la segregación (escritura ante el mismo Notario de 4 de noviembre de 1963) se rectificó la superficie edificada, fijándola en 241,42 metros cuadrados (4), y ambos documentos se tuvieron a disposición del Registrador, que pidió la confirmación de la transmisión realizada por los nuevos integrantes de la comunidad de propietarios, ya que se habían transmitido pisos; que se le manifestó que la comunidad de propietarios sólo se refería a la parte edificada, no al solar vendido, invocando el artículo 76 de la Ley; que, como fundamentos de derecho invoca el recurrente los artículos 1, 6, 13, 18, 20 y 38 de la misma; que si el asiento responde al documento, no hay duda que el solar vendido no fue afectado por la obra nueva y consiguiente constitución de propiedad horizontal, que sólo se refiere a lo edificado, cuya extensión fue oportunamente rectificada especificándose lo que correspondía al solar y a la construcción, sin que sea admisible el confucionismo a que se pretende llegar por el uso indebido de la palabra patio, como equivalente a zona edificada.

El Registrador informó que en las inscripciones anteriores se da a la finca una superficie de 613,46 metros cuadrados, y aunque se distribuya en parte edificada y no edificada, ésta se dice destinada a patios, por lo que después de constituir la propiedad horizontal afectante al «resto destinado a patios», con la consiguiente enajenación de pisos y aparición de varios terceros hipotecarios, es ya imposible que el señor Cortadi, por sí solo, rectifique tal calificación, por impedirlo el artículo 17; que el artículo 396 del Código impide equiparar patio (uno de los elementos inherentes a la comunidad) a zona no edificada y que si tal expresión fue un error debió ser oportunamente rectificada.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y, en apelación, la Dirección confirma el auto apelado (vistos los artículos 1,

(3) En los Antecedentes de hecho hemos transcrito literalmente los Resultandos de esta Resolución, si bien distribuyendo el primero en cuatro apartados para mayor claridad de los antecedentes.

Solamente merece destacarse una diferencia entre ambas resoluciones en la descripción del resto una da por variado el lindero del fondo, por consecuencia de la segregación, y la otra el de la derecha. Creemos que era el lindero de la derecha el que debía variar patio (o terreno) segregado y vendido.

(4) Se omite, en cambio, en el Resultando que esta escritura contuviese la ampliación de obra nueva (tres plantas más) y la división horizontal de las mismas. No obstante, parece seguro que hubo dos divisiones horizontales superpuestas en forma que en ningún sitio se especifica

17, 20, 34 y 40 de la Ley Hipotecaria y la Ley de 21 de julio de 1960), en base a la siguiente:

b) *Doctrina de la Dirección*.—«Para una mejor comprensión de este expediente conviene resumir los hechos que lo han originado: a) En escritura de 5 de junio de 1962, don José Miguel Cortadi constituye en una finca de su propiedad, de 613,46 metros cuadrados, el régimen de propiedad horizontal de una casa de cuatro plantas edificada sobre 241,42 metros cuadrados, con reserva del derecho de vuelo, causando en el Registro de la Propiedad la inscripción 6.ª de la finca 5.071. b) En escritura de 26 de junio de 1962, el mismo dueño segrega y vende a don Luis Escandón 372,24 metros cuadrados, que correspondían a la parte no edificada de la mencionada finca, y que al ser presentada con bastante posterioridad a su otorgamiento en el Registro de la Propiedad va a dar lugar al presente recurso. c) En escritura de 4 de noviembre de 1963, el propio don José Miguel Cortadi, en virtud del derecho de vuelo que se reservó, declara la nueva obra de tres plantas edificadas sobre un solar de 241,42 metros cuadrados y las describe en régimen de propiedad horizontal, causando en 7 de febrero de 1964 la inscripción 10.ª de la misma finca 5.071. d) Por otra parte, en diferentes escrituras, desde 31 de mayo de 1963 al 28 de julio de 1965, el propietario enajenó los pisos del inmueble y las adquisiciones a favor de los compradores causaron una serie de inscripciones, salvo una, todas posteriores a la escritura de 4 de noviembre de 1963. e) En las escrituras de compraventa se describía el piso con todos los requisitos exigidos por las Leyes y Reglamentos, y entre ellos, la cuota de copropiedad en los elementos comunes, sin que constara la extensión del solar. f) Como consecuencia de lo anterior y de no haberse presentado la escritura de segregación de 26 de junio de 1962, la medida superficial que aparecía en el Registro era de 613,46 metros cuadrados.

En base a los hechos expuestos al presentarse ahora en el Registro, para su inscripción, la escritura de 26 de junio de 1962, la cuestión que se plantea consiste en resolver si será necesario o no el consentimiento de los titulares o copartícipes en la comunidad horizontal constituida sobre la finca 5.071 para que pueda hacerse constar la segregación y venta que se realizó.

Es premisa básica para la solución del problema la delimitación de la finca sobre la que se constituyó la indicada propiedad horizontal, pues según englobe y comprenda o no la porción segregada habrá que concluir la necesidad o no del consentimiento de dichos copartícipes, titulares y adquirentes, según el Registro, de derechos que no pueden ser—en principio—menoscabados o desconocidos, dados los efectos registrales producidos, que tienen su fundamento principalmente en los principios de prioridad—artículo 17 de la Ley—y legitimación—artículo 1, 3.º, de la misma Ley.

Las dudas que podrían plantearse acerca de la delimitación de la finca procede del hecho de que en las escrituras de compraventa de los distintos pisos que forman parte del inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal, la descripción que se realiza es exclusivamente la del piso con su extensión, linderos y demás circunstancias reglamentarias, sin señalarse expresamente la extensión del edificio en su conjunto, por suponerse que ésta ya consta en el Registro, con lo cual, cuando ha sido modificada por una posterior operación de agregación o segregación, puede ocurrir—y esto no deja de ser una deficiencia del sistema—, que al inscribirse los pisos como fincas independientes, aparezca como superficie del solar en el Registro—en el que, como elemento común, participan—una diferente de la que en realidad tiene, como consecuencia de las transmisiones u operaciones registrales realizadas.

Sin entrar en la cuestión—por no haber sido planteada—de si, con ocasión de la escritura de 4 de noviembre de 1963, en la que, al hacerse la descripción de las nuevas plantas levantadas, se describe el inmueble en su conjunto con una extensión superficial de 241,42 metros cuadrados, y que al ser inscrita en el Registro hubiera podido provocar la rectificación de la medida superficial que figuraba para la finca 5071, siempre resultará que, al menos, uno de los primitivos pisos de la primitiva finca se inscribió con anterioridad a la mencionada escritura y, en consecuencia, el asiento que provocó está bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo podrá ser rectificado mediante consentimiento de su titular o, en su defecto, mediante la resolución judicial, caso de que los interesados hubiesen contendido entre sí acerca de sus respectivos derechos.»

II. Comenzaremos por mostrarnos disconformes con la pesimista frase que, entre guiones, aparece en el considerando cuarto de la Resolución que acabamos de reseñar. Aunque todo el considerando nos resulta un tanto impreciso (5), parece que la deficiencia del sistema a que alude consiste en el hecho de que las escrituras de compraventa de pisos no contengan la descripción del edificio en su conjunto (concretamente, la extensión), por suponerse que ésta ya consta en el Registro. No hay tal deficiencia del sistema, sino una corruptela que se aparta del principio de determinación por razones de brevedad y simplificación. Conviene separar el problema en torno a la posibilidad de inscribir una operación referente a un resto de finca sin previa inscripción de la escritura de segregación originante de ese resto, de la particular incidencia en este problema de la corruptela de prescindir totalmente de la descripción del edificio (o de la finca total) en los actos dispositivos de los pisos (o elementos hipotecarios independientes). La propiedad horizontal no ocasiona por sí misma ninguna deficiencia del sistema que no existiese ya, en general, en materia de segregaciones que llegan al Registro rezagadas. Es verdad que la defectuosa práctica de omitir la descripción del edificio en las ventas de pisos produce graves consecuencias en nuestro caso, ya que coloca a los compradores en situación de terceros hipotecarios respecto a la porción segregada (al menos, *prima facie*), situación que no gozarían si la escritura de compra hubiese comprendido la descripción de la finca después de reducida por la segregación. Pero también es obvio que tal omisión en las ventas es ajena al origen de la cuestión que está en la escritura de propiedad horizontal y en su inscripción si, por descuido del Registrador o del Notario o, en parte, de ambos, se llega al error de tomar la parte (resto de finca) por el todo (finca matriz).

Cuando, por brevedad, los Notarios omiten la descripción del edificio no es porque supongan que esta descripción ya consta en el Registro, sino porque estiman que el edificio queda suficientemente determinado en el apartado de título con la reseña que en él se hace de la escritura de obra nueva y propiedad horizontal, que las partes dan por conocidas en detalle. Pero, sin duda, el principio de determinación sufre, porque el edificio es elemento fundamental objetivo de la venta del piso, y la duda del comprador sobre si la descripción del Registro prevalece sobre la de los títulos reseñados en su copia es muy racional. Más adelante veremos cómo la Dirección en la Resolución segunda, atendiendo a estas razones, llega a exigir la descripción del edificio en su conjunto en toda venta de piso.

(5) Deja en duda si la omisión de la descripción del edificio es práctica general o sólo hecho particular del caso contemplado. Y parece dar como normalmente posible que haya agregaciones o segregaciones en la finca total después de vendidos los pisos sin intervención de los compradores.

Por otra parte, la corruptela a que nos venimos refiriendo no tiene las consecuencias desastrosas que el cuarto considerando teme, porque la descripción del edificio queda «congelada» en el Registro y en los títulos a partir de la primera venta y solamente la llegada rezagada de escrituras de modificación objetiva de la finca, coincidiendo con errores del Registro o de los títulos, puede originar el problema. Precisamente esta congelación de descripción es una interesante laguna que hay que llenar e ir estudiando los requisitos para la actualización de descripción del edificio, pues, sin duda, habrá variaciones que puedan pasar al Registro tomadas de las escrituras referentes a un piso, otras que requieran acuerdos de la Junta y algunas sustraídas a la voluntad de la Junta por requerir comparecencia ante Notario de todos los condueños.

No queremos insistir en los fallos de planteamiento del primer recurso. Cuando el considerando final dice, con razón, que no ha sido planteada la cuestión de si la escritura de 1963, al describir la finca con 241,42 metros cuadrados, hubiera podido provocar la rectificación de su superficie y cuando por ningún lugar vemos aparecer el tema del error (salvo en la intrascendente discusión en torno al término «patios»), tenemos que concluir que los puntos básicos del problema se estaban escapando a ambas partes. Prueba de ello es el diferente enfoque que tiene el segundo recurso.

Si en el primer recurso hay fallos de planteamiento, también en sus considerandos encontramos afirmaciones un tanto precipitadas, como la de que será necesario o no el consentimiento de los compradores coparticipes, según que la delimitación de la finca, sobre la que se constituyó la propiedad horizontal, englobe y comprenda o no la porción segregada. Siendo esto así y admitiéndose en otros considerandos que en la escritura de 4 de noviembre de 1943 se describe el inmueble en su conjunto con los 241,42 metros cuadrados, la consecuencia será que no hace falta el consentimiento de aquellos coparticipes para inscribir la segregación y venta. Y prueba de que la Resolución marcha por este precipitado camino es que el fallo confirmatorio de la nota se apoya en que, al menos, uno de los pisos se inscribió con anterioridad a la mencionada escritura. El segundo recurso nos demuestra que el planteamiento no era tan sencillo.

Más extraño es que en el segundo recurso, aunque el enfoque es ya más acertado, pues se ha comprendido que el punto fundamental deriva de una confusión entre un resto y la matriz de procedencia, la segunda resolución tampoco insistía en los puntos fundamentales ni los destaca suficientemente: descripción de la finca sobre la cual se declaran las ampliaciones de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal en la escritura de 4 de noviembre de 1943; si esta descripción era totalmente coincidente con la de la finca resto en la escritura de segregación (y si ésta era correcta o no, pues vimos la discordancia de las resoluciones en cuanto a un lindero); indicación literal de la referencia a la segregación anterior para confirmar la aseveración del Notario de que esta resultaba «con meridiana claridad»; indicación suficiente de los asientos registrales para tener certeza de que la ampliación de la obra nueva y propiedad horizontal recaían, sin duda, sobre los 613 metros, cuando en la escritura recaían, también sin duda, sobre los 241 resto de la finca.

Algunos puntos dudosos de cada resolución se aclaran con la lectura de la otra. Por ejemplo, el existir división por pisos en las cuatro primeras plantas antes de la escritura de ampliación de obra nueva y el omitirse la descripción del edificio en todas las ventas y no sólo en la del piso 4.º, letra A. Pero ni aun reuniendo ambas resoluciones quedan aclarados algunos extremos imprescindibles para la calificación del error

padecido, que es el supuesto previo para determinar el procedimiento y requisitos para su rectificación en términos idóneos para que la escritura de segregación y venta pueda ingresar.

Todo esto no supone crítica de las Resoluciones. En el primer recurso, el error no era tema debatido y la Dirección no podía centrar el fallo en él. En el segundo se alega y discute el error con bastante imprecisión en cuanto a su naturaleza y carácter, imposibilitando a la Dirección seguir otro camino que la abstención.

III. En realidad, hay que reconocer que cabe plantearse un problema previo al del error. Sin duda, este comentario podía entrar en tal problema, de altos vuelos, si se plantea en toda su profundidad histórica y comparatista. En la primera Resolución, el último considerando apunta este problema, cuando se pregunta si describiéndose en la escritura la finca conforme es después de la segregación, puede provocar su inscripción la rectificación de la descripción del Registro, al que no ha llegado la segregación. Más adelante veremos las dos soluciones más sencillas: suspender la inscripción de cualquier operación con el resto hasta que se inscriba la segregación o bien inscribir con reducción de la finca a la superficie resto haciendo una reserva de rango para la segregación rezagada. Pero aquí queremos hacer unas consideraciones sobre una tercera solución, resultante de aplicar por analogía el trato registral de las transmisiones de fincas con cargas o gravámenes no registradas, materia que ha sufrido un profundo cambio en nuestra historia hipotecaria.

Antes (6), una escritura de venta en cuyo apartado de cargas se reconoce la existencia de una hipoteca o de una servidumbre de paso, que resultan no inscritas, se inscribía con la mención de la hipoteca (7) o de la servidumbre, mención que luego permitía (reserva de rango) la inscripción retrasada del gravamen, a pesar de estar constituido por quien ya no era titular de la finca (excepción a los principios de tracto sucesivo y de prioridad formal). Este era uno de los campos de actuación de la mención. La situación actual después de muertas las menciones es muy diversa: la venta ha de inscribirse sin posibilidad de mencionar los gravámenes, que no están inscritos, y la escritura de hipoteca o de servidumbre ha de rechazarse, conforme a los artículos 17 y 20, en tanto que no haya escritura de ratificación o reconocimiento otorgada por el titular registral.

Si pensamos en las escasas diferencias que, a la vista del Código civil, existen entre la constitución de una servidumbre de paso permanente y para todos los usos y la segregación y venta de la banda de finca constituida por el paso, no veremos tan disparatado la aplicación por analogía de las normas sobre inscripciones de ventas de fincas con gravámenes aún no registrados, a las ventas de fincas que han sufrido segregaciones aún no inscritas. La supresión de las menciones, ¿no incluirá a esas reservas de superficie para segregaciones anteriores no registradas, a las que tienen que recurrir quienes admiten la inscripción relativa, al resto sin previa inscripción de la escritura de segregación? Suprimidas las menciones, ¿no será necesario que en todo caso el titular registral ratifique o reconozca la segregación? El defender tal postura drástica es tarea ardua, pues la evolución histórica del pro-

(6) Hasta la reforma hipotecaria de 1944-46, en la que desaparece el artículo 7 de la Ley anterior y se prohíben terminantemente las menciones.

(7) El demostrar esto nos obligaría a un estudio total del tema de las menciones, cosa que no resulta nada fácil, pues es obligado remontarse a los autores anteriores a la época en que comenzaron a caer en desgracia las mismas. Los confusionismos surgidos en torno a los artículos 7 y 23 de la Ley anterior no se hubiesen producido si en ella se hubiese mantenido el texto del artículo 5 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sometidos a inscripción, que empezaba diciendo: "El Escribano ante quien se otorgue un acto o contrato en que se declare o reserve algún derecho real a favor de tercero".

blema en cuanto a los gravámenes no es uniforme y presenta matices diversos en la hipoteca (su inscripción constitutiva hizo dudosa su posibilidad de mención), el usufructo (en el que la idea de *pars domini* desembocó en la inscripción aislada de la nuda propiedad), las servidumbres (castillo roquero de la vieja escuela transformando la mención en «elemento descriptivo» de la finca), etc.

Acaso la supresión de las menciones fue excesiva. Cuando se preparaba, el principio de fe pública se estaba colocando ya en el cenit del sistema, y las menciones se contemplaron solamente desde dicho principio sin tener en cuenta la misión que realizaban como reserva de rango en un sistema intermedio del germánico (inscripción constitutiva de gravámenes) y los latinos (en los que tracto sucesivo y prioridad no son principios formales que impidan la inscripción de los títulos contradictorios de los inscritos o con prevalencia extrarregistral sobre los mismos).

IV. Por todo lo expuesto, manteniéndonos en un terreno más modesto, vamos a limitarnos a exponer una serie de cuestiones relacionadas con el supuesto planteado sin esforzarnos en un análisis totalmente ajustado al caso concreto, que, repetimos, se nos presenta poco matizado y perfilado.

A) *El tracto sucesivo en las modificaciones de las fincas*

a) Los autores son muy poco explícitos en este tema. Ninguno deja de insistir en la previa inscripción de la finca o fincas a favor de la persona que agrupa, divide, segrega o declara la obra nueva; pero todos descuidan otra cuestión, no menos importante: la actuación del principio de tracto sucesivo en las modificaciones hipotecarias mismas; si en éstas hay un tracto sucesivo real, objetivo o de folio totalmente equiparable al de los derechos o titularidades establecido por el artículo 20 de la Ley.

Creo que el principio de tracto sucesivo y la norma del artículo 20 tienen aplicación a las modificaciones de las fincas. Cuando el artículo 20 se refiere a los títulos que modifiquen el dominio incluye las escrituras de agrupación, división, segregación y obra nueva, y cuando exige que conste previamente inscrito el derecho de la persona que otorgue, quiere implícitamente una total coincidencia entre la finca según Registro y la finca con la que la escritura opera, por haber sido objeto de inscripción previa todas las anteriores de modificación. Este principio de tracto sucesivo de folio actúa también enlazado con el de prioridad formal del artículo 17: si un propietario agrupa sus fincas A y B y en escritura posterior agrupa la A con la C, inscrita esta segunda escritura no podrá después inscribirse la primera.

En cierto sentido, este tracto sucesivo de folio es más rígido que el de titularidades, por cuanto la legislación hipotecaria no tiene previstos procedimientos especiales de reanudación del interrumpido. Lo que ocurre, y ello explica esta imprevisión, es que esta reanudación, así como las dificultades que la prioridad formal pueda ocasionar, en los supuestos de modificaciones contradictorias o discordantes, tienen siempre una solución fácil por no producirse controversia. Bastará una escritura aclaratoria, que enlace con la finca según Registro y compendie las modificaciones no registradas o salve las discordancias producidas, para solucionar la cuestión.

El tracto sucesivo objetivo actúa con toda su amplitud. Para inscribir una escritura de venta de una finca es imprescindible inscribir antes la escritura de agrupación que la hizo nacer; pero también es necesario inscribir ésta para agrupar con otra la formada por agrupación o para

dividirla, o para segregar de ella, o para declarar una obra nueva. Igualmente, si de una finca se segrega una porción para formar finca independiente, y luego de ésta se segrega, a su vez, una parte, ambas segregaciones tienen necesariamente que inscribirse por el orden de fechas de sus otorgamientos, y esto aunque no haya ninguna interferencia de actos de transmisión o gravamen de las porciones segregadas ni de los restos.

A primera vista, cuando el considerando segundo de la segunda Resolución afirma que debiera haberse procedido a la suspensión de la escritura de 1963 hasta tanto se hubiera inscrito la segregación anterior, está en perfecta congruencia con la total aplicación del tracto sucesivo a las modificaciones de entidades hipotecarias. Pero fijando más la atención y pensando en que la mayoría de los autores ven con naturalidad la inscripción de las segregaciones sucesivas por orden diferente al de sus otorgamientos, llegamos a la conclusión de que hay algo especial en este supuesto de las segregaciones sucesivas, cuyo caso más sencillo es el de nuestra Resolución (operación con el resto después de segregación única no inscrita), que lo separa de la normal aplicación del principio de tracto a las modificaciones de fincas.

Si queremos encontrar la explicación de tal especialidad debemos remontarnos a las polémicas antiguas sobre las diferencias entre división y segregación. Desde que se dejó de conceder importancia a la superficie de la porción o porciones segregadas en relación con la de la finca matriz, las diferencias sustanciales entre división y segregación desaparecen.

La práctica registral de las inscripciones de determinación y descripción de resto no nació solamente como defensa (cara al Arancel) contra las divisiones realizadas por la puerta falsa de la segregación, sino como razonable consecuencia de que, en el fondo, no hay ninguna diferencia sustancial entre división y segregación cuando la porción segregada deja de ser una porción mínima de la finca matriz.

Las vacilaciones entre inscripción de determinación de resto, nota marginal comprensiva de la descripción del resto y nota marginal sin más dato que la superficie de la porción segregada y el lindero por el que se hace la segregación, no responden a tres posiciones doctrinales ante un problema único; son las tres soluciones distintas que convendría aplicar, teniendo en cuenta la entidad cuantitativa de la porción segregada en relación con la matriz. Cuando las porciones segregadas sucesivamente tienden a agotar la matriz, la operación en conjunto es una auténtica división; pero también es una auténtica división la segregación en que porción segregada y resto tienen parecida superficie.

Teniendo en cuenta estas ideas, nos encontramos con algo ciertamente paradójico. Creo que nadie mantendrá la posibilidad de inscribir operación alguna sobre una finca resultante de una división material sin previa inscripción de la escritura de división. Pocos serán los que nieguen que en el fondo segregación y división son operaciones idénticas, si se prescinde de la mecánica interna de los libros. ¿Por qué, entonces, nadie se plantea la dificultad de realizar operación con un resto sin previa inscripción de todas las segregaciones anteriores? Y ¿por qué todos admiten la registración desordenada de las segregaciones sucesivas?

b) VENTURA-TRAVERSESET (8) no encuentra el menor reparo en inscribir las segregaciones por orden diferente de sus otorgamientos (9). Es ver-

(8) ANTONIO VENTURA-TRAVERSESET GONZÁLEZ. *Segregaciones*. "Rev Crítica", 1952, pág. 893

(9) Siempre que hablemos de segregaciones sucesivas nos referimos a las hechas en una misma matriz. La sucesiva segregación efectuada en una porción, resultante a su vez de segregación, sigue la norma general de actuación plena del principio de tracto en las modificaciones de entidades hipotecarias

dad que termina su trabajo con la sugerencia de que sería conveniente suprimir las segregaciones, sustituyéndolas por auténticas divisiones con las nuevas descripciones de cada finca resultante (al menos, cuando la suma de las segregaciones absorbiese una décima parte de la finca matriz). El principal problema que VENTURA-TRAVERSET plantea en su trabajo es el de si cada escritura de segregación debe actuar con la finca matriz o con el resto actual. Impugna la primera opinión, que, no sin habilidad, alega que permite la identificación con la finca según el Registro, en el supuesto de que las anteriores segregaciones no se hayan registrado. Pero es demasiado exigente, porque pensando en la presentación desordenada y rezagada de las segregaciones, mantiene que en toda escritura de segregación posterior no basta la descripción de la matriz originaria ni tampoco basta la del resto inmediatamente anterior, sino que lo procedente es que aquélla se complete con todas y cada una de las variaciones descriptivas (cabida y linderos, etc.) que han ido originando las segregaciones anteriores e incluso todas las alteraciones intermedias, aunque no resulten de las segregaciones mismas.

LA RICA (10) tampoco dudaba de la posibilidad de inscribir las escrituras de segregación de parcelas por distinto orden del de otorgamiento. Solamente destaca la dificultad que esta circunstancia representa para la aplicación del requisito de descripción de las porciones restantes en la nota que impone el artículo 47 del Reglamento. Dice que carece de utilidad hacer constar una descripción del resto que ya ha sido modificado y deja al arbitrio del Registrador decidir lo procedente en estos casos, si bien incluye, para orientación, un modelo de nota marginal que contiene la cabida resto según el Registro y según el título y referencia a los linderos en cuanto sea pertinente.

En la obra de Roca no creemos que haya un planteamiento general del tracto sucesivo en la materia que nos ocupa. En cambio, afirma que el acto de modificación de entidad hipotecaria, por operar sobre la finca registral en sí, tiene propiamente naturaleza tabular y como tal es de índole inmatriculadora y ello hace que la inscripción de este tipo de modificaciones tenga carácter constitutivo en sentido amplio (11).

Lógica consecuencia de este carácter constitutivo sería que la escritura de modificación de entidad hipotecaria no inscrita carecería de efectos jurídicos reales (mera solicitud al Registrador aún no cursada) y, por tanto, la exigencia de que las modificaciones se encadenen en el Registro por su orden de congruencia y de fechas se hace mucho más rigurosa que si se basa solamente en el principio de tracto sucesivo (12). Pero, sin duda, Roca da a estas inscripciones carácter constitutivo en un sentido tan amplio e impropio, que es difícil saber en qué sentido son constitutivas. Así vemos que unas 30 páginas más adelante no solamente admite, como LA RICA, la inscripción de las segregaciones posteriores de parcelas sin previa inscripción de las anteriores y refrenda con su autoridad la reserva de rango para las segregaciones rezagadas en las notas marginales, sino que, frente a LA RICA, que deja al arbitrio o buen criterio del Registrador decidir lo procedente, entiende que antes se encuentra con el problema el Notario, más en contacto con la vida real y que, por tanto, ha de tomar la iniciativa, y añade que frente

(10) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL. *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, II, pág. 73.

(11) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968, tomo II, pág. 418.

(12) La última consecuencia de tal carácter constitutivo sería la necesidad de tener que practicar la inscripción sobre la matriz, que es lo único que tiene existencia con carácter real, pues la segregación y venta no inscrita, meramente reseñadas en la escritura, carecerían de efectos reales. Estaríamos en la drástica solución apuntada en III.

a las parcelaciones urbanísticas, el Registro de la Propiedad se muestra *impotente* para aplicar sus naturales normas (13).

LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA (14) también admiten que puedan existir segregaciones que no han pasado a los libros y que contribuyen a desfigurar la identificación de la finca, al existir un resto extrarregistral que no coincide con el registral. Influenciados por el trabajo de VENTURA-TRAVERSET (cuyo ejemplo práctico relatan a pie de página), dicen que en este caso *conviene* que la descripción en el título sea doble, conteniendo ambos restos, con lo cual el Registrador puede aludir a las segregaciones no inscritas y a la verdadera cabida de la finca. Olvidan, como VENTURA, que la inscripción de las segregaciones anteriores a la que se está otorgando es una circunstancia tan eventual y ajena a la Notaría, que no es razonable que complique siempre el formulario de toda escritura de segregación segunda o posterior.

Tampoco CHICO y BONILLA (15) se plantean ningún problema sobre la posibilidad de inscribir las segregaciones sucesivas, aunque no lleguen al Registro simultáneamente o por su orden. Los problemas están en detalles de formulario notarial y registral, limitándose a la cita de VENTURA-TRAVERSET y LA RICA (15 bis).

También BUENAVENTURA CAMY (16) tiene criterio benévolo sobre la inscripción desordenada de las segregaciones sucesivas de matriz común. Precisamente para solucionar su problema más grave recurre a la taumaturgia de transformar la escritura referente al resto final en una inscripción de segregación más, para que quede viva aún la matriz y se puedan extraer de ella las superficies segregadas anteriormente en escrituras que llegan al Registro rezagadas. Esta original postura de CAMY, que por sí sola no resuelve el problema de la descripción de los sucesivos restos y que no deja de ofrecer inconvenientes, es muy eficaz para demostrarnos la total coincidencia que existe, en el fondo, entre la división y las segregaciones sucesivas, que terminan por agotar la matriz (se hagan o no en un solo acto), así como entre división y segregación simple, en la que porción segregada y resto tienen similar entidad.

GABRIEL HORTAL, en un interesante trabajo (17), se extraña de que nuestros hipotecaristas, incluso ROCA, se olviden de la íntima relación que el principio de tracto sucesivo guarda con la finca considerada como entidad registral; dice que el tracto sucesivo no se conforma con que aparezca inscrito el derecho del transmitente, sino que exige también que ese derecho figure inscrito sobre la misma concreta finca con la que va a actuarse; pero poco consecuente con éstas sus ideas previas, afirma que dado el carácter voluntario de la inscripción, las segregaciones «pueden acceder al Registro por orden distinto al seguido en su otorgamiento».

c) Todos los autores, y la práctica registral con ellos, están conformes con esta posibilidad de operar en los libros con restos no coinci-

(13) ROCA SASTRE. Obra y tomo citados, págs 447, 450 y 451

(14) *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona, 1968, pág. 89. Casi igual en la 2.ª edición de las *Lecciones* de LACRUZ BERDEJO solo Zaragoza, 1957, pág. 101

(15) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1967. I, pág. 501

(15 bis) Recientemente JUAN F. BONILLA, en esta REVISTA (núm. 484, mayo-junio de 1971, páginas 540 a 544), ha hecho un interesante estudio de las modificaciones de entidades hipotecarias en relación con el principio de consentimiento formal. Pero de nada nos sirve su trabajo para aclarar el juego de los principios hipotecarios en esas inscripciones.

(16) "Revista de Derecho Privado", 1963, págs. 1124 y 1125. Y *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, pág. 735. Lamentamos la brevedad de su Comentario a esta Resolución en "Rev. de Derecho Privado", octubre 1971, pág. 1047

(17) *Segregaciones y determinaciones de resto*. "Boletín del Colegio de Registradores", núm. 51, octubre de 1970, pág. 632. Aconsejamos la lectura íntegra del trabajo, en el que trata del mismo caso de nuestra resolución (operación con un resto sin previa inscripción de la segregación, que llega posteriormente) y se plantea cuatro cuestiones de mecánica registral sin dudar ni un momento de la posibilidad del supuesto ni de la prevalencia de la voluntariedad sobre el tracto

dentes con la descripción vigente por no haber llegado aún escrituras anteriores de segregación. Y todos, explícita o implícitamente, justifican esta posibilidad en el principio de voluntariedad de la inscripción; pero al pensar así, se olvidan: a) de que el principio de tracto, dónde y cuándo actúa, restringe el de voluntariedad: la inscripción previa no se convierte en obligatoria, pero sí en obligada para conseguir la posterior; b) de que la unidad de interesado y asunto también desvirtúa la voluntariedad y el segregante es único aun cuando sean varios los compradores de las parcelas segregadas, y c) de que la voluntariedad cede por prevalencia del principio de tracto sucesivo en todos los supuestos ordinarios de modificaciones de entidades hipotecarias.

Entendemos que el tracto sucesivo actúa en todas las modificaciones de fincas, incluso en materia de divisiones y segregaciones. Por ello no puede inscribirse la escritura de venta de una porción segregada sin previa inscripción de la escritura de segregación, ni tampoco la escritura de nueva segregación de la porción segregada. Lo que ocurre es que razones aún mal precisadas de utilidad y necesidad han abierto una brecha en el principio de tracto en materia de segregaciones y han permitido un trato diferencial a las inscripciones referentes a restos parciales o definitivos.

Decimos que mal precisadas porque no parece haber razón suficiente para la tolerancia en materia de restos, manteniendo rigurosamente el principio de tracto, tanto en materia de divisiones como en las operaciones registrales con la porción segregada misma, cuando parece que no hay diferencia sustancial entre divisiones y segregaciones, ya que ambas operaciones son perfectamente intercambiables (18).

Parece haber un fundamento de altos vuelos para poder inscribir una operación con un resto de finca sin previa inscripción de la escritura de segregación y no admitir una inscripción referente a la porción segregada sin dicha inscripción previa. Efectivamente, en el primer supuesto hay previa inscripción de la finca, que debe continuar una y la misma y con el mismo número antes y después de la segregación y, por tanto, se inscriba o no ésta. En el segundo supuesto no hay finca nueva con la que registralmente operar en tanto no se inscribe la segregación.

Pero a poco que pensemos nos daremos cuenta de que si bien esto es siempre verdad formalmente, solamente es verdad sustancialmente, en tanto en cuanto la porción segregada tenga una entidad cuantitativamente escasa con relación a la matriz. A medida que porción segregada y resto se van igualando en superficie y valor, va teniendo menos sentido la permanencia de esencia única de matriz y resto y pidiendo paso toda la normativa sustantiva de las divisiones.

Por otra parte, la inclusión del principio de tracto en materia de modificaciones de entidades hipotecarias se justifica por razones de concordancia e identificación de las fincas en su realidad físico-jurídica. Es verdad que quien tiene inscrito lo más (matriz), tiene inscrito lo menos (resto tal como se escritura); pero es el vacío registral en el que queda la superficie segregada en la escritura o escrituras rezagadas, y también el *puzzle* hipotecario producido por las notas marginales de las segregaciones sucesivas, que se van inscribiendo por orden distinto al

(18) Una división de finca puede escriturarse como segregación sin más que considerar una de las resultantes como resto de la matriz. También es posible lo contrario considerando finca nueva la porción que segregando sería resto. También en operaciones *ex intervalo* una división puede irse consumando a través de sucesivas segregaciones de pequeñas parcelas, de tal forma que éstas, a pesar de ser sustancialmente segregaciones (por la pequeña entidad de la porción segregada en relación a la matriz), acaban por agotar ésta (división). LA RICA (Comentarios citados, II, pág. 70) dice que el nuevo Reglamento ha perfeccionado el anterior, cuyo artículo 59 confundía ambas operaciones. Creo que no es muy seguro tal perfeccionamiento y tenía su razón la Resolución de 29 de octubre de 1900, que exigía que la parte separada que debía abrir nuevo folio fuese la menos importante.

de sus otorgamientos, lo que debe preocuparnos al pensar sobre la conveniencia de sustraer al principio de tracto los supuestos que nos ocupan. Cualquier busca para certificar o inscribir por el artículo 205, referente a la superficie de las segregaciones no registradas, está condenada al fracaso; el principio de registración por fincas, continuamente puesto en ridículo por el de voluntariedad de la inscripción, sufre de esta manera un escarnio máximo, por cuanto el Registro queda inhabilitado para ofrecer información útil no sólo en relación con la superficie del suelo nacional que no ha querido ingresar en él, sino en relación con una superficie que tiene que considerarse, a todos los efectos, como registrada e inscrita.

d) Es difícil saber si estas y otras razones han inducido a la Dirección a considerar que debe procederse a la suspensión de cualquier inscripción referente a un resto hasta tanto se haya inscrito la segregación anteriormente realizada (segundo considerando de la Resolución segunda).

