

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Marzo-Abril 1967 * Núm. 459

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Francisco Sánchez de Frutos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

S U M A R I O

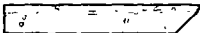
	Págs.
<i>In memoriam</i>	315
ESTUDIOS :	
«Notas para un estudio del Derecho como unidad esencial», por CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO	325
«La donación con cláusula de reversión en el Código civil», por ANTONIO SOTO BISQUERT	359
DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES :	
I. Informes sobre la recurribilidad del Decreto de Plan de la Zona Regable del Zújar, por RAFAEL FLORES MICHEO.	417
II. Dictamen sobre libertad de instalación de industria de fa- bricación de automóviles, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	461
LEGISLACION :	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	507
JURISPRUDENCIA :	
Resoluciones y sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO . . .	521
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN .. .	535
III. Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	559

LIBROS:

«Problemática jurídica actual de la Empresa», de BORRAJO, BROSETA, CANO, CARRETERO, DÍEZ PICAZO, FRAGUAS, PONS Y RÍOS, por ELÍAS IZQUIERDO MONTERO	567
«El derecho de superficie», de VICENTE GUILARTE ZAPATERO, por TERESA PUENTE MUÑOZ	616
«Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo», de LEICHT, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	626
«Il negozio fiduciario», de NICOLÒ LIPARI, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	629
«Il conflitto dei diritti e l'art. 1.380 del Codice Civile», de UGO NATOLI, por TIRSO CARRETERO	632
«Responsabilità e risarcimento da illecito civile», de MARIO POGLIANI, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	641
«Il problema della responsabilità civile», de STEFANO RODOTÁ, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	647
«Elementi di Diritto Privato. Compreso il Diritto della Navigazione», de GIORGIO DE SEMO, por PEDRO A. FERRER	650
«Il problema della responsabilità da atto lecito», de GIOVANNI TORREGROSSA, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	651
«La dottrina dell'errore nella storia del Diritto Romano», de UGO ZILLETI, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA	657

REVISTAS:

Por FENANDO MUÑOZ CARIÑANOS	665
------------------------------------	-----



IN MEMORIAM

Excmo. Sr. D. Ramón Cortiñas Riego

Aunque esperada, aún no hemos podido sobreponernos a la desaparición de este hombre: activo, dinámico, excepcional, que fué en vida don Ramón Cortiñas Riego.

Tres nombres ilustres, y a su frente el del inolvidable y genial don Jerónimo González y Martínez, alma y motor de esta REVISTA; tres nombres ilustres—repetimos—deben, a nuestro juicio, ocupar un puesto crucial en la historia de la misma: los de don Vicente Cantos Figuerola, que respaldó a don Jerónimo en la aparición de ella; el de don Ramón Cortiñas Riego, que en el difícil año 1940 prestó todo su entusiasmo, y representando al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, ayudó al repetido don Jerónimo González para la reanudación de vida de REVISTA CRÍTICA, y el de don Juan José Benayas y Sánchez-Cabezudo, que como Director del Centro de Estudios Hipotecarios (y con el apoyo incondicional del Decano, don Pedro Cabello de la Sota) (1), inició el rumbo que hoy culmina en su Decanato de la pujante vida de REVISTA CRÍTICA, con el nombre señero de don Ramón María Roca Sastre, como Presidente de su Consejo de Redacción.

No es sólo, pues, nuestro afecto—entrañable afecto—a don Ramón Cortiñas el que nos induce a pergeñar estas líneas, sino su vinculación a esta REVISTA, según se ha expuesto, y los servicios que prestó al Cuerpo de Registradores de la Propiedad de España, que lo más sucintamente posible vamos a explanar.

Inicia su vida profesional en Bande—1913—, con la máxima atención y celo en su función, hasta el punto que en 1929, el Go-

(1) La labor perseverante y difícilísima de Pedro Cabello durante un cuarto de siglo al frente de esta REVISTA, sin que su nombre aparezca como Director de la misma, siéndolo *de facto*, merece un recuerdo especial.

bierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, le concede la *Encomienda del Mérito Civil*, para premiar sus servicios como *Liquidador del Impuesto de Derechos Reales*.

Pero fué en los difíciles tiempos que siguieron a la caída de Primo de Rivera cuando empezó a destacar su personalidad.

El Gobierno que se formó entonces le nombró Gobernador civil de Segovia; cargo que desempeñó con tan buen acierto, que para recompensarle se le ascendió, designándole para regentar el mismo cargo en Burgos, de superior categoría.

La llegada de la República corta o trunca, mejor, una carrera política que, sin duda, hubiera sido brillante y fructífera para el país y para nuestra Institución.

No obstante, y centrada su atención en el Cuerpo a que pertenece, forma parte (al crearse por don Vicente Cantos Figuerola nuestro Colegio) de la Comisión que había de redactar el proyecto de Reglamento del Personal Auxiliar de los Registros de la Propiedad, a la que llevó una ponencia que fué la base del proyecto posteriormente articulado.

Y llegan aquellos trágicos, difíciles y excitados días de nuestra contienda civil. En viaje por el extranjero, no bien conoce la noticia del Alzamiento Nacional, torna rápidamente Ramón Cortiñas a España; y sin vacilar un instante, se pone a las órdenes del recién nacido Gobierno de Burgos. En esta capital primero, y en Vitoria después, de todos conocido es su desvelo, el calor de humanidad que pone en el recibimiento de cuantos huídos o liberados íbamos allí presentándonos. Esto y su intercesión constante para mitigar el rigor en el examen de las actuaciones de Registradores y Notarios y directivos de nuestro Ilustre Organismo Rector, en la llamada zona roja, bastaría para el recuerdo que nuestra pobre pluma desea perdurar de Ramón Cortiñas.

Pero su labor no se limita a eso. Eran, como decimos antes, días de múltiples dificultades en que se jugaba tanto para todos, que lo otro—nuestra Institución y similares—, se dirían difuminarse. Pero ahí había unos hombres, y con ellos Ramón Cortiñas, que nada olvidaban.

Constituída la Junta Técnica del Estado, de una de cuyas Secciones—la de Justicia, queremos recordar—era vocal otro Regis-

trador ilustre, don Antonio Maseda Bouso, fué incorporado o agregado a ella Ramón Cortiñas, no sin antes haberse hecho cargo de su Registro, entonces Montoro, en plena línea de fuego.

Había muchas cuestiones planteadas referentes a nuestra carrera. Entre ellas, como más acuciante, la provisión de los Registros vacantes, que iban continuamente en aumento con la liberación del territorio a la marcha victoriosa del Ejército Nacional. Ello, aunque interinamente, por motivos fáciles de comprender, había de hacerse con Registradores; y para que así fuese, las primeras medidas tomadas por Cortiñas y compañeros que le asesorbaban, que luego diremos, fué la reglamentación del desempeño de aquellas vacantes, habilitando a los Registradores titulares de Registros en zona nacional, o con Registros en la contraria, para que pudiesen desempeñar—interinamente—más de una vacante. Todos, sin vacilación, y pese a las distancias y hasta trastornos económicos que nos ocasionaba, nos prestamos a cumplir el cometido.

Destruídas, por otra parte, como una quinta parte de nuestras Oficinas y Archivos, urgía reponerlos. Para ello no se contaba sino con la vieja Ley de 15 de agosto de 1873, a todas luces insuficiente.

Por entonces se había constituido el primer Gobierno Nacional y restablecido nuestro Ilustre Centro Directivo con el rótulo de Jefatura de los Registros y del Notariado. Dividido en cuatro secciones, se le asigna a Cortiñas la de los Registros de la Propiedad, con todos los servicios anejos a la misma. Sin vacilar, y con la eficaz ayuda de varios compañeros, cuyos nombres nos complace resaltar, cuales son los de: don Joaquín Navarro Carbonell, acaso desconocido por las jóvenes generaciones de Registradores de la Propiedad, pero tan grato y venerado por los que le tratamos; don José Alonso Fernández, nuestro ilustre ex Director, y don Rafael Chinchilla Rueda, tan culto como bondadoso y dinámico; sin vacilar, repetimos, y con aquella eficaz ayuda y con las bases que proporcionaba la vieja Ley, redacta la Sección presidida por Cortiñas la nueva Ley reconstructiva de Registros destruidos, que lleva fecha 5 de julio de 1938. No vamos—ni es oportuno—hacer la crítica de aquella Ley, cuya importantísima novedad fué imponer en nuestro ordenamiento las Actas de Notoriedad, precursoras, sin duda, de las actuales de reanudación de tracto (art. 200 de la Ley

Hipotecaria) y la complementaria de título privado de adquisición—originalísimo medio de inmatriculación—, regulada en el párrafo penúltimo e «in fine» del artículo 298 de su reglamento.

Pero si diremos que mediante aquellas Actas de la Ley reconstitutiva de 1938 se reinscribían las fincas con los efectos que determinaba el artículo 6.º

Recuerdo las cartas que con tal motivo nos cruzamos. Nosotros preguntamos que por qué esas Actas no se extendían a los derechos que no fuesen de «contacto», especialmente la Hipoteca, dado que, a nuestro juicio, su principal finalidad era obtener rango. Para ello y con más firmeza y mucha más razón por la posible pérdida—aun instando un declarativo—de dicho rango, pasado el periodo reconstitutivo, se contaba con los antecedentes en las Delegaciones de Hacienda del Impuesto de Utilidades. Se hubiera logrado una especie de «reserva autenticada» que el deudor podría, como es natural, impugnar, pero que habría puesto a cubierto al acreedor de posibles subadquirentes de buena fe, pasado el periodo reconstitutivo. A juicio de Cortiñas y demás compañeros asesores, al titular de una hipoteca no le cabía otra solución que el deudor se la reconociera. Esto, indudable para nosotros en tiempos normales, no era suficiente en aquellos de emergencia. Tanto más cuando—repetimos—de lo que se trataba era de conseguir un rango, particularmente en ausencia, como era lo corriente, del deudor.

Otras cosas más discutimos en aquellas cartas, como, por ejemplo, lo de la duplicidad de Leyes, para nosotros de más claridad con el texto de una sola, a lo que no se llegó por la convincente razón, alegada por Cortiñas, de que el solo trasplante del artículo 12 de la primitiva a la refundida, acaso hubiese provocado choques con Hacienda, que había que soslayar.

En 18 de noviembre de dicho año 1938 se publica la Orden complementaria de la Ley reconstitutiva, en donde el buen sentido y la claridad de juicio de Ramón Cortiñas resplandecen.

También en aquel año—creemos que en junio—se forja el Reglamento de nuestro Personal Auxiliar, así como la Ley de Bases y Reglamento de la Mutualidad de Registradores de la Propiedad. Una de las primeras, si no la primera Mutualidad creada por el Gobierno Nacional.

Hoy, con los años transcurridos y esa Mutualidad en plena eficacia y rendimiento, no se puede valorar lo que representa. Pero—hasta con anterioridad a la contienda—los que presenciamos el ingente esfuerzo de aquellos compañeros beneméritos—algunos, como el citado don Joaquín Navarro y don Aurelio Esteban Ruiz, ya desaparecidos—, cuanto en su loor se diga y se haga resultaría pequeño, pues, siempre, nosotros—y lo que es más, nuestros familiares—y los Registradores que en el escalafón nos sucedan, estaremos con ellos en deuda.