Acaso este segundo considerando resulte insuficiente para consagrar una doctrina de la Dirección tan contraria a la práctica registral y a todas las opiniones doctrinales que reseñamos en b) y decidida a sacrificar la voluntariedad al tracto en materia de segregaciones y restos. La Resolución dice que debiera haberse procedido a la suspensión de la escritura de obra nueva y división horizontal referente al resto hasta que se hubiera inscrito la anterior de segregación. Si el considerando terminase ahí, la doctrina sería clara, aunque *obiter dictum*, pero al continuar diciendo que el asiento erróneo se produjo al inscribir arrastrando la superficie de la matriz, nos deja en la duda de si comenzando el asiento con la descripción de la finca resto y con la referencia a una segregación no registrada aún, la operación hubiera sido correcta.

Creo que, aunque en el considerando se mezclan dos problemas distintos y sucesivos, la Dirección ha querido decir: el error provino de inscribir sobre la finca matriz, arrastrando al asiento toda su superficie cuando la escritura estaba operando solamente con la finca resto; pero, además, y prescindiendo de tal error y circunstancia, la inscripción debió, de todas maneras, suspenderse por falta de previa inscripción de la segregación.

Si el considerando, interpretado en este sentido de comprender estas dos diferentes aseveraciones, implica doctrina de la Dirección respecto de la segunda de ellas o solamente ha de considerarse como *obiter dictum*, es una cuestión sobre la que no quiero opinar. Posiblemente, lo más acertado sea estimarlo como una aseveración que contiene auténtica doctrina de la Dirección, pero con la reserva de que no debe tener aplicación general, sino que debe limitarse a los casos en que por las circunstancias de hecho la segregación practicada tenga las características sustantivas de una verdadera división, no teniendo aplicación y debiendo continuar intacta la práctica amparada en las opiniones doctrinales reseñadas en b) cuando la segregación implique alteraciones tan nimias y claras en la descripción de la matriz, que el principio de nitidez registral sufra poco con la tolerancia de una inscripción rezagada de la segregación.

Innecesario insistir en que el tema es mucho más amplio y complejo y en la imposibilidad de abordarlo totalmente en estas notas de comentario. Tan pronto como se entra en el análisis de las diferencias sustanciales entre división y segregación nos aparece un problema íntimamente conectado con el de las segregaciones sucesivas: el de la registración parcial de las divisiones, que, a su vez, requiere un detenido análisis, que inmediatamente se encuentra con el diverso juego que ha de tener la voluntariedad de la inscripción, según sea la complejidad de la ope-

ración en conjunto. Parece lógico oponerse a la pretensión de un propietario que divide su finca en dos y sólo desea que se le inscriba una de ellas; pero otorgada una escritura de división con venta simultánea de todas y cada una de las parcelas a diversos compradores, no resulta tan clara la negativa de inscripción al comprador que presenta su copia parcial antes o solo (19). Se dirá que la negativa es obligada por el texto literal del artículo 46 del Reglamento Hipotecario, que exige (?) la apertura de nuevo folio para todas y cada una de las nuevas fincas resultantes. Puede añadirse que el principio de voluntariedad puede jugar en las inscripciones de venta y no alcanzar a la operación registral de división. Pero la solución no es plenamente satisfactoria, aunque el formulario notarial se redacte con miras a ella, porque la unidad de escritura, cuando ésta se inscribe totalmente en cuanto división y sólo parcialmente en cuanto a las ventas, produce la consecuencia de dejar inscritas a favor del vendedor fincas que en el mismo momento de nacer dejaron de ser suyas.

Por esto, el problema de la inscripción desordenada de las segregaciones sucesivas debe conectarse con el de la inscripción parcial de las divisiones. De nada sirve una solución intransigente en éste si partimos de una total tolerancia en el primero. Solamente habremos dado una razón más a los propietarios que parcelan, para recurrir al método de las segregaciones sucesivas, planimétricamente más imperfecto, pero, sin duda, más práctico, cómodo y económico, desde el punto de vista del *businessman*, que el método de la parcelación total (división) previa (20).

Nuestra opinión, conforme a lo expuesto y a lo que por razones de espacio silenciarnos, es la siguiente: el principio de tracto sucesivo tiene una aplicación general en todas las operaciones registrales de modificación de entidades hipotecarias; la división es una operación registral en principio indivisible y la práctica notarial debe acomodarse a las exigencias de esta regla general; los casos de tolerancia con la inscripción parcial de una división o parcelación en razón a formar parte de un negocio complejo, en el que deba prevalecer, también en parte, la voluntariedad de la inscripción, deben ser excepcionales y siempre recurriendo a fórmulas con las que quede a salvo la claridad del Registro; la excepción al principio de tracto en las operaciones registrales con restos resultantes de segregaciones no registradas solamente es admisible tratándose de auténticas segregaciones en el sentido originario (mínima superficie relativa de la porción segregada); pero la excepción debe desaparecer y las segregaciones desordenadas deben rechazarse en cuanto la claridad del Registro sufra, por tratarse de auténticas divisiones disfrazadas de segregaciones sucesivas, cuya inscripción desordena-

(19) El problema de la inscripción no simultánea de las divisiones es muy antiguo en materia de particiones hereditarias. Hoy está recrudescido por las parcelaciones urbanísticas y rústicas. La monstruosa situación registral que supone dejar la finca matriz inscrita a favor del difunto, unas partes de ella a favor de los herederos que inscriben y otras porciones sin descripción ni determinación registral, subsumidas en la matriz que pervive, por haberse adjudicado a herederos que no quieren inscribir, va, sin duda, contra el principio de determinación y nitidez. Pero todos se han esforzado tanto en destacar el principio de voluntariedad de la inscripción que resulta endeble el texto literal del artículo 46 del Reglamento para triunfar contra tal principio. Así vemos cómo CAMY, en sus *Comentarios citados* (I, pág. 737), también admite la inscripción parcial de las divisiones, aunque no sea muy claro en cuanto a lo que pretende que se haga en la nota marginal de división parcial.

(20) Con el método de segregaciones sucesivas los problemas de discordancia entre titulación y realidad se van soslayando de momento, aunque acaso se agudicen al final; también se van dejando en suspenso los administrativos en torno a los viales, y los gastos de la parcelación son más fáciles de traspasar a los compradores. La cuestión está relacionada con las curvas de oferta y demanda de parcelas, en tanto los compradores resulten la parte débil por el exceso de demanda les será difícil resistirse a comprar sin previa parcelación registrada. De momento, es imposible prever cuándo la evolución de tales curvas económicas y una legislación fiscal más normalizada permitirán que la titulación inscrita restaure la segura contratación inmobiliaria de otros tiempos.

da ha de originar dudas de identificación respecto de los restos parciales inscritos.

Sé que muchos encontrarán inadmisibles estas imprecisiones, que bordean la arbitrariedad, pero es que creo que hoy por hoy no cabe resolver el problema con criterios dogmáticos. Inscripción voluntaria y claridad del Registro, en cuanto al elemento objetivo finca, son ideas contradictorias; las normas legales y reglamentarias sirven de muy poco para resolver el problema de las segregaciones sucesivas y las operaciones con los restos (21); desde el plano del positivismo legal es absurdo preguntarse si tiene razón el considerando segundo o la tolerante práctica registral. La contestación sólo cabe hacerla desde el terreno de los principios: si queremos fortalecer los de determinación y folio real hay que continuar valientemente la dirección apuntada por el considerando; si creemos que éstos deben sacrificarse en aras del voluntariedad de la inscripción, habremos de resignarnos a esos auténticos *puzzles* registrales que originan las notas marginales de las segregaciones despachadas por orden distinto de sus otorgamientos, que siempre suelen complicarse con olvidos de los segregantes de las segregaciones verificadas en otra Notaría. Para situarnos, de momento, en una posición intermedia confío que puedan tener algún valor mis consideraciones anteriores.

B) *Rectificación de errores en los asientos*

Para no incurrir en repeticiones me remito, en general, a mi comentario de la Resolución de 11 de noviembre de 1970, que se ha publicado en el número mayo-junio de 1971 de esta Revista. Existe cierta similitud en ambos casos en torno a las dudas del Registrador sobre el error y a la postura abstencionista de la Dirección en orden a decidir sobre el tipo de error y la manera concreta de rectificarse. El Centro directivo se limita a repetir su doctrina de que él no puede suplir el consentimiento de los interesados, que exigen los artículos 214 y 217 de la Ley Hipotecaria.

Tanto la nota de calificación (22) como el considerando cuarto de la Resolución incurren, en mi modesta opinión, en la ligereza de unificar la norma del artículo 214 con la del 217. Ambos se refieren a los errores que el Registrador no puede rectificar por sí solo y sin más; pero el interesado de que habla el 214 no es coincidente con todos los interesados, cuyo acuerdo unánime (incluido el Registrador) exige el 217. Si la nota de calificación de la instancia considera material el error cometido (214), no es congruente al exigir los requisitos de rectificación del 217 (errores de concepto). Por ello, y por la afirmación de que el error es de concepto, que hace el Registrador en su informe, creemos que hay una errata en el *Boletín Oficial* o en la nota de calificación y que ésta dijo o quiso decir que no era material el error.

El recurrente, en cambio, excesivamente expeditivo, cree que el caso encaja en el artículo 213: error material en asiento, cuyo título se conserva en el Registro. Insinúa también que en todo caso (material o de concepto) la inscripción da a conocer el error y por ello el Registrador puede rectificar por sí mismo. Pero ateniéndonos a los resultandos, la verdad es que ni las alegaciones del recurrente ni el informe del Notario agotan totalmente la argumentación encaminada al demostrar el tipo de

(21) Ni el artículo 20 de la Ley ni el 49 del Reglamento resuelvan la cuestión. Ante la escritura referente al resto igual puede mantenerse que la finca (matriz) está inscrita a favor del disponente como que la finca (la finca-resto) no está inscrita a favor del mismo. El Reglamento ni en el artículo 49 ni en los demás dedicados a las modificaciones de fincas se plantea nuestro problema.

(22) "Porque siendo el error de los comprendidos en el artículo 214 de la L. H., no puede rectificarse sin el acuerdo unánime de todos los interesados según el artículo 217." Ignoramos si es que falta un "no" entre las palabras "porque" y "siendo".

error, ni a determinar, en concreto, el procedimiento y los requisitos necesarios para su rectificación. La resolución ante la indudable falta de precisión en las contrapuestas alegaciones no tenía más remedio que abstenerse de ordenar rectificación alguna, no pudiendo tampoco, por otro lado, sentar ninguna doctrina eficaz en orden a la tan necesaria interpretación de los artículos 211 a 220 de la Ley y sus concordantes del Reglamento.

Igualmente, me remito a mi comentario a la Resolución de 11 de noviembre de 1970 para otras dos cuestiones que traté en aquél y se repiten en el caso de la presente Resolución: la posibilidad de recurso gubernativo contra la calificación positiva, pero desacertada, a juicio del interesado, en la inscripción v el ámbito de la competencia del Centro directivo en materia de rectificación de errores en los asientos.

Creo que la doctrina hipotecaria tiene un tema interesante en la posibilidad de recurso contra la calificación que no suspende ni deniega el asiento solicitado. Acaso en mi comentario anterior citado, con ánimo de forzar la polémica, me expresase en términos demasiado favorables a tal posibilidad. Pero es que creo preferible que la cuestión se estudie a fondo, aunque el resultado final sea dejar intacta, pero más fundamentada, la *communis opinio* de que el recurso sólo procede contra la calificación negativa, tanto en derecho constituido como en derecho constituyente.

Igual podemos decir en relación con la posibilidad de recurso gubernativo en la rectificación de asientos erróneos. Creo que existen tantas lagunas y dudas en las normas legales y reglamentarias sobre errores en los asientos, que sólo perjuicios pueden derivarse de una posición inhibicionista, por principio, del Centro directivo. Las normas legales son suficientemente claras para impedir que la Dirección ordene por sí rectificaciones del Registro, que el legislador ha reservado a los Tribunales o al acuerdo de Registrador e interesados; pero creo que en cuanto tales normas legales queden respetadas, el Centro directivo puede y debe acordar lo procedente siempre que el recurso verse directamente sobre la *questio juris* de un caso de rectificación de error, estableciendo doctrina hipotecaria interpretativa y aclaratoria de los artículos 211 a 220 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Con ello no decimos nada en contra del fallo de la Resolución de 11 de noviembre de 1970 ni en contra de la que hoy comento: Si a la Dirección no llega perfectamente clara la pregunta sobre el *jus* aplicable, sino confundida con imprecisas alegaciones contradictorias sobre el *factum* mismo, hará bien la Dirección en extremar su cautela para que su fallo no resulte contrario a las normas legales, que claramente reservan la rectificación a los Tribunales.

C) *La descripción del edificio en propiedad horizontal en las escrituras referentes a los pisos*

Una de las consecuencias de la Ley vigente de propiedad horizontal, y de la prevalencia que en ella se da a la propiedad independiente y exclusiva sobre cada piso, es que la práctica registral y notarial hayan subestimado la comunidad de los propietarios sobre el edificio como conjunto. Sólo por esta prevalencia de la propiedad sobre el piso y la paralela pérdida de interés en el otro elemento de la compleja figura (la copropiedad sobre los elementos comunes, que en rigor es una copropiedad residual sobre el conjunto del edificio) se ha podido llegar, en lo registral, a hablar de parcelación cúbica (división ordinaria del edificio con desaparición de la finca matriz), y en lo notarial, a ir suprimiendo casi totalmente la descripción del edificio en su conjunto en las escrituras de transmisión o gravamen del piso.

No hay que insistir en que en todo negocio dispositivo del piso, por muy detallada que sea su descripción, si se prescinde de la descripción del edificio y de la determinación de los elementos comunes, la cosa objeto del negocio queda sin determinar perfectamente. El derecho del vendedor no recae solamente sobre el piso, sino sobre una parte ideal del edificio en su conjunto, como demuestra la obligada mención de la cuota de participación en éste. Por ello, el quinto considerando es irreprochable: no basta describir el piso o apartamento con todas sus circunstancias legales y reglamentarias, sino que debe hacerse la descripción del edificio en su conjunto, para que quede perfectamente identificado y determinado el objeto del negocio.

Ahora bien, creo que el principio de rapidez y claridad debe autorizar soluciones prácticas intermedias entre la reproducción total de la descripción completa del edificio, tal como se hizo en la declaración de obra nueva (23), y la total omisión de la descripción del mismo. Llevado a sus últimas consecuencias el principio de determinación, la descripción completa del edificio tendría que completarse con la transcripción íntegra de los Estatutos de la Comunidad. Y todo esto sobrecargaría inútilmente los protocolos e incluso las copias de las escrituras referentes a los pisos. Por ello es más conveniente que la práctica notarial se oriente hacia fórmulas en las que el edificio en su conjunto, la relación de elementos comunes y las líneas generales de las cláusulas reales de los Estatutos queden somera, pero suficientemente reflejados, completándose esta somera exposición con la aseveración del adquirente de conocer el contenido más detallado de la descripción completa de la finca, de su constitución en régimen de propiedad horizontal y de los Estatutos de ésta por habersele entregado copia simple de los correspondientes documentos. Sin duda, la superficie y linderos del edificio deben formar parte de la somera descripción del mismo, aunque ello nos conduzca al problema que mencionamos en el II, referente a las alteraciones o actualizaciones de las descripciones congeladas del edificio en su conjunto.

D) *Acumulación de impugnaciones*

En cuanto al considerando primero de la Resolución de 1971, en el que se consagra la posibilidad de acumular y resolver en un único y solo expediente la impugnación de dos notas distintas de calificación, puestas en dos documentos independientes en razón a la íntima relación que existe entre las dos notas, solamente diremos:

a) Que la doctrina deberá, naturalmente, ampliarse al supuesto de que los documentos y las notas fuesen más de dos.

b) Que acaso no hubiese estado de más colocar junto al artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo la normativa equivalente en los procedimientos judiciales, ya que el recurso ante la Dirección General de los Registros no es administrativo, sino que presenta todas las características propias de la jurisdicción voluntaria, que, con todas las reservas que procedan, es, al fin y al cabo, jurisdicción, aunque *inter volentes tantum*.

T. C. G.

(23) Exigiéndose esta reproducción se llegaría al absurdo de tener que describir todos los pisos en la escritura referente exclusivamente a uno de ellos.

5. CALIFICACION REGISTRAL. — LA INFRACCIÓN REGLAMENTARIA QUE SUPONE EL USO POR LOS NOTARIOS DEL PAPEL CARBÓN EN LAS MÁQUINAS DE ESCRIBIR, PARA LA EXTENSIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, NO ES MATERIA DE CALIFICACIÓN NI APTA PARA SER TRATADA A TRAVÉS DE UN RECURSO GUBERNATIVO, YA QUE EL REGISTRADOR NO PUEDE AMPLIAR SU FUNCIÓN MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 98 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 28 de junio de 1971 (B. O. del E. de 6 de agosto).

A) *Antecedente de hecho.*—En escritura otorgada en Rubí ante el Notario recurrente el 10 de julio de 1969, doña Carolina Feliú Aló, mavor de edad, vecina de Barcelona, casada, en régimen de separación de bienes, manifestó que sus hermanos de doble vínculo, don Enrique y doña Carmen, habían fallecido, respectivamente, el 10 de marzo de 1962 y 11 de junio de 1963, habiendo sido declarada heredera abintestato de ambos por auto del Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa de fecha 7 de marzo de 1969, por lo que, como única heredera de sus nombrados hermanos, aceptaba la herencia, que consistía por cada hermano en la cuarta parte indivisa de una finca urbana, o sea, un mitad en total, y solicitaba la inscripción a su nombre.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura obtenida mediante papel carbón y en la que figuraban algunas palabras en impresión directa sin aclaración sobre el particular, fue calificada con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: Primero. Aparecer extendida la copia presentada por el sistema de calco mediante papel carbón, procedimiento en el que, como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 1963, los tipos marcados por ese medio son fácilmente borrrables y sustituibles sin dejar señal externa, faltándose con ello al cuidado exigido por el artículo 152 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, de que tales tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble y al decoro exigido por el artículo 247 del mismo Reglamento. Segundo. No salvarse los soberraspados «cien», «dos», «on» y «ar». Se reputan tales defectos como subsanables, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.

El Notario autorizante de la escritura extendió nueva copia mecanográfica en impresión directa, que fue inscrita, y a efectos puramente doctrinales interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en

el que alegó: Que es útil, para un correcto planteamiento del caso, comparar la redacción del artículo 247 del Reglamento Notarial antes y después de la reforma de 22 de julio de 1967, y advertir que el artículo 152 se refiere a los requisitos generales del instrumento público, mientras que el 247, por estar incluido en la sección 4.^a, hace referencia especialmente a las copias; que el párrafo V del citado artículo 247 decía que «las copias y testimonios podrán ser manuscritos o impresos, en todo o en parte, por cualquier medio mecánico, sin otra limitación que la impuesta por la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación por la fijeza de su tinta»; que la redacción actual de dicho párrafo es la siguiente: «Las copias y testimonios deberán extenderse en caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier medio de reproducción, sin otra limitación que la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación», lo que supone un cambio sustancial que tiene en cuenta, según la exposición de motivos, la mejora del servicio y la modernización de la actuación notarial, ajustándola a las exigencias de la época; que, por tanto, está fuera de lugar traer a colación una Resolución de la Dirección General dictada en tiempo anterior a la reforma; que considera incluidos entre los procedimientos admitidos en la reforma legal señalada la utilización del medio de reproducción sencillo, cómodo y rápido del papel carbón, máxime teniendo en cuenta que existen actualmente en el mercado papeles calco, como el utilizado, que no manchan y dejan una escritura tan indeleble como la conseguida por cualquier otro procedimiento; que ya antes de la reforma era ese medio utilizado por muchos compañeros y uno de ellos elevó consulta sobre el particular al Centro directivo; que posteriormente algunas publicaciones profesionales se han ocupado del particular, existiendo medios de fijar con seguridad lo escrito y papeles de calidad extraordinaria, por lo que el criterio general es de aceptación de este medio de reproducción documental; que no cree que el uso del papel carbón suponga una falta de decoro en la presentación, ya que así se presentan desde hace mucho tiempo los testimonios de las sentencias y resoluciones judiciales, y se estiman correctas y se inscriben en los registros; que en cuanto a la indelebilidad, la copia presentada pasó por varias oficinas y diversas vicisitudes y se conserva en perfecto estado; que las copias son documentos perecederos y no es tan importante como en la matriz, de la que se pueden sacar nuevas copias, el que se use tinta indeleble; que es de extrañar que el mismo funcionario que ahora se niega a inscribir ha inscrito antes otras copias análogas, y, además, aunque la calificación abarque «lo divino y lo humano», en frase de Jerónimo González, parece que no debería extenderse a esta cuestión; que no ve razón para que se admitan en el Registro copias xerográficas y se rechacen las obtenidas por medio de papel carbón, y, finalmente, que, como fundamentos de derecho, citaba los artículos 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 98 y 112 a 136 y demás concordantes del Reglamento, y demás disposiciones de general aplicación.

El Registrador basó su informe en que la reforma de 1967, teniendo en cuenta los avances de la técnica que permitían obtener documentos sin empleo de tinta alguna, suprimió la expresión «tinta indeleble», lo cual no significa que los tipos o caracteres de escritura no deban serlo, ya que con ello implica además el decoro de su aspecto y la buena conservación; que el artículo 152 del Reglamento Notarial es de aplicación general tanto a las matrices como a las copias; que es indudable que los tipos marcados con papel carbón son fácilmente borrables y sustituibles sin dejar señal exterior, y, además, su legibilidad va disminuyendo con el paso del tiempo; que la mezcla de palabras escritas directamente en el texto normal carbonoso afecta al decoro en la presentación; que la refe-

rencia al uso de este sistema de reproducción en documentos judiciales no es oportuna, pues cada uno se rige por sus propias normas; que, efectivamente, de la matriz pueden sacarse nuevas copias, pero no mediante cotejo, que es el procedimiento seguido judicialmente, pero no en la función calificadoras; que estima improcedente la alusión a distinto criterio del informante en casos análogos, sin perjuicio de dar las pertinentes explicaciones si se le exigieran en procedimiento adecuado; que el Notario da fe de la conformidad de la copia con su matriz en el momento de su expedición, pero esa fe no puede extenderse a la copia presentada en el Registro, en la que algunas palabras pueden haber sido alteradas; y que la admisión de copias xerográficas está expresamente reconocida por el legislador que reformó los artículos 152 y 247 del Reglamento Notarial, y si este procedimiento afecta a la conservación o al decoro del documento, el reproche debe hacerse al autor de la reforma notarial.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente. Alzado el funcionario calificador de la decisión presidencial, la Dirección General confirma el auto apelado que revoca la nota del Registrador, con arreglo a la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Vistos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 33, 98 y 100 del Reglamento para su ejecución; 144, 152 y 247 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967:

Considerando que el presente recurso, interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, pretende plantear la cuestión de si el Reglamento Notarial vigente ha autorizado el empleo, como medio de reproducción, del sistema de calco mediante papel carbón en las copias de las escrituras públicas, que pueden tener en esta forma acceso eficaz al Registro de la Propiedad.

Considerando que los artículos 152 y 247 del Reglamento Notarial, en su regulación vigente, han incorporado a su texto el contenido del Decreto de 8 de agosto de 1958, por el que se autoriza que los instrumentos públicos—en donde se comprenden tanto a las matrices como a copias, según el artículo 144—puedan ser extendidos a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, siempre que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble y no se atente al decoro de su aspecto y a su buena conservación.

Considerando que el peligro entrevisto por el Registrador—muy justificado—de la posible sustitución, sin dejar señal exterior, de los tipos marcados en la copia presentada, al no tener carácter indeleble, ya había sido puesto de relieve por este Centro directivo en la Resolución de 14 de febrero de 1963, en contestación a la consulta formulada por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Burgos, y en la que declaró que la vigente legislación notarial no autoriza a los Notarios el uso del papel carbón en las máquinas de escribir para la extensión de instrumentos públicos, y que este procedimiento implica en el orden administrativo una infracción reglamentaria que puede ser corregida en vía disciplinaria.

Considerando que de lo expuesto aparece que no es materia de calificación ni apta para ser tratada a través de un recurso gubernativo la cuestión debatida, por cuanto el documento presentado se encuentra extendido con las formalidades de validez necesarias y no se ha denunciado en la nota de calificación ninguna alteración concreta de su contenido, sin que pueda el Registrador ampliar su función más allá de los

límites establecidos en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, todo ello sin perjuicio de la existencia de infracción reglamentaria por parte del fedatario, con sus posibles consecuencias disciplinarias.

C) *Comentario.*—De los antecedentes de hecho expresados, resulta que la escritura pública, cuya calificación motivó el presente recurso, ofrecía las siguientes particularidades:

1. Su primera copia se había obtenido mediante el empleo de papel carbón.
2. Existían en ella soberraspados no salvados por el Notario autorizante

Por ello, la cuestión que se plantea consiste en determinar si sobre tales particularidades de la escritura puede recaer la calificación del Registrador. Son dos los preceptos que la legislación hipotecaria dedica a esta materia: el artículo 18 de la Ley y el 98 del Reglamento. El primero, con carácter general, concede e impone a los Registradores la facultad y el deber de calificar bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción; es decir, exige que el funcionario calificador examine los documentos presentados, facultándole para resolver o decidir si procede o no su inscripción. El segundo precepto modaliza la función calificadora al determinar que el Registrador considerará como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicita la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las Leyes que determinan la forma de los instrumentos. De ahí que haya de acudirse a la vigente legislación notarial para determinar, de acuerdo con ella, el alcance de las dos particularidades antes expresadas y resolver la cuestión de si pueden o no ser objeto de calificación registral.

Respecto de la primera—obtención de primera copia mediante el empleo de papel carbón—el artículo 152 del Reglamento Notarial, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, establece que «los instrumentos públicos deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble... La Dirección General de los Registros y del Notariado, por sí o por medio de los Colegios Notariales, vigilará el cumplimiento de lo establecido en este precepto, practicando las visitas de inspección que estime oportunas y, en general, adoptando las medidas necesarias para uniformar la práctica y asegurar la buena conservación y legibilidad del texto». Dicho artículo 152, en su redacción anterior, determinaba que «los instrumentos públicos deberán extenderse en caracteres perfectamente legibles y de tinta indeleble, y podrán escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio gráfico similar... En cualquier supuesto deberá cuidarse de que los tipos resulten marcados en el papel con plenitud de tinta, por lo que queda terminantemente prohibido el empleo de cintas mecanográficas de mala calidad o debilitadas en su vigor colorante por el uso... La Dirección General de los Registros y del Notariado, por sí o por medio de los Colegios Notariales, vigilará el cumplimiento de lo establecido en este precepto, practicando las visitas de inspección que estime oportunas y, en general, adoptando las medidas necesarias para unificar la práctica y para asegurar, cuando se empleen medios mecánicos de grafía, la buena conservación y legibilidad del texto». La simple confrontación de ambos preceptos nos demuestra que responden a la misma orientación: mejora del servicio público y modernización de la

actuación notarial ajustándola a las exigencias de la época actual. Por ello, la propia Dirección General se ha cuidado de prohibir la utilización de aquellos medios que no respondan a esa doble finalidad, y así en Resolución de 14 de febrero de 1963 precisó que la autorización para el uso de las máquinas de escribir en la redacción de las escrituras matrices no puede entenderse que sea extensiva al empleo de papel carbón para la obtención de copias por el sistema del calco, ya que dicho precepto reglamentario exige que los instrumentos públicos, matrices y copias, se extiendan con caracteres legibles y de tinta indeleble, y es indudable que los tipos marcados por medio de papel carbón son fácilmente borrables y sustituibles sin dejar señal exterior, y, además, su legibilidad se hace difícil por el tiempo o simplemente por el manejo del documento, que, por otra parte, no ofrece en su aspecto el decoro exigido por el artículo 247 del mismo Reglamento. Además, señaló que este procedimiento en el orden administrativo implica una infracción reglamentaria corregible en vía disciplinaria.

Por consiguiente, es lógico que esta falta reglamentaria, que en modo alguno afecta a la validez de la escritura, no pueda ser materia de calificación, y ello porque el Registrador no es el funcionario idóneo para cerciorarse de si las palabras reproducidas en el documento mediante calco son indelebles o si su legibilidad es de corta duración; lo más que podrá hacer el Registrador es poner dicho hecho en conocimiento de la Dirección General para que ésta adopte las previsiones oportunas.

Respecto al segundo problema—existir en la escritura soberraspados no salvados por el Notario autorizante—, el artículo 153, también reformado, del Reglamento Notarial señala que «las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras existentes en un instrumento público se salvarán, al final de éste, antes de la firma de los que le suscriban». Es de destacar el carácter imperativo de este precepto «se salvarán» y el que esta operación tenga lugar antes de la firma de los otorgantes, lo cual parece denotar la posterior aprobación por éstos a las enmiendas realizadas. Este criterio prevalece ya en la anterior redacción del artículo 153, que precisaba que «a continuación del último renglón del instrumento público se consignarán las enmiendas y salvedades necesarias, con la aprobación de las partes y antes de la firma de los que lo suscriben. Y es precisamente en este punto concreto donde cobra pleno interés la calificación del Registrador. En la primera copia de la escritura pública aparecen soberraspados que no se salvan por el Notario autorizante, y esto produce realmente la duda racional que apunta el Registrador en su nota calificadora, la posibilidad de que algunas palabras pueden haber sido alteradas. Por ello, teniendo en cuenta que es posible la alteración y que ésta, caso de darse, afecta indudablemente a la validez de la escritura por la trascendencia que pueda revestir el texto soberraspado—en este caso las palabras «cien» y «dos»—, es forzoso deducir que tal extremo entre de lleno en el ámbito de la función calificadora por aplicación del artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

E. F. C.

6. ES ANOTABLE EL MANDAMIENTO DE ANOTACIÓN DE EMBARGO LIBRADO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA DICTADA EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN CATALUÑA POR LOS TITULARES DEL DOMINIO DIRECTO DE UNA FINCA DADA EN CENSO A NUDA PERCEPCIÓN POR SU CAUSANTE, CONTRA EL TITULAR REGISTRAL DEL DOMINIO ÚTIL, COMO DE «IGNORADO PARADERO, Y, EN SU CASO, CONTRA LOS IGNORADOS HEREDEROS O HERENCIA YACENTE DEL MISMO», PARA EL COBRO DE PENSIONES DEL CENSO, AUNQUE EN EL MANDAMIENTO NO CONSTEN LAS CIRCUNSTANCIAS EXIGIDAS POR EL ARTÍCULO 166 Y, EN SU CASO, POR EL 144, AMBOS DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, A PESAR DE QUE EN LA INSCRIPCIÓN DE CENSO FIGURE EL DUEÑO ÚTIL CASADO Y EN OTROS ASIEN- TOS REGISTRALES UN DOMICILIO DE DICHO DEUDOR E INDICIOS DEL POSIBLE FALLECIMIENTO DEL MISMO.

Resolución de 13 de julio de 1971 («B. O. del E.» del 3 de agosto)

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Tarrasa en 1930, don Matías Roca cedió a don Enrique Corbí en censo a nuda percepción una casa y solar. Seguido procedimiento ante el Juzgado Municipal de Tarrasa por doña Francisca Formosa y otra, como causahabientes del señor Roca y actuales titulares del dominio directo, contra el titular del dominio útil, don Enrique Corbí Vitoria, de ignorado paradero, y, en su caso, contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo, para el cobro de pensiones adeudadas del censo, se expidió la certificación prevenida en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y dictada sentencia, en ejecución de la misma se libró mandamiento ordenando la anotación preventiva de embargo sobre la finca objeto del censo.

El mandamiento fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la anotación que se interesa en el mandamiento que precede por no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 166 y, en su caso, en el 144, ambos del Reglamento Hipotecario, toda vez que, como aparece de la inscripción cuarta de la finca embargada, número 6.374, obrante al folio 181 del tomo 744 del archivo y del título que motivó dicha inscripción, resulta haber fallecido el deudor, don Enrique Corbí Vitoria, y ser conocidos los herederos del mismo. Se considera tal defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse.»

Interpuesto recurso por el Procurador de doña Francisca Formosa y otra, demandantes en el procedimiento, se alega: Que la inscripción cuarta no contiene una declaración de carácter sucesorio en la forma que dispone el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, sino una simple manifestación de quien paga (1) en nombre de unas personas que dicen ser hijos

(1) Se trata de una cancelación de hipoteca en la que el acreedor confiesa haber cobrado de un tercero por cuenta de ocho hermanos Corbí Folch como causahabientes del deudor su padre, don Enrique Corbí.

del deudor y se titulan herederos de su padre, y no resultando del Registro su fallecimiento, no puede estimarse incumplido el artículo 166; que la acción, por eso, se dirigió contra el señor Corbí, en el supuesto de que existiera, o de sus herederos o herencia yacente, en el caso de que hubiese fallecido; que las circunstancias de dicho artículo sólo deben consignarse si son conocidas (Resolución de 28 de marzo de 1969); que los bienes embargados son privativos y además tratándose de cónyuges catalanes, a tenor del artículo 7 de la Compilación, existe la presunción *juris tantum* de que cada cónyuge adquiere con carácter de privativo, por todo lo cual no actúa el 144 del Reglamento y que las sentencias firmes no pueden modificarse ni se pueden introducir alteraciones en la forma en que se ha desarrollado el procedimiento, por lo que la calificación de subsanables de las faltas es inadecuado; sin que el Registrador pueda inmiscuirse en la función atribuida a los jueces, que desarrollan su cometido con entera libertad e independencia, sometidos sólo a los mandatos de las Leyes, que interpretan según su leal saber y entender.

El Registrador informó: Que no invade el campo de la actuación judicial ni ha discutido el aspecto sustantivo o formal del procedimiento ni el fondo de la sentencia; pero en el Registro surgen unos obstáculos para la práctica del asiento que hay que tener en cuenta: la constancia en el Registro (inscripción segunda) del domicilio del demandado, por lo que no puede decirse que es de ignorado paradero; que al dirigirse también la acción, en su caso, contra los herederos del titular registral debió expresarse la fecha del fallecimiento (art. 166 del Reglamento); que como en el Registro don Enrique Corbí figura como casado, la demanda debió dirigirse, en caso de fallecimiento del mismo y pendiente de liquidar la sociedad conyugal, contra la viuda y los herederos, salvo que se hubiese acreditado la vecindad catalana (art. 144), y que el conocimiento de las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles corresponde a la jurisdicción voluntaria cuando no exista contienda entre partes.

El Juez del procedimiento informó: Que al practicarse la citación al señor Corbí en el domicilio designado, manifestaron sus familiares que desapareció en la guerra de Liberación, por lo que no consta la fecha ni siquiera el hecho de la muerte; que la inscripción cuarta no facilita elementos suficientes al respecto; que el procedimiento se siguió contra el deudor o, en su defecto, contra sus herederos indeterminados o herencia yacente, por lo que no es aplicable el 166, 1.º, sino el 165 del Reglamento Hipotecario (de acuerdo con la Resolución de 18 de diciembre de 1942), y que no consta dato alguno que indique que la finca es ganancial, pudiendo, por el contrario, más bien, presumirse que no lo es.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y apelado el Auto por el Registrador, que fue condenado en costas, la Dirección General acuerda confirmar el Auto apelado, que revocó la nota del Registrador, salvo en lo relativo a la imposición de costas (2), considerando lo siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Las cuestiones planteadas en el presente recurso consisten en determinar si puede practicarse la anotación preventiva de embargo, condenada en trámites de ejecución de sentencia dictada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas de un censo en nuda percepción, respecto de una finca radica-

(2) *Vistos*: Los artículos 72, 73 y 75 de la Ley Hipotecaria Artículos 130, 144 y 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario Artículos 68 y 96 de la Ley de Registro Civil

Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, v. Resoluciones de la Dirección General de 31 de mayo de 1892, 26 de marzo de 1909, 19 de agosto de 1919, 20 de junio de 1922, 3 de julio de 1967, 20 de marzo y 5 de noviembre de 1968 y 28 de marzo de 1969.

da en Tarrasa, habiéndose seguido el pleito contra el demandado deudor «de ignorado paradero y, en su caso, contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo», cuando en los Libros Registrales aparece: a) que en la inscripción de constitución del censo figura que dicho deudor era casado, y no se ha interpuesto la demanda contra la mujer; b) que en una inscripción de hipoteca obrante en el folio registral de la finca aparece un domicilio de dicho deudor, y c) que en la cancelación de la hipoteca se indica que se extingue el asiento por haber satisfecho la cantidad garantizada quienes afirman ser «causahabientes del deudor, su padre».

Del asiento de cancelación practicado en el folio registral de la finca no resulta plenamente acreditado el fallecimiento del deudor ni las circunstancias personales de los herederos, ya que en dicha cancelación únicamente aparece el pago de la cantidad asegurada con la hipoteca «por los hermanos don Juan, doña María, don Fernando, doña Iluminada, don Enrique, doña Celeste, doña Montserrat y doña Nuria Corbí Folch, como causahabientes del deudor, su padre, según se afirma, don Enrique Corbí Vitoria», y siendo esto así, es indudable que determinaría grandes dificultades para el acreedor tener que averiguar, a efectos de obtener la anotación preventiva de su derecho, si el fallecimiento había efectivamente ocurrido, la fecha del mismo y, en fin, las circunstancias personales de los herederos.

Si se estimase acreditado que dicho fallecimiento había ocurrido, el precepto aplicable sería, como señala el funcionario calificador en la nota impugnada, el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario, que al señalar las circunstancias que deben contener las anotaciones preventivas de embargo ordenadas en procedimientos seguidos contra los herederos del deudor fallecido y por responsabilidades del mismo, distingue que éstos sean indeterminados, en cuyo caso se expresará únicamente la fecha de fallecimiento de aquél o que dichos herederos sean ciertos y determinados, en cuyo caso se consignarán además las circunstancias personales de los mismos.

Aunque normalmente las anotaciones preventivas deben contener, al igual que las inscripciones, las circunstancias exigidas para cada una de ellas en la legislación hipotecaria, no debe olvidarse que dicha legislación establece respecto de las primeras un criterio menos riguroso, según se desprende de los artículos 72, párrafo 1.º; 73, párrafo 1.º, y 75, de la Ley Hipotecaria, criterio reiteradamente mantenido por este Centro directivo cuando declara que en beneficio de la recta administración de justicia deberá practicarse la anotación aun en casos en que de los títulos o documentos presentados para obtenerlas no resulten todas las circunstancias exigidas legalmente.

La exigencia de las circunstancias que determina el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario no ha de interpretarse en el sentido de impedir en absoluto la extensión de la anotación preventiva cuando las mismas no consten, ya que de entenderlo de este modo ocurriría que en muchos casos no sería posible la garantía inmobiliaria que la anotación preventiva de embargo significa al ser desconocidas para el acreedor la fecha del fallecimiento o las circunstancias personales de los herederos, y en el presente caso se refuerza lo indicado, toda vez que dicho fallecimiento no está plenamente acreditado y la demanda se dirigió contra el deudor titular registral y, *ad cautelam*, por si el mismo hubiese fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente del mismo, quedando, como es lógico, a salvo los recursos que las leyes procesales establecen respecto de los así demandados y declarados en rebeldía.

Por lo que se refiere al segundo de los defectos apuntados en la nota calificadora, que consiste en no haber sido demandada la esposa del

deudor conforme ordena el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, hay que señalar que en el presente caso se trata de una anotación de embargo ordenada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas y no satisfechas de un censo en nuda percepción y constituido por contrato, lo que supone el incumplimiento por parte del demandado, titular del dominio útil, de una de las obligaciones contractualmente asumidas por él mismo, y así se ha dirigido la demanda contra la persona que aparecía únicamente legitimada para serlo pasivamente, tal como declaró la Resolución de 28 de marzo de 1969, ya que los sucesores de aquel que contrató con el marido demandan solamente a éste, y el embargo se ha realizado sobre la misma finca dada en censo y no sobre otros bienes que pudieran pertenecer a la sociedad conyugal, si la misma existiere, y ello hace innecesario entrar a examinar la cuestión de la vecindad del deudor, que presumiblemente ha de ser la catalana, en base a las circunstancias que concurren, y que de ser así impediría igualmente apreciar este defecto, dado el sistema de separación de bienes que regula las relaciones patrimoniales de los esposos.

La nota calificadora no revela la ignorancia inexcusable de elementales normas procesales por parte del Registrador, por lo que no parece deban ser impuestas las costas a dicho funcionario, ya que se ha limitado a señalar dentro de los límites que para la calificación de los documentos judiciales establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los defectos de que, a su juicio, adolecía el mandamiento.

Comentario.—Sin duda, los mandamientos ordenando anotaciones de embargo son los documentos judiciales más frecuentes en los Registros de la Propiedad. En ellos, los artículos 144 y 166, 1.ª, del Reglamento Hipotecario son los que más frecuentemente demuestran la insuficiencia del artículo 99 del mismo para solucionar los delicados problemas que plantea la calificación de los documentos judiciales. En el presente recurso juegan ambos preceptos reglamentarios en supuestos verdaderamente extremos.

A) *La regla 1.ª del artículo 166 del Reglamento.*—La Resolución, después de centrar el caso en el primer considerando, dedica los cuatro siguientes al primer defecto puesto por el Registrador: no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 166. En el considerando segundo afirma que la cancelación a que se refiere la nota no acredita el fallecimiento del deudor y se hace cargo de las grandes dificultades que representan para el acreedor las averiguaciones sobre su fallecimiento y sus herederos; en el tercero considera aplicable el 166, 1.ª, si se estimase acreditado dicho fallecimiento, y en el cuarto recurre al socorrido argumento de la mayor benevolencia de los artículos 72, 73 y 75 de la Ley en materia de circunstancias de las anotaciones preventivas, con todo lo cual va preparando el camino para el considerando quinto, en el que se centra toda la doctrina de la Resolución: el artículo 166, 1.ª, no debe interpretarse en el sentido de impedir en absoluto la anotación cuando en el mandamiento no consten las circunstancias que determina, porque ello haría imposible la garantía de la anotación si el acreedor desconoce la fecha del fallecimiento del deudor o las circunstancias personales de los herederos.

La primera impresión que estos considerandos producen es terrible. La regla reglamentaria queda prácticamente en letra muerta. Si acudimos a la nota y al informe del Registrador para encontrar argumentos contra tan peligrosa doctrina es muy poco lo que encontramos, porque, temeroso de discutir el fondo de la sentencia, apoya la suspensión del documento en dos obstáculos que surgen del Registro y, desgraciadamente, estos dos obstáculos son en sí mismos contradictorios, porque si

el señor Corbí hubicra fallecido, su domicilio registral había muerto con él (3).

Lo único acertado, y es lo fundamental, está en la frase inicial de la nota: el mandamiento no cumple lo prevenido en el artículo 166. La norma más inmediata para saber si hay el engarce, que el principio de tracto exige, entre titular registral y deudor demandado y embargado es el repetido precepto. A éste debía atenerse el Registrador y no será culpa suya si el Reglamento no ha previsto suficientemente la rica problemática de la legitimación pasiva procesal en los supuestos hereditarios.

La Dirección viene a dar por correctamente formulada la demanda contra el señor Corbí, titular registral y *ad cautelam*, por si el mismo hubiera fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente. En su consecuencia, también será correcta la sentencia dictada contra tan impreciso demandado y el embargo trabado contra él. Posiblemente todo esto sea procesalmente correcto, y si no lo fuese no sería el Registrador a quien le correspondería acusar la incorrección; pero el artículo 166 no ha pensado en un procedimiento seguido con tal imprecisión de demandado-deudor. El Reglamento prevé cuatro situaciones: procedimiento seguido contra el titular registral por responsabilidades del mismo, supuesto que no regula por ser el de tracto normal (4); procedimiento seguido contra herederos indeterminados del deudor-titular registral por responsabilidades de éste (fecha de su fallecimiento); procedimiento seguido contra herederos ciertos y determinados del deudor-titular registral, también por obligaciones de éste (fecha de su fallecimiento más circunstancias personales de aquéllos), y procedimiento seguido contra heredero (o herederos) del titular registral por deudas propias de aquél (o aquéllos). En el último supuesto, las circunstancias de la anotación, y naturalmente las del mandamiento, aumentan considerablemente (testamento o declaración de heredero y certificados de defunción y últimas voluntades del causante). Ello se explica porque en este caso, aunque embargado, en el asiento de anotación tiene que haber una constancia registral de la sucesión hereditaria y de su título legal que justifique el embargar una finca por deudas de quien no es su titular registral, por no haber inscripción del título sucesorio.

El Registrador tenía razón, porque para dar cumplimiento al Reglamento Hipotecario el mandamiento tiene que ser claro al menos en este punto clave: en cuál de las cuatro situaciones ha de encuadrarse el procedimiento seguido. El problema está en si existe una quinta situación, que sería la del caso contemplado, y debería asimilarse totalmente al supuesto primero o normal sin ninguna constancia referente al fallecimiento del causante, ni a las personas de sus herederos, ni al título sucesorio.

Creemos que la Dirección no ha querido hacer tabla rasa del artículo 166, 1.ª, sino más bien apreciar una laguna reglamentaria para el supuesto del caso. Efectivamente, negar no sólo la garantía de la anotación, sino la total protección de los Tribunales a un acreedor que no con-

(3) A mi juicio, el Registrador debió limitarse a suspender la anotación por no aclarar el mandamiento contra quien se había dirigido el procedimiento y por deudas de quien, al efecto de dar cumplimiento a las normas del artículo 166 del Reglamento en sus respectivos casos. Temiendo entrar así en una cuestión de legitimación pasiva, de excluyente competencia del Juez, se aventuró en la nota a deducir del Registro el fallecimiento del titular registral y en el informe añade el otro obstáculo proveniente del Registro, contradictorio con el primero la constancia del domicilio del demandado.

(4) El Juez, con gran realismo, afirma que se estaba en este caso, por lo que no es aplicable el 166, sino el 165, referente a las anotaciones preventivas en general sin especialidades ni modalidades de tracto sucesivo. Y alega la Resolución de 18 de diciembre de 1942 (Véase). En ésta el procedimiento se siguió contra la viuda deudora solidaria del marido y además contra las personas desconocidas interesadas en su herencia, constaba la fecha de su fallecimiento.

sigue información cierta sobre la vida o muerte de su deudor o sobre las personas de los herederos del mismo, y entender mal seguido un procedimiento como el de nuestro caso, parece completamente absurdo. Pero también resulta extraña una demanda entablada con esa indeterminación *mortis causa* del demandado, si esta indeterminación ha de propagarse necesariamente a la acción en sentido material, a la obligación, a la deuda y, por tanto, a la responsabilidad. En nuestro caso, si el señor Corbí había muerto, ¿quién pagó o dejó de pagar las pensiones correspondientes a las anualidades en que resultaba incierta la vida del mismo? Sin necesidad de entrar en los problemas sobre la acción personal o real para el cobro de pensiones atrasadas de los censos, vemos claro que, mientras vive, el señor Corbí es deudor, y a partir de su muerte serán deudores sus herederos de unas anualidades (las posteriores al fallecimiento) por deuda propia (apartado 2.º de la regla 1.ª del 166) y de otras (las anteriores) como continuadores de la personalidad jurídica de su causante (apartado 1.º de la misma regla) (5). Por ello, no siempre una demanda entablada en tales términos será posible (baste pensar en las relaciones jurídicas materiales intransmisibles *mortis causa* o en las que la muerte influya en alguna forma) y no siempre el juez podrá eximirse de precisar, si el embargo se traba por responsabilidades del titular registral o de sus herederos. Por todo ello, el artículo 166 es correcto y hace bien en separar tajantemente en dos apartados los procedimientos seguidos contra los herederos por responsabilidades del deudor-titular registral de los procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral por deudas propias de aquéllos. Y, por lo mismo, todo mandamiento ha de ser claro sobre esta cuestión, porque esa separación, aunque esté en un precepto reglamentario, es norma fundamental en materia de legitimación pasiva procesal en cuanto tiende a conseguir el paralelismo y la coincidencia formal de la sucesión en el activo (bien embargado) y en el pasivo (deuda origen de la traba) para evitar la divergencia entre ambos aspectos de la sucesión y que un bien de la herencia resulte embargado por deudas del heredero sin razón suficiente o en perjuicio de alguien.

El tracto sucesivo prohíbe que en un procedimiento que debe seguirse contra B, por ser quien debe, se ordene anotación sobre fincas que no están inscritas a su nombre, sino a nombre de A. El poder practicarse la anotación antes de que B inscriba su título de manifestación o partición de la herencia de A es una tolerancia excepcional del artículo 166, 1.ª, apartado 2.º, que sigue la línea de tolerancia del caso tercero del apartado 5.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia que permite salvar el tracto sucesivo en el interior de los procedimientos judiciales y que, en definitiva, implica la anotación sobre el derecho hereditario sin previa inscripción, ni siquiera anotación, del derecho hereditario mismo.

Entonces, el Considerando quinto se ha excedido, al permitir que se prescinda de todas las circunstancias de la regla 1.ª del artículo 166, simplemente porque el acreedor las desconozca. En general, estas circunstancias son imprescindibles y el mandamiento tiene que precisar suficientemente a cuál de los cuatro casos o situaciones responde el procedimiento en el que el embargo se dicta, porque dicho precepto es una norma básica en materia de legitimación pasiva procesal y de engarce de demandado con la relación jurídica material juzgada. Esas cuatro situaciones son las únicas posibles del tracto sucesivo en materia de embargos, y tan pronto como el mandamiento contenga el más leve indicio de la muerte del titular registral debe ser explícito respecto a cuál debe ser el contenido del asiento a la vista del artículo reglamentario.

(5) El artículo 303 de la Compilación catalana dice que el dueño directo tiene derecho a percibir la pensión, en defecto de pacto o costumbre, en el domicilio del deudor. Resulta, pues, extraña la ignorancia de éste por el dueño directo.

Sin embargo, la justicia intrínseca de la Resolución es innegable y su fallo acertado. Trataremos de explicar esta paradoja. Contemplando el problema en su conjunto, observamos que toda la cuestión se deriva de una escritura de censo otorgada en Tarrasa el 13 de septiembre de 1930. El censo a nuda percepción del derecho catalán, como todas las figuras censales, es una carga real y, como tal, un derecho de realización de valor. Igual que los Reallasten del B. G. B., es un gravamen sobre una finca por virtud del cual devenga ésta prestaciones reiteradas a favor del titular (censualista, dueño directo). Las prestaciones reiteradas (las pensiones) se han de pagar sobre el inmueble. La expresión *pagar sobre la finca* («aus dem Grundstück») la encontramos en el B. G. B., tanto en la definición de los Reallasten como en la de la hipoteca, aunque sólo resulte explicada al tratar de ésta (6).

Expresión similar es la de nuestro artículo 104: «La hipoteca sujeta directamente e inmediatamente la cosa...» Y el artículo 304 de la Compilación catalana dice que *la finca responderá* del pago de las pensiones vencidas y no satisfechas durante los últimos treinta años. Es la finca, y no su propietario, la que responde; se trata de una responsabilidad real, de un Haftung de cosa, que dirán los germanos.

No hace falta profundizar más en la naturaleza jurídica de los derechos de realización de valor, ni en agotar las similitudes entre los censos y las hipotecas en este aspecto de la ejecución directa sobre la cosa, para hacerse pago el acreedor, para comprender que por aquí está la explicación de que en el supuesto de la resolución comentada resulte razonable saltarse el artículo 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Es verdad que para el cobro de las pensiones de un censo no está establecido el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por no haberse sentido tan acuciantemente la necesidad del mismo, pero no porque no responda a la esencia de carga real del censo (7) un procedimiento de ejecución sumaria sobre la finca en el que el deudor (o el propietario de la finca durante la anualidad reclamada) pase al segundo plano que tienen en la ejecución hipotecaria.

Por todo esto, el Considerando, aunque sin desarrollarla claramente, ha seguido la siguiente línea de argumentación: Los titulares del dominio directo ejercitaron una acción real basada en la escritura de constitución del censo, sobre la misma finca censida, para el cobro de las pensiones, contra el dueño útil y sus herederos; el procedimiento verbal y la ejecución de su sentencia venían a constituir «casi» un puro proceso de ejecución real dirigido, en primer término, sobre la finca censida, por lo que la persona del demandado pasaba a ese segundo plano que tiene en los procedimientos sumarios de ejecución hipotecaria hasta el punto de que, en cierto modo, resultaba indiferente la muerte del censatario, la fecha de ésta en su caso y la determinación de los herederos, así como la determinación de las anualidades de la pensión correspondientes a uno y a otros en caso de fallecimiento de aquél; siempre que todos resultasen legalmente citados, a efectos de su posible oposición a la ejecución y siempre a salvo, como el Considerando dice, los recursos que las leyes establecen para los procedimientos seguidos en rebeldía.

Sólo en casos como éste, en que tan importante papel desempeña la naturaleza de puro proceso de ejecución real dirigido sobre la finca ob-

(6) El párrafo 1.147 explica que la satisfacción del acreedor sobre la finca (aus dem Grundstück) se verifica por vía de ejecución forzosa.

(7) El caso es similar en el Derecho alemán y así leemos en WOLF-ENNECCERUS (*Derecho de cosas*, Barcelona, 1933, II, pág. 158) El acreedor de la carga real puede conseguir la prestación singular (anualidad) mediante la ejecución forzosa de la finca. Para ello requiere un título ejecutivo contra el propietario, pero sin que éste sea demandado como deudor. Es lástima que no sea posible, a diferencia de la hipoteca, crear un título ejecutivo (conforme al 794, 5.º, de la Ley Procesal), de manera que quede sujeto a la ejecución forzosa el propietario sucesivo.

jeto del censo y sobre la cual recae la responsabilidad real por las pensiones, puede estar justificado que se prescinda de especificar si el procedimiento se ha seguido contra el causante o los herederos y si por deudas de unos u otros.

B) *Embargos sobre fincas gananciales*.—El Registrador se muestra poco categórico en cuanto al segundo defecto se refiere: no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 144 del Reglamento. Las palabras «en su caso» de la nota y la duda sobre el momento a que se está refiriendo en el informe, cuando exige que previamente se hubiese acreditado la vecindad catalana (8), demuestran las vacilaciones del funcionario calificador, que no llega, al parecer, a afirmar que el dominio útil que se pretende embargar esté inscrito en el Registro con carácter ganancial, afirmación de la cual debía partir antes de acusar el defecto y sin perjuicio de admitir, como medio de subsanación, algún procedimiento para alterar los datos registrales que le llevaban a deducir el carácter ganancial.

El juez del procedimiento afirma que «no consta en autos dato alguno que indique que la finca es ganancial, pudiendo, por el contrario, presumirse que no lo es». Parece deducir la presunción de vecindad foral del demandado-titular registral y consiguiente régimen de separación de bienes en su matrimonio solamente del *status loci* de la relación debatida. El Registrador parece pretender una absoluta presunción de ganancialidad de las fincas en todo el territorio nacional que, sin duda, es excesiva.

La Dirección considera innecesario entrar en la cuestión de la vecindad del deudor embargado en razón a otro argumento que en seguida veremos; pero, de todas maneras, presume que ha de ser la catalana en base a las circunstancias que concurren. Hubiésemos preferido que entrase en esta cuestión no sólo por ser la fundamental y por lo necesitados que estamos de una doctrina abundante sobre problemas de la vecindad foral y común en relación con el Registro, sino porque el otro argumento que encabeza el Considerando sexto v que exime de entrar en la cuestión del régimen matrimonial del señor Corbí y su esposa, tal como en el mismo Considerando se expone, resulta más endeble de lo que parece.

En efecto, si el dominio útil embargado fuese ganancial y la deuda declarada por la sentencia, a cargo de la sociedad de gananciales por tener el matrimonio Corbí vecindad de derecho común, la aplicación del artículo 144 era indudable e imprescindible que la demanda y embargo estuvieran dirigidos contra ambos esposos. El precepto reglamentario no ha muerto todavía, incluso se van suavizando las indignaciones y dificultades que en sus primeros tiempos originó; es verdad que en algunos casos (ciertos embargos en causa criminal) es de aplicación casi imposible, que en muchos es perturbador, que implica una distonía con las normas generales tradicionales de la legitimación pasiva procesal de la sociedad de gananciales y de la representación legal procesal de la mujer por el marido; pero su derogación por vía jurisprudencial presenta inconvenientes graves (9).

La Dirección General trae a colación su Resolución de 28 de marzo de 1969 y extiende ahora a la anotación de embargo la doctrina sentada por aquélla para la anotación de demanda. No puede negarse que esta doctrina se engarza con la del Tribunal Supremo sobre la naturaleza del

(8) No se sabe si al Juez al interponer la demanda o al Registrador en unión del mandamiento. Lo que sí parece es que la vecindad resultante del asiento registral no la considera decisiva.

(9) Aunque no soy sospechoso de considerar el derecho contenido en los textos positivos como fuente primaria del derecho, y acaso por no serlo debo advertir lo perturbador que resulta el que una norma de aplicación diaria sea totalmente derogada por vía jurisprudencial. La inseguridad e incertidumbre que el considerando sexto puede causar salta a la vista.

consentimiento de la mujer establecido por la reforma del artículo 1.413 del Código civil y, hasta cierto punto, es la más congruente con ella.

No es esta ocasión para entrar a fondo con el grave problema planteado por la reforma del Código. La literatura jurídica sobre el tema es ya muy abundante. Sería difícil decir nada nuevo sobre el mismo. La Resolución citada fue comentada por AMORÓS en esta Revista (10), y su comentario, tan severo como documentado, es de imprescindible lectura para entrar sin peligro por ese triángulo de fuego que en torno al acto dispositivo de inmuebles gananciales tienen formado el artículo 1.413 del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Reglamento Hipotecario.

Creemos que no está dicha la última palabra sobre la naturaleza del consentimiento *uxoris* establecido por el artículo 1.413 reformado. La doctrina jurisprudencial, que tiende a ver en él no una codisposición, sino un mero asentimiento, paralelo a la licencia marital, cuya falta origina mera anulabilidad por la mujer y sus herederos, puede ser definitiva, pensando en la facilidad del tráfico y estimando que es suficientemente protectora de los derechos e intereses de la mujer; pero también es posible que sea una doctrina de intención meramente transitoria, para hacer menos brusca la modificación del Código hasta que la realidad social asimile la regla de codisposición que probablemente el Código quiso introducir. Puede ocurrir también que la tensión se haga tan fuerte, que la misma sociedad de gananciales salte en pedazos al ponerse al descubierto sus íntimos fallos o que una solución intermedia venga por la separación entre disposiciones voluntarias y disposiciones forzosas.

Lo que no ofrece duda es que la situación actual es insostenible. El tráfico inmobiliario no necesita tanto ser fácil como ser seguro. En realidad nunca es fácil siendo inseguro. La contratación inmobiliaria con los casados no puede transformarse en un juego de azar. El Registro de la Propiedad, que asimiló mal la inscripción de los actos de la mujer sin la necesaria licencia marital (11), peor asimilaría las disposiciones de gananciales a falta del asentimiento *uxoris*.

Pero incluso limitándonos al terreno de las disposiciones forzosas resultantes de procedimientos judiciales, tampoco es muy seguro que el Tribunal Supremo haya vuelto pura y simplemente al régimen anterior a 1958, y considere letra muerta el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Las generalizaciones que el Considerando hace sobre la legitimación pasiva procesal del marido son probablemente excesivas.

No hay que perder de vista la rara coincidencia de que tanto la Resolución de 28 de marzo de 1969 como las tres Sentencias del Tribunal Supremo de 1964, en que se apoya, se refieren a casos en que se pretende el cumplimiento de contratos privados y su elevación a escritura pública. El Tribunal Supremo quiere cortar de raíz la posibilidad de toda alegación dolosa de la falta de consentimiento de la mujer para dejar sin efecto lo pactado si conviene; y una vez más opta por acertar en lo principal (justicia intrínseca de los fallos), aunque tenga que sacrificar lo secundario (la rigurosidad de la lógica jurídica que tan esforzadamente separa lo obligatorio de lo dispositivo) (12). Pero de esos tres fallos es exage-

(10) Número 475 de noviembre-diciembre de 1969, pág. 1669

(11) Nuestra doctrina hipotecaria se ha preocupado relativamente poco de la trascendencia registral de cada una de las figuras de la ineficacia del negocio jurídico, pero intuitivamente viene considerándose que el inscribir lo anulable es tan malo como inscribir lo nulo. El artículo 94 es una excepción que solamente tiene vida porque Notarios y Registradores han puesto su empeño en que apenas tenga uso. Si se prodigase, se comprendería pronto que la excepción debía desaparecer, salvo que se alterase totalmente el principio de legalidad.

(12) Dejamos al lector meditar por su cuenta sobre el origen remoto de la posibilidad de uso doloso de la falta de consentimiento de la mujer. Si la Jurisprudencia no hubiese truncado la neta separación que el Código civil hizo entre el contrato obligatorio y el negocio de disposición de inmuebles en los artículos 1.278, 1.279 y 1.280, hoy nadie tendría duda alguna sobre

rado deducir que el Tribunal Supremo ha dejado totalmente sin efecto la reforma de 1958 en cuanto haya una demanda judicial contra el marido. Los Tribunales, por fortuna, no han olvidado el Derecho romano y cómo la *in jure cessio* pasó a medio ordinario de transmisión de propiedad; y no es de esperar que se presten a convertirse en Notarios de transmisiones inmobiliarias con las que se pretenda perjudicar a las esposas. Lo que ocurre es que el problema es muy complejo, incluye cuestiones muy delicadas en el orden civil y procesal y solamente a través de meticulosos planteamientos parciales cabe darle una solución definitiva (13). Es verdad que, por paradójica consecuencia, de una norma pensada para proteger de las dilapidaciones de gananciales por «malvados» maridos, resulta el arca sagrada de los parafernales responsable de los negocios de los buenos y de los malos maridos (los acreedores por miedo al 144 buscan de antemano la firma de la esposa); pero un completo paso atrás nos colocaría ahora en situación mucho peor que en 1957.

Por todo lo anteriormente expuesto, queremos entender el sexto Considerando en un sentido que, hasta cierto punto, resulta de su texto literal. Mi interpretación es la siguiente: Aunque se hace incidental referencia a la Resolución de 1969, no se ha querido ni reforzar su doctrina, al repetirla, ni menos extender al embargo lo dicho en ella para la demanda, sino considerar el artículo 144 no aplicable en un supuesto especialísimo en razón a las mismas consideraciones que hicimos al tratar de la plena aplicación del artículo 166, 1.º.

Cuando el Considerando habla del juicio seguido en reclamación de las pensiones no satisfechas de un censo nos está dando la verdadera clave de la excepcionalidad del supuesto. Es también aquí la naturaleza del procedimiento seguido, que viene a constituir casi un puro proceso de ejecución real sobre la finca censida, lo que hace hasta cierto punto indiferente la naturaleza privativa o ganancial de la finca. El censo como carga real estaba gravando la finca desde la inscripción de la escritura de constitución; la esposa, aunque fuera ganancial, nada podía oponer a la ejecución aparte de darle oportunidades para el pago, y éste debía realizarse en todo caso por el marido, como administrador de la sociedad de gananciales. Por lo mismo que el fallecimiento o herederos del señor Corbí eran circunstancias que pasaban a un segundo plano, la actitud de la esposa pierde la importancia que, en general, tiene, y sólo por esto mismo el Registrador debe dar por buena, excepcionalmente, la relación procesal en los términos que respecto a la legitimación pasiva estimase suficientes el Juez y aunque no existiese una expresa constancia de la intervención de la esposa en el procedimiento.

De esta manera, la Resolución comentada viene a representar una excepcional tolerancia que, dejando en plena vigencia los artículos 144 y 166, 1.º, del Reglamento Hipotecario, permite la garantía de la anotación preventiva de embargo y la posterior ejecución de la finca en determinados procedimientos judiciales, a pesar de existir incertidumbres sobre las personas contra las que el procedimiento va dirigido o sobre su paradero, siempre que la indeterminación no sea decisiva para la Sentencia o providencia de embargo a juicio del juzgador y siempre a salvo las específicas garantías que la ley establece para los demandados en rebelde o sin emplazamiento en su persona.

la diferencia y la gran distancia que media entre el documento privado (firmado sólo por el marido) y la transmisión de la propiedad del bien ganancial (que se opera por la tradición escrituraria ante Notario)

(13) Por ello es prematuro intentar la modificación o derogación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

C) *La calificación de los documentos judiciales.*—Estando tan cerca el Registrador de tener razón, no resulta muy explicable la condena en costas en el Auto del Presidente de la Audiencia. El Registrador debía acudir ante todo a los artículos 166 y 144 del Reglamento Hipotecario, y creemos que también el Juez, al expedir el mandamiento. Si el Reglamento contiene una laguna en el 166 o resulta desbordado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, su artículo 144 podrá haber culpa del Legislador, pero nunca del Registrador. Posiblemente su nota, y aun su informe, no fuesen muy afortunados, pero sus reparos estaban claros: si el mandamiento, después de sembrar dudas sobre la existencia del titular registral, no especificaba contra quién estaba dirigido el procedimiento y por deudas de quién, se rozaba la normativa del Reglamento; y si el Registro era indicio de una comunidad de bienes de derecho común o de derecho foral excluyente del régimen de separación, aun siendo meros indicios, no era ningún disparate colocarse en la presunción necesaria para garantizar posibles derechos de la esposa de la que nada se hablaba, de acuerdo con el artículo 144.

La condena en costas debemos relacionarla con el último argumento del recurrente basado en la imposibilidad de suspender la inscripción o anotación de los documentos judiciales, por defecto subsanable, dada la inalterabilidad de las sentencias firmes y de la forma en que se ha desarrollado el procedimiento. El tema de la calificación de los documentos judiciales es un semillero de arduas y delicadas cuestiones y sería imposible abordarlo aquí con profundidad. Nos limitaremos a unas consideraciones meramente periféricas.

En mi opinión nada tiene que ver el valor de cosa juzgada de la Sentencia con los olvidos, errores o imprecisiones de un mandamiento dado en base a una providencia dictada en actuaciones de ejecución de aquélla. La adición, rectificación o aclaración de un mandamiento judicial, necesarias para ajustarse a preceptos registrales, habiendo datos suficientes en los autos para ello, no rozan lo más mínimo ni la santidad de la cosa juzgada ni el principio procesal de preclusión.

No nos ofrece duda esto en vista del texto y colocación de los artículos 288 y 289 de la Ley de Enjuiciamiento. Los mandamientos a Registradores y Notarios (288) igual que los oficios y exposiciones a las autoridades y funcionarios de otro orden (289), por mucha trascendencia que puedan tener para el proceso, no son resoluciones judiciales (ver títulos VIII y IX del Libro Primero de la Ley), y no creo que ningún precepto legal prohíba el mandamiento complementario que no roce ni altere la Resolución base del complementado. Otra cosa es llevar el formalismo procesal a extremos improcedentes (14).

Esta posibilidad debe, no obstante, ser manejada muy cautamente por los Registradores. Aplicando el aforismo romano *de minibus non curat praetor*, deben actuar con parsimonia antes de acusar faltas mínimas que no dañen ni a la publicidad registral ni a sus principios básicos, para nunca hacerse sospechosos de poner trabas a la Administración de justicia al manejar con excesivo celo los preceptos reglamentarios.

Acaso el recurso que nos ocupa se hubiera podido evitar si el Registrador hubiese pedido y considerado suficiente un mandamiento complementario, en el que se hubiese aclarado que el procedimiento se había seguido legalmente contra el señor Corbí por responsabilidades del mismo y la Sentencia había condenado a éste al pago por no resultar de los

(14) La Resolución de 20 de marzo de 1968 pasa por el hecho consumado de una Providencia por la que se complementa o adiciona un Auto de adjudicación.

autos el fallecimiento, a pesar de ir dirigida la demanda y la sentencia, además y *ad cautelam*, contra sus ignorados herederos o herencia yacente; y en el que a la par se hubiese dado por suficientemente justificado el régimen de separación o suficientemente citada la esposa para el caso de tener carácter ganancial la finca. Esto no hubiese sido una ramplona componenda, sino una razonable solución a uno de tantos problemas como constantemente plantea la insuficiente normativa que contiene el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

T. C. G.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

7. DONACION DE BIENES MUNICIPALES.—No ES APLICABLE LA LIMITACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 96, 1, E), DEL REGLAMENTO DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES A LA DONACIÓN HECHA POR UN AYUNTAMIENTO EN FAVOR DEL PATRIMONIO NACIONAL DEL ESTADO DE UN INMUEBLE QUE EL PRIMERO ADQUIRIÓ POR COMPRA, CUANDO EL PRECIO PAGADO POR ÉSTA FUE SATISFECHO CON UNA SUBVENCIÓN CONCEDIDA AL AYUNTAMIENTO POR EL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN.

Resolución de 14 de julio de 1971 («B. O. del E. del 3 de agosto)

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura autorizada, el 21 de marzo de 1964, por el Notario don Eduardo García-Duarte Fantoni, el Alcalde de Zamora, debidamente autorizado por el Ministerio de la Gobernación y representando a este Departamento y a la Corporación Municipal, adquirió para ambas Entidades de doña Asunción Velasco Arias, en el precio de 1.300.000 pesetas, con que el citado Ministerio había subvencionado la compra, un inmueble, cuyo solar se destinaría parte a vía pública y el resto a la construcción de un cuartel y vivienda para la Policía Armada. Mediante otra escritura, autorizada el 2 de marzo de 1965, se rectificó la cabida anterior de la finca, según medición del terreno al derribar la construcción; y debidamente autorizado el Alcalde por el Ministerio de la Gobernación, se modificó la titulación haciendo constar que la adquisición era exclusivamente para el Ayuntamiento, el cual ya había destinado parte de la finca a vía pública, quedando como resto del solar una extensión superficial de 396,69 metros cuadrados. Al pie de esta última escritura se puso la siguiente nota: «Teniendo en cuenta escritura de compraventa otorgada el 21 de marzo de 1964 ante el Notario de Zamora don Eduardo García-Duarte Fantoni, ha sido inscrito el documento que antecede, en cuanto a la compraventa, en el tomo 1.318, libro 188, folio 144, finca 13.374, inscripción tercera, y con relación a la determinación de resto, en los mismos tomo, libro, folio 199, finca 13.374, inscripción cuarta. Ha sido inscrito un exceso de cabida, consistente en 200 metros cuadrados, con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298, caso quinto, letra b), de su Reglamento, quedando archivada en este Registro certificación de la Administración de Propiedades de esta Ciudad.»