No escaso éxito corresponde también a Ramón Cortiñas, por aquellos días, en la eficacia de las soluciones técnicas que hubo que improvisar ante suceso tan insólito como el robo de los Archivos registrales de Amurrio, Bilbao y Valmaseda por los rojos separatistas vizcainos y su traslado a Francia. Pues, aunque siempre tuviera la directa gestión colaboradora de Rafael Chinchilla, nombrado al efecto Registrador interino de Bilbao, a Ramón Cortiñas se le debe todo el oportuno, ponderado y eficaz ordenamiento positivo de tan difícil cuestión. Y hasta la feliz solución del problema, que pudo orientarse por los cauces procesales de un pleito civil, para conducir a las sentencias judiciales favorables al rescate de los archivos robados.

Otras disposiciones de menor rango son, igualmente, fruto de aquella época en que regentaba la Sección Ramón Cortiñas, de las que recordamos la reducción de un año a seis meses en el desempeño de los Registros cuyas vacantes se cubrieran para poder solicitar otra nueva (hoy derogada).

Otra disposición importante fué la de cotitularidad en los grandes Registros.

También en aquel año y por renuncia del entonces Decano señor Navarro, fué nombrado para presidir nuestra Corporación Ramón Cortiñas Riego, cargo en el que cesó al siguiente, 1939; pues terminada la guerra, al reorganizarse el Colegio, pasó a desempeñar el puesto de Censor-Interventor en la nueva Junta.

Transcurre así una década, durante la cual se llevó a cabo la trascendental publicación de la nueva Ley Hipotecaria y su Reglamento, en cuyos textos se acogieron muchas sugerencias de

Cortiñas, al que—como ya antes señalamos—se le puede atribuir la innovación de las Actas de Notoriedad.

Elegido por abrumadora mayoría nuevamente Decano en 1950, sobradamente conocida es su actuación en este su segundo mandato, que duró hasta 1955.

Aparte de importantes modificaciones en las disposiciones por las que se rige nuestra Mutualidad, siempre en beneficio de los mutualistas, es de señalar su laboriosa gestión—y la de la Junta que presidía—para la consecución del nuevo Arancel de honorarios por el que seguimos rigiéndonos todavía.

Por otra parte, y en su función de Procurador en Cortes—representación que, en nombre de nuestro Cuerpo, ostentó en Cortes durante diez años, hasta su cese, en 1957, por jubilación—presentó, mantuvo y discutió con éxito diversas enmiendas a las leyes presupuestarias, la de Sociedades Anónimas y de Arrendamientos Urbanos, y como ponente de las de Patrimonios Familiares, Unidades Mínimas de Cultivo y de Sociedades Limitadas, fué su nombre, entre los que integraban las Comisiones, el que acaso más apareciese en la defensa de las propugnadas por éstas.

Sin duda, por tantos servicios, le fué concedida por el Gobierno la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort. Y también por esa época fué distinguido por el Gobierno de la República de Cuba con la condecoración de Oficial de la Cruz Roja, a instancias de la Asociación de Registradores de la Propiedad de aquel país.

Todavía—que recordemos—podemos citar más servicios prestados a nuestro Cuerpo por Ramón Cortiñas, Riego.

Al modificarse en la Ley de Administración Local el impuesto de Plus Valía, se pretendía que los documentos públicos carentes de la nota de liquidación de dicho impuesto no pudieran inscribirse. El retardo y trastorno—sobre todo en los grandes Registros—que esto hubiera supuesto es bien patente. Gracias a Cortiñas se consiguió que bastaba con la presentación del título en el Ayuntamiento y la extensión subsiguiente de la nota de afección al margen de la finca por un período de dos años, para que la inscripción pudiera llevarse a cabo.

También se debe a Ramón Cortiñas que el ingreso a Hacienda de Derechos Reales en las localidades donde no hubiese Bancos,

pueda hacerse por las oficinas de Correos, evitando al liquidador aquellos molestos y hasta peligrosos viajes de antaño a la capital de la provincia.

Y aun jubilado sugirió la idea de que los ingresos que por tal concepto cobrasen los Registradores en tal situación sean conceptuados rentas de trabajo y no de capital, como se venía estimando, con las consiguientes repercusiones a efectos del impuesto sobre la renta.

Nuestra entrañable y antigua amistad con Ramón Cortiñas nos frena y hasta obliga a ser parcos en el elogio de su persona. Sólo diremos que entre tantas como en nuestra ya larga vida hemos conocido y tratado, la concedemos primacía como una de las más inteligentes y eficaces.

Reiteramos nuestra condolencia a sus deudos y familiares y pedimos a quienes nos lean una oración por su alma.

Ginés CÁNOVAS COUTIÑO.



ESTUDIOS

Notas para el estudio del Derecho como unidad esencial

CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho es una realidad. Esta afirmación constituye un *prius* que, pese a su carácter simplista, trasciende los campos más diversos e impone su presencia en forma tal que es inútil desconocerla. Al referirnos a su realidad tenemos presente aquella que, efectivamente, se comporta de acuerdo con la naturaleza y funciones que le son propias. Consideramos inexistente, a este respecto, y quedará fuera de nuestro examen, la que presentándose como jurídica gozara de una vida tan precaria que revelase la ausencia de alguno de sus elementos constitutivos. Con mayor razón excluimos de su ámbito la mera apariencia del Derecho, al revestir con la forma de lo jurídico lo que no es más que arbitrariedad. Como esta cuestión es frontera de la relativa a las violaciones del Derecho, explicables por el libre albedrío del hombre, comenzaremos nuestro trabajo por el estudio de la misma.

Nada obstan a la realidad del Derecho las infracciones y perturbaciones de que es objeto de un modo constante. En su formulación normativa, conformante de la realidad social, se encuentra flanqueado por una serie de violaciones derivadas de conductas, ya negligentes, ya voluntarias, que impiden la realización de los valores de justicia, paz, seguridad y bien común, fundamentales para la convivencia. No debe extrañar. Así, afirmaba BODENHEIMER, «es muy poco probable que el Derecho disfrute jamás en la tierra de una existencia continua y no perturbada. Como uno de los instrumen-

tos más delicados de la civilización, es difícil conseguir su posesión y fácil perderla» (1). Su grandeza incomparable tiene también sus servidumbres y, entre ellas, no es la menor la que aquí señalamos. Pero la conculcación del Derecho, como cualquier tipo de negación de facto, es una prueba más a su favor, porque sólo puede ser negado aquello que tiene realidad. El Derecho conculcado es un Derecho existente, de lo contrario no sería posible su violación.

Hemos manejado los términos realidad y existencia como sinónimos. No deben confundirse. Pero no es éste el momento ni el lugar adecuado para realizar un análisis de los mismos. Nos basta con afirmar que mediante la existencia adquiere el ente su plena determinación.

Pues bien, esas ocasiones en las que el Derecho se oscurece son las que ponen a prueba su eficacia, y es entonces cuando resplandece su inviolabilidad, que armoniza la libertad de la persona con la necesidad de observar los preceptos. Porque siendo la del Derecho una realidad estrictamente espiritual, yerra fácilmente quien pretenda plantear su inviolabilidad en plano distinto. A la misma conclusión llega DEL VECCHIO, partiendo de otro punto de arranque. Situándose en el orden de la verdad lógica, entiende que el Derecho subsiste aun donde sea violado, pues lo jurídico está por encima del acontecimiento físicamente posible. El criterio de lo jurídico es de índole superexistencial (2).

Resulta, en definitiva, que el Derecho tiene realidad y que las negaciones y contravenciones de que es objeto pueden afectar a su eficacia organizadora, pero le dejan intacto, afirmándose aquél constantemente.

Del plano de la vida social vamos a trasladarnos al del pensamiento para contemplar cuál ha sido el juicio que ha merecido a las corrientes más representativas de cada momento, el punto concreto que examinamos. Marginamos ahora el problema específico del Derecho Natural para abordar la cuestión con carácter más amplio. Quede bien entendido, sin embargo, que aquellas actitudes contrarias al Derecho Natural conducen forzosamente a la negación misma del Derecho, que se vería privado de su

(1) EDGAR BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*. México, 1946; p. 32.

(2) JORGE DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1935: tomo I, página 408.

último fundamento, de un criterio valorativo de carácter superior y entregado, en definitiva, al arbitrio del legislador humano. Dejemos también a un lado la compleja problemática que encierra esa afirmación, que nos distanciaría de la cuestión que estamos estudiando.

Procediendo con rigor, cabe reducir a dos las actitudes contrarias al Derecho, el escepticismo y el materialismo. Tales negaciones no proceden del campo de los especialistas en la materia. La enemiga surge como consecuencia de un planteamiento general, que, precisamente por su amplitud, se proyecta sobre cualquier realidad y consiguientemente la jurídica.

El escepticismo, escribíamos recientemente (3), es el máximo exponente del cansancio de un pueblo, reflejado en la actitud vital de indiferencia ante los problemas fundamentales. No admite ningún dogma. El tiempo, las circunstancias, lo contingente, moldean los conceptos básicos que carecen, por tanto, de valor universal. En sentido estricto, el escéptico se desentiende de la realidad. Su postura se desenvuelve dentro de la lógica, estimando la incapacidad del entendimiento para aprehender la verdad. En tal supuesto, lo adecuado es abstenerse de emitir un juicio, siendo imposible afirmar la existencia de algo como cierto.

Dentro de esta dirección se dan actitudes menos radicales, templadas por la necesidad de subvenir a las exigencias de la vida práctica. Aparecen así las direcciones probabilistas que, a través del puente del relativismo, conducen directamente al positivismo.

Respecto al Derecho, nos interesa el escepticismo de segundo grado, que tuvo en CARNEADES su figura más destacada en la antigüedad helénica y que brotó posteriormente durante los siglos XVI y XVII, con MONTAIGNE y PASCAL. Todos ellos se muestran opuestos al objetivismo jurídico, argumentando sobre la variabilidad de las leyes e instituciones que están sujetas al arbitrio humano y que difieren según los grados de latitud o los accidentes geográficos.

La variabilidad de las leyes no brinda, por sí sola, argumentos suficientes para impugnar la existencia del Derecho. Veámoslo.

(3) Véase nuestro trabajo *Las ideas iusnaturalistas de Roma y su trascendencia en la cultura occidental*. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1963; números 416-417, pág. 47.

En primer lugar supone un desconocimiento de la realidad jurídica, o más bien un conocimiento parcial de la misma, al tratar de identificarla con uno de sus aspectos más importantes o con la manifestación de mayor relieve, si se quiere. El Derecho objetivo, es innecesario insistir sobre ello, no agota toda la materia jurídica que aflora, además, en relaciones, situaciones, facultades, instituciones, etc., de extraordinaria variedad. Pero es que, además, aun en la hipótesis absurda de reducir todo el Derecho a Derecho objetivo, se incide también en un error, en el que tantas veces ha incurrido el positivismo, y que es el de limitar el conocimiento a lo puramente sensible. El positivismo que afirma ORTEGA (4) fue una filosofía aldeana, al ser referido al Derecho, reduce aún más el área del Derecho objetivo, haciendo que se escape del mismo, por su estrechez de miras y recelo suspicaz, todo lo concerniente a la Ley jurídica natural.