Y mediante escritura otorgada el 8 de noviembre de 1967 ante el Notario de Madrid don Antonio Moxó Ruano, el Alcalde de Zamora, debidamente autorizado por la Corporación Municipal, donó al Estado, representado por el Subdirector del Patrimonio, la finca antes expresada, la cual sería destinada a la construcción de una casa-cuartel para la Policía Armada, a cuyo efecto había sido previamente aceptada esta cesión gratuita por Decreto de 20 de diciembre de 1966.

Presentado en el Registro este último documento, fue calificado con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento porque el solar a que el mismo se refiere ha sido adquirido por el Ayuntamiento donante a título oneroso, sin haber transcurrido desde la fecha de la adquisición los treinta años requeridos por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, cuyo defecto es insubsanable.»

El Abogado del Estado de Zamora, en representación del Patrimonio del Estado, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otros argumentos, que teniendo en cuenta preceptos básicos del Código civil sobre contratación, la adquisición por el Ayuntamiento del inmueble cuestionado fue gratuita para la Corporación Municipal, puesto que el precio se pagó íntegramente con una subvención otorgada por el Ministerio de la Gobernación, y lo que pretende el artículo 96, e), del Reglamento de Bienes Municipales es evitar que los Ayuntamientos cedan gratuitamente bienes de propios cuya adquisición se hubiera verificado con cargo a fondos municipales, o sea, a título oneroso para el Municipio, lo que aquí no ocurría porque el inmueble referido se adquirió con fondos proporcionados por el Ministerio de la Gobernación, sin gravamen alguno para el Municipio y con una finalidad determinada de antemano.

El Registrador calificador, aparte otras interesantes puntualizaciones que no vamos a recoger aquí, informó que al exigir el artículo 96 del Reglamento de Bienes Municipales que se cumplan «en todo caso» los requisitos que establece el apartado primero, indica que éstos no son dispensables ni dependen de la autorización superior; que al permitir el número 2 del mismo artículo la cesión gratuita de solares al Instituto Nacional de la Vivienda para los fines que especifica, deja bien claro que el requisito exigido en la calificación es necesario y se precisa en todos los demás casos; que en los propios acuerdos de la Corporación Municipal y autorización del Ministerio de la Gobernación recogidos en la escritura calificada, se hace referencia a la necesidad de cumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 95 y 96 del Reglamento de Bienes Municipales y referentes a la tramitación del obligado expediente, por lo que no tiene sentido que el recurrente considere inoperante la exigencia del transcurso de treinta años en la cesión gratuita de bienes adquiridos onerosamente por las Corporaciones Locales, sin que afecte a tal exigencia el hecho de que el precio se pagase con una subvención procedente del Ministerio de la Gobernación, la cual pasó a formar parte del patrimonio municipal, y sin que pueda entenderse que dicha subvención estaba condicionada a que sobre el solar que quedase al derribar el inmueble adquirido se edificase una casa-cuartel para la Policía Armada, estipulación que en todo caso podría considerarse como una obligación modal, pero nunca como un gravamen real.

El Notario autorizante de la escritura calificada informó que la compra por el Ayuntamiento y la donación por el mismo del solar al Ministerio de la Gobernación constituye, en realidad, una sola operación económica integrada por dos negocios jurídicos conexos, que podrían haberse simplificado mediante la compra directa por el Departamento interesado, de modo que los preceptos reglamentarios alegados deben interpretarse con un criterio amplio para que pueda conseguirse la finalidad pretendida; que es incuestionable que el Ayuntamiento de Zamora no sufre perjuicio alguno por su donación al Ministerio de la Gobernación, ya que no emplea fondos propios, sino procedentes de la subvención otorgada por aquel Ministerio; que, por el contrario, el Ayuntamiento se beneficia al adquirir con caudales ajenos una parcela destinada a vía pública, con embellecimiento de la ciudad, al quedar independiente el edificio del

Gobierno Civil y construirse, además, otro edificio para la Policía Armada.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. El Abogado del Estado recurrió en apelación. Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador, fundando su decisión en las siguientes razones:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible la donación hecha por el Ayuntamiento de Zamora al Patrimonio Nacional del Estado de un inmueble, que el primero adquirió por compra a doña Asunción Velasco, cuando no han transcurrido los treinta años de plazo que señala el artículo 96 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 y habiéndose satisfecho el precio de aquella compra con una subvención concedida al Ayuntamiento por el Ministerio de la Gobernación.

Que son antecedentes a tener en cuenta los siguientes: a) en 21 de marzo de 1964, doña María de la Asunción Velasco Arias-Gago, tras proceder a la división material de una finca de su propiedad, vende una de las porciones resultantes al Ministerio de la Gobernación y la otra al Ayuntamiento de Zamora; b) en 2 de marzo de 1965 se rectifica la escritura anterior por haber rehusado el Ministerio de la Gobernación la compra anterior hecha a su favor y en su lugar adquiere aquel inmueble el mismo Ayuntamiento como bien de propios; c) el precio de adquisición de ambos inmuebles se satisfizo por el comprador con una subvención concedida por el Ministerio citado, y d) en 8 de noviembre de 1967 el Ayuntamiento, previa la correspondiente autorización del Ministerio de la Gobernación, donó la finca a que hace referencia el apartado b) al Patrimonio Nacional del Estado, siendo autorizada la aceptación de la donación por Decreto de 20 de diciembre de 1966.

Que el texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, establece en el artículo 189 que los bienes inmuebles de propios de los Municipios no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización o, en su caso, conocimiento del Ministerio de la Gobernación, y tampoco podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o a Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal y previa autorización del mismo Ministerio, precepto que es una reproducción literal del contenido en la base XIX de la Ley de 17 de julio de 1945, así como en el artículo de igual número del texto articulado de la anterior, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950, y que aparece desarrollado en los artículos 94 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955.

Que para las cesiones gratuitas, el artículo 96 del mencionado Reglamento exige, además del acuerdo favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de que se componga la Corporación, la instrucción de un expediente, en el que, entre otros requisitos, se justifique por certificación registral que los bienes fueron adquiridos a título gratuito o que, de haberlo sido a título oneroso, han transcurrido treinta años desde la fecha de adquisición, precepto reglamentario que no puede considerarse derogado por el artículo 189 de la Ley, pues aun siendo ésta de fecha posterior en algo más de un mes al Reglamento, no hay que olvidar que se trataba de la articulación y refundición de unos textos anteriores, cuyo contenido literal en este punto concreto aparece totalmente respetado.

Que, a mayor abundamiento, esta limitación impuesta a los Municipios motivó la circular de la Dirección General de Administración Local de 29 de julio de 1965, en la que se advertía la vigencia del precepto señalado

y la necesidad de que se llamase la atención a los servicios dependientes de este Centro para que se procediese a su cumplimiento.

Que los preceptos reguladores de la enajenación de bienes de las Entidades Locales están dictados principalmente para defender y sanear su patrimonio, evitando aquellas enajenaciones que lo empobrezcan, y en el presente caso no parece que exista tal peligro de empobrecimiento, ya que el inmueble en cuestión fue adquirido por el Ayuntamiento, que ahora lo dona al Estado, abonando su precio mediante una subvención concedida por el Ministerio de la Gobernación y sin efectuar desembolso alguno, por lo que en su conjunto la operación adquisitiva no puede decirse que fue onerosa para el Ayuntamiento, aunque se instrumentase como una compraventa y, consiguientemente, dando preferencia a una interpretación finalista sobre la meramente literal no resulta aplicable la limitación que contiene el artículo 96, 1, e), del Reglamento de Bienes ya citado.

C) *Comentario*.—1. Lo primero que sorprende en la presente Resolución es la complejidad de circunstancias de hecho que rodean el acto adquisitivo previo por parte del Ayuntamiento de la finca que luego iba a donar. Inicialmente se había configurado como una compra a favor del Ayuntamiento y del Ministerio de la Gobernación—de las dos parcelas en que se había dividido la finca originaria—por precio de 1.300.000 pesetas, satisfecho íntegramente con la subvención que dicho Ministerio había concedido al Ayuntamiento, para destinar aquellas parcelas a determinadas finalidades públicas. No resulta claro si el Ministerio había concedido la subvención al Ayuntamiento para que éste realizara la compra de las dos parcelas, porque entonces, actuando el Ayuntamiento en representación del Ministerio para la adquisición de una de las parcelas, en cuanto a ella no podía el Departamento de Gobernación subvencionar su propia compra, que debería satisfacerse con fondos del mismo Ministerio, y la subvención sólo debería extenderse a la parte comprada por el Ayuntamiento para su Patrimonio Municipal.

Pero dejemos de lado esta imprecisión, que recae precisamente sobre uno de los extremos capitales de la cuestión discutida, y sigamos adelante. Ese primitivo contrato de compra—compra perfecta y no mero precontrato o fase inicial preparatoria de un contrato ulterior aún no perfeccionado—se modifica un año después en varios extremos, de los cuales el que más importa recordar aquí es el de que la adquisición se atribuye exclusivamente al Ayuntamiento, de modo que éste figura como único adquirente de la finca—o de las dos fincas resultantes de su división, extremo que tampoco se precisa—, y el Ministerio concedente de la subvención resulta excluido del acto adquisitivo. Sea cualquiera la calificación técnica que merezca la escritura de modificación otorgada el 2 de marzo de 1965—novación del primitivo contrato de compra, etc.—, lo cierto es que del conjunto de ambos negocios complementarios y de la complejidad de etapas que integran el proceso adquisitivo resulta que, al final, el Ayuntamiento de Zamora aparece como único comprador de la finca en cuestión, como bien municipal de propios, cuyo precio de compra se había satisfecho íntegramente con una subvención concedida por el Ministerio de la Gobernación.

2. El problema principal que se suscita en el presente caso es el de calificar adecuadamente la naturaleza jurídica de ese acto adquisitivo previo a favor del Ayuntamiento de la finca que luego es objeto de donación. Si se trataba de una adquisición gratuita para el Ayuntamiento, por haberse pagado con fondos del Ministerio, como alegaba el Abogado del Estado. O si, por el contrario, era más bien una compra onerosa corriente, por cuanto el importe de la subvención había pasado a formar parte del patrimonio municipal, como sostenía el Registrador. Todo ello a efectos

de decidir si es aplicable a la donación posterior la limitación contenida en el artículo 96, 1, e), del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, según la cual la cesión gratuita de bienes municipales de propios adquiridos por el Ayuntamiento a título oneroso no puede hacerse hasta que hayan transcurrido treinta años desde su adquisición.

La calificación como onerosa o gratuita de la causa del acto adquisitivo tiene importancia, no sólo a los limitados efectos de decidir el juego de la restricción contenida en el Reglamento de Bienes de Entidades Locales ya señalada, sino también y sobre todo para caracterizar adecuadamente la relación contractual así nacida y para matizar la respectiva eficacia de la publicidad registral respecto a la relación inscrita (artículos 32, 34 L. H., etc.).

Partimos de la distinción entre causa de la atribución patrimonial, causa de la obligación determinante de la atribución y causa del negocio que sirve de origen a las obligaciones contractuales (1). De los tres tipos de causas que pueden intervenir en cada contrato: causa genérica, causa específica y causa concreta (2), nos interesa dedicar nuestra atención especialmente al primero de ellos, al juego de la causa onerosa y gratuita, tal y como se contempla en la enumeración legal del artículo 1.274 C. c. Frente a la causa gratuita, de mera liberalidad (ánimo *donandi*), la causa onerosa supone una contraprestación para cada parte, un intercambio recíproco y equivalente de prestaciones. Y dentro de los contratos onerosos, el más típico quizá sea el de compraventa, con obligaciones recíprocas y finalidad de cambiar cosa por precio (art. 1.445).

En el caso objeto de discusión, el Ayuntamiento de Zamora compró a doña Asunción Velasco Arias un inmueble urbano—que por división material dio lugar a otros dos, eso no importa ahora—, por precio de 1.300.000 pesetas. El título adquisitivo aparece claramente tipificado como un contrato de compraventa. Así se formalizó expresamente en las dos escrituras otorgadas, así se calificó por el Notario autorizante de dichas escrituras y así se inscribió dicho título adquisitivo en el Registro de la Propiedad.

Inicialmente, al menos, nos encontramos frente a un típico contrato de compraventa, en que el Ayuntamiento comprador pagó por el inmueble un precio concreto. La cuestión se complica si observamos que dicho precio fue pagado con el importe de una subvención que—para tal finalidad, supongo—le había concedido el Ministerio de la Gobernación. Si el Ayuntamiento compró con dinero ajeno o que le había sido concedido por otro Organismo, ¿quiere ello decir que para el patrimonio municipal la adquisición había resultado gratuita, porque no le había supuesto ninguna contraprestación o sacrificio económico o, en todo caso, se trataba de una adquisición onerosa por título de compraventa? He ahí el problema discutido, que afecta a la propia naturaleza del contrato e impone un distinto régimen jurídico para la ulterior donación.

La cuestión se centra, pues, en el origen del dinero que sirvió de contraprestación en la adquisición del inmueble. La compra de un bien por una persona con el dinero que le ha sido concedido por otra, ¿supone o no una previa donación de ese dinero? El dinero procedente de la subvención, con que el Ayuntamiento compra, ¿se había incorporado previamente al patrimonio municipal? El tema se traslada así a la naturaleza de la subvención concedida por el Ministerio de la Gobernación, cuyos perfiles no resultan demasiado claros en la narración de los hechos.

No es éste el momento de intentar una teoría general de la subvención

(1) LUIS DÍEZ-PICAZO *El concepto de causa en el negocio jurídico*, "A D C.", XVI-1, págs. 26-32.

(2) FEDERICO DE CASTRO *El negocio jurídico. Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, volumen X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs. 188-189 y 199-200.

administrativa, por su extensión, la multiplicidad de supuestos en que esta figura aparece y la necesaria brevedad de este comentario. Las llamadas subvenciones a fondo perdido son auxilios económicos que se conceden para la realización de determinados fines, socialmente protegibles, y que no obligan a su devolución. Estamos fuera, pues, del esquema de la relación de préstamo. En este sentido, la técnica de la subvención se acerca más a una auténtica donación. La cantidad con que se subvenciona la obra o el servicio ingresan en el patrimonio de la persona que se compromete a su realización. Recordemos un ejemplo bien claro: las Viviendas Subvencionadas, subtipo dentro de las de Protección Oficial. La subvención no es—no suele ser, al menos—reintegrable. El concesionario es titular de esa suma, que ya no pertenece al Organismo concedente, y puede disponer de ella, pero con una esencial limitación: que ha de emplear su importe precisamente para la realización de la obra o servicio que se subvencionan y de acuerdo con las concretas condiciones de la propia concesión. Se subvenciona la realización de una determinada actividad, por su trascendencia política o social, y se vincula a ese concreto destino, socialmente digno de protección, la utilización de la ayuda económica (3). La subvención se acerca así a la figura de la concesión administrativa, por una parte, y a la actividad administrativa de fomento, por otra.

Pero si el dinero así concedido no es reintegrable y su atribución puede articularse como una auténtica donación para el beneficiado por ella, se tratará de una donación modal. Porque se hace la donación o se otorga la subvención en atención al cumplimiento de determinadas finalidades públicas. Se concede el dinero para la construcción de un concreto tipo de viviendas o la adquisición de un terreno que sirva de solar al cuartel de la Policía Armada. Si esa finalidad no se cumple de acuerdo con las condiciones fijadas, la cantidad concedida se pierde y revierte a la entidad concedente, aparte otras sanciones complementarias (4).

Parece ser que la subvención funciona como una donación modal. No cabe suponer que la promesa de un servicio hecho por el favorecido con aquélla sea contraprestación del dinero que recibe, en el sentido del artículo 1.274 ni, por tanto, que resulte onerosa la adquisición del dinero concedido en tal concepto. El organismo concedente no compra con la suma de la subvención la obra o el servicio subvencionados, porque ni éstos se realizan en favor de aquél, ni la subvención es el equivalente económico de su realización, sino una ayuda o colaboración a los mismos. Lo cierto es que adquirida la ayuda económica en esas condiciones, la cantidad de 1.300.000 pesetas, objeto de subvención y destinada a la compra del solar, pasó a formar parte del patrimonio municipal, y el Ayuntamiento compró para sí—o con la carga de tener que destinar el inmueble a viviendas y cuartel para la Policía Armada. No se hace constar en el supuesto de hecho si esa limitación figuraba expresamente en la segunda escritura de modificación y en la inscripción registral, datos importantes todos ellos—el inmueble aludido, como bien de propios. Parece, pues, que nos encontramos en presencia de un contrato de compraventa con causa onerosa, aunque modalizada en su destino.

(3) No entramos ahora en el tema, por lo demás interesante, de si esa vinculación de destino convierte a la subvención en una masa patrimonial separada, independiente del patrimonio personal, por cuanto puede no ser embargable por los acreedores comunes de su titular cuando resulte deudor, al menos si la deuda se contrae fuera del campo de actividades para el que la subvención se concedió.

(4) Ese modo condicionante de la suma que se concede, en la medida en que quede incorporado como vinculación de destino a una cosa inmueble así construida, podrá tener eficacia resolutoria frente a los futuros terceros adquirentes del inmueble. Y su oponibilidad descansará o en el propio régimen jurídico especial del inmueble—Viviendas Subvencionadas—, que normalmente constará en el Registro, o en la norma determinante de su concesión—¿publicidad legal?—.

3. La determinación del carácter gratuito u oneroso de la causa del acto adquisitivo a favor del Ayuntamiento se planteó en el recurso para decidir si era o no aplicable al caso la limitación contenida en el artículo 96, 1, e), del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, y antes expresada. Resulta así necesaria la adecuada interpretación de la norma reglamentaria.

Interpretar es, primariamente, buscar la norma aplicable a un caso concreto. ¿Debe aquí aplicarse aquel requisito y exigir el transcurso de los treinta años desde la compra para que la finca pueda ser donada al Patrimonio del Estado? Para responder a este interrogante quizá sea útil recordar cuál es la finalidad de la norma cuya aplicación se discute. Parece claro que el fundamento de esta restricción descansa en la necesidad de protección del patrimonio municipal. ¿Cómo se articula esa protección? Además de los otros requisitos necesarios para llevar a cabo válidamente la enajenación de bienes inmuebles de propios (autorización o conocimiento del Ministerio de la Gobernación, según su cuantía; voto favorable de las dos terceras partes de hecho y mayoría absoluta legal de miembros de la Corporación, según los casos; valoración técnica; subasta pública; que los fines de la cesión se cumplan en plazo máximo de cinco años y su destino se mantenga durante los treinta siguientes. Confrontese arts. 95, 99, 103, 98 y 97 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales. Existen otros requisitos específicos de las enajenaciones gratuitas de esos mismos bienes.

Si los bienes municipales de propios constituyen fuente de ingreso para el Erario municipal (art. 186 L. R. L.), parece lógico pensar que su enajenación gratuita, al no contener una adecuada contraprestación, puede suponer un perjuicio económico para el patrimonio del Ayuntamiento. Por eso se justifican las naturales limitaciones legales a este tipo de enajenación gratuita de aquellos bienes (5). Dos son los requisitos mínimos para la validez de esas enajenaciones gratuitas: «Que el destinatario de la adquisición sea Entidad u Organismo público. Y que la donación se destine a fines beneficiosos para los habitantes del Municipio.» Cuando la realización de esos fines, socialmente beneficiosos, no puede lograrse a través de la actividad del propio Municipio, la intervención de la Entidad pública encargada de llevarlos a cabo autoriza la cesión gratuita a su favor de los bienes necesarios para esa empresa.

Pero, además, el artículo 96 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales señala, aparte de otros, un nuevo requisito para la enajenación gratuita de estos bienes: que se acompañe al expediente de cesión certificación del Registro de la Propiedad de que los bienes fueron adquiridos a título gratuito o que, de haberlo sido a título oneroso, han transcurrido treinta años desde la fecha de adquisición. Se trata, pues, de acreditar el título adquisitivo de los bienes, para lo cual la única prueba que se admite es la certificación del Registro de la Propiedad. Ello significa que la única constancia de la naturaleza onerosa o gratuita del título adquisitivo es la que resulte de la inscripción registral. Y en función de esa distinta naturaleza causal se exige explícitamente que hayan transcurrido treinta años, si la adquisición fue onerosa, para su ulterior enajenación gratuita.

¿Cuál es el fundamento de este último requisito reglamentario? Con carácter general, la protección del patrimonio municipal, el evitar un perjuicio económico al Municipio. Más concretamente, quizá se piense que si el Ayuntamiento adquirió un bien a título oneroso, pagando por él una determinada cantidad, y con el fin—que se presume—de satisfacer

(5) Artículo 189. 2. L. R. L.: Tampoco podrán cederse gratuitamente (los bienes inmuebles de propios) sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal y previa autorización del mismo Ministerio (de la Gobernación).

con él necesidades colectivas municipales, aunque éstas sean estrictamente económicas, no deberá cederlo sin contraprestación más que cuando haya transcurrido un largo periodo de tiempo, que justifique haberse cumplido en beneficio del Municipio los fines perseguidos con su adquisición. Recuérdese, además, la exigencia contenida en el artículo 97 del Reglamento antes relacionado.

Lo cierto es que no parece haber contradicción entre la norma general contenida en el artículo 189 L. R. L. y el requisito que establece el artículo 96 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales en su número 1, *e*), sino que el precepto reglamentario viene a desarrollar o completar aquella disposición general. Y que, así entendido en función de su finalidad, el requisito reglamentario tiene un carácter imperativo, de derecho necesario, y constitutivo para la validez del acto dispositivo. De modo que la enajenación gratuita hecha en contra de esa limitación de los treinta años, cuando la finca fue adquirida a título oneroso, no implica un acto administrativo incompleto, susceptible de acogerse a lo dispuesto en el artículo 98 R. H., sino un acto nulo, por ser contrario a una ley imperativa, que no podrá tener acceso a la publicidad registral.

Pero la interpretación de las normas, aun las más taxativas, no debe ser meramente formal o literal, sino que debe hacerse en función de su finalidad. Por este camino parece orientarse la solución brindada al presente caso por el Centro Directivo. En él no se aplica la limitación contenida en el repetido artículo 96, 1, *e*), del Reglamento, que hace necesario el paso de los treinta años, porque se estima que a estos efectos no fue realmente una adquisición onerosa para el Ayuntamiento. Aunque el negocio adquisitivo se estructura como compraventa, y se pagó un precio por la adquisición del inmueble, sin embargo, desde el punto de vista de la protección del patrimonio municipal, que es la finalidad última que aquí se contempla, no existió un sacrificio económico por parte del Ayuntamiento, éste no realizó un desembolso con cargo a su propio patrimonio, sino con cargo a fondos recibidos del Estado para esa finalidad.

Según hemos observado, la subvención funciona no como una mera donación de dinero, que integre el patrimonio municipal libremente, con cargo al cual luego se pagaría el precio de la compra, en cuyo caso se trataría de una adquisición onerosa normal, sino como una donación modal. Se subvenciona la compra de una finca precisamente para destinarla a un fin determinado: la construcción de un cuartel y viviendas para la Policía Armada. Dada la dependencia administrativa del cuerpo de Policía respecto del Ministerio de la Gobernación, no parece aventurado suponer que el referido cuartel—y, en su caso, las viviendas—habrían de pasar a ser propiedad del expresado Ministerio. Lo cual justificaría la doble operación realizada para conseguir esa finalidad: la subvención al Ayuntamiento para que él compre y la ulterior cesión gratuita al Ministerio para que éste construya la casa cuartel.

Vistas así las cosas, el procedimiento utilizado nos recuerda el mecanismo de la interposición de persona, sólo que aquí en forma explícita y abierta. El Ministerio podía haber comprado directamente el inmueble —o la parte del mismo que después se le iba a donar, con exclusión de la zona destinada por el Ayuntamiento a vía pública—para iniciar luego la construcción del cuartel, en vez de comprar primero el Ayuntamiento con fondos ajenos específicamente destinados a la consecución de aquella finalidad y donar lo así comprado a su definitivo destinatario. Si bien la actual regulación jurídica del Patrimonio del Estado imponía que la donación se formalizara a favor del propio Patrimonio y no del Ministerio de la Gobernación, como persona jurídica independiente. Todo ello pone de manifiesto algo que ya fue señalado en el recurso por el Notario autorizante de la escritura: que ambos actos, compra y donación,

constituyen una sola operación; que ambos negocios jurídicos, a pesar de su separación cronológica, forman las dos etapas de un negocio jurídico complejo, destinado a atribuir la titularidad dominical del inmueble al Estado para conseguir la construcción de la casa cuartel de la Policía Armada. Tal era, al parecer, el propósito práctico perseguido por las partes intervinientes en los dos contratos. Y, por tanto, que su respectiva estimación jurídica no puede considerarlos aislados, a pesar de su estructura formal independiente, sino como dos momentos conexos y sucesivos de un mismo proceso adquisitivo. Desde este punto de vista, al tener en cuenta su concreta finalidad, la valoración de los dos actos puede llevar a consecuencias distintas.

No se menciona en el recurso un dato que podía haber tenido importancia para la resolución del caso discutido, y es el siguiente: Si la compra por el Ayuntamiento se formalizó haciendo constar expresamente que el precio pagado en la misma procedía de una subvención concedida por el Ministerio con aquella concreta finalidad ya apuntada, si este destino condicionante o modal implicaba necesariamente la vinculación del inmueble comprado a la consecución de aquella finalidad, si todo ello constaba expresamente en los títulos adquisitivos y como tal trascendió a la inscripción registral de la finca así adquirida (6), entonces la donación ulterior suponía el cumplimiento adecuado y necesario de tal vinculación; más que una donación pura y simple con ánimo de liberalidad, hubiera sido un acto debido, impuesto por la predeterminación administrativa de su titularidad y de su finalidad. De donde, los requisitos de los actos simplemente gratuitos no le serían aplicables. Quizá por esa vía habría podido dictarse la misma solución permisiva con una fundamentación más rigurosa. Pero ello siempre que la constancia registral de esa vinculación de destino y los demás datos antecedentes se hubieran producido en la forma expresada. Lo cual no es seguro.

Por todo lo expuesto, estimando que la compra a favor del Ayuntamiento no era una adquisición típicamente onerosa, por cuanto no suponía una disminución del patrimonio municipal al pagarse con fondos del Estado, y subrayando la interpretación finalista del precepto, su razón de ser protectora, frente a la meramente literal, la Dirección General considera no aplicable a este caso la restricción discutida, que exigía el paso de los treinta años desde el título previo. Teniendo en cuenta las circunstancias de hecho del caso propuesto y la complejidad del fenómeno adquisitivo, esta solución nos parece justa, realista y plausible. Hubiera resultado improcedente que por haber seguido este oblicuo camino adquisitivo—que ello sea adecuado o no es algo que no importa ahora, aunque su enjuiciamiento no deja de ser atractivo desde el punto de vista jurídico—, el Ministerio de la Gobernación tuviera que esperar treinta años para poder construir la casa cuartel sobre una finca propiedad del Estado. Pero la doctrina así formulada, que nos parece oportuna en este caso, estimamos que no debe de ser generalizada a otros supuestos diferentes. Porque siempre la enajenación gratuita de bienes municipales, cuando efectivamente sea tal, debe someterse indeclinablemente a los requisitos legales.

Además, la Resolución que comentamos tiene interés por subrayar explícitamente la interpretación finalista sobre la meramente literal. Esta línea interpretativa, que sigue los cauces de la mejor doctrina, resulta reveladora como muestra del criterio a seguir en otros casos, y especialmente significativa al proyectarse sobre normas tan estrictas como las que disciplinan este sector administrativo.

(6) Datos estos que se recogen aquí por vía de suposición, sin que se afirme expresamente en la relación de hechos del recurso que se hubieran producido de esta manera.

4. No quiero terminar sin recordar algo que también parece importante a la vista del presente caso. Y es la necesidad de una escrupulosa calificación por parte del Registrador de la causa del acto adquisitivo cuya inscripción se pretende. De ella depende nada menos que la verdadera naturaleza jurídica del negocio que se va a dotar de publicidad. Como fácilmente se advierte, esta necesaria caracterización causal condiciona todo el mecanismo de la protección registral (arts. 32 y 34 L. H. y su distinto juego respecto a los negocios onerosos o gratuitos). Supuesta la necesidad no sólo de la existencia de la causa para la validez del negocio que se inscribe, sino la de su adecuada expresión en el asiento registral—tema éste importantísimo, pero que nos llevaría muy lejos, por lo que no podemos entrar ahora en él—, podríamos plantear una espinosa pregunta: ¿se puede enjuiciar y hacer constar en la inscripción, como consecuencia de la calificación registral, una causa distinta de la declarada en el documento notarial? Quede aquí simplemente planteada tan ardua cuestión. Lo cierto es que de la existencia, licitud y adecuada publicidad de la causa del negocio depende la seguridad del tráfico y el grado de protección que la publicidad registral dispensa al adquirente.

Al margen de estas consideraciones generales, y volviendo otra vez al caso planteado, el que la causa de la adquisición sea gratuita u onerosa, a efectos de condicionar la vigencia de unos u otros requisitos para la donación ulterior de bienes municipales, se hace depender no de la exhibición del documento en que se formalizó la adquisición, sino de la certificación registral acreditativa de aquel título adquisitivo (art. 96, 1, *e*). Nuevo argumento a favor de que conste con perfecta claridad en la inscripción la causa real y expresa del negocio de adquisición.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ENRIQUE CALATAYUD LLOVET y
JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

II. DERECHOS REALES

LUCES Y VISTAS: PROBLEMA PROCESAL DE PRUEBA (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1970).

En una cuestión de luces y vistas, las pruebas testifical y pericial no llegaron a practicarse en primera instancia por no comparecer los testigos y peritos, y se solicitó ante la Audiencia el recibimiento a prueba por no haberse practicado, acordándose por la Audiencia no haber lugar a ello. Se interpone, entonces, recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, y el Tribunal Supremo, en esta Sentencia, declara que «el presente recurso no puede prosperar con sólo tener en cuenta que, denegado por la Audiencia el recibimiento a prueba en la segunda instancia del proceso, no se entabló el oportuno recurso de súplica, en contra de lo expresamente previsto en el párrafo segundo del artículo 866 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», por lo que debe rechazarse el presente recurso «conforme a la constante y reiterada doctrina jurisprudencial».

MEDIANERÍA: PROBLEMA PROCESAL DE CARGA DE LA PRUEBA Y DE MOTIVACION DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1970).

En un litigio sobre servidumbre voluntaria de medianería, el demandado interpone recurso de casación al amparo del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (error de derecho en la apreciación de la prueba), pues estima infringido por la Sala de la Audiencia el artículo 1.214 del Código civil referente a la carga de la prueba, ya que al actor correspondía la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y como la pretensión tomaba como base el artículo 597 del Código

civil, es decir, la introducción por el demandado de vigas en la pared medianera más allá de la mitad de su espesor, éste era el hecho constitutivo que debía probar el demandante para que prosperase su acción, y, aunque inicialmente en la demanda propuso la prueba sobre tal hecho, posteriormente el actor renunció a tal prueba, y, sin embargo, el proceso siguió sobre la base de pruebas periciales que dieron base a la Sala para dictar sentencia estimatoria de la pretensión del actor. Por ello el recurrente estima infringido por la Audiencia el *onus probandi* regulado por el artículo 1.214 del Código civil.

Pero el Tribunal Supremo desestima el recurso, pues éste debería haberse interpuesto tomando como motivo la infracción de ley, es decir, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que se trata de denunciar la infracción de un artículo del Código civil como es el artículo 1.214, en lugar de haber interpuesto el recurso tomando como motivo el error de derecho en la apreciación de la prueba, inexistente en este caso.

LUCES Y VISTAS: CUESTION DE LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES POR CONTRATO VERBAL GRATUITO. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1970).

a) *Supuesto de hecho.*—Se realizó verbalmente la segregación y cesión gratuita de un solar, sobre el que el adquirente construyó un edificio con ventanas y puertas que miraban hacia la finca matriz del actor. Este, al cabo de dieciocho años, interpone acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y de paso y desagüe, siendo estimada la demanda en primera instancia, pero la sentencia fue revocada por la Sala de apelación, que consideró existentes las servidumbres en beneficio del adquirente del solar.

b) *Motivos del recurso.*—El actor cedente del terreno interpone recurso de casación, argumentando a través de unos sustanciosos motivos, que sintéticamente cabe exponer así, sobre la base de infracción por parte de la Audiencia de los siguientes artículos del Código civil:

1.º Infracción del artículo 1.282, ya que la mera pasividad del actor posterior a un contrato verbal de cesión de terreno no puede considerarse, a efectos de dicho artículo, como acto coetáneo o posterior al contrato sintomático de la constitución de servidumbres, pues aquella actitud pasiva no equivale jurídicamente al asentimiento, ya que admite varios sentidos, entre ellos el de mera tolerancia. Por lo cual, al admitir el silencio del actor varias interpretaciones, no puede aplicarse, como hizo la Audiencia, la teoría de interpretación de los contratos contenida en el artículo 1.282, artículo éste que, además, debe relacionarse con el artículo 1.253 del mismo Código civil, que exige un enlace lógico, preciso y directo entre el hecho que se da como probado y el que se pretende deducir, enlace que falla en este caso, pues la pasividad demostrada por el actor ante la existencia de ventanas en el edificio colindante tiene diversos sentidos y no sólo el sentido de actitud confirmadora de la existencia de unas servidumbres.

2.º Infracción del artículo 1.288, ya que en el presente caso no se otorgó escritura pública de cesión del terreno, sino que se hizo verbalmente, y aunque la no documentación haya producido las discusiones de este pleito, ello no puede equipararse a la existencia de cláusulas oscuras en un contrato, por lo que no puede aplicarse el artículo 1.288 citado, como hace, con error, la Audiencia para declarar la existencia de servidumbres

no pactadas, y menos aún puede aplicarse tal artículo si ni siquiera se ha probado quién es la parte que ha tenido la culpa en la oscuridad producida por el no otorgamiento de contrato escrito.