En segundo lugar procede con evidente prejuicio, pues la realidad jurídica muestra, junto con una gran variedad de manifestaciones legislativas e incluso con normas de signo contradictorio, una serie de elementos comunes y básicos que dan particular fisonomía unitaria a los distintos Ordenamientos. La experiencia nos demuestra que es muy superior lo que une que lo que separa, y que hay un denominador común, de carácter jurídico, que no es posible desconocer.

En último término, esa diversidad, e incluso injusticia de las leyes (5), es un argumento que se vuelve contra quienes lo invocan para negar la existencia del Derecho. Lo único que hace es echar por tierra la pretendida validez jurídica de lo que teniendo carácter formal de Ley, no es otra cosa que mera apariencia, pues de lo contrario, como afirmaba, a este respecto, CÍCERÓN, el robo, el adulterio o la falsedad, quedarían justificados por los mandatos de los príncipes o las sentencias de los jueces (6). La diversidad y las injusticias de las leyes está postulando la existencia de un

(4) JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *¿Qué es filosofía?* Madrid, 1958; pág. 98

(5) «Las más grandes ofensas hacia la justicia no acontecieron, tanto en oposición a las leyes cuanto por obra de las mismas leyes.» JORGE DEL VECCHIO: «Mutabilidad y eternidad del Derecho». *Anuario del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*. La Plata, 1962; III, 1º, pág. 40.

(6) CÍCERÓN: *De legibus*, I, 15.

Derecho superior e inmutable que constituya el fundamento de todo Ordenamiento positivo.

El materialismo constituye la segunda de las corrientes que examinamos, contrarias al Derecho. Dentro de ella, lo mismo que exponíamos al referirnos al escepticismo, nos encontramos con una doble manifestación. La primera, en cuanto niega toda realidad ajena a lo físico o material, es incompatible con el Derecho, que, por su índole espiritual, queda desplazado. La fuerza se establece entonces como único resorte. Son suficientemente expresivas las posiciones de TRASIMACO, en relación con la justicia, y la de HOBBS, limitada al estado de naturaleza. Por su carácter grosero, hemos de dejarlas a un lado.

Nos interesa el llamado materialismo social o histórico, hijo del pasado siglo, que encontró en MARX su exponente definitivo. Sobre la base del método dialéctico hegeliano entiende que la realidad económica—relaciones de producción—constituye la urdimbre de la vida social. Los valores espirituales, por consiguiente, los jurídicos, quedan despojados de su especial jerarquía y son instrumentos de opresión en manos de la clase económica más poderosa, en este caso del capitalismo.

Cabe formular a esta concepción igual reproche que dirigimos al escepticismo. De una parte, la miopía con que observa el panorama social, al desconocer la presencia en el mismo de otra serie de motivaciones diversas a las meramente económicas. Parcialidad en la visión, cegada para percibir la luz de las superiores creaciones de la inteligencia humana, en la plenitud de su sentido. De otra, un punto de partida arbitrariamente elegido, para justificar un programa social con carácter mesiánico, en cuyo examen no podemos detenernos.

Llegamos, pues, a la conclusión de que el Derecho constituye una realidad y que no desvirtúan esa afirmación las negaciones derivadas de su inobservancia, ni las direcciones del pensamiento, que tratan de desconocerle o arrinconarle en un lugar que no le corresponde.

Dado este primer paso hemos de plantearnos una segunda cuestión. ¿En qué consiste su realidad?

La respuesta a este interrogante sólo puede hallarse en el seno

de la filosofía. El conocimiento científico—cuyos caracteres damos por supuestos—desempeña, dentro del saber en general y del saber jurídico en particular, una función precisa e insustituible que sería ridículo desconocerse. Ahora bien, por su propia naturaleza es incapaz de resolver el problema apuntado. Existe una subordinación del saber científico respecto al filosófico que está incluso más allá del objeto de uno y otro—visión parcelada o total de la realidad—y que afecta a la fundamentación del primero, que es incapaz de justificarse por sí mismo, a no ser que desborde los cauces en que está limitado. Las ciencias particulares son incapaces de aseverar sus primeros principios, ni de justificar la validez de sus medios de conocimiento (7). La explicación de los presupuestos sobre los que la ciencia construye su sistema está más allá de sus fronteras (8). Las ciencias, autosuficientes en cuanto tales, no cumplen en «mi vida» esa función de perspectivas y comprensión que habría de esperarse del conocimiento (9).

Aplicando a nuestro campo las consideraciones anteriores, se manifiesta con claridad la total insuficiencia de la consideración científica de lo jurídico. ¿Podrá despejar adecuadamente la incógnita del *quid sit iuris*? Los avances logrados en este punto merced al nivel alcanzado por los estudios históricos y la técnica jurídica, cada vez más depurada, son considerables. Pero queda en pie la respuesta a este otro problema fundamental, que se encierra en el *quid sit ius*?

Igualmente la ciencia jurídica no puede escaparse a una serie de limitaciones, como son la de elaborar una teoría fundamental, construir sus conceptos básicos, y más allá, dando sentido a la realidad analizada brindar los criterios estimativos (10).

La tercera de las limitaciones se agiganta «en las ciencias que versan sobre la actividad humana, cuya adecuada comprensión es

(7) LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*. Barcelona, 1965: pág. 14.

(8) LUIS RECASÉNS SICHES: *Tratado general de Filosofía del Derecho*. México, 1961: pág. 114.

(9) LEGAZ, siguiendo a MARIAS, en *Filosofía* ..., pág. 14.

(10) Fundamentalmente, RECASÉNS SICHES, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, como adiciones a la *Filosofía del Derecho*, de DEL VECCHIO. México, 1945, capítulo I, y en su *Tratado general*..., capítulo I. En el mismo sentido JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ: *Introducción a la Filosofía Jurídica*. 1961; pág. 142.

imposible sin el conocimiento de las últimas perspectivas sobre la esencia y el destino del hombre» (11).

Las afirmaciones precedentes que, por si solas se muestran con absoluta evidencia, han recibido, además, dentro del campo jurídico, el contraste de una desafortunada experiencia realizada en el siglo pasado en el seno de la dirección positivista que, en abierta repulsa a la reflexión metafísica del Derecho y como reacción frente a las abstracciones y excesos del pensamiento racionalista, pretende construir por vía de inducción y sobre los datos facilitados por las ciencias jurídicas particulares, una teoría general del Derecho. El fracaso de BERGBOHM, MERKEL y BIERLING, dentro de la escuela alemana de la «Allgemeine Rechtslehre», o el de la «Analytical School for Jurisprudence», creada en Inglaterra por AUSTIN, a quien siguen HOLLAND, CLARK, etc., constituye otra prueba, conquistada, además, con las armas de la experiencia, sobre el propio campo del positivismo, de que el único camino para resolver el problema propuesto es el de la investigación filosófica. Cobran máxima vigencia, pese a la distancia milenaria que nos separa, aquellas palabras de CICERÓN, cuando afirmaba que el verdadero saber del Derecho había que buscarlo más allá de las leyes. *Non a pretoris edicto, neque a XII tabulas, sed penitus ex intima philosophia* (12).

Nos resta todavía una cuestión por resolver. Su apariencia trivial descubre, sin embargo, una gran profundidad por su alcance metodológico. Es la de la competencia para realizar la tarea de investigación filosófico-jurídica.

El pasado nos enseña que en la atención de los filósofos de todos los tiempos ha tenido un lugar preferente el tema del Derecho. Los nombres señeros que aparecen en cualquier Historia de la Filosofía, se repiten con asombrosa coincidencia en la Historia de la Filosofía del Derecho. Si se hiciera un balance de la situación a lo largo del tiempo, arrojaría un saldo favorable para los filósofos. Las mentalidades más preclaras del pensamiento,

(11) RUIZ GIMÉNEZ: *Introducción...*, pág. 142. Sobre el tema planteado existe una bibliografía copiosísima. El *Tratado...*, de RECASÉNS, reúne el material más completo. Con posterioridad hay que señalar las contestaciones a la encuesta sobre «Filosofía del Derecho» y su conocimiento científico, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1962, núm. 7.

(12) CICERÓN: *De legibus*. I.

tanto pagano como cristiano, han brillado en torno a la realidad que contemplamos. Desde SÓCRATES hasta HEGEL es un hecho indiscutible. Posteriormente, sin embargo, el tema del Derecho pierde interés para los filósofos que, salvo en contadas excepciones, sólo lo abordan de un modo tangencial, sin que su contribución tenga la relevancia anterior.

Los hechos expuestos podrían conducir a la solución fácil de considerar que la Filosofía se hizo cuestión del Derecho, no tanto por la naturaleza particular de su objeto, sino por la circunstancia de que constituyendo el saber un todo unitario y clausurado, dentro de ella, era prácticamente imposible cualquier otro planteamiento, y que cuando la especialización conmociona aquel todo monolítico sapiencial, surgiendo el mosaico de las ciencias particulares—la jurídica entre ellas—, se inicia ese proceso de abandono por parte de los filósofos y de asunción de la tarea por los juristas.

Pero lo anterior no constituye ningún argumento a favor de la corriente calificada por MAGGIORE de «monroísmo jurídico», que recaba para los juristas la competencia en materia de Filosofía del Derecho, pues los juristas, en cuanto tales, sólo pueden hacer jurisprudencia (13). (Recordemos, a este respecto, lo que expusimos anteriormente sobre el frustrado ensayo de la *Teoría General del Derecho*.) Lo que sí prueba ciertamente es que la reflexión filosófica sobre el Derecho ha tenido sus momentos estelares en los de igual signo de la pura filosofía y se ha eclipsado en los mismos momentos que aquélla.

A fuerza de ser sinceros, es preciso reconocer que en los últimos tiempos el abandono no ha sido absoluto y que las corrientes filosóficas vitalistas, axiológicas, neoescolásticas o neokantianas, verbigracia, han ejercido una poderosa influencia en el renacer de la especulación filosófica jurídica y, por ende, en el retorno al Derecho Natural. Y todavía hemos de señalar un hecho más significativo, la aparición de una nueva figura intelectual, la del filósofo del Derecho, sobre cuyos hombros ha de pesar en el futuro la gran tarea de ofrecer, dentro de la visión pluridimensional de lo

(13) Cita de LEGAZ, en *Filosofía...*, pág. 8.

jurídico, la profundidad que la ciencia jurídica es incapaz de proporcionar.