3.º Inaplicación del artículo 1.289, que dice que si el contrato «fuera gratuito» las dudas «se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses». En este caso, el contrato de cesión del terreno no llevaba consigo contraprestación alguna por parte del adquirente, por lo que era cesión gratuita, y en la duda, la Audiencia debería haber aplicado tal artículo declarando no existentes las servidumbres, en lugar de haber estimado la existencia de éstas.

c) *Sentencia del Tribunal Supremo*.—Ante esta convincente argumentación del recurrente, el Tribunal Supremo casa la sentencia apelada, estableciendo la siguiente tesis:

«Considerando: Que conformes ambas partes en la existencia de un contrato verbal de cesión de un trozo de solar sin que resulte alegada la existencia de precio, ha de estimarse que dicho negocio jurídico consistió en un contrato gratuito, y por ello no habiendo pacto alguno escrito ni prueba sobre la intención de los contratantes, el Tribunal *a quo* debió aplicar lo dispuesto en el artículo 1.289 del Código civil, sobre todo, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 348 del Código civil, y reiterada doctrina de esta Sala, según la que 'en los contratos en que se establezcan servidumbres u otros gravámenes que limiten el derecho de propiedad, ha de estar bien expresa la voluntad de las partes, favoreciendo en caso de duda la interpretación del propietario, y al no hacerlo, incidió en la violación del artículo 1.289 antes citado, denunciado en el motivo undécimo, que debe por ello ser admitido, procediendo en su consecuencia, con estimación del recurso, casar la sentencia recurrida.»

d) *Comentario*.—Partiendo de la existencia de un contrato verbal de cesión de solar, se trata de resolver la cuestión de si dicha cesión llevaba también consigo la concesión de una serie de servidumbres de luces y vistas y otras sobre el predio del cedente.

Para negar la constitución de servidumbres en tal caso (que es lo más adecuado a falta de pruebas), puede argumentarse desde dos puntos de vista: 1) Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación de los contratos, sin plantear el problema de la validez del supuesto negocio verbal de constitución de servidumbres; y 2) Desde el punto de vista de la nulidad de un negocio verbal gratuito de constitución de servidumbres.

El recurrente plantea la cuestión desde el primer punto de vista exclusivamente, y los motivos del recurso constituyen una verdadera lección del tema de interpretación de los contratos, destacando su exposición de la teoría del silencio o pasividad, la relación del artículo 1.282 con el 1.253 del Código civil y el ámbito de los artículos 1.288 y 1.289 del mismo Código, según se ha expuesto más arriba.

Al Tribunal Supremo le impresiona la alegación del artículo 1.289 del Código, y el principio que resulta del artículo 348 del citado cuerpo legal, consistente en presumir la no limitación del derecho de propiedad. Todo ello llevó a la conclusión de no considerar constituidas las servidumbres en el presente caso.

Se está de acuerdo con el Tribunal Supremo en este asunto, pero el comentarista estima que también podía haberse planteado la cuestión desde el segundo punto de vista antes dicho, es decir, desde el punto de vista de la nulidad de un negocio verbal gratuito de constitución de servidumbres, y entonces hubiera impresionado la alegación de los artículos 334, número 11, 594 y 633 del Código civil. Si se relacionan ordenadamente estos tres preceptos, resulta con toda claridad que la supuesta constitución de servidumbres hubiera sido nula, en todo caso, por falta de

forma. Efectivamente: según el número 11 del artículo 334, las servidumbres son bienes inmuebles; según el artículo 594, la forma de constituir la servidumbre no ha de ser contraria a la Ley, y según el artículo 633, para la validez de la donación (contrato gratuito) de bienes inmuebles, se exige la escritura pública. Conclusión: la constitución de servidumbres por contrato verbal gratuito es nula.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

DAÑOS. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. LA RESPONSABILIDAD IMPUESTA POR EL ARTICULO 1.903 A LAS PERSONAS QUE DEBAN RESPONDER POR OTRAS NO ES SUBSIDIARIA, SINO DIRECTA. EL FUNDAMENTO DE LA MISMA ES LA CULPA IN ELIGENDO O IN VIGILANDO (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1971).

El actor don A. P. S., en nombre propio y como representante de Industrias G. S. A., presentó demanda alegando sustancialmente:

Que era dueño de un edificio destinado a la fabricación de juguetes en el que se encontraba establecida la industria G. S. A. El demandado don J. B. D. era propietario de un solar contiguo al del demandante, en el que proyectó la construcción de un edificio, llevando a cabo las obras de excavación de tal forma, que causó daños considerables en el edificio del actor, lo que obligó a éste a solicitar el asesoramiento de un arquitecto, teniendo que apuntalar el edificio y paralizar las máquinas que trabajan en la industria. Como consecuencia de ello se inició un sumario contra don J. B. D. y el arquitecto director que terminó siendo sobreseído.

Terminaba suplicando la condena del demandado al pago de determinadas cantidades, líquidas unas e ilíquidas otras, en concepto de daños y el lucro cesante como consecuencia de la paralización de la industria.

El demandado don J. B. D. se opuso a los hechos expuestos, añadiendo por su parte:

Que la obra se había realizado bajo la dirección técnica, por lo que, de existir culpa, a ésta le debía ser exigida la responsabilidad, que no podía, en consecuencia, discutirse la posible culpabilidad y responsabilidad civil sin estar presente en autos el director técnico, dada la conexión entre la dirección y la ejecución material. Añadía que el edificio del actor se encontraba ya en malas condiciones con anterioridad, según dictamen del arquitecto, y que la excavación realizada por el demandado lo había sido con la debida precaución. Igualmente alegaba el sobreseimiento del sumario requerido contra el demandado y el arquitecto director de la obra.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia, desestimando la excepción, estimó la demanda.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia del Juzgado.

El demandado interpuso Recurso de Casación por infracción de ley, basándose en los siguientes motivos.

1.º Violación del artículo 1.902 y del 1.903 del Código civil, e inaplicación del artículo 1.137 del mismo Código legal.

En este motivo, redactado con mucha extensión, expone sustancialmente lo siguiente:

La sentencia recurrida incidía, a juicio del recurrente, en el vicio denunciado al exonerar de responsabilidad al arquitecto director de la obra sin estar aquél presente en autos. El problema se reduce a determinar si

en un procedimiento solicitando daños y perjuicios como consecuencia de obras realizadas en un solar colindante, con la existencia de un arquitecto director del proyecto y de un contratista, deben ser demandados junto al propietario dichas personas. Que la construcción de un edificio produce complejas relaciones entre propietario, contratista y arquitecto, y entre cada uno de ellos o todos en común con terceros, por lo que para exonerar de responsabilidad a cualquiera de ellos es necesario que se les demande en litis consorcio pasivo necesario, puesto que sobre ellos recaerán los efectos de la sentencia, aunque ésta sea absolutoria, como sucede en este caso.

2.º Error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por violación del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 1.243 del Código civil.

El único peritaje imparcial de los practicados en el sumario, y que después fue aportado al procedimiento civil en período de prueba, es el del arquitecto municipal don J. V., del que resulta que los desperfectos en la edificación del actor no son debidos a la excavación realizada, sino que son imputables a defectos antiguos de la construcción, por lo que falta la necesaria relación de causalidad.

3.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental, con idéntico fundamento que el anterior para el caso de que aquel dictamen no sea considerado como prueba pericial.

4.º Error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión con infracción por violación del artículo 1.232 del Código civil, al no aceptar que las manifestaciones realizadas por el actor en cuanto a los daños sufridos, al absolver las posiciones que se le formularon, deben hacer prueba contra él.

5.º Infracción por interpretación errónea del artículo 1.903 en relación con el 1.902 del Código civil, y por violación de la doctrina contenida en las sentencias que cita.

Por el cauce de este motivo, extensamente redactado, se combate la apreciación de la prueba realizada por el juzgador de instancia.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, basándose en los siguientes Considerandos:

Primero al Cuarto.—La responsabilidad impuesta por el artículo 1.903 a los que deben responder por otras personas, no es, según la doctrina científica, subsidiaria, sino directa. En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, declarando que dicha responsabilidad se impone cuando entre el actor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal, que la ley presume que si hubo daño éste debe ser atribuido no a su autor material, sino a la otra persona por su descuido o defecto de vigilancia, distinta de la culpa *in operando* en la que incurre el actor material, por lo que el precepto establece una responsabilidad directa del dueño o director del establecimiento o empresa y el perjudicado, sin perjuicio de que aquél pueda repetir contra el autor material.

Por tanto, la pretensión de resarcimiento puede ejercitarse directamente sin tener que demandar al causante material.

Quinto.—Que no puede ser estimada la alegación de inexistencia de relación de causalidad que se formula en los motivos 2.º y 3.º, porque no es documento auténtico a efectos de casación el dictamen del arquitecto municipal, y aunque se considera como prueba pericial, queda sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia.

Sexto.—Que tampoco, por último, pueden estimarse los motivos 4.º y 5.º porque el artículo 1.232 ha de aplicarse en relación con el 1.233, que prohí-

be aceptar determinadas manifestaciones sin recoger aquellas otras que sirven para enervarlas y la apreciación de la prueba, que se impugna en el último motivo, no es lícita en casación.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LEGITIMACION ACTIVA DEL PROMOTOR-ADMINISTRADOR DE LA AGRUPACION DE PROPIETARIOS, DEBIDAMENTE AUTORIZADO, PARA RECLAMAR CANTIDAD A LOS COMUNEROS. LA CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL NO EXTINGUE POR SI SOLA LA PRIMITIVA AGRUPACION (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1971).

El actor alegaba sintéticamente: Que con anterioridad al mes de junio de 1965 había proyectado la construcción en régimen de comunidad de un complejo urbanístico, constituyendo una comunidad a este efecto y convirtiéndose en administrador de la misma, con poderes de la totalidad de los comuneros. Realizada la construcción y adjudicados los pisos, ante la falta de pago de las diferencias, las reclamaba judicialmente. Los demandados opusieron la excepción de falta de legitimación activa en el promotor, y en cuanto al fondo alegaban que no habían adquirido una cuota de comunidad, sino un piso futuro por precio cierto, por lo que entendían no adeudar diferencia alguna, reconviniendo, además, en solicitud de devolución de parte de las cantidades entregadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción, estimando la demanda, si bien reduciendo en parte las cantidades reclamadas, y desestimó totalmente la reconvención.

La Audiencia revocó la sentencia anterior, acogiendo la excepción, y no entró a conocer el fondo del asunto.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, con base en la doctrina siguiente, que resumimos, y siendo Ponente don Juan Antonio Linares Fernández.

Que la agrupación creada para llevar a cabo la edificación es una comunidad romana regulada en el artículo 392 y siguientes del Código civil, por reunir los requisitos exigidos para su existencia, mientras que la propiedad horizontal constituye una institución de carácter complejo, cuyo género es la propiedad, una forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular e independiente, por lo que, aunque puedan acoplarse sus normas acudiendo a reglas de otras instituciones, especialmente de la comunidad, sólo será cuando no pugnen con su especial naturaleza y finalidad, pues por importante que sea el aspecto de comunidad, son los derechos privados sobre los pisos la razón de ser de la institución.

Que siendo dos instituciones distintas, no es posible estimar que la declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal anule y deje sin efecto la primitiva comunidad, constituida a efectos distintos y no liquidada al amparo de la cual y para su liquidación actúa el actor como copropietario de la misma y administrador, por lo que está legitimado para actuar en beneficio de la comunidad.

Que los apartamentos que fueron comprados por precio cierto, sino que cada partícipe se obligó a contribuir a los gastos con arreglo a su cuota..., sin que pueda considerarse extinguida la primitiva comunidad hasta tanto la liquidación de la misma y el completo cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las legales que de la misma se derivan.

FACULTADES DEL JUZGADOR PARA LA APRECIACION DE LA PRUEBA. INTERPRETACION DEL PARRAFO PRIMERO DEL ARTICULO 1.247. EL INTERES DIRECTO INCLUYE TAMBIEN EL INTERES MORAL. NO PUEDE EXISTIR INTERPRETACION ERRONEA DE UN PRECEPTO CUANDO LA DECISION JUDICIAL NO SE PRONUNCIA SOBRE SU CONTENIDO, NI INCONGRUENCIA CUANDO SE RESUELVEN TODAS LAS CUESTIONES PROPUESTAS Y DEBATIDAS (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1971).

El actor, don A. T. L., presentó demanda alegando en síntesis: Que había sido titular, junto con la demandada doña B. A. P., de determinada granja en comunidad. Dicha comunidad fue extinguida por los condueños, procediéndose a su liquidación, a cuyo fin suscribieron el documento correspondiente, por duplicado, aceptando la demandada ocho letras de cambio para el pago de las cantidades adeudadas como consecuencia de la disolución, letras que quedaron en poder de don A. T. C., siéndole sustraídas junto con la copia del documento, sin que hubiera podido ser habido, hasta la fecha, el autor de la sustracción. Terminaba suplicando el pago de las cantidades que decía se le adeudaban.

La demanda contestó alegando que era dueña exclusiva de las citadas granjas, negando los demás hechos de la demanda " la autenticidad de los documentos.

Practicada la prueba, el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a la demandada al pago de las cantidades reclamadas.

La Audiencia Territorial de La Coruña estimó la apelación revocando la sentencia y absolviendo a la demandada.

El actor interpuso recurso de casación, alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

1.º Infracción por aplicación indebida del artículo 1.247, párrafo primero, del Código civil, al considerar inhábil para intervenir como testigos del demandante a su letrado y al pasante de éste.

2.º Aplicación indebida del artículo 1.247, párrafo quinto, en relación a las declaraciones testificales de aquéllos.

3.º Interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil.

4.º Violación del artículo 1.214, al desconocer la prueba de los hechos básicos por el demandante en contra de la negativa y no probanza por la demandada de los que debieron destruirlos o modificarlos 4.º y 5.º.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, basándose en los siguientes Considerandos, que resumimos:

Primero.—Que la no apreciación de las declaraciones del letrado y su pasante entran en los facultados de apreciación discrecional de la prueba y, además, dichos testimonios están incursos en la inhabilitación del número primero del artículo 1.247 del Código civil y del artículo 660 de la Lev de Enjuiciamiento Civil, toda vez que dicho interés no es sólo la utilidad económica, sino también el beneficio moral que había de obtener como consecuencia del éxito del litigio.

Segundo.—Que no puede existir interpretación errónea de un precepto si la resolución judicial no ha tratado de explicar su contenido, obteniendo del mismo consecuencias contrarias a la intención del legislador.

Tercero.—Que el artículo 1.214 sólo puede apoyar estos recursos cuando la sentencia se base en la carga de la prueba, pero no cuando por

medio de él se imponga la apreciación de los elementos probatorios aportados al juicio.

Cuarto.—Que no puede ser incongruente la sentencia que resuelva todas las cuestiones propuestas y debatidas.

E. C. LL.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: PRECISION DE LA APLICACION DE LOS ARTICULOS 24, 1.º, Y 28, 1.º, DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 29 DE ABRIL DE 1959, EN RELACION CON UN SUPUESTO DE NOVACION CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1971).

Supuestos de hecho.—En el año 1926, doña M. L. y su hija doña María concertaron con don F. R. L. un contrato de arrendamiento de fincas rústicas constituidas por tres parcelas. El plazo fue de cuatro años y la renta era de 216 pesetas anuales. En el año 1933 fallece el arrendatario, y en su lugar se subroga su hijo don M. R. L. (aunque la inicial del segundo apellido es igual, el apellido es distinto y materno). En el año 1946, y como consecuencia de la Ley de 23 de julio de 1942, la propiedad obligó al colono a suscribir un nuevo contrato el 28 de septiembre de 1946, en el que se estipuló la renta de 31 quintales métricos y 25 kilos de trigo anuales y una duración de cuatro años. En el año 1956 se formaliza, el primero de octubre, un nuevo contrato, con una renta de 11.782 kilos al año. En el año 1965 fallece la arrendadora doña M. L. y le suceden sus hijos don C., don L., doña C., doña C., don M., don J. M.º, don F. y doña P. de B. L., quienes, a su vez, en el año 1969, suceden también a su hermana doña María en las partes restantes de las fincas arrendadas.

Los herederos de las arrendadoras demandan el 8 de octubre de 1968 al arrendatario para que entregue las tierras, considerando que el contrato finalizó, al amparo del artículo 28, 1.º, del Reglamento de 29 de abril de 1959, no sólo en su mínimo legal, sino en sus posibles prórrogas, conforme a los artículos 9.º, 10 y 11 de la citada norma. El demandado se niega a ello, y aduce que falta en los arrendadores legislación para el ejercicio de la acción de desahucio, ya que las tierras recibidas por sucesión las cedieron a don M. F. G., según es notorio en la ciudad de Ecija, que el arrendatario viene labrando las tierras personalmente, que el arrendamiento es de los protegidos y otra serie de razones más.

El día 1 de septiembre de 1969, el Juzgado de Primera Instancia de Ecija dicta sentencia estimando la demanda y desestimando la excepción de falta de legitimación, declarando haber lugar al desahucio. Contra la citada sentencia se interpuso el 6 de septiembre de 1969 recurso de apelación ante la Audiencia de Sevilla, que confirma el fallo del Juzgado. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone por el apelante recurso de revisión sobre la conocida base del artículo 52.4 del Reglamento de 29 de abril de 1959 y su injusticia notoria.

Razones jurídicas.—La sentencia judicial, después de declarar probados ciertos hechos, rechaza el argumento de la falta de legitimación *ad causam* que se alega por el arrendatario, ya que ello supondría la falta

de una condición precisa para actuar la pretensión de la demanda conforme al artículo 28-1 del Reglamento de Arrendamientos, pero no simplemente de una condición previa para el examen de aquella pretensión en cuanto al fondo que es la excepción viable conforme al artículo 533-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Probada la existencia del contrato primitivo y la sucesión hereditaria de los actuales demandantes, queda bien claro la existencia de una subrogación conforme a los artículos 661 y 1.257 del Código civil. Que siendo la renta superior a 5.000 pesetas anuales, es evidente que se le aplica la vigencia de seis años prorrogables por otros seis. No queda probado que el actual propietario de la finca lo fuera el señor F. G. Las mismas razones jurídicas sirven a la Audiencia de Sevilla para confirmar la sentencia judicial procedente de Ecija.

El Tribunal Supremo niega o rechaza los dos motivos aducidos en el recurso de revisión por injusticia notoria basada en un error de hecho. El primero sobre la base de que, si bien en el año 1916 se celebró un contrato y se modificó en el año 1946, debe tenerse en cuenta que también en el año 1956 se produjo otra alteración que representa una verdadera novación extintiva por aplicación de la doctrina del artículo 1.203 del Código civil, convirtiendo el arrendamiento de protegido en no protegido. Sobre la base de esta doctrina van rechazándose los motivos segundo y tercero. El segundo, ya que no se considera infringido ni el artículo 1-1 y 83-1 del Reglamento de Arrendamientos, ya que existe un contrato válido entre las partes y no un contrato prorrogado, conforme al artículo 92 del mismo Reglamento, ya que medió una novación extintiva. No tratándose de arrendamiento protegido, no cabe la aplicación indebida del artículo 28-1.º y 24-1.º del Reglamento, con lo que se deniega el tercer motivo.

Doctrina legal.—Se manejan, en la situación de hecho base de la sentencia, las ideas de subrogación contractual por herencia, sobre la razón de la relatividad del contrato que precisa el artículo 1.257 del Código civil, conforme al cual los contratos surten efecto entre las partes contratantes y sus herederos.

De otra parte, y esto es lo importante, se hace aplicación de la doctrina de la novación extintiva, ya que, al alterarse el precio del arriendo, se altera una de las condiciones principales del mismo, conforme al artículo 1.203 del Código civil, lo cual lleva a transformar un contrato protegido en un contrato no protegido, con todas las inevitables consecuencias, entre las cuales está la del plazo de su vigencia a los efectos de poder ejercitar la acción de desahucio. No es lo mismo, por tanto, la posible elevación de renta provocada por una disposición legal, que la establecida por mutuo acuerdo entre las partes al amparo del artículo 1-1.º del Reglamento de Arrendamientos.

J. M.ª CH.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL URBANISMO

SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1971

I. INTRODUCCION

La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1971 (Ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES) acepta un Considerando de la sentencia apelada—el sexto—, en el que se sienta la siguiente doctrina:

«Que resulta, asimismo, improsperable la impugnación apoyada en la pretendida violación del principio de igualdad ante la Ley, principio que, ante todo, conviene situar en su justa perspectiva, tal como ya en sentencias anteriores, entre ellas la de 5 de diciembre de 1969, ha hecho esta misma Sala, es decir, que en casos como el presente, aquel principio no puede significar la vinculación de la Administración a las actuaciones precedentes que infrinjan las normas, porque ello equivaldría a sancionar la posibilidad de su real derogación a través de actos ilícitos de aplicación singular y, por el contrario, configurado el mismo como garantía de justicia, se proyecta primordialmente con respecto a los actos de contenido discrecional en los cuales el precedente efectivamente vincula, como expresión del interés público, para los supuestos de hecho idénticos, mientras que respecto de los actos de contenido reglado no pasa de ser un aspecto más de la obligatoriedad común de la regla de Derecho, y, por tanto, su eficacia correctora se manifiesta solamente allí donde los órganos que aplican las normas tienen posibilidades de opción (o sea, cierta discrecionalidad) o también determinando la exigencia de una interpretación igual para casos idénticos, mas nunca posibilitando la perpetración de actuaciones ilegales; criterio aplicable a las licencias de construcción que en nuestro ordenamiento actual son simplemente modo de constatar que el edificio pretendido cumple los requisitos del Plan y la Ordenanza, por lo cual aquel principio no puede tener otro alcance en esta esfera que el ya dicho de su proyección en una interpretación y aplicación igual de las normas urbanísticas, en supuestos de hecho idénticos, no la perpetración de infracciones; de aquí que en este caso la existencia de un edificio en la cercana avenida de Bélgica, y un grupo de cuatro bloques inmediatos al proyectado, que según la actora, asimismo, violan las normas de volumen y altura, no pueda en modo alguno ser tenida en cuenta a efectos de entender ilegal la anulación de la licencia, visto que precisamente esta resolución anulatoria es la que aplicó correctamente los ya citados preceptos de las Ordenanzas que, por el contrario, vulneraba el proyecto autorizado, según antes se puso de relieve.»

El Considerando—que mantiene una doctrina correcta—viene a reflejar una triste realidad de la acción administrativa urbanística y de la acción administrativa en general. Y es la quiebra de los principios generales del Derecho, el divorcio más absoluto entre principios y realidad.

II. LA DESIGUALDAD ANTE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Es cierto que nuestros textos legales reconocen y sancionan la igualdad ante la Ley y ante las cargas públicas como uno de los principios generales del Derecho. Sin embargo, la desigualdad es la norma. Al fenómeno me he referido en más de una ocasión (1). En el trabajo que bajo el título *Administración pública y libertad* publiqué recientemente en México, me dedico a estudiar especialmente el tema referido a la realidad urbanística, después de un planteamiento general del mismo. Como en él digo, la desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración pública y se encuentra con la *ventanilla*. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear—y no el menor—para tomar contacto con la Administración pública y obtener una decisión (2). Es más, para un sector de la opinión pública, la Administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola (3).

Se utiliza el término, por tanto, en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público (4). Desde aquella tradicional ventanilla, por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de MIHURA llamado el señor Hernández (5), hasta la más reciente barrera de vidrio de las oficinas de información, por la que asoman las piernas de una funcionaria.

El panorama, el aspecto material, ha cambiado. No ya por la diferencia que realmente existe—y es de apreciar—entre el funcionario con «manguitos» y la funcionaria con minifalda, sino también por la que indudablemente existe entre aquellas pequeñas ventanas de madera, que podían cerrarse herméticamente a voluntad del funcionario, permitiéndole discutir tranquilamente fuera de las miradas impertinentes del administrado la última crisis—ya que entonces no existían quinielas—y las decorativas barreras transparentes que separan hoy las mesas de trabajo del funcionario de la zona maldita del administrado.

No se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión, y no me canso de repetir, los defectos que normalmente atribuimos a nuestras Administración pueden referirse a cualquier otra, pues son consustanciales de eso que se llama Administración pública.

Esto explica que, no con la agudeza de nuestro MIHURA, pero desde otra perspectiva—del fenómeno de la ventanilla—, haya dicho cosas análogas HENRI DEROCHE, en un libro magnífico sobre los mitos administrativos, que vio la luz en 1966 (6).

El funcionario—dice—está protegido por una barrera que no puede ser franqueada sin escándalo. Esta barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de tabú, puesto que detiene las reclamaciones intempestivas. Los aguafiestas que protestan abiertamente son raros y parecen tener siempre mala conciencia a los ojos de los que esperan pacientemente su turno... La reclamación violenta es, por otra parte, una

(1) Así, en *El administrado*, Madrid, 1966, págs. 36-54; *Administración pública y libertad*, México, 1971, págs. 46-60. y últimamente, en *Comentarios a la Ley de orden público*, Madrid, 1971, págs. 43-44.

(2) H. DEROCHE, *Les mythes administratifs*, París, 1966, pág. 111.

(3) Así, GABRIEL MIGNOT y PHILIPPE D'ORSAY, en *La machine administrative*, París, Ed du Seuil, 1968, pág. 3.

(4) DEROCHE, *ob. cit.*, pág. 109.

(5) El pasaje de la obra de MIHURA, *Sublime decisión*, ha sido recogido por DÍAZ PLAJA en *El español y los siete pecados capitales*, 3.ª ed., Madrid, 1968, págs. 262-263.

(6) *Ob. cit.*, págs. 109-114.

maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos, como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad. Y concluye: no hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel—dice DEROCHE—como dialéctica del señor y del esclavo.

Pero existen frecuentemente, al lado de las ventanillas, otras puertas, otros accesos a los despachos de los superiores, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: «Prohibida la entrada al público». El «público», naturalmente, es ese administrado simple, que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla (7).

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro «público», son para los «administrados», que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración pública obtienen un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno, ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puertas les están abiertas y si alguien adopta una posición de subordinación, no es precisamente el administrado.

Y aún hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido SIMENON, en una de sus novelas traducidas al castellano, al hablar de las personas que han llegado a «esa situación . en que un telefonazo sustituye a días o semanas de gestiones. No forman parte del público—dice—. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta, porque sería peligroso que estuviesen al corriente» (8).

Es un hecho cierto, incuestionable, que desde la puesta en marcha del mecanismo administrativo hasta la decisión final y la ejecución y eficacia de la decisión, pasando por las distintas fases, hay dos categorías de administrados. Existen en esta sociedad de consumo y existirán en cualquier otro tipo de sociedad. Variarán los criterios de selección para llegar a figurar en la categoría de los privilegiados, variarán los motivos para obtener un trato de favor, pero éste se dará siempre. En la sociedad de hoy—y repito, una vez más, que no me estoy refiriendo a un fenómeno típico español, sino a la sociedad capitalista de consumo—y en la del futuro.

Los criterios para figurar en la categoría de los privilegiados variarán. No sabemos cuáles serán en la sociedad de mañana. Pero sí sabemos cuáles son en la de hoy.

Existe una íntima relación entre el poder político y el económico. En otra ocasión me refería al contubernio entre políticos y financieros (9). En realidad, es algo más: es que el poder, el verdadero poder, es el económico. Por eso cuando un grupo, un clan, una casta, una clase, intenta apoderarse de un Estado, sabe que no es suficiente ni definitivo—con ser muy importante—instalarse en los puestos políticos claves, sino que lo que realmente les dará el poder será adueñarse de la economía del país.

(7) El hecho se refleja perfectamente en el libro de G. MIGNOT y PH. D'ORSAY, *La machine administrative*, cit., en un capítulo que lleva el expresivo título de «De la ventanilla a la antesala del Ministro».

(8) *Las campanas de Buétre*, Barcelona, 1962, pág. 113.

(9) *El administrado*, cit., págs. 70-71.

Se ha referido a este estado de cosas no hace mucho otro francés, JACQUES MANDRIN, en un precioso libro sobre esa nueva casta de funcionarios salidos de la Escuela Nacional de Administración Pública Francesa, a cuyos miembros da el expresivo nombre de «los mandarines de la sociedad burguesa». Pues bien, en este libro se refiere a un Estado en el que «los Presidentes de los Consejos de Administración se olvidan de que son Ministros, pero en que los Ministros no olvidan jamás sus Consejos de Administración» (10).

Lo cierto es que por este mecanismo de la conquista del poder, mucho más práctico y menos romántico que las marchas fascistas, el grupo se consolida de tal manera, con tan firmes raíces y sólidos fundamentos, que no cabe desmontarle sin una revolución o una guerra.

En esta situación no tiene cabida el principio de igualdad. El legislador se da perfecta cuenta de las dificultades que su aplicación práctica ofrece. Esto explica que, además de en las leyes fundamentales, se reitere en las leyes ordinarias y hasta en las disposiciones reglamentarias, tratando de arbitrar medidas que garanticen su efectividad. Las disposiciones urbanísticas constituyen un fiel exponente de esta preocupación del legislador.

Pero de nada sirve todo esto. La esterilidad es la nota dominante. Y el principio de igualdad, como los demás principios informantes del ordenamiento jurídico-administrativo, ahí están, encerrados en normas inaplicables, frente a las que se levanta una realidad rabiosamente contraria.

DON NICETO ALCALÁ-ZAMORA, al verificar que, como consecuencia de los acontecimientos de 1936, la Constitución de la Segunda República había devenido inaplicable, en una y otra zona, se refirió a ella en una serie de artículos, como «Una Constitución intangible y destrozada» (11). Por desgracia, no son necesarios acontecimientos tan dramáticos como los que vivió España en aquella época para que unas normas constitucionales devengan letra muerta.

En efecto, si examinamos las distintas modalidades que adoptan los atentados a la libertad del administrado, podemos comprobar que la igualdad no tiene de principio general de Derecho más que el nombre y ha quedado reducida a una bella declaración platónica de los textos constitucionales y de los discursos de los políticos.

III. EL PRECEDENTE Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. La obligatoriedad de las normas jurídicas no permite la invocación de los precedentes para mantener la validez de un acto que contravenga sus mandatos.

Las Leyes son obligatorias. Obligarán—según expresión del artículo 1.º del Código civil—. Cumplido el requisito de la publicación—en otro caso, como recuerda la reciente sentencia de 2 de junio de 1971, se considerarán inexistentes—, serán obligatorias desde el momento de su entrada en vigor. La ignorancia no excusa de su cumplimiento, según el artículo 2.º del Código civil, «sin que el hecho de que ese precepto del Código sustantivo civil—dice la sentencia de 7 de junio de 1971—hable de Leyes y no de Decretos ni de Ordenes ministeriales, excuse del perfecto conocimiento de estas disposiciones, dado que tal texto se refiere indiscutiblemente no a la norma específicamente denominada Ley, sino a todas las restantes normativas legales y reglamentarias».

(10) *L'enarchie ou les mandarins de la société bourgeoise*, París. Ed. La table ronde. 1967. página 123

(11) En artículos publicados en la revista "Hoy", de México julio-agosto de 1938, citados por ALCALÁ-ZAMORA (hijo), en *Justice Pénale de Guerre Civile*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé", octubre-diciembre de 1938. pág. 639

Todos, Administración pública y administrados, han de respetar, cumplir y acatar lo dispuesto en las normas.

El hecho de que un órgano administrativo venga infringiendo reiteradamente una norma y adoptando acuerdos que atentan contra la norma vigente, no confiere al administrado derecho alguno a que se siga infringiendo la norma a su favor (12).

En el turbio mundo del urbanismo no es infrecuente—hasta podríamos decir que es frecuente—que las ordenaciones se vulneren en beneficio de determinados grupos sociales, que cuentan con la fuerza y el apoyo social, político o financiero—bueno, esto último es lo mismo—. Planes y Ordenanzas resultan infringidos con licencias que permiten destinos, alturas y volúmenes muy distintos de los autorizados. Y existen sectores plagados de edificios que en modo alguno responden a lo que resultaría de aplicar una ordenación. Pero en tanto se mantenga la ordenación, los Tribunales no pueden amparar la pretensión de querer participar del mismo trato, obteniendo una licencia análoga a la que anteriormente se había concedido.

La doctrina de la sentencia comentada, de 7 de mayo de 1971, no puede ser más correcta. Lo contrario «equivaldría a sancionar la posibilidad de su real derogación a través de actos ilícitos de aplicación singular».

La Ley es igual para todos, sí. Pero no puede ampararse la ilegalidad. Lo triste es la desigual reacción ante la ilegalidad, según la persona beneficiaria del acto ilegal.

Entonces ¿cómo puede jugar el precedente? El precedente administrativo puede desempeñar un importante papel para hacer efectivo el principio de igualdad no sólo cuando la Administración pública realiza actividad discrecional—a que se refiere específicamente la sentencia—, sino también cuando realiza actividad reglada.

2. Es indudable que, según se ha dicho, la Administración pública está sujeta a la norma y viene obligada a su cumplimiento. El precedente no puede conducir a una actividad contraria a la norma. Ahora bien, la norma jurídica no siempre aparece clara, sino que, por el contrario, no es infrecuente que sus términos no sean claros, que la oscuridad de los mismos obligue a una labor interpretativa para llegar al verdadero sentido y alcance de la norma.

Es cierto que la función de interpretar y aplicar las normas corresponde a los Tribunales, sin que esta excelsa función pueda resultar mediata por la interpretación que vengan haciendo los órganos administrativos. El juez no puede estar vinculado por la interpretación del administrador. Al juez corresponde la alta misión de aplicar el Derecho; al administrador, realizar los intereses públicos, que, por muy públicos que sean, son *intereses*.

Ahora bien, pese a esta independencia del juez respecto del administrador a la hora de interpretar y aplicar la Ley, es obvio que no puede despreciar el precedente administrativo.

El precedente administrativo adquiere especial relieve ante una norma oscura de carácter técnico, como pueden serlo las urbanísticas sobre aprovechamiento de los predios, volúmenes, alturas, etc.

En este supuesto, si la Administración pública viene manteniendo una interpretación en beneficio de una serie de administrados, y de repente

(12) Cfr. *El administrado*, cit., págs. 37-38

aquella interpretación se rompe en perjuicio de otro administrado, los Tribunales deben examinar con todo rigor a qué obedece este cambio y, siempre que la interpretación de la norma lo permita, seguir el precedente administrativo.

3. Si esto debe ser así respecto de la actividad reglada por norma de texto oscuro, es indudable que con más razón será respecto de la actividad discrecional. Cuando la norma confiera a la Administración la posibilidad de seguir vías distintas, entonces el precedente adquiere plena eficacia y debe seguirse por imponerlo así el principio de igualdad (13).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(13) Sobre el tema, cfr. el completo trabajo de ORTIZ, *El precedente administrativo*, "Revista de Administración pública", núm. 24, págs. 75-115.

LIBROS

BONET CORREA, JOSÉ: *La constitución de las servidumbres por signo aparente (la destinación del padre de familia)*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Junta de est. económicos, jurídicos y sociales). Madrid, 1970.

BREVE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Cuando dos fundos pertenecen al mismo propietario, si éste sujeta uno de ellos a la utilidad del otro en un determinado sentido se crea un estado de hecho aparente, que asume en el momento de la separación de dichos fundos, ya por acto *inter vivos* o por disposición *mortis causa*, la figura jurídica de una servidumbre.