En definitiva, lo que importa es el rigor del método y el conocimiento del objeto más que el criterio subjetivo o la atribución, en exclusiva, de la competencia a unos u otros. Por encima de los celos entre juristas y filósofos, hoy es preciso depositar toda la confianza en los filósofos del Derecho para abordar la tarea que nos ocupa, con tal de que se comporten de acuerdo con las exigencias que impone su doble condición, especialmente la primera, falseable más fácilmente en quienes, por regla general, no proceden del campo de la filosofía.

En la investigación filosófica jurídica, lo sustantivo es el quehacer o tarea filosófica, de tal forma que los supuestos conceptuales de aquella influirán poderosamente en las soluciones que se adopten. A modo de ilustración, y por constituir el Derecho Natural una cuestión fundamentalmente filosófica, recordemos con TRUYOL que la desigual fortuna de las doctrinas iusnaturalistas «dependió en cada caso del punto de partida filosófico y, en definitiva, de la concepción general del mundo y de la vida, sobre las cuales unos y otros, explícita o implícitamente, se apoyaban» (14).

Recientemente ha expuesto COING el carácter mediador de la Filosofía del Derecho entre un determinado aspecto de la actividad del hombre y la consideración general del mundo y de la vida. Es decir, entre el Derecho, de una parte, y la Filosofía, de otra. Esta mediación hará posible que ambos, en su consideración recíproca, sean fecundos (15).

La tarea puede emprenderse, bien desde la propia Filosofía, proyectándose posteriormente sobre el Derecho; bien desde la realidad jurídica, ascendiendo a la contemplación filosófica.

La primera vía ha sido la tradicional. De la importancia de sus conquistas parece ocioso insistir. La segunda parece ser, en la coyuntura presente, la llamada a llenar la altísima función de carácter especulativo en torno al Derecho. Precisamente, por su

(14) ANTONIO TRUYOL SERRA: «Fundamentos de Derecho Natural» Separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1949; pág. 12.

(15) HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. esp. Barcelona, 1961; págs. 19 a 23.

carácter relativamente reciente y por los peligros que la acechan con riesgo de desvirtuarla, es necesario un planteamiento riguroso. Sin desdeñar la contribución de la llamada filosofía jurídica no académica (16), nacida al contacto con los problemas vivos del Derecho, especialmente los de la interpretación y aplicación judicial, reconocemos su insuficiencia en orden a la consideración de temas tan fundamentales como la ontología o la estimativa jurídicas. Por otra parte hay que eliminar *a priori* la pretensión de explicar el fenómeno jurídico sobre la base de datos de mera experiencia, a través de un proceso inductivo a partir de los mismos. Con ello se desembocaría ingenuamente en la ya censurada solución positivista, como advierte COING, al señalar que los hallazgos de esta dirección son inservibles para obtener un concepto intencional del Derecho, el cual, por tener que expresar su contenido esencial, ha de explicarse sobre la base del caso o el tipo ideal. «En último término, Filosofía del Derecho y Filosofía tienen que coincidir.» «La Filosofía del Derecho no puede cumplir su última tarea sin tomar de ella sus perspectivas; es inimaginable una Filosofía del Derecho que careciera del fundamento de una Filosofía general.»

Aunque el tema del Derecho Natural debe ser considerado como uno de los capitales dentro de la Filosofía del Derecho, sobre todo en épocas de crisis, por su extraordinaria fecundidad en el orden práctico, al proporcionar un criterio axiológico que, con base objetiva, elimine los riesgos del subjetivismo; sin embargo, por aquella dependencia apuntada respecto a la Filosofía, en la que la consideración ontológica tenía carácter previo, hasta el punto de ser calificada por ARISTÓTELES como Filosofía primera, el ser del Derecho, la ontología jurídica, en definitiva, debe alzarse como tema fundamental. En este punto discrepamos de la actitud de COSSÍO (17), quien, al negar todo tipo de investigación causal sobre el Derecho, distinto del científico, desplaza este tema a la Filosofía de la ciencia jurídica, verdadero híbrido dentro de la actividad gnoseológica.

(16) LUIS RECASÉNS SICHES: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México, 1956; pág. 26.

(17) C. COSSÍO: «Panorama de la teoría egológica del Derecho». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1949; núm. 13, páginas 58 y 59.

EL DERECHO EN CUANTO REALIDAD

La consideración de la esencia del Derecho no puede afrontarse sin una delimitación previa que, recortándole de la realidad, permita posteriormente realizar aquella investigación fundamental.

Enfrentarse con lo que ha de ser estudiado es una postura o actitud posicional que para el científico carece de especial dificultad, pues basta simplemente con situarse ante el objeto que ya es conocido, en cuanto objeto, antes de iniciar la investigación. El científico sabe lo que va a investigar causalmente, pero las dificultades no surgen hasta el momento en que inicia su pesquisa etiológica. Así el Derecho Romano o el Derecho Mercantil, considerados como ciencias, tienen un ámbito perfectamente limitado, el de las normas e instituciones vigentes en un determinado período de la historia de la humanidad y dentro de unos límites geográficos, o bien el de las normas reguladoras de las relaciones de tráfico comercial.

Tratándose de la investigación filosófica del Derecho, la actitud posicional se convierte, además, en problemática. Siendo el del Derecho un concepto fundamental, se escapa de las manos a causa de su imprecisión. Pertenece a esa serie de nociones fácilmente sentidas, de las que todos tenemos una intuición clarividente, y que, sin embargo, son de muy difícil definición. Basta realizar un examen introspectivo, un repliegue sobre el propio yo, para constatar la presencia íntima de esta realidad. Y basta igualmente contemplar la conducta de los niños o la de las personas menos cultivadas para advertir la exactitud del referido aserto. No por conocidas son menos alarmantes las palabras de KANT sobre el desacuerdo existente entre los juristas respecto al concepto del Derecho. Desde entonces las definiciones se han multiplicado, pero el panorama, lejos de aclararse, se encuentra cada vez más turbio.

La falta de un testimonio de autoridad, capaz de satisfacer las exigencias de una teoría general del Derecho, nacida en el plano científico, se anuda con el planteamiento del quehacer filosófico, en el que la primera condición será la de conquistar el propio

objeto que, por su carácter evanescente, huye, que es «constitutivamente latente» y «esencialmente fugitivo» (18). Además, por la propia índole de la filosofía, repugna cualquier adhesión *a priori* a un dato que no haya sido previamente constatado. No se trata de una actitud orgullosa, pues precisamente por la jerarquía suprema de este modo de saber, es la humildad una de las dimensiones peculiares del filósofo que ya SÓCRATES subrayó. Se trata de algo más profundo que hunde sus raíces en la misma entraña de esta actividad que no puede, sin más, aceptar un dato, como punto de partida, sino que ha de arrancar desde el principio, sometiendo a revisión todo lo anterior (19).

Como la Filosofía no parte de un objeto poseído, para analizarlo posteriormente, no es posible un ataque frontal, su aprehensión requiere un método distinto, a modo de asedio ideológico, entornándolo y estrechando el cerco cada vez más y manteniendo al mismo tiempo despierta la conciencia de los propios problemas (20).

Del consorcio entre Derecho y Filosofía, y ante las especiales características indicadas, surge como inaplazable la delimitación de la realidad jurídica. Esta función, que en el orden científico sería meramente instrumental, en éste lo rebasa, y por el carácter constitutivo que aquí desempeña la posesión del objeto, se implican ya consideraciones que atañen a la determinación esencial del mismo.

¿Dónde se encuentra el Derecho? Invade todos los campos en que se desarrolla la vida humana organizada. Nada puede decirse que escapa a su imperio, bien sea de un modo directo, conformando determinadas situaciones, bien de un modo indirecto, constituyendo la urdimbre de las restantes.

Dejando a un lado la consideración científica o filosófica del Derecho como una de sus manifestaciones, puesto que no le afecta como algo específico, ya que se trata de un modo de saber aplicable a esta realidad como a cualquier otra, las manifestaciones se reducen por la doctrina a las tres siguientes: el Derecho en

(18) XAVIER ZUBIRI: *Naturaleza, historia, Dios*, 1959: págs. 109 a 118.

(19) JULIÁN MARIAS: *Historia de la Filosofía*. 1950: pág. 4.

(20) JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *¿Qué es filosofía?*. 1957: pág. 26.

cuanto norma, el Derecho en cuanto facultad y, finalmente, en cuanto expresión de un ideal de justicia.

En el primero de los sentidos equivale a conjunto normativo. Es el Derecho objetivo que se expresa mediante una proposición de carácter general, notificada auténticamente a aquellos a quienes va dirigida. En el segundo constituye un poder moral, que confiere a su titular una esfera de acción protegida y excluyente. En el último proclama la existencia de un valor superior, de carácter ético, del cual ha de nutrirse la realidad.

Las tres acepciones indicadas que, en el plano doctrinal, han obtenido carta de naturaleza, son objeto de distinto tratamiento desde el punto de vista ontológico. CATHREIN, a quien los teóricos del Derecho Natural no pagarán suficientemente su exacta y ponderada crítica del positivismo jurídico, especialmente a través de su réplica a BERGBOHM, indica que «las tres especies de Derecho son entre sí esencialmente diferentes y no se pueden comprender bajo una definición común» (21). De ser exacto lo expuesto, nuestra tarea se perdería en una complejísima problemática, y habría que renunciar al estudio de la esencia del Derecho, siendo preciso fraccionarla en tres distintas investigaciones, correspondientes a cada una de aquellas realidades. Entendida la esencia, en una aproximación provisional no definitiva, como unidad primaria necesitante de las notas que no pueden faltar en una realidad, sin que ésta deje de ser lo que es (22), se llegaría a la conclusión de que Derecho objetivo, Derecho subjetivo y Derecho como lo justo, son expresión de tres esencias distintas y «deben, pues, tratarse por separado, si no se quiere incurrir en confusiones y errores, aunque guardan entre sí tan íntima relación como los anillos de una cadena» (23).

De acuerdo en tantos puntos con la posición de CATHREIN, nos separamos de él en éste, afirmando, por las razones que exponremos en su momento, el carácter no sólo integrador, sino unitario del Derecho, cuya consideración esencial es inescindible. En caso contrario caerían por su base algunas afirmaciones axiomáticas y no

(21) V. CATHREIN: *Filosofía del Derecho*. 1950. pág. 70.

(22) X. ZUBIRI: *Sobre la esencia*. 1963; págs. 15 a 19.

(23) V. CATHREIN: *Loc. cit.*

sería factible realizar la investigación esencial del Derecho, sino varias investigaciones esenciales.

LEGAZ (24), utilizando la terminología escolástica, entiende que el Derecho es un concepto analógico y que la determinación del *analogatum princeps* varía según la concepción de las escuelas filosófico-jurídicas. Subjetivistas, normativistas y eticistas, dirán que el Derecho es, fundamentalmente, facultad, norma o lo que es justo. En la misma línea, FERNÁNDEZ GALIANO (25) hace su particular elección, afirmando que parece ser que el Derecho objetivo desempeña la función de analogado principal, correspondiendo a los restantes la de analogados secundarios.