He aquí la hipótesis, dice el autor, en la que se concreta el modo constitutivo de servidumbres conocido como «destinación del padre de familia».

Esbozado así el problema, veamos cuándo, cómo y en qué condiciones es recogida esta modalidad por el Derecho histórico y actual y la recepción que le preparan la doctrina y jurisprudencia patrias.

DERECHO ROMANO

Entiende BONET que la situación de destinación adecuada por el mismo propietario de dos fundos no supuso una modalidad de constitución de una servidumbre hasta que así lo concibió BARTOLO.

Afirma—seguido en este punto por autores italianos como PEROZZI, SOLAZZI, SIMONCELLI y BUSSI—que en el Derecho romano, como se deduce del cotejo de los textos, tan sólo se advierten una serie de situaciones y relaciones jurídicas que, conforme van desarrollándose en el tiempo, pueden predisponer a los autores a soluciones que asemejan a la posterior creación medieval de destinación.

Para los jurisconsultos clásicos, una vez eliminada la usucapión de las servidumbres en virtud de la Lex Scribonia, no cabía otra forma de constitución de las servidumbres que la declaración explícita (*nominatim imponenda servitus est*, o *sinon dicantur* y *nominatim recipi oportet*) por *in iure cessio*, legado, adjudicación, *mancipatio* en caso de servidumbres rústicas sobre fundos itálicos, etc., y también por *deductio*.

El «*iter ad sepulcrum*»

Desde los comentaristas del Derecho común hasta los pandectistas se ha reconocido en el texto de D. II, 7, 12, por la admisión del paso necesario como una servidumbre o una limitación legal del dominio. El fragmento contempla el supuesto de un sepulcro enclavado al que el titular no tiene acceso. Por un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla se concede el paso para el sepulcro—exigible, según

aclara ULPiano—mediante una acción especial, de cognición oficial (*extra ordinem interpelletur*), contra el propietario del fundo que no deja pasar al que tiene el sepulcro enclavado en él; la concesión del paso (*iter praestare*) va acompañada del pago del justo precio.

Pues bien: aunque el paso al sepulcro resulta ser una necesidad congénita a su establecimiento por enterramiento, un accesorio implícito para hacer posible su ejercicio; aunque ese *iter* no se extinga por el *non usus*, su aproximación a un verdadero derecho de servidumbre, siquiera sea una servidumbre legal, resultaba inevitable.

Ampliaciones legales del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida

Existen ciertos supuestos (D. 8, 4, II, I; D. 8, 33, 3; D. 43, 20, 3, 5) en los que se ha querido ver una constitución tácita de la servidumbre. Los tres textos citados resaltan los provechos que implícitamente adquiere el que tiene derecho a conducir agua por un cauce: derecho de reparación, de sacar la piedra, arena, el agua, derecho de pasar, etc. Sin embargo, dice el autor, nos encontramos muy lejos de una constitución tácita por destinación del padre de familia, puesto que no son sino pretensiones derivadas de la forma y disposición de los fundos, basadas en un derecho convencionalmente constituido y del que no son sino simples ampliaciones legales de su ejercicio. Otras veces, como en D. 18, 6, 4, I, la ampliación legal se funda no en el contenido implícito del derecho de servidumbre, sino en una presunta voluntad del mancipante. Tampoco en el D. 33, 44, 9—legado de usufructo—, el paso necesario para que se pueda *uti frui*, puede concebirse como una servidumbre tácita, sino como adminículo o simple facultad inherente al derecho de usufructo. En otros supuestos, D. 33, 3, I—«taberna» inferior que soporta la carga de la superior—, hay que estimar que la constitución es expresa, pero implícita, cuando existe una razón objetiva en base a la disposición de las cosas, hipótesis que se reproduce en cierto modo en D. 8, 5, 20—chozas instaladas en un fundo que se había legado—, y donde vuelve a ser la situación de enclave más que la apariencia de unos signos o la voluntad tácita del testador la que obligue a los herederos a reservar alguna servidumbre a favor de las susodichas chozas, servidumbre que nacería también de una forma expresa.

Sin embargo, son los supuestos de la sucesión hereditaria—de donde partirán más tarde los glosadores y postglosadores para construir la «destinación del padre de familia»—los más favorables para admitir una constitución tácita de las servidumbres en la jurisprudencia romana.

Ahora bien—continúa diciendo el autor—, que el derecho justiniano haya valorado la voluntad del testador en base a recibir la cosa *cum sua conditione*, que mantenga una actitud de respeto al estado de hecho, forma y uso de los campos como lo hacía el padre de familia y se lleguen a conceder acciones para la constitución de verdaderos derechos de servidumbre, no puede llevarnos a concluir que se ha realizado una nueva modalidad tácita o *ipso iure* de la constitución de las servidumbres. Es más: hasta tal punto llega la jurisprudencia romana a no admitir la destinación del padre de familia, que razona el no poder constituir la servidumbre antes de la tradición, por ser una creación de ella en cosa propia, y después de la tradición, por ser cosas ajenas sobre las cuales es imposible tener un derecho de dominio o facultad de disposición (D. 8, 4, 6).

EL DERECHO COMÚN

La alta Edad Media, con la invasión de los pueblos bárbaros y una nueva estructura política, económica y social, especialmente en materia de propiedad—al venir concentrada en una sola mano, o al darse la copropiedad de las tierras—, fue poco propicia a las relaciones particularizadas de servidumbre entre los fundos, y mucho menos hizo posible el desarrollo de la modalidad constitutiva tácita.

Es en el florecimiento de la propiedad individual, ocurrida en la baja Edad Media y en la época renacentista, cuando las necesidades de hecho en las relaciones entre las fincas son más intensas, lo que conduce a las florecientes escuelas jurídicas italianas—que reviven los estudios del Derecho romano—a proporcionar la solución jurídica que demandaban aquellas situaciones de mayor hegemonía personal reflejadas en la propiedad inmobiliaria.

Serán los glosadores y postglosadores los que, valiéndose de las fuentes y textos justinianos, darán los pasos más evolucionados que pueden concebirse en la historia de la jurisprudencia romanista.

Una mente de síntesis como la de BARTOLO se evidencia a propósito de la distinción entre las servidumbres continuas y discontinuas al hacerla apta para otras aplicaciones.

Así nos dice que, puesto que el fundamento de la *quasi-possessio* y de la prescripción de la servidumbre permanece en la *scientia* y en la *patientia* del adversario, puede ocurrir que en la enajenación de un fundo y permanecer un estado material de cosas y de servicio entre el fundo enajenado y el otro del propietario, si las partes veían y callaban, entonces se pudiese concebir que consentían al permanecer las cosas como estaban, imponiéndose la servidumbre.

BARTOLOMÉ DE CAEPOLLA sistematiza la doctrina de BARTOLO, y en capítulo XXXVIII de su *Tratado de servidumbre* expone los supuestos que admiten la presunción tácita de una servidumbre. Niega que esto ocurra cuando se divide la cosa común o cuando se celebra por contrato y no se ha dicho nada expresamente. Doctrina romanista pura. En cambio, cree que ocurre lo contrario para los legados, al afirmar que «cuando se lega una cosa es para que el legatario pueda disfrutar de la cosa como lo hacía el testador».

FRIEDE alega que no sólo en los legados, sino en los convenios, la cosa vendida o donada implica las servidumbres, puesto que quien compra un fundo se supone que lo adquiere de modo que no sea inútil, sino para que pueda disfrutarlo. Para HERT la servidumbre no puede considerarse constituida por los solos hechos, salvo que sin ella el uso de la cosa enajenada venga a resultar nulo o incompleto.

La doctrina de los doctores, comentaristas y demás jurisconsultos es invocada ante los tribunales, y poco a poco se va formando una jurisprudencia, como puede comprobarse en la colección de las decisiones del Sacro Regio Consiglio, recogidas por AFFLITTO en el año 1509, y las de la Rota Romana.

En el antiguo Derecho consuetudinario francés, la destinación del padre de familia comenzó a introducirse con variantes muy diversas en cuanto a sus condiciones de aplicación. Es la «Costumbre de París» la de mayor importancia y la que concluye por formar un Derecho común consuetudinario.

Ahora bien: mientras en su primera redacción (año 1510, art. 91) se establece simplemente que «la disposición o destinación del padre de familia equivale al título», en la segunda, del año 1580 (art. 216), se exigirá la prueba por escrito. Este criterio—el de la expresión por escrito de la voluntad referida a la servidumbre—se mantendrá también

por la «Costumbre de Orleáns» en sus artículos 227 y 228, con la sola excepción relativa a las servidumbres necesarias y aparentes, o las que procedían de obras incorporadas al fundo sirviente.

Las «Siete Partidas» operan la recepción del Derecho romano de la forma más pura acogiendo el principio *omne praedium praesumitur liberum*, por lo que servidumbres existentes sobre predios separados se extinguen por «confusión» al pasar a manos de un mismo propietario, y *no renacen* al separarse aquéllos, a menos que se constituyan de nuevo *expresamente*, rigidez esta que no impediría que, andando el tiempo, fuera formándose—sobre la base de interpretaciones *in extenso* o *a contrario sensu*—una jurisprudencia favorable a la adquisición implícita que no dudaremos en calificar de progresista.

EL DERECHO COMPARADO

A) *Derecho civil francés*.—El Código civil de Napoleón recoge la llamada «destinación del padre de familia» en sus artículos 692, 693 y 694, que transcribimos a continuación:

Artículo 692.—«La destinación del padre de familia equivale al título cuando se trate de servidumbres continuas y aparentes.»

La interpretación doctrinal de este artículo da lugar a diversas direcciones que pueden resumirse en tres:

a) ¿Es la causa eficiente de este modo constitutivo de las servidumbres la *voluntad única del propietario* al disponer de sus fundos en el estado en el cual hace la servidumbre? (Posición de HEMARD.)

b) O bien, ¿debe entenderse que ante el silencio observado se produce un *acuerdo* tácito entre las partes que es el verdadero acto generador de la servidumbre, no siendo, por tanto, exacta la frase de que «la destinación equivale al título»? (Tesis de LAURENT, COLIN y CAPITANT.)

c) ¿Nos encontramos ante una *creación legal* que el ordenamiento establece por las conveniencias del tráfico jurídico, a fin de legitimar una situación objetiva? (Dirección mantenida por BAUDRY-LACANTINEIRE y CHAUVÉAU, entre otros.)

Artículo 693.—«No hay destinación del padre de familia más que cuando se prueba que los dos fundos—actualmente divididos—han pertenecido al mismo propietario, y que por él han sido puestas las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre.» La doctrina y jurisprudencia francesa especifica cómo carecen de aptitud para que haya constitución de servidumbre por destinación: a) Los actos de un arrendatario (colono o inquilino). b) Los actos de un usufructuario o poseedor. c) Los actos del marido realizados en la propiedad de su esposa. d) Los actos del propietario que adquiere bajo condición resolutive que se ha cumplido. e) Los actos realizados por los copropietarios durante la invasión.

Artículo 694.—«Si el propietario de dos heredades entre las que existe un signo aparente de servidumbre dispone de una de ellas sin que el contrato contenga convención alguna relativa a la servidumbre, ésta continuará existiendo activa o pasivamente en favor del fundo o fundos enajenados.»

— Es necesario, como se infiere de este precepto y del anterior, que exista un estado de hecho aparente, cuyo mantenimiento pueda ser considerado como acto concluyente de la interpretación de la voluntad de las partes.

— Se precisa, además, que ocurra una división o enajenación de los fundos.

— Finalmente, se requiere una actitud omisiva de las partes en el acto de separación de la propiedad, del cual, por tanto, no deben desprenderse signos contrarios a la existencia de la servidumbre; servidumbre que, según el artículo 692, ha de ser continua y aparente, mientras, conforme al artículo 694, basta con que sea aparente.

COLIN y CAPITANT, siguiendo el pensar de un sector doctrinal importante y el Tribunal de Casación en diferentes sentencias, declaran que es el mismo artículo 694 quien, con la significativa frase de «sin que el contrato contenga convenio alguno relativo a la servidumbre», resuelve el problema. En efecto, cuando no sea posible exhibir el contrato de separación, se está ante elementos de convicción menores, y para que la sola circunstancia del estado de cosas anterior pueda ser considerada como una prueba del asentimiento del propietario sirviente, será necesario que se trate de una servidumbre a la vez aparente y continua. Tal es el sentido excepcional y restringido del artículo 692.

B) *Derecho civil italiano*.—El Código civil italiano de 1865 regulaba esta materia—inspirándose en el modelo francés—en los artículos 626, 632 y 633.

El nuevo Código civil de 1942 lo hace en el artículo 1.062 de la siguiente forma: «La destinación del padre de familia tiene lugar cuando consta mediante algún medio de prueba que los dos fundos actualmente divididos han estado poseídos por el mismo propietario y que éste ha puesto o dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre. Si los dos fundos cesan de pertenecer al mismo propietario, sin ninguna disposición relativa a la servidumbre, se entiende establecida activa y pasivamente a favor y sobre alguno de los fundos separados.»

Doctrina y jurisprudencia suelen adoptar una posición de matiz atenuado al enfrentarse ante el problema de la naturaleza jurídica de la destinación del padre de familia. Esta, si bien no resulta de un modo de constitución legal, tiene, sin embargo, su fuerza en el contenido normativo, en su aceptación por el derecho positivo. Nos encontramos en uno de esos puntos mixtos cruciales que se encuentran en Derecho: un punto de equilibrio entre la realidad económica y la construcción jurídica.

C) *Derecho civil portugués*.—En el nuevo Código civil portugués se mantiene la constitución de las servidumbres por «destinação do pai de família» en el artículo 1.541, casi con la misma redacción que en el derogado 2.274, después de su reforma en 1930. El artículo 1.514 manifiesta: «Si en dos predios del mismo dueño o en dos fracciones de un solo predio hubiese señal o signos visibles y permanentes, puestos en uno o en ambos, que revelan servicio de uno para el otro, serán tenidos esos signos como prueba de la servidumbre cuando en relación al dominio los dos predios o las dos fracciones del mismo predio lleguen a separarse, salvo si al tiempo de la separación otra cosa se hubiese declarado en el respectivo documento.»

E) *Derecho civil alemán*.—Lo característico del B. G. B. es la posibilidad que se infiere de sus artículos 890 y 1.009 de una servidumbre de propietario, como excepción, por tanto, al aforismo *nemini res sua servit*.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia más antigua se mostraban reacias a su admisión apoyándose, entre otros preceptos, en el artículo 873, apartado 1.º, según el cual para «la constitución de un derecho sobre una finca se exige el acuerdo de dos personas», autores más modernos, como SCHMIDT-RIMPLER, HECK, etc., la admiten para ciertos supuestos en base a la «autónoma adopción de disposiciones» que todo

propietario tiene según el destino de las cosas y que sólo debe tropezar con limitaciones derivadas de principios morales o de equidad o de la ausencia de un interés justificado. También la jurisprudencia posterior ha concluido por dar entrada a la servidumbre de propietario como una modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres.

F) *El Derecho civil suizo*.—También el Código civil suizo, en su artículo 733, establece que «el propietario de un inmueble puede establecer una servidumbre sobre un fundo suyo en favor de otro también suyo». Esta postura de admisión de derechos reales limitados en cosa propia, dice BONET CORREA, ha nacido en el tráfico jurídico de la vida moderna como una necesidad y ampliación de la teoría del negocio jurídico que justifica situaciones de hecho o actitudes relevantes de las relaciones unilaterales, capaces de trascender de la esfera de poder del propio derecho de dominio sobre las cosas. El propietario a veces quiere ir más allá de sus propias necesidades con provisiones que pueden beneficiar la explotación racional y funcional de los inmuebles no sólo en provecho propio, sino con alcance para terceros.

G) *El Derecho civil español*.—Nuestro Código soslaya la cuestión de atribuirle su conocida denominación de «destinación del padre de familia» y se conforma con recoger el supuesto en el artículo 541:

«La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.»

Sucinto examen de los problemas de interpretación que plantean los requisitos normativos del artículo 541

1) Existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas.

Aparte de las cuestiones que puedan suscitar los términos «entre» y «dos» fincas cuya obligatoria interpretación amplía es requisito imprescindible si no se quiere desquiciar la institución y salirse de los verdaderos cauces por los que la idea del legislador discurre, la problemática de este apartado—que telegráficamente recogemos—se centra en torno a las titularidades que pueden dar lugar a este tipo de servidumbres.

Titularidad del:

Propietario.—Es indudable, pues así lo expresa el artículo 541, y no sólo en los casos de «creación» del signo aparente de servidumbre por él mismo, sino también en las hipótesis de «conservación» por el propietario de un signo anteriormente establecido por otra persona, como entiendo la mayor parte de la doctrina.

Nudo propietario.—También resulta del artículo 595 del Código civil «el que tenga la propiedad de la finca cuyo usufructo pertenezca a otro podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen el derecho de usufructo» que los actos del nudo propietario, o su comportamiento, son aptos para dar lugar a la constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia.

Copropietarios.—De los artículos 397 y 597 del Código civil se deduce que no adquiere la categoría de servidumbre la relación de hecho enta-

blada si no hubo la aquiescencia de los demás copropietarios, sin perjuicio de que, como indica el segundo de los preceptos citados, «la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

Enfiteuta.—Conforme al artículo 596 del Código civil, «cuando pertenezca a una persona el dominio directo de una finca y a otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños».

Pues bien: aunque en realidad, y sin traer a colación las diferentes teorías que configuran la naturaleza jurídica de la enfiteusis, el enfiteuta es un propietario, si bien temporal, dicha temporalidad está en contradicción con el carácter perpetuo de un *ius iure aliena*. La constitución de una servidumbre debe completarse, por tanto, con el consentimiento de ambos dueños. Cuando exista un consentimiento (que puede ser tácito, al no decir nada en contra la ley) deducido de los hechos concluyentes llevados a cabo por el dueño directo y el útil, y haya signos aparentes al momento de la separación del dominio, nada obsta a que la servidumbre se constituya por destinación.

Superficiario.—La configuración que el artículo 1.611 del Código civil da a éste permite, dice el autor, aceptar la misma doctrina que para el derecho de enfiteusis.

Fiduciario.—Partiendo de la trascendencia real de la titularidad fiduciaria tan bien argumentada por el profesor DE CASTRO, hay que entender, señala BONET CORREA, que si el fiduciario hubiese establecido signos aparentes en los inmuebles recibidos, y si posteriormente los enajenare, aquéllos pueden dar lugar al nacimiento de una servidumbre, sobre todo para el que adquiere de buena fe. No obstante, si se diese la recuperación del inmueble o inmuebles por parte de su auténtico propietario, éste puede oponerse a los servicios establecidos por el fiduciario, a no ser que en ese momento nada diga o realice en contra de ellos.

Propietario sometido a condición resolutoria.—Entiende BONET que también puede dar lugar al nacimiento de la servidumbre objeto de este estudio, dados los efectos de naturaleza obligacional y no real de la condición resolutoria añadida (para que la propiedad revierta al enajenante no basta el consentimiento, sino que se exige la tradición por parte del adquirente según los 609, 1.095 y 1.473 del Código civil).

Esto hace que el propietario sometido a condición resolutoria sea un propietario en el sentido que requiere el artículo 541 del Código civil.

Igual trato, continúa diciendo, habrá que aplicar para las disposiciones testamentarias condicionales, según expresa el artículo 791, y a la compra con pacto de *retroviendo*, dados los términos del artículo 1.511 del Código civil. «... El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones.»

A solución igual se llega en los supuestos de revocación de donaciones (645, 647 y 648) y reducción de donaciones inoficiosas (651), ya que el artículo 649 declara que «revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad; la expresión «enajenaciones e hipotecas» se puede hacer extensiva a los demás *iura in re aliena* y concretamente a las servidumbres. Estas mismas conclusiones deben sacarse también para el supuesto del heredero sujeto a colación por aplicación del artículo 1.045.

Hipoteca de inmuebles del propietario.—Si bien la vinculación hipotecaria no disminuye la plenitud de facultades dominicales y dispositi-

vas, sí repercute en cuanto sus efectos provoquen la disminución del valor de la finca, pudiéndose ejercitar por el acreedor hipotecario las acciones de deterioro o devastación a que se refiere el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, como así lo reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 1968, si el acreedor hipotecario no ejercita sus acciones ante los servicios aparentes de servidumbre creados por el propietario, y en el momento de la separación del dominio de las fincas se abstiene de oponerse a ellos, tácitamente se constituye la servidumbre de acuerdo con los presupuestos del artículo 541.

Representación y mandato.—Los actos del representante tendrán sólo eficacia cuando el poder comprenda aquellos actos o servicios que den por resultado signos aparentes de servidumbre.

En el caso del mandato *proprio nomine*, dado que el mandatario puede tener hacia el exterior, en ciertos casos, todas las facultades inherentes al dominio, los terceros que con él contratan pueden invocar la eficacia de los actos que el mandatario haya realizado sobre los fundos del mandante, sin perjuicio de su ineficacia en la reacción interna de gestión y dejando siempre a salvo el caso de que, concluido el mandato, no se hagan desaparecer los signos de servidumbre o no se declare el mandante contrario a ellos en el momento de la enajenación, con lo que se confirmaría la situación anterior.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de diciembre de 1954, abordó con carácter permisivo la constitución de su derecho real de servidumbre entre bienes privativos y bienes gananciales, siendo la finca sirviente bien privativo del marido y teniendo la finca ganancial—predio dominante—el carácter de patrimonio común de ambos cónyuges.

Carecen de facultades para dar lugar a la destinación del padre de familia:

— El marido sobre los bienes parafernales y los que integran la dote inestimada de su mujer.

— Los padres y tutores en cuanto representantes y administradores legales de los bienes de las personas que están bajo su potestad.

— Los apoderados o representantes del ausente sin perjuicio de que respecto a las personas que entren en posesión definitiva de los bienes del ausente entre en juego el artículo 197 «... recobrará los bienes en el estado en que se encuentra», y por lo que se refiere a los signos aparentes originados por aquéllos.

— El usufructo, arrendatario o mero detentador.

2) Enajenación de una de las fincas.

En el artículo 541 hay que resaltar dos momentos: el de la «destinación» (un modo de actuar, conservar o imponer) y el de la «enajenación» (un acto de escisión, de separación del dominio) como constitutivos de un acto jurídico complejo llamado «destinación del propietario».

El criterio unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia es el de comprender dentro del significado abstracto de «enajenación» todas las modalidades *voluntarias y forzosas* de la transmisión del dominio, pues lo que importa es la desintegración de la finca, y tanto las realizadas a título *oneroso* como a título *lucrativo*.

Ciertamente que podría argüirse para los supuestos de embargo, expropiación y usucapión que en ellos es difícil ver un acuerdo tácito de las partes. No obstante, argumenta BONET CORREA, siguiendo a FAUGERE, que para estos casos, si bien no depende del dueño común la desposesión de los bienes, sí dependen de él los hechos o el estado de cosas inmediatamente anterior de los cuales resultó luego la servidumbre.

Combate también el autor la tesis de SANCHEZ REBULLIDA, según el cual debe excluirse de este tipo de constitución el caso de sucesión intestada, dado que nunca la *fatalidad* puede ser causa originaria de una servidumbre.

A su juicio, es inaceptable este criterio por llevarlo a un terreno subjetivo de la indagación de la voluntad del propietario que es contradictorio con la base objetiva que aparece real y aparentemente mediante los signos que él mismo ha establecido entre sus fincas y que no han sido hechos desaparecer por los sucesores.

3) La falta de declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación y su no desaparición antes del otorgamiento de la escritura.

Dice BONET, recogiendo a este respecto diversas Sentencias (3 de marzo de 1942, 5 de enero de 1963 y 20 de diciembre de 1965), que aquellas manifestaciones escritas de las partes que resulten meras cláusulas de estilo, por su tono genérico y vago—tales como libres de todo gravamen o libre de cargas—, no contradicen la apariencia evidente de los signos de una relación de servicio que concretamente estableció el propietario en sus fincas.

La naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia»

Tradicionalmente, esta figura viene a ser considerada un modo de constitución implícita de las servidumbres, para afirmarse luego como modo de constitución tácita.

Cuando el dogma de la autoridad legal se desenvuelve plenamente, la voluntad personal queda restringida a los márgenes que la propia ley le impone, con lo que se llega al reconocimiento de la autonomía de la voluntad legalizada.

El autor, tras hacer una extensa referencia a la teoría de SALA CONTARINI de la inherencia real—la servidumbre es una accesión del fundo, y si se transmite permanece con el fundo por necesidad jurídica—, a la doctrina del signo aparente mantenida por CHIRONI, FIORE y JANUZZI, y en nuestra patria por CASTÁN—según los cuales es la ley la que, ante una situación de hechos determinada, legitima su apariencia convirtiéndola en servidumbre sin que sea precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad para que pueda ser invocada por el dueño del predio dominante o para exigir el respeto de los terceros—, y finalmente a la tesis de la destinación como acto unilateral, como consecuencia de una manifestación de voluntad capaz de crear una servidumbre y que derivaría en la llamada «servidumbre de propietario» defendida en nuestra doctrina por VALVERDE, TAMAYO y DÁVILA GARCÍA, expone su propio punto de vista al afirmar que la destinación del padre de familia no se lleva a cabo por un acto negocial específico, sino que es el resultado de una serie de actuaciones unilaterales y bilaterales que confluyen o se integran en un negocio genérico de transferencia del dominio. En este momento operan dos elementos fundamentales: la apariencia de una situación de hecho o de servicio, y el silencio de las partes al momento de la enajenación o adquisición del dominio.

Que estamos ante una modalidad constitutiva de carácter «voluntario»—carácter que se tendrá en cuenta a la hora de determinar su contenido y su extinción—no sólo lo confirma la ley, queriéndolo así mediante la equiparación que establece del signo a un *título*, sino por la misma naturaleza dispositiva de la presunción *iuris tantum* al poder aportar prueba en contrario. La servidumbre por destinación del padre de familia, termina BONET CORREA, no se constituye ni «auto-

máticamente ni por virtud de la ley; la ley es sólo el vehículo en que se contiene la garantía para su validez. La naturaleza y causa de esta figura está en la «actuación volitiva» de las partes, en las sucesivas acciones y abstenciones que llevan a cabo en el momento de la enajenación.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

BRIGUGLIO MARCELLO: *El estado de necesidad en el Derecho civil*. Traducción y notas, Manuel García Amigo. «Revista de Derecho Privado», 1971, 252 págs.

Representa la obra de MARCELLO BRIGUGLIO una notable aportación al tema de la responsabilidad civil. En la Introducción delimita la materia, ya que el estado de necesidad «interesa no solamente a la ciencia jurídica, sino que hunde también sus raíces en el campo metajurídico, y en el primer aspecto abarca todo el ámbito del Derecho, tanto público como privado, destacando que el trabajo se ciñe al campo del Derecho privado, aunque en ocasiones sea difícil con exactitud fijar las fronteras de ambos Derechos.

Una vez delimitado, importa señalar el interés que la obra representa para el jurista español, ya que la materia ha sido escasamente estudiada por nuestra doctrina civil. Monográficamente por LA ORDEN (*El estado de necesidad en el Derecho privado*. Murcia, 1933), y de modo sucinto por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus *Notas a la traducción de Ennecerus: Tratado de Derecho civil*; FUENTES LOJO y PÉREZ RALUY, en su traducción y notas a BONASSI BENNUCCI: *La responsabilidad civil*; PASCUAL MARÍN y ALVAREZ DE MIRANDA en el volumen XXXI de los *Comentarios de Mucius Scaevola*. Los penalistas patrios se han ocupado ampliamente de la materia en los comentarios al artículo 8.º, apartado 7.º y concordantes del Código Penal, como una de las eximentes establecidas de responsabilidad criminal por aquel precepto.

Nuestro Código civil no regula de modo específico la figura del estado de necesidad como forma especial de resarcimiento que se aparte del sistema general de responsabilidad civil basada en la culpa.

El Código Penal, sin embargo, se refiere a ella, tanto desde el punto de vista penal (art. 8.º, ap. 7.º) como en su faceta civil (art. 20).

También el Código de Comercio, en sus artículos 811 y siguientes, al tratar de las averías gruesas, encuadra la figura del estado de necesidad.

Laguna similar en la institución de que se trata existe en la casi generalidad de las legislaciones civiles extranjeras. Pero el legislador apenino de 1942 abrió nuevos cauces a través del artículo 2.045 del Código italiano.

Divide el autor la obra en dos Partes. En la Primera estudia el supuesto de hecho del estado de necesidad (incluyendo una premisa y dos capítulos); en la Segunda (con dos capítulos), su naturaleza y efectos.

Premisa.—El artículo 2.045 del Código italiano dispone: «Cuando el que ha cometido un acto dañoso, lo ha hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él, ni era evitable de otra forma, se debe al perjudicado una indemnización equitativa, la determinación de cuya cuantía es confiada a la apreciación equitativa del juez.»

Esta norma fundamental en la figura que se estudia tiene su base en el precepto general de la responsabilidad civil del artículo 2.043, similar al 1.902 del Código civil patrio.

Dos son los elementos que integran el estado de necesidad: 1) Una situación de necesidad que surge involuntariamente. 2) Un hecho necesario que determina un específico comportamiento dañoso ante aquella situación. Ligados ambos ingredientes por la correspondiente relación de causalidad.

ELEMENTOS: A) *La situación de necesidad.*—En el estado de necesidad entran dos derechos en litigio, dignos, cada uno de ellos, individualmente considerados, de tutela jurídica.

a) El primero de ellos, «derecho amenazado», se caracteriza por un peligro actual de un daño grave a la persona. Se circunscribe, pues, a la esfera de los derechos de la personalidad (vida, integridad, incolumidad física, libertad, honor y pudor, paternidad de creaciones del espíritu), cuya repercusión ante el estado de necesidad estudia cuidadosamente el autor.

La titularidad del derecho amenazado puede pertenecer a cualquiera; claramente el artículo 2.045 habla de «salvarse a sí o a otro» (criterio análogo sigue el Código Penal español al referirse, en su art. 8.º, a mal propio o ajeno). Es decir, como muy gráficamente el traductor señala: «A dicha figura (al estado de necesidad) interesa el bien en sí mismo considerado objetivamente, sin tener en cuenta, a estos efectos, quién pueda ser su titular.»

Un punto dudoso, ampliamente tratado, que el profesor BRIGUGLIO se plantea, es si—circunscribiéndonos al Derecho italiano—la titularidad del derecho en peligro puede corresponder a la colectividad; resolviéndolo, positiva o negativamente, «según sea posible o no encontrar la existencia de derechos (de la personalidad) que perteneciendo a la colectividad no puedan, al mismo tiempo, adscribirse a los que se atribuyen individuos particulares». Siendo indiferente que el titular del derecho carezca o no de capacidad de obrar.

b) El segundo es el «Derecho Sacrificado», o sea aquel derecho de cuyo sacrificio depende la salvación del derecho amenazado. El Código civil italiano únicamente habla de «hecho dañoso». El autor, profundizando en este punto, estima que «el derecho sacrificado 'podrá ser' de la misma categoría de derechos a la cual 'debe pertenecer' el derecho amenazado, es decir, a la categoría de los derechos de la personalidad»; y tal posibilidad se extiende al campo de los derechos patrimoniales, fundamentalmente los derechos reales, y de modo especial la propiedad.

El titular de ese derecho, que se sacrifica, no merece consideración especial; puede ser cualquiera, persona física o jurídica. (Lo que hay que excluir como estado de necesidad, y así lo destaca el traductor, es cuando la titularidad de los derechos, sacrificado y salvado, coincidan en una misma persona.)

c) La razón fundamental de la disciplina propia del estado de necesidad la constituye el «peligro de daño grave a la persona», que debe ser actual, inevitable y no causado voluntariamente.

Actual, ya que si fuere futuro o aun próximo el sujeto amenazado podría, a fin de evitarlo, recurrir a diversos medios de comportamiento; y el autor opina que es actual cuando el intervalo de tiempo que va desde la previsión del evento hasta su realización es de tal brevedad que hace impracticable cualquier tentativa de evitarlo en forma no perjudicial para terceros.

Inevitable, o sea imposible de eliminar si no es mediante la realización de un comportamiento lesivo de intereses ajenos.

No causado voluntariamente, y *a contrario sensu*, citando a RANIERI, «se causa voluntariamente una situación de peligro no solamente cuando el sujeto se propone realizarla, sino también cuando se la representa como conexa, sea necesariamente, sea en forma probable, sea en modo posible con su conducta, con tal de que su consentimiento cubra también aquéllas, aceptando el riesgo de su comportamiento».

Requisitos todos ellos que el autor estudia con minuciosidad y detenimiento, sopesando diversos criterios doctrinales, gramaticales y prácticos.

Finalmente se refiere a la existencia del peligro, diferenciando como opuestos los estados de necesidad objetivo y putativo a las causas de donde el peligro puede proceder, y concluye afirmando (en la misma posición que nuestro Código Penal) que «el titular del derecho amenazado no debe tener la obligación de exponerse al peligro».

Terminando este capítulo I enlazándolo con el siguiente a través del nexo causal directo determinado por el estado psicológico de la persona amenazada.

B) *El hecho necesario*.—El capítulo II trata del segundo elemento que forma el estado de necesidad. En él se delimitan los siguientes particulares:

a) Sujeto agente, el que ejecuta el hecho necesario, pudiendo ser el titular del derecho amenazado o un tercero (supuesto de «ayuda necesaria»); ser realizado por una persona física o jurídica (y entonces surge el problema, profundamente estudiado por el profesor BRIGUGLIO, de determinar quién puede ser el titular de tal actividad, para que resulte atribuido a aquélla; oponiéndose en su solución las teorías orgánica y de la representación necesaria, y entre ellas una teoría intermedia. En resumen, dice el autor que «la persona jurídica puede realizar 'personalmente' actos jurídicos lícitos o ilícitos, y que, a causa de su participación en la vida jurídica, puede nacer a su cargo una responsabilidad directa, sea contractual o extracontractual»). Por otra parte, no es necesario que quien presta la ayuda tenga capacidad de obrar, sino que basta sea capaz de entender y querer; ni que entre éste y el amenazado exista relación alguna, de forma que cualquiera puede actuar en ayuda de quien se encuentra en peligro grave.

b) Sujeto pasivo es el que se ve constreñido a sufrir una interferencia en la esfera jurídica de sus propios derechos, y para el cual nace el derecho a una indemnización equitativa. Pueden ser uno o varios individuos, persona física o jurídica.

c) Contenido es un determinado comportamiento productivo de un hecho-daño apto para eliminar el peligro de daño grave que afecta al sujeto amenazado.

Con amplitud, y fundamentándose en el artículo 2.043, estudia los supuestos de la «responsabilidad aquiliana» sobre el «resarcimiento del daño» en general.