Esta última dirección, a pesar de su apariencia más moderada, no difiere sustancialmente de la de CATHREIN, en cuanto a las consecuencias que se derivan para la determinación de la esencia del Derecho. El término análogo, lo mismo que el equivoco, se predica de realidades que son esencialmente diversas. La diferencia que media entre uno y otro se halla en que en el primero existe una proporción entre las cosas diversas, y les conviene, porque la significación que se le atribuye es parcialmente igual y parcialmente diferente. En el segundo, por el contrario, no es posible establecer tal proporción, ya que el concepto se aplica a los objetos con significación totalmente distinta (26). Lo fundamental en este punto es que con el término análogo se alude a realidades esencialmente distintas, por lo que nos situamos en el mismo punto de partida de CATHREIN, y entonces, admitiendo como hipótesis la validez de estas premisas, es perfectamente congruente la consecuencia de tratar por separado cada una de las especies para no incurrir en confusiones.

Las confusiones, en efecto, se han producido, y así, partiendo de la base de que el Derecho objetivo es el analogado principal, el porcentaje más elevado de estudios sobre la esencia del Derecho se ha concretado al examen de esa realidad, la cual, a causa de su

(24) L. LEGAZ: *Filosofía...*, pág. 246.

(25) ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1963; págs. 41 a 43.

(26) Sobre la significación de los términos análogos, véase SANTO TOMÁS: *De veritate*. II, 1. En relación con la analogía del ente, ANTONIO MILLÁN PUELLES: *Fundamentos de Filosofía*, 1958; y REGIS JOLIVET: *Curso de Filosofía*, 1959; páginas 246 y 247.

parcialidad y por no comprender todo el ámbito de lo jurídico, no puede generalizarse a los otros aspectos o especies, sin dar un verdadero salto en el vacío. Porque si bien es verdad que tras el análisis de las notas del Derecho objetivo no se ha pretendido extenderlas al Derecho subjetivo, también es cierto que al agotar generalmente en ese examen todo estudio de carácter esencial sobre el Derecho, se da la impresión de que sus resultados son aplicables a las otras facetas o que sobre ellas no cabe ningún tipo de investigación esencial. Ambas conclusiones son inaceptables. La primera porque obliga a forzar los conceptos hasta descoyuntarlos, haciéndolos inservibles para su nueva función. La segunda, porque admitida la hipótesis de que se trata de distintas realidades, no hay razón que justifique el igual trato de lo que es desigual.

En definitiva, si se quiere buscar la esencia del Derecho es preciso renunciar a las tesis expuestas. Bajo el nombre del Derecho no se amparan realidades distintas, sino una sola y plenaria.

Puede sernos muy útil, en este momento, aportar a nuestro estudio la distinción que establece ZUBIRI (27) entre cosas reales y cosas sentido, a propósito de la determinación del ámbito de lo esencial que se identifica con el ámbito de la realidad. Conviene señalar que si usualmente se utiliza el término esencial referido a cualquier clase de cosas es porque consideramos que todas ellas son reales, y esto, sin embargo, no es cierto. Lo que sucede es que las consideramos «como si» lo fueran, y partiendo de este «como si» o ficción, entonces se nos muestran produciendo efectos reales.

Ahora bien, el ámbito de la realidad hay que circunscribirlo al de aquellas cosas que actúan formalmente por sí mismas, en virtud de su carácter formal de tales, por sus propiedades. Estas son las cosas reales, las únicas que tienen esencia. Esas propiedades constituyen un supuesto previo de las posibilidades que las mismas notas encierran, las cuales a su vez se revelan en función del sentido que tienen en la vida y que por ello originan lo que llaman cosas sentido.

La idea de ZUBIRI es original. Nada tiene que ver con la oposición griega entre naturaleza y técnica, pues como él mismo subraya, en Grecia la naturaleza hacía referencia a lo originario

(27) X. ZUBIRI: *Sobre...*, págs. 103 a 108.

- y originado en virtud de un modo propio de producirse. En tanto que para él naturaleza significa el modo de actuar una cosa formalmente por sus propiedades, independientemente de que sea natural o artificial.

«De las cosas sentido hay concepto, pero no esencia... Lo concebido puede ser esencia cuando se concibe una cosa real; pero no todo lo concebido es realidad ni, por tanto, esencia.»

Las ideas anteriores, sintéticamente expuestas, obligan a una seria reflexión respecto al Derecho. ¿Cabe plantearse dentro del mismo la distinción entre cosa real y cosa sentido? Si la investigación filosófica se realiza con el rigor que su propio método exige, es evidente que hay que someter a revisión las conclusiones obtenidas hasta el presente, sea cual fuere su autoridad, para iniciar, desde la propia perspectiva, esa aventura desapasionada y apasionante que conduce a la verdad.

En las consideraciones previas descartamos ya del mundo de lo jurídico todo aquello que, ofreciéndose como tal en el mercado, no resistía el contraste con el valor a cuyo servicio aparentaba estar. Ahora, estrechando el cerco cada vez más, según el método que ORTEGA propone, nos hacemos cuestión de un problema más hondo, el de determinar en el seno del Derecho cuál es el ámbito de lo esencial.

Estamos muy lejos de penetrar en la esencia del Derecho. Nos encontramos aún en esa fase previa de delimitación del objeto que, por cuanto llevamos expuesto, se advierte que reviste excepcional interés.

Volviendo otra vez a nuestro tema, entendemos que la única realidad, de acuerdo con los términos expuestos, es la del Derecho sin adjetivos, la única de la que se puede predicar su carácter esencial y, por consiguiente, intentar su investigación esencial. No es que Derecho objetivo y Derecho subjetivo sean cosas sentido, sino que la esencia ha de ser comprendida por sus notas, dentro de las cuales cabe distinguir entre las constitutivas o infundadas y las constitucionales o fundadas. Solamente encontramos en el Derecho las del primer tipo y en los Derechos las del segundo.

En definitiva, cuando se estudia la esencia del Derecho, par-

tiendo de una de sus especies o acepciones, se procede erróneamente. Ciertamente el error no es tan craso como si se investigara sobre algún determinado tipo de institución jurídica—cosa sentido, en la que únicamente existe concepto, aunque no esencia—; sin embargo, se eliminan las posibilidades de realizar una auténtica investigación esencial, porque al circunscribirse al campo de las notas fundadas, se deja sin dar el paso decisivo de penetrar en las infundadas.

La investigación esencial, emprendida con el ánimo de llegar hasta las notas constitutivas, precisamente por el carácter filosófico de la tarea, constituye un problema sin límites en el orden de la profundidad, que obliga a perseguir el objeto de un modo constante, pensando siempre en un más allá, que tal vez hoy está velado, pero que no autoriza sin más a prescindir de su posibilidad.

Por consiguiente, sin negar al carácter esencial de las especies o acepciones del Derecho, renunciemos a plantear nuestro estudio en ese terreno, para situarnos en una visión general, al mismo tiempo que sintética, de la realidad.

La consideración del Derecho como unidad se entiende más fácilmente si en lugar de contemplar directamente la realidad jurídica se la ensambla en otras realidades, dentro de la interpretación del universo, en su conjunto. Se trata, pues, de ofrecer una visión panorámica que jerarquice y, consiguientemente, sitúe al Derecho dentro de la serie de principios ordenadores que afectan a los distintos seres de la creación. Esa visión panorámica es perfectamente compatible con otra individualizada de la realidad jurídica que sea complementaria de la anterior.

Para el primer estudio acudiremos a la tradición greco-cristiana. Para el segundo, nos remitiremos a una de las direcciones del pensamiento más reciente.

La configuración del universo como un cosmos fue una de las intuiciones más preclaras del genio heleno. Más que una intuición avalada por la experiencia del acontecer reglado y constante de los fenómenos extra sociales es el producto de un tipo particular de reflexión.

Los primeros pensadores helenos se enfrentaron con una realidad cambiante, con una naturaleza sujeta a continua mutación.

En el proceso cósmico hay una pluralidad de fuerzas y tensiones que reclaman un principio superior—«arje»—, cuyo descubrimiento preocupó grandemente a los presocráticos. A HERÁCLITO le corresponde el mérito de haber desvelado ese principio—«logos»—, si bien el pensamiento del Oscuro aparece tan fragmentado que no es fácil sentar conclusiones definitivas. DEMÓCRITO explica la unidad del universo por una razón superior, de naturaleza causal en la que se funden elementos estrictamente mecánicos con otros de índole espiritual. Así, entiende por sufrir el producirse un efecto y, como subraya Kelsen (28), cuando utiliza la palabra «aitia» como causa, siguiendo a la vieja filosofía natural, no debe olvidarse que esta expresión fue sinónima de culpa.

El estoicismo, que si en el terreno filosófico ocupó un lugar subordinado, sobre todo si se le compara con las tres grandes figuras del pensamiento griego, tuvo una gran relevancia a nuestro respecto. El concepto central del estoicismo es el de la naturaleza. El cosmos visible no es otra cosa que la manifestación externa de la divinidad que, al mismo tiempo rige al mundo como principio racional animador de cada cosa a su fin. Esta encarnación de la divinidad en la naturaleza es la causa del orden admirable que existe en el cosmos, del que participan todos los seres, ya estén dotados de razón o carezcan de ella. La doctrina estoica, coetánea en su dos últimos siglos con el cristianismo, influyó decisivamente, en algunos puntos, en la elaboración racional de este último. Concretamente ha indicado TRUYOL, las razones seminales, cuyo precedente se encuentra en el logos heraclítico, constituyen un atisbo del concepto cristiano de ley eterna (29).

Resume COLLINGWOOD perfectamente la idea helena sobre la naturaleza expresando que la contemplación de que el mundo se encontraba sujeto a un movimiento continuo y ordenado les llevó a la conclusión de que era algo no solamente vivo, sino inteligente, expresión localizada de la vitalidad y racionalidad del alma y la mente del mundo que todo lo impregnaba (30).

(28) HANS KELSEN: «La idea del Derecho Natural», en *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*. Trad. esp. 1946, págs. 76 y 77.

(29) ANTONIO TRUYOL SERRA: *Historia de la Filosofía del Derecho*, 1954; página 77.

(30) R. G. COLLINGWOOD: *La idea de la Naturaleza*. Trad. esp. 1950; pág. 14.

La idea del orden es una de esas ideas claves, capaz de poner en marcha el poderoso motor del filosofar, pues, como afirmaba el Angélico, la Filosofía trata de fijar en el alma el sello del orden total del universo y de inquirir sus causas (31). El orden constituye por si mismo la expresión de una mente superior planificadora que imprime a los seres una determinada regularidad. El concepto griego adolecía de un carácter netamente panteísta que desaparece en la concepción cristiana de la Filosofía, al referir el centro de imputación de la regularidad y la armonía a un Dios personal y trascendente.

La obra de SAN AGUSTÍN (32) y SANTO TOMÁS (33) constituye, dentro del pensamiento cristiano, la primera aportación, de rango sistemático para establecer una teoría general del orden de naturaleza teocéntrica, a la que no escapa ninguno de los seres del universo. *Quis neget, Deus magne, te cuncta ordine administrare?*, exclamará el obispo de Hipona.

SANTO TOMÁS, aristotélico en la inspiración de una gran parte de sus construcciones, acude esta vez al idealismo platónico para ofrecernos la relación existente entre Dios y la obra de sus manos. En la razón divina, en cuanto creadora por su sabiduría, al igual que en el artista, preexiste la razón de todas las cosas, que recibe el nombre de ideal o arquetipo, y, en cuanto gobernante, dirigiendo todos los actos y movimientos de los seres, tiene carácter de Ley. Por ello, *lex aeterna, nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum* (34). Con anterioridad se había planteado SAN AGUSTÍN la misma cuestión del gobierno del universo, resolviéndola por igual Ley, que define como *ratio vel voluntas Dei* (35), entre cuyos términos, afirmará SUÁREZ, no existe oposición, debiendo entenderse la conjunción en sentido copulativo y no disyuntivo, pues dada la simplicidad divina no cabe establecer oposición (36).

En definitiva, la concepción cristiana llega a las siguientes conclusiones:

(31) SANTO TOMÁS: *In. I. Ethic.*

(32) *De Civit. Dei.* 1,19, c. 13. *Enarrat. in Ps.* 144, 13.

(33) *Summa Th.* I, 65, 2.

(34) *Summa Th.* I-II, 93, 1.

(35) *Contra Faustum.* XXII, 27.

(36) F. SUÁREZ: *De légibus.* II, 6, 8.

- a) El carácter *ex nihilo* de la creación, cuyo autor es Dios.
- b) La consideración del universo como un todo perfectamente ordenado, en la variedad de los seres y en la multiplicidad de las operaciones que les son propias.
- c) La realización de ese orden, por medio del gobierno divino, a través de la Ley eterna.

Siendo la misma Ley y siendo único el orden, aquélla se modifica en sus efectos y éste varia en sus expresiones, por razón de la distinta naturaleza de los seres. Dejando a un lado el mundo angélico, en dos grandes capítulos se compendia aquella inmensa variedad. El primero y más elevado, aunque último en el orden cronológico de la creación, comprende al ser racional y libre, hecho a imagen y semejanza del Creador, a cuyo dominio están sujetos todos los restantes que integran ese otro capítulo de seres animados e inanimados, incapaces de admirar la grandeza de la obra divina, carentes de cualquier impulso racional.

Las dos grandes figuras de la patrística y de la escolástica, ya citadas, señalaron la distinta forma de sumisión a la Ley eterna, de unas y otras creaturas (37). Los irracionales, al no percibir intelectualmente el precepto divino, quedan sujetos a él de un modo fatal y necesario, *per modum actionis et passionis*. La palabra sumisión adquiere la plenitud de su significado. Carecen por sí mismos de la posibilidad de cooperar u oponerse activamente a la realización del orden universal que se desarrolla en ellos ciega e inexorablemente. La infracción de la Ley es un término vacío de contenido. Sólo la derogación es admisible, de un modo excepcional, por medio del milagro.

Los hombres, sin embargo, insertos en el orden universal, lo penetran con la luz de su inteligencia y lo actúan con el imperio de su voluntad. En aquella parte en que ese orden general se refiere a la libertad de las personas, se constituye en orden moral, regido por la misma Ley eterna, que al ser participada por la creatura racional, recibe el nombre de Ley natural (38). Consiste en la forma de participación más excelente y en la adecuada a la

(37) SAN AGUSTÍN: *Contra Faustum*. XXII, 28. SANTO TOMÁS: *Summa Th.* I-II, 93, 5 y 6.

(38) SAN AGUSTÍN: *De libero arbitrio*. I, 6, 15. SANTO TOMÁS: *Summa Th.* I-II, 91, 2.

naturaleza humana—*per naturalem legem participatur lex aeterna secundum proportionis capacitatis humanae naturae*—(39). Sin entrar aquí en el tema de la inviolabilidad de la Ley natural, es lo cierto que la ordenación práctica de esas conductas que la Ley persigue exige la aquiescencia de un destinatario, como verdadero y auténtico protagonista. Aquí sí que es posible la infracción, surgiendo un vocabulario que en el orden universal, considerado *in toto*, carece de significación. Responsabilidad, culpabilidad, mérito y demérito, sanción, premio y castigo, pecado y delito, sólo pueden comprenderse si se traducen en el diccionario de la libertad.

Tenemos ya al hombre situado en el cosmos, realizando un tipo determinado de vida específica, en la que se acusa el contraste entre la forma expansiva interior, alimentada por el libre albedrío y las limitaciones de distinta índole que la moldean e incluso cercenan.

Las primeras limitaciones son de carácter físico. Surgen ante el choque con una realidad más fuerte que la suya, que sólo a través de un lento proceso de penetración intelectual en las leyes que la rigen o de la experiencia de sus efectos puede ir modificando y sometiendo a su imperio, para extraer de ella las utilidades que le permitan el mejor desarrollo de su personalidad. La historia de la humanidad es la de una lucha constante por dominar esa naturaleza. Esa lucha se inicia en forma primaria y adquiere, en el decurso de los tiempos, un impulso considerable, merced a los avances de la ciencia y de la técnica. El puesto privilegiado que ocupa le otorga una evidente superioridad, pero no le desvela el misterio de la creación, ni le confiere un poder omnímodo, que sólo corresponde al Creador.

El segundo grupo de limitaciones derivan del carácter social de su naturaleza. Una tradición multisecular, que tiene su origen en Grecia, se exalta en Roma, encuentra en el cristianismo su apoyo más firme y se defiende con toda clase de argumentos por la Escuela española, mantiene decididamente esta dimensión radical que la Escuela racionalista no supo ver, influida por prejuicios de carácter político, relativos al origen y fundamento del

(39) SANTO TOMÁS: *Summa Th.* I-II, 91, 4.

Estado. Es innecesario justificar este extremo, pero es preciso tenerlo presente, como punto de partida, porque, de lo contrario, nuestra investigación se iniciaría ya afecta de una tara que viciaría las conclusiones que se obtuvieran, por sugestivas que pudieran parecer.

Lo social trasciende la mera yuxtaposición o coexistencia y supera incluso la estrecha consideración de las relaciones recíprocas de los individuos. Las presupone, al mismo tiempo que las supera.

La yuxtaposición produce solamente un resultado aritmético, puramente aditivo y ajeno a una integración de conductas, insignificantes más allá de su propia realización. Es cierto que en el orden humano es imposible hablar de coexistencia en estricto sentido, pues aquellas situaciones en que pueda producirse son más aparentes que reales. Dadas las formas de tal manifestación, están, si no impuestas, al menos condicionadas por los presupuestos de la vida social en la que surgen. Ejemplos triviales como el de una cola o el del auditorio de un determinado espectáculo manifiestan que, a pesar del desinterés mutuo entre los individuos que los componen, subyace una idea de orden que trae su causa de la propia sociedad. En cualquier otro supuesto que cupiera imaginar resaltaría igualmente, por lo menos, la idea de un respeto recíproco, que sería, en definitiva, la expresión de un aliento comunitario facilitante del supuesto planteado. Hay algo más que la idea de orden o de respeto, que es la manifestación de aquella con arreglo a unas determinadas categorías, que podrían ser distintas y que, sin embargo, no lo son, a causa del influjo social que las ha ido moldeando.

La relación entraña un paso más, un giro evidente en el comportamiento, que produce un recíproco enriquecimiento de las personalidades en contacto. nivelador de las aportaciones de uno y otro. (No se desconoce ni se niega, en determinados casos, que el enriquecimiento sea unilateral.) Lo fundamental, en este aspecto, es la superación del comportamiento meramente negativo por una conducta positiva en su significación. Interesa aclarar esta última afirmación. Así, verbigracia, cuando la doctrina atribuye a los derechos reales el carácter de ser derechos de exclusión, con las salvedades oportunas, como las «Reallasten» del

Derecho germánico o las servidumbres del artículo 533 de nuestro Código civil, se está aludiendo a que el sujeto pasivo no tiene ninguna obligación *in faciendo*, pero el sentido de esa abstención es el de cooperar, integrándose positivamente en la realización plena del Derecho.

Lo social constituye la dimensión necesaria, al mismo tiempo que óptima, para el desarrollo de la persona humana. En el *Génesis*, las palabras de Yahvé, «no es bueno que el hombre esté solo; le haré una ayuda semejante a él» (40), relatan el origen de la primera sociedad, fundamento de las restantes.

La nota característica de la vida social es la cooperación organizada para el cumplimiento de un determinado fin. Ello se traduce en una distinción de funciones y en la constitución de un organismo nuevo dotado de la estructura adecuada para hacer viable ese fin.

Cuando el hombre despliega la mirada en torno suyo, se encuentra que, al mismo tiempo que está rodeado de cosas y de hombres, está inmerso en un orden de libertad, que de una parte limita las posibilidades de su conducta y de otra le habilita para desenvolver su personalidad en forma congruente con su naturaleza.

Un orden de libertad, hemos escrito deliberadamente, para destacar que la vida social no consiste específicamente en la libertad que pudiera servir, a lo sumo, para definir al hombre abstraído artificialmente de la convivencia organizada con sus semejantes. No es que, como en el sentido pactista de la Escuela clásica, la libertad personal se transforme en libertad civil, después del origen del Estado. Ni es tampoco una limitación que se establece violentando una tendencia, para garantizar un mínimo de esa misma libertad. El origen de la sociedad y de la autoridad *ex conventione* llevan a esa conclusión. Pero es forzoso repetirlo aquí otra vez, la sociedad surge, *ex natura*, como una exigencia de la naturaleza humana que está afectada por un conjunto de limitaciones.

Si la libertad fuera un fin en sí misma, habría que considerar

(40) Gen. 2, 18.

tales limitaciones como recortes que la desfiguran. Siendo, por el contrario, un medio, son como los perfiles que la configuran.

Por su carácter instrumental carece de justificación propia y se coloca al servicio de los fines individuales y sociales de la persona, en su doble determinación ontológica.

El fin individual, la unión con Dios, aunque no se alcance en esta vida, tiene que conquistarse en ella. La presciencia y premoción divinas dejan intacta la *vis electiva*, que dota a las acciones de un significado meritorio, sin el cual no se logra la salvación.

Pero, además de su ordenación trascendente y de la jerarquización de todos los actos humanos a ese fin superior, la libertad, en el plano de la vida social, se transforma en el eje determinante de la atribución de lo suyo en esta clase de relaciones.

En el concierto universal de los seres pudo el Creador otorgar gratuitamente la consecución del fin individual, lo mismo que realizar un perfecto reparto de bienes entre cada uno de los hombres. Entonces la libertad no hubiera existido, y el hombre, como tal, hubiera igualmente dejado de ser. No fue así, y el reparto han de realizarlo los hombres libremente y en forma responsable para lograr que cada cual tenga lo suyo.

Lo suyo es el objeto propio de la justicia en cuanto virtud social. Por ser virtud supone un hábito—*constans et perpetua voluntas*—que perfecciona la obra y a quien la ejecuta. El orden social es fundamentalmente atributivo, realiza un reparto de bienes de todas clases que cuando se consigue produce una situación de paz interna y de perfecto ajuste entre todos los elementos que lo integran.