Parte de la base si el precepto citado (semejante al 1.902) constituye o no una norma primaria, una fuente de deber general, ya que de su solución depende si la conducta realizada en estado de necesidad debe entenderse como una acción caracterizada en abstracto por la contrariedad a una norma específica puesta para proteger un determinado derecho subjetivo, o un deber general de abstención de realizar actos perjudiciales frente a terceros.

Se plantea el autor el problema de si el comportamiento necesario puede tener como contenido el incumplimiento de un contrato; y su dificultad radica en la distinción entre «hipótesis de verdadero y propio estado de necesidad o hipótesis de imposibilidad común en la prestación», ya que la primera incide únicamente sobre la persona del deudor

y la segunda recae sobre el deudor y afecta al vínculo jurídico. Estimando, en definitiva, que «el deber del deudor termina donde la actuación comprometa el cumplimiento de otro deber o el ejercicio de un derecho que, según una indicación legislativa o de otros criterios, se consideren incompatibles y prevalentes respecto al mismo».

d) Fin o motivo del comportamiento. Es el evitar un mal propio o ajeno, según nuestro Código Penal. Y lo que importa es el fin objetivo de conseguir o procurar la salvación del derecho amenazado, siendo indiferente que el agente haya sido impulsado por una razón u otra.

e) Relación de proporcionalidad entre el hecho realizado por el sujeto agente y el peligro que se ha evitado (requisito exigido por el Código Penal español: «Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar»). Esta norma es similar a la contenida en el artículo 54 del Código Penal italiano, y aunque la ley civil guarda silencio sobre esta exigencia, opina el autor que tal precepto debe tener relevancia a efectos civilísticos, siquiera sea en vía analógica.

Naturaleza jurídica.—La ausencia de normas que expresamente regulasen la materia motivó la disparidad de opiniones. En España (en notas del traductor, que ampliamente comenta y critica), PASCUAL MARÍN y ALVAREZ DE MIRANDA opinan que el estado de necesidad, «más que un caso de exclusión de la responsabilidad, lo es de modalización de la misma, introduciendo en apreciación del daño el temperamento del arbitrio judicial». Para LA ORDEN, el acto dañino realizado en estado de necesidad es un acto ilícito, pues «desde el momento en que se exige jurídicamente un resarcimiento es que se reconoce jurídicamente un daño».

Cita el autor diversas teorías; así, la «no imputabilidad jurídica» (CHIRONI); la «irrelevancia jurídica del estado de necesidad» (BINDING), admitiendo otros comentaristas la «licitud del comportamiento necesario»; LEHMANN, el recurso de la *negotiorum gestum* a favor del perjudicado; exigiendo GALANTE que el bien salvado fuese de igual o mayor valor que el sacrificado; o diferenciando BRASIENO entre estado de necesidad ofensivo y defensivo. Teorías, en fin, que actualmente tienen un valor puramente histórico, ya que han sido superadas en Italia por el artículo 2.045 en lo relativo a la cuestión de la resarcibilidad del daño y del ámbito de aplicación de la figura.

Penetra en los aspectos penalísticos del problema, admitiendo la posibilidad de su aplicación al campo civil; pero falta un criterio unánime con respecto a la figura. Así, el estado de necesidad es para unos autores causa de exclusión de la culpabilidad; para otros, elimina la punibilidad del acto.

En relación con el Resarcimiento, surge una tesis doctrinal, protagonizada por LEHMANN y también por DEMOGUE, que lo considera como una forma de expropiación por causa de necesidad o utilidad privada, que, al lado de la expropiación por utilidad pública, constituiría la figura más amplia y general de la expropiación sin calificativo.

Sobre la posible existencia de una categoría de «derechos de necesidad» que se caracterizarían por ser absolutos, faltos de objeto, irrenunciables e imposibles de hacer valer en juicio, opina el autor que, tanto desde el aspecto procesal como civil, serían inadmisibles.

Centra con gran minuciosidad el profesor BRIGUGLIO su tesis en el ilícito civil, sobre la base del fundamental artículo 2.043; delimita sus requisitos y estudia la injusticia del daño y el daño.

La injusticia del daño es un requisito previsto por el legislador no como un valor estatuido automáticamente, sino un simple criterio de reenvío formal a otras normas. De esta posición se derivan dos co-

rrientes: *a*) La norma violada debe proteger un derecho subjetivo absoluto. *b*) Basta que proteja un interés legítimo. Tesis esta seguida por el autor, respaldada por normas del Derecho italiano (entre otras, las que determinan la responsabilidad del Notario y del encargado de los Registros Inmobiliarios; similares a los contenidos en el art. 22 de nuestra Ley Hipotecaria; arts. 146 y 249 del Reglamento Notarial, y títulos XII de la Ley y Reglamento Hipotecarios).

Estudia el autor ampliamente su postura, tanto con respecto al Derecho italiano, histórico y actual, como con relación a los Derechos francés y alemán.

Con frecuencia se considera que no hay daño si no va acompañado de la transgresión de un vínculo jurídico. Para el autor existe daño, en sentido jurídico, siempre que los efectos del hecho dañoso recaen en una esfera jurídica diversa a la del autor de su conducta. El daño jurídico puede originar un deber de resarcimiento (supuesto de daños causados en el ejercicio de un derecho). Y entonces nos encontramos ante lo que el profesor BRUGLIO llama «daño justo», que con gran detenimiento trata, tanto frente a casos particulares de diversas normas como ante el más general del artículo 2.045.

Estudia, por último, la estructura y características del hecho lícito, del que deriva el daño justo, terminando este capítulo III con unas breves conclusiones.

Efectos.—Normalmente, y sin que tenga carácter general, el efecto primordial que se deriva del hecho necesario es el nacimiento de la obligación de pagar una indemnización equitativa a cargo de quien causa el daño. Así lo impone el artículo 2.045 del Código italiano (y también el 101 de nuestro Código Penal); la cuantía de la indemnización la fija la autoridad judicial.

Profundiza el autor, siguiendo a los textos legales, en los diversos sentidos de la palabra «indemnización» (en su función de reembolso, de compensación, o de ambas a la vez), y en el que interesa especialmente en la materia de que se trata «como medida equilibradora en favor de un patrimonio al cual se haya causado una disminución como consecuencia de un hecho lícito dañoso».

Y estudia a fondo la cuestión de la «equidad» en general, y en la particular aplicación de determinar la medida de la indemnización en estado de necesidad.

Para el Código Penal español (art. 20, 2.º) son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubiere reportado. Pero una norma similar no se encuentra en el artículo 2.045 italiano; y el autor, en correspondencia con otros textos legales, concretiza los diversos supuestos de «persona obligada» en los casos generales (el autor del comportamiento necesario es su mismo beneficiario), particulares (es un tercero [hipótesis de ayuda necesaria]) y especiales (daños causados por incapaz, hijo menor, pupilo, alumno, aprendiz, conductor de vehículo ajeno, etc.).

Delimita las diferencias existentes entre estado de necesidad y legítima defensa. Las diversas hipótesis de peligro provocado por las cosas. Del supuesto en que, además del sujeto a quien sea imputable el estado de necesidad, haya un sujeto diverso sobre el que recaería la responsabilidad solidaria en el caso en que el peligro se transformase en daño.

Se refiere a las relaciones entre seguro y hecho ilícito dañoso en general y daño ocasionado en estado de necesidad y, por último, de los efectos de esta figura en materia de prescripción, sucesión *mortis causa* y donación.

Termina con un índice alfabético de autores.

En resumen, una obra interesante, amena, profunda de contenido sobre una materia realmente atractiva. Es de destacar la trascendencia de las notas del traductor, que facilitan la coordinación de los Derechos italiano y español.

JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR

CAPELLA, JUAN RAMÓN: *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas (consideraciones oblicuas)*. Editorial Fontanella. Barcelona, 1970; 76 págs.

El autor, profesor de la Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, realiza un penetrante análisis de la actual situación de los estudios y de la práctica jurídica de una sociedad clasista, típica del mundo capitalista, y expone cuáles son, a su juicio, los remedios que a las contradicciones insolubles de unos y otra se presentan en el contexto de las fuerzas sociales que mueven el proceso histórico.

En su Introducción parte el autor del convencimiento de que todo derecho es un mal, y trata de arrojar leña o fuerza a la hoguera de su consunción, de dar vehículo a este convencimiento. Luego, acaso, las cenizas del Derecho se conserven como piezas de museo, junto a la rueda y el hacha de bronce. El Derecho es necesario para acabar con el Derecho. Tal nuevo Derecho necesita un agente histórico, bloque de fuerzas realizador de lo nuevo.

El Derecho es insatisfactorio por no responder a las necesidades actuales; el Derecho es insatisfactorio por ser ideológico.

Cabría reformar el Derecho y hacerlo adecuado a las necesidades del hombre dominado por la producción material de su existencia, pero no a las del hombre profundo, a las necesidades ideales del hombre.

Ser ideológico es ser significativo de pertenecer a la sobreestructura de la sociedad, pero también de ser parcial, o de ser una falsa figuración de la realidad que cierra el paso a su conocimiento verdadero.

Indagar las tendencias profundas que modifican las funciones de los hombres de leyes; mostrar la inadecuación y el carácter ideológico de la formación tradicional; preguntar por los caracteres de la formación nueva y esbozar unos rasgos del Derecho autonegador—afirmador del hombre—y de las articulaciones que pueden dar vida a todo ello, bien merecen unas páginas de reflexión genérica.

En su capítulo I, «Sobre el Derecho tradicional y la ideología de los juristas», afirma que en la reflexión teórica y en el plan (o planes) de estudios vigente en las Facultades de Derecho, el llamado Derecho privado ocupa un lugar central.

Vale la pena echar una ojeada al trato que dan los Códigos, que constituyen la principal fuente de alimentación de la formación jurídica, a algunos conceptos fundamentales.

La propiedad que contempla el Código civil es pura y simplemente la propiedad de la tierra. Con el Código civil en la mano se pueden resolver los problemas de tal propiedad; nada, en cambio, cuando se habla de una propiedad en un sentido más moderno. La propiedad escapa al Código.

También escapa al Código otra institución jurídica: el arrendamiento, pese a que regula el arrendamiento de servicios y los rústicos y urbanos, la legislación especial, por cierto insuficiente, ha tenido que ocuparse de la problemática de tales contratos. No ha podido prever las grandes aglomeraciones urbanas, las migraciones internas, la industrialización, las transformaciones con que ésta ha incidido sobre la propiedad agraria.

Escapa en los Códigos la hipoteca, que se diversifica por razones no formales, como son los de la cosa hipotecada y la función que representa (se hipotecan buques o bienes no inmuebles).

Han quedado obsoletas muchas instituciones y conceptos jurídicos propios de una producción fundamentalmente agraria, y otros adquieren un desarrollo inusitado (letras de cambio, cheques).

De no escaparle nada al Derecho preindustrial, agrario, ha pasado a escaparle todo. Pues, efectivamente, la legislación se moderniza, pero la reglamentación sigue con retraso y abstracción considerables las posibilidades y las complejidades técnicas del proceso productivo del siglo xx.

El carácter social de la producción se ha acentuado hasta tal punto, que ya no se trata simplemente de un problema de retraso legislativo, sino que el problema real pasa a la naturaleza de la regulación: solamente el control social de los medios productivos puede encontrar una regulación jurídica técnicamente apropiada. Fuera de ello, el proceso queda abandonado a «sus» leyes, que no son las del Derecho.

En el jurista moderno se desplaza su atención principal hacia problemas de mínima relevancia en la producción moderna, y tiene un conocimiento harto escaso e insuficiente de los más directamente vinculados a ella.

La percepción de los aspectos nuevos del Derecho tiende a reducirse en las facultades y en la «teoría», en el mejor de los casos, a la percepción del detalle no conceptualizado del nuevo tejido reglamentario: éste, por lo demás, es de malla demasiado ancha para atrapar lo específicamente propio de un proceso productivo de elevado carácter social, y facilita que las leyes del no Derecho favorezcan el proceso de concentración monopolista.

Rechaza el estudio del Derecho canónico en los planes de las Facultades del Derecho. Excluido el derecho del Estado Vaticano y la reglamentación eclesiástica recogida por la ley del Estado, el Derecho canónico nada tiene de Derecho, sino que es un cuerpo de reglamentación moral.

Rechaza la actual configuración del Derecho natural que alega la existencia de un conjunto de principios jurídicos de varonista manera fundamentados, superiores al Derecho positivo y con que éste debe concordar. La no historicidad de esos principios y la consiguiente imposibilidad de enunciación de los mismos suscitan un considerable problema, o su pseudoproblema, si se llama así a las cuestiones mal planteadas, imposibles de resolver. Los Abogados del Derecho natural en definitiva, hacen una apología en bruto del Derecho positivo. Los manuales de Derecho natural acaban siendo una pobre suma de doxología inorgánica sobre la cuestión, preceptos de la legislación positiva o del *Codex Iuris Canonici*, proverbios morales y sentencias populares al gusto del autor.

La reflexión filosófica sobre el Derecho—filosofía del Derecho—, a su apropiado nivel, posibilita una dubitativa meditación crítica sobre el objeto que descubre problemas irresueltos. Pero esa interrogación difícilmente puede ser al mismo tiempo fecunda y tener carácter disciplinar; y posiblemente se ganará mucho tiempo en la formación del jurista

dejando que surgiera libremente del diálogo y la reflexión interuniversitaria. Pues no parece que la práctica actual, de conversión de la disciplina en vaga historia del pensamiento jurídico, satisfaga la exigencia que hay que suponer por debajo de su integración como elemento formativo.

La enseñanza de la Historia del Derecho en las Facultades tiende a centrar su atención en la historia institucional por exigencias extrañas al concreto histórico del que las instituciones son un aspecto. Aparece así una falsa lógica de las instituciones, por la cual unas se transforman en otras siguiendo criterios evolutivos esencialmente internos a ellas. Se pierde con ello la dialéctica del proceso histórico, y también la función específica en él de las instituciones del Derecho, insuficientemente explicada por lo primero.

Respecto de la sociología del Derecho, inserta en algunos planes experimentales de estudios facultativos, entiende que su introducción puede resultar bastante poco fecunda. Pues la sociología sigue siendo todavía más un conjunto de métodos y procedimientos técnicos de investigación de la realidad social con intencionalidad científica que una ciencia autónoma, con un punto de vista sustancialmente diferente del propio de la historia.

En definitiva, concluye, las materias que componen la licenciatura en Derecho transparentan en su conjunto una ausencia notable de conocimiento material, de conocimiento genético de la realidad social de que el Derecho es parte. Ello parece constituir un elemento ideológico, falseador, de considerable magnitud.

Algunos de los aspectos ideológicos de la formación jurídica se reflejan también en la elaboración—y la transmisión—de determinados conceptos. La definición, por ejemplo, de la propiedad, como el más amplio dominio que un hombre puede tener sobre una cosa—y las demás definiciones del tipo citado—tienen la particularidad de presentar a la consciencia las relaciones sociales con los mismos caracteres que los hechos naturales. De ese modo, se sustraen a la influencia decisiva, consciente, del hombre.

En el Código civil, institucionalización suprema de la familia burguesa, sus miembros no son otra cosa que la personificación del capital—seguramente agrario y comercial—. Todas las instituciones de la familia tienen por único objeto determinar con exactitud la «voluntad» a la que el Derecho atribuye la representación del capital. Las únicas consecuencias que se atribuyen al matrimonio sin licencia paterna son estrictamente patrimoniales, sin afectar para nada a la relación matrimonial natural.

Cuando el Código emplea la palabra «hijo» no se refiere a una persona que se halla en una relación natural con otra, sino a un concepto jurídico, a una entidad legal, exista o no la relación natural por debajo de ella: por ello se distingue entre hijo legítimo y natural. No se trata en los Códigos del concepto habitual de hijo.

Con la noción de los alimentos legales se pretende reconstruir en la artificialidad exigencias de la relación natural pervertida.

La exigencia del capital, su tendencia a la acumulación y a evitar la desmembración son tan fuertes, que en pleno siglo XX pueden privar a la mujer, en el Derecho privado, de conquistas casi afianzadas en el Derecho público.

El aparato manufacturero de juristas tradicionales puede proveer con notoria eficacia a su propia reproducción. A partir de determinado momento se pierde la capacidad de enjuiciar el Derecho positivo y la realidad social y técnica de que nace. Acaso se pierde también el carácter revolucionario que la agudeza técnica lleva siempre en embrión.

El sedimento de debate jurídico estéril depositado en los tratados acaba de complicar la situación por interponer un complicado tejido categorial entre el fondo de la vida social de que es parte el Derecho, y este último. El estudiante de Derecho ha de detenerse a averiguar la raíz de la distinción entre «relación jurídica» y «situación jurídica» en cualquier pandectista alemán, entretenimiento capaz de sorber el seso como la lectura de los libros de caballerías, con la peligrosa diferencia de que tal investigación viene exigida por el aprendizaje de la materia. Desde el punto de vista de la pseudociencia aprendida será verdad la afirmación de KIRCHMANN: «Tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras.»

¿Por qué obliga una norma que no es moral? El jurista responde aquí atribuyendo la norma al estado, el cual, sin embargo, es identificado con el derecho—identificado con la suma de estas normas—en empecinado *quid pro quo*. El enigma del derecho lo desvanecen unos cuantos enunciados sencillos sobre éste: que el estado no ha existido siempre, sino que es un ente histórico cuya génesis arranca de la escisión de la sociedad en clases antagónicas; que el esqueleto del estado moderno lo componen, no «poder, territorio y pueblo», la encubridora cháchara triádica de los ideólogos fascistas, cháchara que de paso convierte al pueblo en elemento del Estado, sino: 1.º, un ejército permanente; 2.º, un segundo ejército de funcionarios; 3.º, la policía; que esta inmensa máquina de fuerza sirve invariablemente la función de preservar la variable estructura del sistema de apropiación privada. El Estado, además, segrega ideología y ordena la sociedad de forma que distancia lo que los sociólogos expresan como «conflicto» del centro de gravedad del sistema.

En su capítulo II, «Las funciones del jurista y la transformación social», afirma que el jurista ha sido en el pasado el intelectual orgánico privilegiado de las clases dominantes en la sociedad escindida.

Una de las cuestiones relevantes, si los juristas han de perdurar en dicho papel privilegiado, o, en otras palabras, si el derecho liquidador del derecho ha de hacerse, en general, contra los graduados de las escuelas de leyes o siquiera sin ellos, exige considerar las funciones desempeñadas por los juristas tradicionales.

La formación jurídica tradicional habilitaba para entrar a formar parte de los equipos políticos de las diversas fracciones de la burguesía a través de sus partidos; por otra, las Escuelas de leyes daban personal especializado en el ejercicio público o privado del Derecho.

Respecto del jurista funcionario público tradicional—jueces, fiscales, miembros de los principales Cuerpos del Estado, como Abogacía del Estado, Diplomacia—, debe decirse que algunos de sus rasgos lo asimilan muy de cerca al propietario, sea privado o feudal. El cargo o la plaza del gran funcionario tradicional se representa en los grandes Cuerpos de funcionarios una acentuada solidaridad de grupo.

El ejercicio privado del Derecho asignaba al jurista un papel empresarial, tanto por la pequeña empresa que solía ser el bufete de abogado como por el estatuto social de que gozaba por su relación con el grupo que contrataba sus servicios, exclusivamente el de los detentadores de los medios de producción.

En ningún caso precisaba el abogado un saber extraño al saber de leyes, y que respecto de éste bastaba un conocimiento tradicional. En el Derecho Penal se trataba de un ejercicio profesional mal visto, reservado a principiantes, no interesante económica o socialmente, y, por tanto, tampoco interesante teóricamente.

Sin embargo, el cambio social provoca profundas transformaciones en la noción tradicional del jurista. Se llega a un importante grado de concentración monopolista y de concentración industrial. El Estado pasa de

ser mero gendarme a Estado administrador. La empresa monopolista y la gran empresa capitalista pasan al sector de los servicios, que en la fase anterior era terreno privilegiado del pequeño empresario. Se introduce la ciencia en el proceso productivo y se convierte en un factor económico, lo que se ha llamado revolución científico-técnica, cuyo alcance será previsiblemente mayor que el de la revolución industrial. Se extiende la relación de trabajo asalariado a una categoría masiva de trabajadores de nueva creación, los científicos, los cuales, como grupo profesional, son también cualitativamente diferentes de los del pasado. Al lado de este grupo de asalariados se deja sentir más lentamente un proceso de «tecnificación» de las antiguas categorías profesionales.

Tales tendencias se presentan más o menos embrionariamente en nuestra geografía.

No debe esperarse, a la larga, una «desvalorización» de las enseñanzas «de Derecho» (salvo que, naturalmente, estas enseñanzas mantuvieran su indiferencia actual frente a las necesidades sociales): las transformaciones que suscita la revolución científico-técnica son causa de una aceleración del paso del trabajo humano al sector de los servicios, y de que cobren nuevo auge las tareas organizativas y de administración.

Como consecuencia de la concepción del Estado como administrador, los Cuerpos tradicionales pierden algunas de sus características elitistas al ampliarse su número; aumenta de modo masivo el número de funcionarios, personal contratado, etc.; surgen centros especiales de formación, como la Escuela de Administración, proveedores de conocimientos especializados.

Hav una tendencia general a que los juristas adscritos a la manipulación de la maquinaria estatal se conviertan en asalariados sin características especiales que los distingan de los juristas dedicados al ejercicio privado. La tendencia a la pura y simple relación de trabajo asalariado va acompañada de otra paralela de especialización funcional, que exige una preparación extraña a la dada por el saber jurídico formal.

No cabe duda que las clases dominantes pueden hacer objeto de su atención preferente de una minoría de los juristas, como especiales cuadros suyos. En el pasado, la atención se prestaba indiscriminadamente a todos los funcionarios.

Tiende a formarse un nuevo grupo de juristas, los integrados en calidad de asalariados, en las grandes empresas, para desempeñar funciones propias de su especialidad, y no como en el pasado, funciones empresariales directivas.

Cabe también que el jurista «venda», de hecho, toda su producción a una empresa, aun no siendo un asalariado.

Las especializaciones son ahora muy concretas: Derecho fiscal, Derecho laboral, crédito, legislación sobre sociedades, capital extranjero, administración pública, etc.

Hay una situación presente, si se quiere, todavía en gran parte tradicional; pero está muerta, es ya, definitivamente, pasado.

Esta situación descansaba sobre el momento clásico («progresivo») de expansión de la burguesía. El jurista era el sucesor laico del intelectual medieval, del clérigo. Hoy esa inserción privilegiada entre los intelectuales orgánicos de las clases dominantes pierde razón de ser. Para la gran mayoría de los graduados de las Facultades, su interés no ha de coincidir en lo futuro con el de los estratos superiores de la sociedad capitalista tardía.

Para destruir la cómplice neutralidad de los juristas es preciso encontrar caminos de articulación profesional extraños a lo sancionado por lo existente: articulaciones sociales en que el jurista se encuentra como pro-

fesional y como ser humano interesado en la consecución de la riqueza colectiva.

En el capítulo III, «La exigencia y la formación de un nuevo tipo de especialistas», sienta la drástica afirmación de que... «acaso ya no sea necesario decir que el barco de la tradicional Facultad de Derecho hace más aguas de las que puede achicar toda la tripulación formada impecablemente en la cubierta». También las hace el barco de la teoría. Aquí, más que nunca, es preciso inventar.

Está claro que hoy las enseñanzas impartidas en las Escuelas de leyes son insuficientes para iniciarse en la vida profesional. Quienes aspiran a encontrar un puesto de trabajo en la Administración pública deben pasar por las diversas escuelas paralelas institucionalizadas al efecto. Con la especialización profesional, el tradicional pasante ha dejado de ser un estudiante de leyes para convertirse en un abogado que no sabe lo que necesita saber para ser un profesional especializado.

Dos criterios pueden servir de orientación para una transformación fundamental de la enseñanza de las ciencias sociales: la empresa práctica de resolver los problemas planteados por la producción y la vida social modernas, y la invención social, colectiva, de las formas de organización científica que muestren responder a ello.

El Derecho y las ciencias sociales sólo pueden cobrar sentido pleno en el cuadro de transformaciones muy profundas. Por aludir solamente a dos de ellas: un aparato de poder político sometido directamente al control del poder social, y la eliminación de las principales barreras clasistas interpuestas al acceso de la enseñanza superior.

El encuadramiento del Derecho en la organización de la educación superior no puede quedar encerrado en las «Facultades» tradicionales. Acaso haya que pensar en un verdadero «politécnico» de ciencias sociales: un tipo de centro nuevo, o un conjunto de centros interrelacionados, en cuyos primeros cursos de estudio se proporcionen fundamentos de ciencias sociales amplios que posibiliten opciones múltiples posteriores, con cursos intermedios en los que haya acceso todavía a materias y métodos de trabajo pluridisciplinarios, y con cursos superiores que acentúen rigurosamente la especialización iniciada en los intermedios. La propuesta no significa el abandono del punto de vista jurídico: significa complementarlo, en la formación del jurista, con la posibilidad de saber genético sobre el Derecho.

Se plantea, además, la necesidad de concentrar en la Universidad nueva las instituciones de investigación, en nuestro país separadas de las instituciones educativas.

Los nuevos métodos de trabajo han de conducir a comunidades académicas de profesores y estudiantes capaces de gobernarse a sí mismas incluso en el terreno de las opciones científicas.

El conjunto de materias que constituyen hoy el Derecho privado, foco principal de la atención del jurista, y cuyo objeto son las relaciones de la producción agrícola, deberá dar paso a una sistemática centrada en las relaciones de la producción industrial: la empresa—pública o privada—, el trabajo asalariado, el aparato financiero que ha de sustituir a los temas arcaicos utilizados hoy para sistematizar las normas jurídicas y el aprendizaje de los problemas técnicos del Derecho.

En defensa de la dogmática jurídica cabe aducir que si tiene su propia autonomía interna, si posee una estructura y unos caracteres propios, el estudio de la especificidad del Derecho puede pasar a través de los romanos, los glosadores o SAVIGNY, pese a que materialmente se refirieran a las instituciones de una sociedad esclavista, feudal o capitalista. Pero tal razonamiento es incompleto mientras no se encuentre un medio satisfactorio de impedir la sacralización por el punto de vista estrictamente jurí-

... las normas dadas. Hay que aceptar el Derecho, pero para no convertir la aceptación en su misión eterna es preciso aceptar algo que tire de la normatividad jurídico-positiva hacia y desde la esfera de la idealidad histórica pura. Esta fuerza de arrastre ha de situarse fuera de la esfera del Derecho, en la esfera de la sociedad civil, de su organicidad.

Su capítulo IV lleva la rúbrica de «Un nuevo tipo de Derecho». El objetivo, se ha dicho, no es la mera consecución de una sociedad nueva, con su Estado; el objetivo es la conquista de una comunidad. En la comunidad, ideales tan profundamente arraigados como los de justicia, democracia y libertad política perderán su sentido. Pero democracia, libertad política y justicia son necesarias para la construcción de la comunidad, para hacer posible la tarea de edificar fuentes de verdadera riqueza colectiva. También lo es determinado tipo de Derecho: un Derecho capaz de contribuir a su propia liquidación. Este Derecho será desigual, como todo Derecho, pues el aparato de fuerza sancionará una distribución proporcional—desigual, por tanto— del producto social.

Pero ese Derecho ha de ser más justo, porque el criterio a tenor del cual mide, distribuye, el Derecho socialista es el del trabajo, el de la aportación al producto social, y no el de la magnitud de los medios de producción de algunos, limitando a los demás a subsistir.

El Derecho nuevo ha de cambiar necesariamente, no para ajustarse a unas relaciones de producción que en cierto modo le preceden, sino para crearlas.

El sistema político del socialismo ha de servir a la vez a los dos aspectos de una función fecundamente contradictoria: ha de ser un instrumento que asegure la satisfacción de las necesidades objetivas del capital social, y, al mismo tiempo, establecer las condiciones para que el desarrollo del capital cree, a su vez, las de su propia negación o superación, representando las exigencias de la plena liberación humana.

Cita el autor la solución salomónica, mucho más avanzada que la que narra la Biblia, que presenta el círculo de tiza caucasiiano de BERTHOLT BRECHT. La verdadera sabiduría humana del juez decide el caso; al hacerlo no sólo pone en cuestión los procedimientos probatorios del Derecho, sino incluso el Derecho mismo, las relaciones sociales establecidas, pues entrega el niño a la persona que ha mostrado quererle y no a la que guarda con él una mera relación biológica. La decisión judicial sanciona aquí, por medio de un Derecho revolucionario, relaciones sociales más justas.

El nuevo proceso legal puede ser un instrumento nuevo de realización social. La decisión judicial socialista no tiene por qué limitarse a las pretensiones de las partes, sino que la decisión puede buscar en el caso concreto la solución concreta óptima para el interés colectivo al que las partes están subordinadas también, y no la solución óptima para alguna de las partes. La administración de justicia asume en la nueva sociedad una función nueva y positiva: puede ser un agente que interviene progresivamente en las tareas de construcción económica. Sus juicios habrán de ser, por sistema, salomónicos.

Rechazada la noción de estado burgués liberal de derecho, puesto que se trata de construir un aparato manipulable por el poder social, es cuestión de retomar la idea del referéndum permanente: el referéndum del poder social extendido a todas las funciones de poder político.

Nada impide pensar que las ideas de «delito» y de «criminal» tengan una historia que con el paso a la comunidad esté tocando a su fin. «Quitar» perderá sentido con la abundancia social. Y las nuevas categorías penales que hoy se desprenden casi solas de la estadística criminal, una vez depuradas por juristas «nuevos»—por equipos capaces de utilizar las técnicas de la sociología, la psicología, la educación, etc.—darán de sí una

«disciplina» y unas funciones que no serán va el Derecho penal y el penalista, sino ciencia de la patología social y eficaces terapeutas de una comunidad capaz de reconocerse a sí misma sin cinismo.

Tales esbozos «utopistas» dan una idea de lo que es la reabsorción del Derecho por la sociedad. Podrá objetarse que se trata de esbozos más que primitivos, balbucientes e inciertos. Y así es realmente; pero no es menos cierta la («estratégica») imposibilidad de lo viejo. La alternativa no se da, pues, entre lo nuevo y lo viejo, sino entre lo nuevo, por difícil que su parto sea, y la decadencia («la muerte»). Ambas alternativas son posibles.

El nuevo tipo de Derecho, dice a modo de conclusión el autor, no puede apoyarse simplemente «en la sociedad». Exige una sociedad civil organizada, articulada en torno a los centros de la relación social—y, sobre todo, productiva—misma: organización de la fábrica, de la empresa, de la comunidad campesina, de los trabajadores científicos, de los centros de estudios, del barrio, de la juventud. . Una sociedad que supere con el trabajo de la voluntariedad de sus fuerzas progresivas las disgregadoras tendencias de una realidad atomizada.

El *homo faber* no puede prescindir del momento especulativo, pues ese hombre, para convertirse finalmente en *homo ludens*, no separa el ojo de la mano. El *homo ludens* habrá dejado atrás, muy atrás, a los juristas; el *homo faber* tiene que desplegar nuevamente su vieja astucia, astucia muy concreta en lo que se refiere a los problemas del Derecho. Pero la artificialidad es aquí relativamente sencilla, pues consiste en poner los dos aparatos, el de la producción y el del poder, en idénticas manos operarias. Acaso esto deje planteadas demasiadas preguntas; su planteamiento significa que tiene respuesta.

La lectura de la obra que hemos extractado deja en el ánimo una impresión contradictoria; de admiración y de cautela. De admiración, ante la lógica férrea del autor, su agudo análisis de la realidad socioeconómica y de la superestructura jurídica, la denuncia de errores, de rutinas disciplinarias, la clara preocupación por un Derecho justo, adecuado a una sociedad más flexible y humana que la presente. De cautela, porque, si rechaza el Derecho natural, como ideológico, no menos ideológico es el Derecho que propugna: Derecho para liquidar el Derecho; Derecho que trasciende la juridicidad positiva, que ha de contener «algo que tire de la normatividad jurídica positiva hacia y desde la esfera de la idealidad histórica pura». ¡Eso es un nuevo Derecho natural, siquiera esté acorde con la dialéctica histórica, nuevo dogma, nueva utopía—si no creemos en ella—como puede serlo, a los ojos del dialéctico histórico, la visión del Nuevo Cielo y la Nueva Tierra de Juan en Patmos. En cualquier caso, algo que está más cerca de la fe que de la ciencia.

Cierto que el Derecho natural de la *philosophia perennis* necesita una reelaboración. Son ciertas muchas de las críticas que a su misma noción se han expresado desde distintos puntos de vista. Pero creemos que la noción de Derecho natural sigue siendo válida, siquiera debe ser repensada a la luz de los nuevos tiempos y las nuevas ideas.

La liquidación del Derecho por obra del Derecho mismo parece un ideal inalcanzable, ni siquiera en los casos en que el poder popular pone en común los medios de la producción, como la experiencia histórica enseña. Si en ningún país socialista ni siquiera se ha llegado a la fase de la liquidación del Derecho, ¿cómo llegar a la fase de la comunidad sin Derecho? Se mueve el futuro previsible—hov por hoy las proyecciones de futuro difícilmente prevén más de los próximos treinta años— en el sentido de la dialéctica histórica, o mejor, hacia una sociedad de rasgos muy diversos, que apenas somos capaces de entrever.

Son puntos de meditación que no deben hacernos olvidar lo que como juristas y ciudadanos es nuestro deber: la lucha por un Derecho y una sociedad más justos que los presentes.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
(Notario de Huelva)

SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, RICARDO: *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968; 259 págs.

El autor dedica 15 páginas introductorias al estudio de la garantía hipotecaria. En ellas pasa revisión a las principales doctrinas, para construir, sobre ellas, la media aritmética de su propio sistema. La más antigua es la «teoría clásica», consagradora de la garantía como un auténtico derecho real, oponible *erga omnes* y dotado de dos privilegios: el de preferencia y el de persecución, este último de claro matiz realista. Sus partidarios defienden que el carácter real es permanente en la hipoteca (*vid. MESSINEO*).

El antípoda científico de esta construcción viene representado por la llamada teoría procesalista, iniciada por CARNELUTTI, que niega carácter de derecho real a la hipoteca, a la que sólo concibe como una figura perteneciente al derecho procesal. La responsabilidad se sitúa dentro del campo del derecho procesal, consistiendo en una sujeción de los bienes del deudor incumpliente al poder del Estado, impulsado por el acreedor al iniciar el correspondiente proceso ejecutivo.

ROCA SASTRE repudia este enfoque procesalista de la responsabilidad del deudor. Y abre nuevas fronteras al entendimiento de la sustancia de los derechos reales. CARNELUTTI y sus seguidores adscribían la calificación real de un derecho a la circunstancia de que atribuyese un señorío de goce, exteriorizable con actos tangibles. Al decir de ROCA, los procesalistas olvidaron que otra de las utilidades del derecho real es contar con su valor económico de cambio de realización. Y en la hipoteca se da la utilidad, consistente en que el valor económico de realización se destina al pago de un crédito, quedando, en consecuencia, gravado el bien hipotecado. Lo que trae como consecuencia el provocar la exclusión de todo tercero, sea un adquirente de la finca hipotecada o un acreedor del constituyente.