Advertimos, pues, que ese orden de libertad se justifica, al servir de instrumento para que resplandezca la justicia, mediante la cual se determina el patrimonio de cada sujeto. El término patrimonio, pese a la significación vulgar, que le atribuye un contenido material, tiene un carácter mucho más amplio, comprendiéndose dentro del mismo toda clase de bienes, ya sean materiales, en sentido estricto, ya sean de índole espiritual. Resulta que dentro del patrimonio de una persona la libertad consiste en uno de los bienes más importantes, y que si es imposible concebir tan sólo la idea de justicia al margen de la libertad, resulta

igualmente inconcebible el ejercicio de la libertad al margen de la justicia.

Caben aún algunas observaciones. En primer término, que la justicia no se realiza absolutamente en el orden social. Y en segundo lugar, que el examen de nuestra realidad muestra, sin embargo, unas exigencias imperativas en la realización que incluso pueden ir acompañadas del empleo de la fuerza.

La primera observación nos revela que nos encontramos en el llamado mundo de la cultura que constituye aquella parte del orden universal referido a las obras del hombre que adquieren su ser peculiar por estar referidas a un valor.

El descubrimiento de los valores como un nuevo estrato de la realidad, merced a la dirección fenomenológica y especialmente a la obra de SCHELER y HARTMANN, sirve para aclarar muchas dudas en torno al problema.

Los valores que integran una categoría especial dentro del mundo de los seres ideales tienen una existencia propia, aunque no estén encarnados. Ciertamente que están llamados a realizar esa incorporación, pero su objetividad no queda disminuida cuando aquella no se produce (41).

La justicia pertenece a ese mundo especial y, como expusimos anteriormente, no se nos muestra en la plenitud de su significado, sino realizándose en la vida social, con un coeficiente de degradación de su energía, mayor o menor, según las circunstancias de la realidad en la que se encarne.

La encarnación del valor justicia en el cuerpo social transfunde a éste, dando lugar al precipitado del Derecho. No se quiere decir con ello que el valor justicia referido al hombre no pueda ser pensando al margen del Derecho, porque equivaldría a desconocer la existencia de la virtud personal de la justicia, e incluso su consideración de virtud general, omnicomprensiva de las restantes virtudes. Lo que se afirma es que en el orden social, la proyección de esa virtud origina un ente nuevo al que llamamos Derecho.

Realidad social, Justicia y Derecho difieren entitativamente,

(41) JOSÉ ORTEGA Y GASSET: «¿Qué son los valores?». Una introducción a la estimativa. *Revista de Occidente*, núm. 4, pág. 63.

porque ontológicamente pertenecen a tres mundos distintos del universo objetivo. La sociedad, como compuesto psico-físico, pertenece al orden de los seres reales. La justicia, por tratarse de un valor, se integra en el mundo de los seres ideales. El Derecho, puesto que supone la participación de la segunda en el primero, pertenece a esta tercera categoría de seres reales calificados por otro de naturaleza ideal.

Puesto que los valores tienen una consistencia objetiva independiente de la situación anímica de quien los contempla y trae para incorporarlos a una realidad determinada, resulta que desaparece todo riesgo de subjetivismo en el orden esencial, y que, por consiguiente, la estimativa jurídica tiene un norte preciso y bien definido, que garantiza frente al riesgo del relativismo. El reconocimiento del carácter absoluto del reino de los valores es perfectamente compatible con un cierto «perspectivismo», en frase de LEGAZ, quien, siguiendo a SCHELER y con referencia a la justicia, indica que la variedad de los ideales está provocada por las variaciones del *ethos* o variaciones en la intuición de los mismos, por las variaciones del juicio moral relativas al desenvolvimiento del conocimiento filosófico y, finalmente, por las variaciones de la conducta y de las instituciones morales (42).

En definitiva, la determinación de la realidad del Derecho no puede obtenerse mediante el examen empírico de aquellas situaciones que merecen el calificativo de jurídicas, porque ya hemos indicado que las obras humanas no se justifican por sí mismas, sino por el valor que encarnan, lo que las da un acusado sentido teleológico. No puede determinarse si no es realizando una tarea de carácter estimativo que, en virtud de la bipolaridad de la justicia—valor que se acepta como criterio de estimación—nos delimite perfectamente los dos campos de lo jurídico y lo anti-jurídico. Por tratarse de una realidad cultural deben conjuntarse en la estimación los dos planos de la realidad y el valor. Pero interesa especialmente destacar la ineficacia de los esfuerzos realizados por cualquier tipo de investigación que no pase del examen empírico. El fracaso del positivismo tiene su raíz princi-

(42) LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, 1961; pág. 324.

pal en haber hecho caso omiso de este planteamiento. «La forma lógica del Derecho es un dato *a priori* (esto es, no empírico) y constituye precisamente la condición y límite de la experiencia jurídica general» (43).

A lo expuesto cabría objetar que ese juicio de valor proporciona únicamente la verificación de lo que es justo o injusto, pero que no deslinda el campo de lo jurídico de los restantes. Se encierran en esta actitud las tesis positivista y formalista, y analizadas detenidamente puede decirse que solamente la primera, pues el juicio que realiza STAMMLER, partiendo de un Derecho válidamente constituido sobre su justicia o injusticia, está ya implicado en la naturaleza misma del Derecho, que, por consiguiente, no puede definirse al margen de la justicia (44). Sin embargo, como afirma RADBRUCH (45), a quien sigue LEGAZ (46), la idea del Derecho no puede ser otra que la de la justicia. El Derecho injusto supone un contrasentido, un imposible metafísico, porque sin llegar a un hylemorfismo que supusiera al modo aristotélico que la materia social recibe su ser jurídico de la forma de la justicia, resulta imposible obtener la realidad del Derecho, sin orientarla al norte de ese valor. Ya hemos dicho que ese norte es funcional, pues como señala RADBRUCH (47), no puede definirse de otra manera que como el estado de conciencia dirigido a la justicia objetiva, de modo semejante a como lo hace la veracidad a la verdad.

Sucede que el Derecho, que deja de ser tal cuando se aparta de la justicia, no puede ser valorado sino en las circunstancias concretas de tiempo y lugar en que se da, es decir, en una determinada coyuntura histórica. Entonces llegamos a la conclusión de que es Derecho por su referencia a la justicia, y es más o menos justo según la mayor o menor proximidad de tal referencia. Retornando al origen de esta disquisición, afirmamos que en todo juicio de valor, aunque nos dé como producto una determinada estimación, podemos distinguir perfectamente dos momentos. En primer lugar, una afinidad, o, por el contrario, una repulsa al

(43) G. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. 1935; pág. 403.

(44) LEGAZ: *Ob. cit.*, págs. 330 y 331.

(45) G. RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. 1952; pág. 44.

(46) LEGAZ: *Ob. cit.*, pág. 272.

(47) RADBRUCH: *Loc. cit.*

valor de que se trate. En virtud de la bipolaridad indicada, diríamos que obtenemos ya una significación positiva o negativa. En segundo término, y dentro ya del resultado positivo, una especificación más concreta del grado de proximidad al polo orientador. Trasladando esas conclusiones a nuestro campo, el primer momento nos llevaría a la concepción de la realidad como jurídica o no, es decir, que sólo es Derecho el Derecho justo. El segundo momento definirá la dosis de justicia que el Derecho encierra. Esta ulterior calificación tiene sumo interés para la mejora y desarrollo jurídicos, para lograr, en suma, su perfeccionamiento.

Para indagar la esencia del Derecho hemos de situarnos en aquella parcela de la realidad social en que se trasfunde de alguna manera el valor justicia, e impone, por consiguiente, una limitación a la libertad.

Pero antes de iniciar esa investigación esencial y con el fin de expresar, con perfil más acabado, la realidad que ha de ser objeto de examen, será preciso todavía referirse a las formas típicas de manifestación. No es éste un problema de fuentes, en el sentido técnico de la ciencia jurídica, aunque habrán de manejarse algunos conceptos que, por su carácter general, convienen a aquella rama más concreta indicar.

La moderna conciencia jurídica europea continental parte de una visión parcial del orden jurídico, al que identifica prácticamente con el Derecho escrito en leyes técnicamente acabadas. Esta conciencia, escribe COING (48), es una conciencia deformada, pues la situación que expone, además de ser fragmentaria en el momento actual, porque no tiene en cuenta a los pueblos extracontinentales, no se corresponde con el ritmo de la historia. Para percatarse de ello es suficiente considerar que tal estado cuenta con no más de siglo y medio de vigencia y que tiene su origen en la Ilustración y la Revolución francesa, la división de poderes y el parlamentarismo.

Junto al Derecho contenido en las leyes se encuentra el Derecho consuetudinario, que, en las épocas más remotas y de inferior

(48) H. COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Trad. esp. 1951; página 51.

desarrollo, vive exclusivamente en los usos y convicciones populares, y que cuando en la sociedad van diferenciándose las funciones, es asumido por los juristas que, en cierto modo, se arrojan la representación de todo el pueblo, según lo ha visto la Escuela Histórica, con verdadero acierto (49).

Siguiendo a WEBER, señala COING que la oposición entre el Derecho legislativo y el consuetudinario no es absoluta porque ambos no se excluyen totalmente, ni agotan el área total de lo jurídico. En los países anglosajones especialmente, el valor que adquieren las sentencias, no sólo respecto al caso concreto sometido a su decisión, sino por el valor de precedente vinculatorio para otros Tribunales, es extraordinario. Y como en los indicados países el Derecho aplicable es el consuetudinario, se produce una fusión entre usos jurídicos y jurisprudencia.

Con lo expuesto podría parecer que en la balanza de nuestras inclinaciones pesaba más la tesis favorable a la interpretación del Derecho, en la primera de las acepciones usualmente admitidas, es decir, el Derecho como norma. No hemos de negar aquí la importancia que la normatividad adquiere en cualquier concepción que se acepte del Derecho, pero esto no es objeto de estudio por el momento. Lo que si nos interesa subrayar es que ahora nos hemos situado ante un problema totalmente distinto, el de las manifestaciones del Derecho, dentro del cual hemos elegido deliberadamente el de sus formas más típicas, sin dar a esta palabra el sentido que tienen en la ciencia penal. ¿Quién puede dudar que el Derecho se manifiesta también a través de las facultades y deberes de los sujetos en su vida de interacción?... Pero de elegir ese camino nos perderíamos en una casuística, inadecuada para ofrecer una visión sintética del problema.

Creemos que en las siguientes palabras de COING se halla una vía accesible para enhebrar el doble aspecto de las formas de manifestación del Derecho, con el de la delimitación del ámbito de la realidad jurídica esencial. «Por diversas que puedan ser las imágenes del orden jurídico en su manifestación externa, su esencia es siempre la misma. Siempre se trata de una suma de principios que deciden los conflictos de intereses que se presentan

(49) H. COING: *Ob. cit.*, págs. 52 y 53.

en una determinada comunidad que se reúnen en un orden complejo... Tales principios pueden formularse de un modo más o menos consciente, pueden concebirse de modo más o menos abstracto y general y más o menos amplio, pero no hay derecho imaginable sin ellos» (50).