Partiendo de estos antecedentes, RICARDO SILLERY elabora su propio punto de vista, caracterizado por un enfoque bimembre muy original. Considera a la hipoteca como un derecho real de reserva del valor económico de la cosa gravada en beneficio del titular de una obligación y para la eventualidad de que ésta sea incumplida. Pero la hipoteca, como tal, no da ningún derecho para la ejecución de la garantía. El derecho a extraer el valor de la cosa hipotecada sólo lo otorga el crédito hipotecario.

Fijadas así las dimensiones dentro de las cuales va a encuadrarse la monografía, el autor dedica la primera parte de la misma a analizar el carácter de derecho accesorio de la hipoteca. Para operar con fluidez, casi silógicamente, hay que partir de concretar la premisa mayor de una definición de los derechos accesorios: «Son aquellos que están en relación de dependencia y presuponen existente otro derecho.»

Ha suscitado polémicas la forma de evaluar esta relación de depen-

dencia. Una tesis interesante es la de VON THUR, según el cual la dependencia del derecho accesorio con respecto al principal se da en cuanto al fin, nacimiento y transferencia, quien sostiene también la indisolubilidad del derecho accesorio respecto al principal.

Puesto en la necesidad de trazar el verdadero perfil de los derechos accesorios, afirma el autor—con teoría en parte prestada—que los tales derechos suponen un cierto margen de independencia. COVIELLE refrenda este testimonio con frase esquemática: «El derecho, aun siendo accesorio de otro derecho, tiene una vida propia y está regulado por normas propias y diversas de las que gobiernan el otro derecho, en tanto que las facultades no tienen más vida que la del derecho de que forman parte sin que la tengan por sí mismas.»

El concepto de la accesoriedad se apoya en unas tierras movedizas de las que es difícil extraer cimientos unívocos. Lo reconoció hace tiempo VON THUR: «El concepto de dependencia no tiene gran valor dogmático, puesto que los modos y las causas de la dependencia pueden variar mucho; aunque bajo cierto aspecto un derecho se presente como accesorio, de esto no deriva necesariamente igual calidad para otros aspectos.»

El salto de la teorización genérica a la problemática de la hipoteca se exhibe en el capítulo II de la primera parte, donde se recogen las teorías sobre el carácter accesorio de la hipoteca. En la doctrina menos progresiva hay que situar aquellos autores para los cuales la hipoteca no es derecho autónomo, sino una simple cualidad del crédito principal, por cuanto no puede existir ni nacer sin un crédito válido y perfecto a garantizar.

La teoría clásica reconoce como auténtico derecho a la hipoteca. El crédito, en cuanto derecho personal, no es oponible a los terceros, extraños a la relación obligacional. Por el contrario, la hipoteca afecta directamente a la cosa gravada, y por esta idiosincrasia real del vínculo hipotecario es por lo que el acreedor puede perseguir el bien hipotecado y dirigirse inmediatamente contra él, consiguiendo una posición oponible *erga omnes*.

La naturaleza inmobiliaria de la hipoteca repudia el que pueda considerársela como mera cualidad del crédito, investido de raíz mobiliaria.

Que no constituyen una figura unitaria lo demuestra la posibilidad de que la hipoteca esté separada del crédito, como en el caso de la hipoteca constituida para garantizar una obligación futura o eventual.

Como contrapunto de su afirmación de la hipoteca como derecho independiente, la teoría clásica se preocupa de dejar bien sentado que la misma constituye un derecho accesorio de una obligación determinada; como dice BELEGAND, la hipoteca acompaña al crédito, vive por él y para él y no se concibe sin la coexistencia del mismo. Consecuentemente, los autores insertos en esta dirección doctrinal sostienen que la hipoteca no puede suscitar efectos sin un crédito presente al cual sirva. Los derechos de preferencia y persecución no se producen sin que exista un crédito determinado. No puede haber preferencia en el cobro sin que exista un crédito susceptible de ser reclamado. Ni se podría perseguir un bien hipotecado hasta las manos de un poseedor tercero para pedir un pago sobre su precio de realización sin que previamente existiese una obligación cuya ejecución fuese exigida por el acreedor.

Por exigencias del aforismo, según el cual lo accesorio sigue a lo principal, resulta que la hipoteca se transmite simultáneamente con el crédito, siendo una consecuencia de la cesión de éste.

En la fase final del ciclo vital del crédito se advierten también las implicaciones de la accesoriedad hipotecaria por cuanto la extinción de la obligación garantizada provoca la desaparición del derecho de hipoteca.

SILLERY desmenuza los méritos y fallos de la teoría clásica en un análisis muy subjetivo y muy válido. Afirma el jurista venezolano que en la

configuración de la garantía ofrecida por los autores clásicos se olvida la fase anterior a la ejecución y se confunden en este momento procesal efectos del crédito y de la hipoteca.

La hipoteca de propietario puede representar el intento más progresista de independización de la garantía. Por eso, SILLERY la estudia con detenimiento bajo la denominación de «hipoteca independiente», destacando el hecho de que los títulos de crédito puestos en circulación por el propietario no se ven afectados por los vicios y causas de extinción que sean imputables a los créditos que motivaron su entrega. Esta hipoteca se denomina autónoma con razón, porque las cédulas sólo dependen de la inscripción de que han sido objeto en el momento de su emisión. Con lo que se consigue movilizar el crédito territorial desde el momento en que el endosatario no está expuesto a las excepciones que hubiesen sido procedentes contra un cesionario o portador precedente.

Y aun cuando la finca continúe en poder del propietario, el acreedor no puede dirigirse, en la fase ejecutiva, más que contra el inmueble gravado, careciendo de acción contra el patrimonio restante del dueño.

SILLERY toma una posición personal frente a la hipoteca de propietario y llega al convencimiento de que la garantía es dependiente del crédito abstracto que figura incorporado a los títulos de crédito porque la hipoteca continúa desplegando su función de garantía accesorio de un crédito.

En el capítulo III de esta primera parte, el autor nos ofrece su peculiar visión de la hipoteca, caracterizándola como un derecho con entidad propia, accesorio tan sólo en cuanto a su finalidad.

Como corolario expone algunas manifestaciones de la autonomía de la hipoteca. Está, en primer lugar, el punto referente a la constitución del gravamen. Siendo necesaria la inscripción también en el Derecho venezolano, se visibiliza el carácter formal y solemne de este Derecho, contrastando con el crédito asegurado, que, por ser un derecho personal, no requiere de ninguna formalidad especial para su nacimiento.

El jurista venezolano califica a la hipoteca de derecho coherente, porque desde el momento de su constitución hasta el de su extinción el gravamen opera invariablemente la vinculación y reserva del valor económico en favor del crédito garantizado. Pero esta instalación conceptual no nos permite desconocer—sigue opinando SILLERY—la importancia trascendental que tiene el crédito y los incidentes de su vida en lo referente a algo tan básico como es la prosecución de la vida misma del derecho de hipoteca.

Porque no se puede desconocer que la hipoteca tiene una dimensión de accesoriedad, que se visibiliza si tenemos en cuenta que la hipoteca no tiene una utilidad económica propia a diferencia de los derechos reales de gocc. Porque esta carga inmobiliaria no facilita ningún provecho inmediato a su titular, en cuanto está ausente de ella todo atributo que encarne en disfrutar de una cosa, aun en el sentido más reducio que imaginarse pueda.

Pero no se pueden enfrentar todos los derechos con la piedra de toque de la inmediatidad de su aprovechamiento. Sería un baremo parcial y miope. Por eso SILLERY nos aclara que la utilidad de la hipoteca se produce en relación al crédito, sin el cual no se concibe. Y consiste en la seguridad que confiere al acreedor de que el crédito será íntegramente satisfecho a pesar de que el deudor o un tercero no le hubiese dado espontáneo cumplimiento.

La segunda parte de la obra, que constituye el núcleo de la aportación original de SILLERY, está consagrada al estudio de los aspectos justificativos de la autonomía del derecho de hipoteca. La autonomía existencial de este gravamen puede auscultarse jurídicamente a través de varios momentos de la biología de este derecho. Hay un primer momento

que podríamos denominar de anticipación de parto, porque lo normal es que el crédito y la hipoteca sean gemelos, pese a su diferente rango. Esta prioridad natalicia es detectada por el tratadista venezolano, que dedica sus primeros pasos del *iter* autonómico a demostrarnos que la hipoteca existe plenamente aun en la fase de su vida que se produce cuando se la constituye antes de que nazca el crédito por garantizar. Lo testifica la circunstancia de la serie de facultades del solo titular de la hipoteca en esta fase (v. gr.: los poderes del mismo para impedir que el constituyente o un tercero efectúen sobre el bien actos materiales que reduzcan el valor económico vinculado por la hipoteca).

Pero es que hay más. Los mismos resultados que se producen en la fase de realización (la vinculación con preferencia y el derecho de percuación a los fines del cobro de su crédito) no se explican satisfactoriamente sino admitiendo la existencia plena de la hipoteca en la fase que precede al crédito.

Y todo esto es así porque—tesis de SILLERY—la hipoteca existe en esta fase que precede al nacimiento del crédito idénticamente a como lo hace cuando coexiste con la obligación.

El segundo momento contemplado por el autor es aquel en que coinciden biología creditual y la biología hipotecaria. Y aunque este paralelismo—o, mejor, coincidencia—temporal acarree una indudable supeditación de la garantía, porque la vida de la hipoteca está mediatizada por su función justificadora de poder servir a un crédito, es lo cierto que aun en estos casos en que coexiste con el crédito que asegura, la hipoteca tiene sustancialidad existencial propia.

En capítulo aparte estudia el autor la autonomía de efectos del derecho de hipoteca. No el *jus distrahendi*, porque tal derecho es más bien secuela del crédito garantizado. Propiamente hay que mencionar la preferencia y la persecución como mecanismos defensivos de la vinculación, que se producen desde la constitución del derecho y prescindiendo del crédito. SILLERY cimenta sus ideas en un basamento dual: la vinculación es el efecto esencial interno del derecho de hipoteca y la preferencia y la persecución configuran el aspecto externo.

¿Por qué los derechos de preferencia y persecución, presentes también en otras figuras jurídicas, cobran tan especial relieve en materia del derecho de hipoteca? Nuestro autor encuentra una explicación satisfactoria. En primer término, por lo abstracto de la noción de vinculación, la cual no confiere al titular de la hipoteca ningún poder que se concrete en actos materiales. La segunda razón se asienta en la consideración de que la hipoteca es un derecho real cuya función de garantía se realiza primordialmente a través de un procedimiento de exclusión.

El capítulo final estudia la autonomía de transmisión del derecho de hipoteca. Para centrar las implicaciones del tema, SILLERY trae al ruedo del análisis doctrinal las diferentes posturas teóricas, desde los que niegan categóricamente que la hipoteca pueda ser objeto de transmisión separada del crédito principal hasta los que admiten la disponibilidad aislada del gravamen, pero sin divorciarlo totalmente de la obligación principal.

SILLERY no es un ecléctico recopilador de ajenas teorías. Tiene la virtud viril y netamente intelectual de adoptar posiciones personales. También lo hace en esta sazón, inclinándose abiertamente hacia la enajenabilidad autónoma de la hipoteca. Porque es fácilmente concebible que el valor de un bien deje de estar sujeto en beneficio de un cierto titular para garantizar a otro, que es también acreedor del mismo deudor y que, en el futuro, podrá ejercitar todos los poderes tendentes a la conservación del valor económico del inmueble gravado.

Pero esta enajenación divorciada comporta una serie de exigencias con objeto de conseguir que la transmisión aislada de la hipoteca no produzca perjuicios al poseedor del bien gravado o a otros titulares de derechos reales sobre el mismo (v. gr.: a otros acreedores hipotecarios).

Hemos juzgado un libro serio, digno, acreedor de los mejores plácemes valorativos. Es un espectáculo cultural y racionalmente reconfortante contemplar cómo los hombres criollos de Hispanoamérica alcanzan la madurez literaria y científica, rodeada de muy estimables valencias espirituales. SILLERY, desde su parcela hipotecaria, forma línea con esos valores americanos, cuyo empuje nos es tan grato testimoniar.

JOSÉ MENÉNDEZ

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Seguro Obligatorio de Viajeros*. (Comentarios al Reglamento de 6 de marzo de 1969.) «Revista de Derecho Judicial». Madrid, 1970; 326 págs.

El Seguro Obligatorio de Viajeros (S. O. V.) se implanta en España en 1928 por Real Decreto de 13 de octubre, con la aspiración de «mejorar a los necesitados de protección cuando, por accidentes ajenos a la voluntad del hombre, se perturbe el equilibrio económico de la familia».

En su nacimiento tiene un ámbito delimitado: el transporte por ferrocarril. A partir de entonces, a medida que las necesidades lo van exigiendo, se modifica y amplía notablemente el campo de actuación del Seguro. En 1941 se extiende al transporte por carretera y aéreo. Dos años después, al marítimo. El régimen de primas, reservas, indemnizaciones y asignaciones es retocado en 1950, 1952, 1962, 1965, 1966, 1967, etc.

Dice el Preámbulo del nuevo Reglamento que «el tiempo transcurrido y la profusión de normas que desde entonces ha sido preciso dictar para regular su funcionamiento y mantener la actualidad de sus preceptos ..., hace necesario recopilar tales normas en un texto único ...».

Esta finalidad se consigue con el vigente Reglamento, promulgado el 6 de marzo de 1969.

La obra que comentamos sigue la misma estructura del Reglamento.

Se inicia con el texto del Decreto 486/1969, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del S. O. V.

Consta de dos partes. La primera dedicada al «Ámbito del Seguro Obligatorio de Viajeros». La segunda, a la «Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros». Cada una de ellas, a su vez, dividida en títulos y capítulos. Comprende 144 artículos y seis disposiciones finales. El autor, a continuación de cada artículo, integra el comentario correspondiente.

La parte primera comprende cuatro títulos, en los que se trata del régimen del seguro, contenido, procedimiento para la obtención de las prestaciones garantizadas y relaciones de la Comisaría con los transportistas.

El título primero, con profundos comentarios, numerosas citas doctrinales y abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Arbitral de Seguros, se delimita el Seguro, se estudian los riesgos garantizados, distinguiendo los accidentes comprendidos y los no comprendidos en el ámbito de protección del Seguro, las personas aseguradas y la extensión del Seguro, especificando en el artículo 14 los medios de locomoción incluidos en el S. O. V.

El título segundo regula el contenido del Seguro. Se especifican los accidentes que dan lugar a las prestaciones pecuniarias (muerte, incapacidad permanente o temporal) y las cuantías de las mismas; las prestaciones de la asistencia sanitaria; los beneficiarios del Seguro, estableciéndose la correspondiente prelación para el percibo de indemnización en caso de muerte, así como la tarifa de las primas.

El título tercero se refiere al procedimiento para hacer efectivas las prestaciones garantizadas. Se inicia con unas normas generales sobre la «protesta» del accidente, su prueba, la obligación del transportista, la dación de cuenta a la Comisaría, el plazo de la protesta y la caducidad de su formulación. Trata seguidamente de la iniciación del procedimiento sobre prestaciones pecuniarias; de la determinación de los daños corporales; la terminación de aquel procedimiento; la forma de hacer efectiva la prestación asistencial, y la actuación de los centros asistenciales. Terminando con los recursos, de alzada ante el Consejo y ante el Tribunal Arbitral de Seguros, y la extinción del derecho a la prestación pecuniaria.

El último título de esta primera parte estudia las relaciones de la Comisaría con los transportistas, imponiendo a éstos una obligación general de colaboración, detallando aquellas que tienen carácter permanente, estableciendo las sanciones al incumplimiento, y, a continuación, la recaudación de la prima del S. O. V.

La parte segunda, que comprende dos títulos, está dedicada a la Comisaría del S. O. V., órgano al que se encomienda la gestión y administración del Seguro. Constituye una entidad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente del que posea el Estado, adscrita al Ministerio de Hacienda y dependiente de la Dirección General de Tesoros y Presupuestos. La integran los órganos unipersonales (ministro de Hacienda, presidente, director, secretario general y dos vicesecretarios) y colegiados (el Consejo, su Comisión delegada y la Junta facultativa). Se especifica la competencia y funciones de cada uno de ellos; el funcionamiento de la Comisaría; su régimen financiero, su control y fiscalización. Terminando esta parte con los servicios, personal y asesoría jurídica que la integran.

Se añaden las disposiciones finales y a continuación un anexo al Reglamento, que contienen las disposiciones derogadas y la Orden ministerial de 27 de octubre de 1962, sobre la forma de pago de las indemnizaciones en los accidentes que estén al cargo de la Renfe, disposición que queda vigente.

Termina la obra de SOTO NIETO con un índice sistemático.

JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR

VOLUMEN COLECTIVO: *La Empresa Pública*. Edición y prólogo de EVELIO VERDERA y TUELLS. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970; 1912 págs.

El creciente fenómeno de especialización que ha invadido por doquier el complejo mundo del Derecho ha conducido a consecuencias jurídicamente cuando se han analizado, desde posiciones singulares y con pretensiones de validez general, fenómenos cuya complejidad trasciende, con mucho, el específico objeto de una disciplina. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el conocimiento especializado se ha puesto al servi-

cio de un trabajo conjunto, la visión que del problema analizado se ha obtenido no ha podido sino ser armoniosa y coherente. Este es el caso del doble volumen que en torno al actualísimo y complejo fenómeno de la empresa pública (en adelante e. p.) ha sido publicado por el Real Colegio de España en Bolonia, bajo la directa supervisión y coordinación del profesor VERDERA, insertándose en la línea de las magníficas publicaciones a que nos tiene acostumbrados tan prestigiosa institución.

Encabeza esta serie de trabajos—de los que forzosamente nos tendremos que limitar a dar simple noticia—un artículo del profesor PAPI, en el que establece las coordinadas dentro de las que debe actuar la e. p. en el ordenamiento jurídico occidental, atribuyéndose una función netamente subsidiaria, dada su concepción de la actividad privada como *primum mobile* de todo desarrollo, conclusión a la que llega tras del análisis de los resultados de la planificación francesa. En la misma línea, y especialmente sugestivos para el jurista, se presentan los artículos firmados por STAMMATI y GARCÍA TREVIJANO, en los que, partiendo del análisis de los factores que propiciaron la tipificación de la e. p. como sujeto agente en el sector económico—movimientos obreros en busca de una más justa distribución de la riqueza tan sólo actuable por la directa intervención del Estado en el campo económico, posguerras, comprobación de la falacia del pretendido mecanismo espontáneo de reequilibrio en la economía capitalista—, el primero concibe el intervencionismo estatal como la única alternativa válida frente al modelo colectivista, estableciendo las líneas esenciales que deben presidir tal intervención; mientras el segundo de los citados autores, tras el estudio de los elementos que integran el sector público económico, constata cómo la actividad de la e. p., si jurídicamente se adscribe al ámbito jurídico-privado, económicamente se inserta dentro del sector público económico.

Con su habitual agudeza, GIANNINI subraya el tránsito operado desde el momento en que la empresa es directamente gestionada por el ente público—«ente público-empresa»—al momento actual, en que la e. p. adquiere propia autonomía operativa, con las consecuencias que tal transición comporta en punto a responsabilidades derivadas de la actuación de la e. p., al tiempo que pone de manifiesto los esfuerzos doctrinales en pro de la reconstrucción de un derecho común como medio de obviar las dificultades surgidas al tipificar institutos, cual el de la e. p., cuya sistematización dentro del puro ámbito privado o público no puede ser sino forzada.

ARENA construye su ensayo en torno a una afirmación fundamental: «El ente público necesario, por sus fines sociales y su estructura de ente distribuidor de riqueza, no puede ejercer profesionalmente una actividad económica y, por tanto, es inapto para llegar a ser empresario...», puesto que no puede existir empresa sin empresario, no puede a tales entes reconocérseles la titularidad directa de una empresa.» Ahora bien: no le lleva tal afirmación a negar la intervención del Estado en el sector económico, sino a la conclusión de que la misma se verifica mediante órganos diversos o a través de otras personas jurídicas. Finaliza su exposición constatando la necesidad de una directa aplicación del estatuto del empresario mercantil a las e. p., si bien tal aplicación se encuentra en ocasiones con obstáculos insuperables.

El carácter esencialmente polémico del tema se manifiesta nítidamente cuando, unas páginas más adelante, el profesor LESSONA, concibiendo la «profesionalidad» como «continuidad en el ejercicio de la actividad», concluye afirmando que la calificación de empresario puede corresponder también al Estado en aquellos casos en que la actividad económica sea ejercitada por una organización directamente suya.

A través del contenido de estos trabajos iniciales se tiene la impresión de que el jurista tiene que enfrentarse con un instituto cuyo encuadramiento en la dogmática jurídica vigente no puede hacerse sino forzando el pristino sentido de la misma. El Derecho, una vez más, se ve forzado a regular realidades sociales no previstas, y al hacerlo no creemos sirvan, como algunos obcecadamente pretenden, los esquemas ya existentes, por cuanto la nueva realidad se encuentra en esa zona limítrofe entre Derecho público y privado, si bien son notorios los intentos de privatizar cada vez más la actividad de las c. p., lo que, con palabras más autorizadas que las nuestras, ALESSI ha conceptuado como «fenómeno de privatización», y que GALGANO, en su estudio sobre *La estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público*—inserto en la obra que comentamos—, subraya, al poner de manifiesto cómo el Derecho privado se atribuye la regulación de actividades que en principio se encontraban regidas por el principio de supremacía de la Administración y, por ende, sujetas al Derecho público, aun cuando, observa el autor, «quizá no deba hablarse de un derecho privado, sino de un derecho común».

En este intento de configurar jurídicamente la e. p., SILVA MUÑOZ, siguiendo las huellas de ZANOBINI, afirma en su estudio que el derecho del ente público titular de la empresa es un derecho de propiedad sustancialmente análogo al derecho de propiedad privada, netamente diferenciado del denominado régimen de dominio núblico.

MINERVINI, GALGANO y OTTAVIANO, previo análisis del estatuto del empresario mercantil, concluyen, en sus respectivos artículos, en la posibilidad lógica de que el empresario público se encuentre vinculado por tal normativa, aun con las desviaciones—no siempre justificadas—propias de su carácter publicista, carácter que, como sostiene COTTINO, marca una impronta sobre estas relaciones entabladas por el ente en el desarrollo de su actividad, dado que «el Estado empresario es un Estado que interviene con el peso de sus fines, de sus motivos, de sus orientaciones, en la gestión de la empresa».

MENEGAZZI, NAHARRO MORA y SARACENO, desde el punto de vista del análisis económico, y STEFANI y GOLA, dentro del marco de la política financiera, complementan esta primera aproximación al tema de la e. p.

La c. p., dentro del ordenamiento jurídico español, es objeto de sistematización en sendos comentarios de GARRIDO FALLA, MARTÍN RETORTILLO, DUQUE, FERNÁNDEZ ROJAS y MELIÁN GIL. Si el trabajo de cada uno de los citados autores, aisladamente considerado, constituye una inestimable aportación al tema, su valor estriba, a nuestro juicio, en la unidad temática que les aglutina. El hilo conductor está constituido por el intento de analizar sistemáticamente—intento plenamente logrado dentro de las naturales limitaciones impuestas por la no siempre clara normativa existente—la regulación jurídica de la e. p. en España. Poniendo de manifiesto la normativa sobre la que tal regulación se asienta—Ley fundacional del I. N. I. de 1941, Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 1958, Ley aprobatoria del primer Plan de Desarrollo de 1963, Ley de Patrimonio del Estado, cuyo Texto articulado fue aprobado por Decreto de 15-IV-1964—, subrayando en concreto las lagunas y las duplicidades normativas a que, especialmente en orden a control de tales entes, ha conducido la total ausencia de una visión legislativa de conjunto, se establecen las directivas a seguir por el legislador en el momento de abordar la reforma del vigente régimen jurídico. El profesor MELIÁN, tras constatar cómo el «principio de subsidiariedad» ha sido el quicio sobre el que se ha estructurado la que él denomina «filosofía de la e. p.», reafirma

la necesidad de que, completamente superada la visión autárquica que en sus momentos iniciales presidió la elaboración normativa al respecto, tal filosofía se construya sobre las bases de los principios de «racionalidad» y «ejemplaridad social», al tiempo que la e. p. se convierte en garante de la ejecución de los planes de desarrollo, haciendo especial hincapié en la, a todas luces necesaria, revisión del I. N. I., especialmente en lo que respecta a sus fines y campos de actividad.

Problemas específicos planteados en relación a la e. p. son abordados por PÉREZ BOTIJA, GARRALDA, ALBIÑANA, BRIGOLA, MARTÍNEZ CARO y BALLARÍN. El primero de ellos constata la formación en el seno de los entes públicos económicos de un «funcionarismo debilitado», en cuanto el contrato colectivo regulador es una especie de «contrato social» peculiar, no sólo por su contenido económico, sino también porque, en cierto modo, es una especie de contrato administrativo, al tiempo que pone de manifiesto cómo el personal en cuestión no puede tener la estabilidad del funcionario, ni jurídica ni funcionalmente, desde el momento en que la dirección puede utilizar el *ius variandi* y el derecho de novación de los contratos individuales. GARRALDA estudia el problema de la participación del personal en la gestión de la empresa, con especial referencia a los ordenamientos alemán, francés y español. ALBIÑANA estudia sugestivamente un tema que, personalmente, consideramos de la mayor trascendencia, cual es el del control contable de estos entes a la luz del vigente ordenamiento jurídico español. El Derecho Penal de la e. p., tanto en los regímenes occidentales como en los de ideología socialista, es objeto del documento y fino análisis realizado por BRICOLA. MARTÍNEZ CARO estudia la problemática surgida en relación al operar de la e. p. en el ámbito del Derecho internacional, mientras BALLARÍN, completando esta variopinta construcción, tras analizar las causas que han motivado el nacimiento de la e. p. en el sector industrial, concluye que «no se prevé, por ahora, la necesidad o conveniencia de extender a la agricultura la e. p. agraria, salvo en zonas fronterizas de industrialización agraria».

Una amplia visión de Derecho comparado nos ofrecen los trabajos de VOGEL, FLAMME, WEBER, VENEZIA, POLAK, SPILIOTOPOULOS, MAYER y CASANOVA, con referencia a la regulación dada a la e. p. en la República Federal Alemana, Bélgica, Austria, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Países Bajos e Italia, respectivamente.

Problema conexo con el de la e. p., aun con peculiares caracteres, cual es el de las «participaciones estatales», con especial referencia al vigente ordenamiento italiano, es el objeto de los artículos de CASSESE y BO.

Ordenamientos americanos, concretamente los de México, Argentina, istmos americanos y Estados Unidos, son descritos por BRISEÑO, VARANGOT, JIMÉNEZ CASTRO y HAZARD, respectivamente.

Esta amplia visión de Derecho comparado se complementa con el estudio de la regulación dada a la e. p. en alguno de los países que integran el denominado bloque socialista. La empresa del Estado en Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, es objeto de estudio en otros tantos trabajos de LUDWIK, CAPEK y BLAROJEVIC, concluyendo esta serie tres documentados artículos de BERAUX-FRANGOTTE, CRESPI y LAVIRNE, en los que se analiza la solución dada al problema en el marco del ordenamiento soviético.

Tras esta visión de conjunto, magníficamente ofrecida por los artículos de los que hasta el momento hemos dado noticia, merece ser tenido en cuenta el análisis que de la ordenación jurídica de alguna de las más importantes e. p. se hace en la obra. La empresa Iberia, el Banco Exterior de España y el Banco de España constituyen los supuestos estudiados por ARCENEGUI-COSCOLLUELA, ZELADA y RAVENTOS, respectivamente. También ob-

jeto específico y concreto tiene el trabajo del profesor PEREGRÍN PUGA, en el que nos ofrece un documentado estudio de lo que puede presentárcenos como ejemplo de e. p. en el siglo XVIII: las fábricas de la Real Hacienda.

Con referencia singular a la e. p. de seguros, el profesor SÁNCHEZ CALERO, previo análisis de los requisitos imprescindibles para poder hablar de «empresario público de seguros»—existencia del titular de una e. p. y desarrollo de actividad netamente aseguradora—, pone de manifiesto cómo en España el concepto de e. p. es más amplio que el de «empresa nacional», no sólo por la posible creación de e. p. por parte de las corporaciones locales, sino por el hecho evidente de que determinados «organismos autónomos»—Renfe, bancos oficiales, ciertos entes de aseguración, etc.—pueden ser jurídicamente tipificados como e. p. En tal sentido, y dentro del marco de la actividad aseguradora, tipifica como e. p. el Consorcio de Compensación de Seguros, Sociedad de Crédito y Caución, Comisaría del S. O. V. y Fondo Nacional de Garantía, este último en cuanto desarrolle actividad netamente aseguradora, excluidas por ello las actividades de control y asistenciales que también le están encomendadas.

El trabajo del profesor VERDERA sobre la empresa nacional Simex, Sociedad Anónima—verdadero alarde de documentación—, partiendo de la constatación acerca del influjo de las doctrinas keynesianas en orden a la necesidad de actuar el pleno empleo de los recursos productivos nacionales en el campo de la inversión mobiliaria, se centra en el estudio exhaustivo del régimen jurídico de la citada sociedad, empresa nacional creada a través de un organismo autónomo—I. N. I.—, en la que concurren caracteres muy peculiares, «en cuanto reúne no sólo las peculiaridades de una empresa nacional, sino también los rasgos y beneficios propios de una entidad de inversión colectiva».

Al igual que se ha dado una visión armónica del ordenamiento español, existe una serie de trabajos encaminados a ofrecer una panorámica de conjunto del ordenamiento italiano. ROVERSI MÓNACO, VIGNOCCHI, FERRI, MERUSI, SOTGIA, MOLLE, TEDESCHI y BUONOCORE cumplen esta tarea. El primero de ellos pone de manifiesto cómo, tal cual ya señaló MIELE en un trabajo hoy clásico—*Attualità ed aspetti della distinzione fra persona giuridica pubblica e privata*—, la «publicidad» de los entes de gestión se reduce al aspecto meramente pasivo y se traduce en la sujeción a controles varios, obligatoriedad de seguir las directivas que les son impartidas, etc., sin que tal publicidad se manifieste activamente mediante la extrinsección de un poder de supremacía actuable en sus relaciones con terceros. Especialmente significativo es el trabajo, realizado por VIGNOCCHI, acerca de *Los controles sobre las haciendas autónomas y sobre las empresas con participaciones estatales*, tanto más en cuanto que los juristas, evidentemente desconcertados en un primer momento por la complejidad del fenómeno, se han detenido frecuentemente en el umbral del problema—tipificación jurídica de estos entes agentes en el sector económico—, soslayando, cuando no rehuendo abiertamente, el problema, importantísimo por las consecuencias prácticas que entraña, del control a que su actividad debe estar sometida.

Evidentemente son muchos los méritos que concurren en la obra comentada. A nuestro juicio, su mayor valor estriba, aparte de la prodigiosa documentación ofrecida y de la acertada conjunción de la elaboración teórico-doctrinal con el ágil manejo del derecho positivo, en la plena consecución de la doble meta perseguida con estos trabajos: por una parte, la tipificación jurídica de la e. p. y consiguiente atribución de un determinado régimen normativo, y, por otra, la sistematización de los controles a que se encuentra sometida en cuanto resultado de su concepción como ente público.

Obra importante y que responde a las más exigentes directrices del método jurídico, facilita notoriamente la labor de emitir un juicio sobre la misma. Puede afirmarse, a la luz de las anteriores consideraciones, que nos encontramos ante un texto que, si hoy es de indudable importancia, con el paso del tiempo se convertirá en un «clásico» de la materia, con el que indefectiblemente se tendrá que contar a la hora de construir cualquier elaboración doctrinal en torno a la empresa pública.

JUAN MARTÍN QUERALT

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINAN-
CIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Número 94, julio-agosto de 1971

Situación estratégica de la base imponible en el proceso impositivo, por Juan Alvarez Corugedo, páginas 663 a 683.

La fijación de las bases imposables en las contribuciones territoriales rústicas y urbana, por José Turpin Vargas, págs. 685 a 721.

Concepto de beneficio neto según la Ley de Sociedades Anónimas, por Fernando Sánchez Calero, páginas 723 a 746.

La definición de la base imponible en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, por Hermenegildo Rodríguez Pérez, páginas 747 a 792.

La base imponible en el Impuesto sobre las Sucesiones, por Manuel María Uriarte Zulueta, págs. 793 a 829.

La comprobación de valores en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por Félix Benítez de Lugo, págs. 831 a 887.

La base en el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, por Narciso Amorós Dorda, páginas 889 a 916.

Criterios de definición de la base imponible en la Argentina, por Sara María Dichiará, págs. 917 a 928.

REVISTA DE
DERECHO PRIVADO

Septiembre de 1971

La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica, por José Luis de los Mozos, págs. 803 a 821.

La obligación de reseñar el nombre del autor junto a las marcas distintivas de productos químicos, farmacéuticos y análogos, por Ramón M. Mullerat Balmaña, páginas 821 a 832.

Octubre de 1971

La prestación exorbitante y su posible incidencia en la relación arrendaticia urbana, por Juan Gómez Calero, págs. 925 a 953.

La Ley de libertad religiosa y su incidencia sobre el Código Civil, por Luis Martínez Calcerrada, páginas 954 a 978.

Noviembre de 1971

Configuración jurídica del llamado «seudo-usufructo testamentario», por Manuel Cuadrado Iglesias, páginas 1063 a 1085.

Precisiones conceptuales en la administración de nuestros días: Conceptos de urgencia, emergencia e importancia, por Carlos Carrasco Canals, págs. 1086 a 1100.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 324, septiembre de 1971

Aspectos jurídico-penales de la caza (Delitos de caza) (conclusión), por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 858 a 866.

Números 325-26, octubre-noviembre de 1971

Análisis de la Ley de Ordenación Rural, por Rafael A. Arnanz Delgado, págs. 995 a 1001.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Número 3, septiembre de 1971

Sumario de las disposiciones más importantes publicadas en el Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, durante los meses de julio y agosto de 1971, por Francisco Bonet Bonet, págs. 349 a 388.

Número 4, octubre de 1971

Sumario de las disposiciones más importantes publicadas en el Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, durante el mes de septiembre de 1971, por Francisco Bonet Bonet, págs. 539 a 593.

Número 5, noviembre de 1971

Sumario de las disposiciones más importantes publicadas en el Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, durante el mes de octubre de 1971, por Francisco Bonet Bonet, págs. 703 a 722.

Número 6, diciembre de 1971

Sumario de las disposiciones más importantes publicadas en el Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, durante el mes de noviembre de 1971, por Francisco Bonet Bonet, págs. 839 a 875.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3, julio-septiembre de 1971

Cómputo de la legítima, por Luis Puig y Ferriol, págs. 475 a 548.

Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña, antes y después de la compilación, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 549 a 577.

La ejecución provisional ante la reforma y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 579 a 619.