La aparición de los principios nos manifiesta, desde otro punto de partida, que el Derecho se concreta en un orden y que constituye una determinada normatividad, con las notas y características correspondientes.

La línea más preclara de la tradición cristiana, partiendo de la afirmación de un Ser trascendente al universo, origen y gobernador del mismo, centra en la Ley eterna el orto de ese orden universal. La Ley eterna no es otra cosa que la razón de gobierno del mundo existente en Dios, que es el supremo gobernante. SANTO TOMÁS utiliza, a este respecto, el argumento de la serie de principios motores subordinados entre sí, en los que la fuerza del segundo deriva de la del primero, porque aquél es incapaz de darse el movimiento si no la recibe de éste. Igual observación realiza con relación a los gobernantes y a la obra arquitectónica. «Siendo, pues, la Ley eterna la razón de gobierno existente en el Supremo gobernante, es necesario que todas las razones de gobierno que existen en los gobernantes inferiores deriven de la Ley eterna... Por consiguiente, toda Ley se deriva de la Ley eterna, en la medida en que participa de la recta razón» (51). El *Angélico* recoge en este punto la posición de SAN AGUSTÍN, a quien cita en un pasaje del *De libero arbitrio*: «en la Ley temporal nada hay de justo y legítimo que no hayan tomado los hombres de la Ley eterna» (52). Nuestro SUÁREZ se expresa en sentido análogo, al exponer cómo en la Ley eterna se encuentra la fuerza obligatoria de todas las demás leyes: «toda recta razón creada lo es por su participación en la Ley divina..., y toda potestad procede de arriba y viene de Dios Nuestro Señor» (53).

La visión del orden total del universo, del que el orden jurídico constituye una parcela, es perfectamente compatible con otra

(50) H. COING: *Ob. cit.*, pág. 56.

(51) SANTO TOMÁS: *Sum. Th.*, I-II, q. 93, a. 3.

(52) SANTO TOMÁS: *De libero arbitrio*. I, 6.

(53) F. SUÁREZ: *De légibus*. II, 4, 3.

particularizada de la realidad jurídica que no se opone a la anterior, sino que la complementa.

La concepción de MIGUEL REALE (54), profesor de la Universidad de Sao Paulo, reconduce todo el problema del Derecho a lo que él denomina «teoría tridimensional», en la que se integran los puntos de vista sociológico, valorativo y normativo.

Hemos de destacar que en la citada concepción no se desgaja ni desmembra el Derecho, sino que se afirma su unidad, que admite, no obstante, desde tres distintos ángulos. Como hecho revela su inseparabilidad de los grupos sociales, en los que nace y a los que capacita para existir en forma organizada, en un fenómeno de simbiosis y recíproca compleción que no es preciso detallar aquí. Basta recordar tan sólo lo que exponíamos líneas atrás de que lo social trasciende a la mera coexistencia e incluso a la relación, a las que presupone y supera. Como valor encarna el correspondiente a la justicia que se constituye, de una parte, en criterio axiológico, y, por consiguiente, en crisol, donde se contrasta lo que tiene autenticidad frente a lo que es falso, cualquiera que sea su apariencia. Al mismo tiempo la justicia representa el fin primordial del Derecho, del cual derivan, en forma constelada, otra serie de fines, como la paz y la seguridad, íntimamente ligados con ella, todos los cuales se enderezan al bien común de la sociedad. Finalmente, el Derecho como norma, y en su sentido más preciso a los fines de este trabajo, como normatividad para diferenciarlo de aquella primera acepción contemplada anteriormente de Derecho objetivo. La norma aquí se emplea, en su sentido preciso, como categoría del mundo de la cultura, o expresión de un deber ser que vincula una consecuencia a la conducta que la origina por un nexo de imputación, a diferencia de la Ley que, en su significación precisa y por pertenecer al mundo del ser, expresa un nexo causal tan fuerte que, producido un hecho, se produce necesariamente la consecuencia. El diferente modo de vinculación, afirma LEGAZ (55), es tal que el mismo hecho considerado como natural se transforma, por virtud

(54) MIGUEL REALE: «Filosofia do Direito». Sao Paulo, 1953. «Fundamentos da concepção tridimensional do Direito». *Rev. Brasileira de Filosofia*. Sao Paulo, 1960; núm. 40.

(55) L. LEGAZ: *Ob. cit.*, pág. 350.

de la imputación normativa, en hecho cultural. En virtud de esta última dimensión normativa, el valor justicia se incorpora a la realidad social, transmutándola en nueva realidad jurídica o «mundo jurídico» en expresión de REALE. Lo jurídico es un *necessarium* de la realidad social, por la razón de que lo social es inconcebible sin la existencia de un orden de libertad, que al mismo tiempo la limita y garantiza su ejercicio. Libertad y Derecho no pueden ser entendidos aisladamente, pues se viciarían en su significación, quedando reducidos a meras etiquetas para ser utilizadas con una carga política peligrosa.

Las tres dimensiones expuestas son únicamente eso, dimensiones o puntos de vista de una sola y misma realidad. Por ello hemos de dar la razón a GOLDSCHMIDT (56), cuando afirma la imposibilidad de seguir la doctrina kelseniana, que reduce el Derecho a su aspecto normativo. Pero tampoco es admisible entregar a la sociología el estudio de lo jurídico como fenómeno social, ni negar carácter científico al estudio de la justicia. Estamos de acuerdo igualmente en que tanto el realismo como el iusnaturalismo racionalista y el normativismo positivista son unilaterales. Sin embargo, no podemos convenir con él cuando afirma que si las tres dimensiones se encuentran en un plano de igualdad respecto a su importancia, difieren en cuanto a su peso óntico. «Desde este ángulo visual—indica—el primer lugar corresponde al orden de repartos que constituye el sustentáculo del mundo jurídico, al cual los otros dos aspectos hacen referencia» (57). ¿No será más bien el valor justicia el que conforme la realidad social, siguiendo el imperativo de las normas? Es lo cierto que realidad social y normas son elementos que integran otros mundos diversos del jurídico, los cuales se diferencian de éste, precisamente porque no encarnan el valor de la justicia, el cual, al incorporarse a la realidad social y al definirse normativamente, produce el hecho cultural, al que llamamos Derecho. Aunque se trate de una misma realidad, cabe distinguir conceptualmente aquellos tres aspectos, y también, en el plano conceptual, cabe realizar aquella diferenciación y establecer la jerarquía apuntada.

(56) WERNER GOLDSCHMIDT: «La doctrina del mundo jurídico». *Anuario del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología*. La Plata, 1962; III-1, pág. 57.

(57) WERNER GOLDSCHMIDT: *Ob. cit.*, pág. 84.

Con las presentes notas queda perfilado el ámbito de lo esencial de la realidad jurídica, es decir, aquella realidad entendida como conjunto de cosas, que dotadas de ciertas propiedades actúan formalmente por éstas (58). Queda abierto el camino para un estudio esencial del Derecho, que habrá de examinar la realidad esenciada para llegar, finalmente, a la misma esencia.

CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO,

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad.

(58) X. ZUBIRI: *Sobre la esencia*, págs. 103 a 108.

La donación con cláusula de reversión en el Código Civil

SUMARIO: I. *La norma legal.*—II. *Antecedentes históricos.*—III. *Concepto.*—IV. *Fundamento.*—V. *Naturaleza jurídica.* A) Su denominación. B) Naturaleza jurídica de la figura. 1. Tratamiento unitario. 2. Naturaleza unitaria. a) Posiciones doctrinales. b) Mi posición. 3. El derecho de los llamados. a) Su naturaleza. b) Tiempo de su ejercicio. c) Enajenación *inter vivos*. d) Su renuncia. e) Transmisibilidad *mortis causa*.—VI. Régimen jurídico.—VII. Clases.—VIII. Limitaciones.—IX. El problema de la perfección de la donación con cláusula de reversión.—X. El problema de la revocabilidad.—XI. Efectos. A) Posición del donante. B) Posición del donatario primero. C) Posición del donatario reversionario. 1. Cuando es el propio donante. 2. Cuando son los herederos del donante. 3. Cuando son los descendientes del donante. 4. Cuando son terceras personas. 5. Otros supuestos.—XII. El acceso al Registro de la Propiedad.

I. LA NORMA LEGAL.

Dice el artículo 641 del Código civil:

«Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula, pero no producirá la nulidad de la donación.»

La doctrina (1) ha estudiado detenidamente el precepto y los

(1) Se irán citando, en adelante, los estudios fundamentales de los autores sobre esta materia.

problemas que plantea, llegando a conclusiones dispares. Tratar de fijar conceptos y soluciones, y bucear en la problemática de las situaciones posibles a que la donación con cláusula de reversión puede dar lugar, constituye el objeto de este estudio.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El precepto escueto y sin ulterior desarrollo del artículo 641 hace necesario estudiar los antecedentes del mismo en el Derecho español, así como las ideas sobre la materia de los autores que los comentaron en cada momento, con el fin de apreciar si el Código civil ha venido a recoger lo que ya existía y en los términos en que se concebía o, por el contrario, ha supuesto una variación de ello.

Nos limitaremos ahora a exponer los antecedentes legislativos, dejando para cada problema concreto de los fundamentales que plantea la donación con cláusula de reversión el estudio de la doctrina existente a la sazón.

Las Partidas (2) nos pueden suministrar un primer antecedente. Se dice en ellas: «Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donación: esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno, dote tal heredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes e te aproueches della, fasta tal dia, o tal tiempo. E de aquel tiempo, en adelante: que la desampares, e que finque a mis herederos: o a otro ome alguno, qualquier que nombrasse ciertamente a quien fincasse. E por ende dezimos que la donación que assi fue fecha valdria fasta aquel dia, o aquel tiempo que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante, ganarian la posesion, e el señorio della. sus herederos del que ouiesse fecho la donación, o el otro a quien nombrasse para auerla. E si por auentura quando fizo la donación, non señalo en quien fincasse de aquel dia, en adelante, dezimos que la deuen auer, los que heredan los otros bienes, de aquel que fizo la donacion.»

La regla se refiere, pues, a las donaciones temporales, estable-

(2) Partida 5.^a, Título IV, Ley 7.^a El texto, tal como figura transcrito, se ha tomado de la colección publicada por MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA, con el título «Códigos Antiguos de España». Madrid, 1885; T. I, pág. 526.

ciendo para ellas una amplísima libertad en su disposición, sobre la base del Derecho justiniano. Como consecuencia, se admite la posibilidad de la reversión en favor de los herederos o de terceras personas al finalizar el tiempo señalado.

El Proyecto de 1851 (3) estableció una norma coincidente casi exactamente con el párrafo primero del actual precepto (4).

El Proyecto de 1882 (5) recogió la idea, y, con variaciones fundamentalmente de estilo, viene también a coincidir con la norma del Código civil vigente.

Del examen conjunto de estos preceptos resulta clara la evolución de la donación reversional, limitada en las Partidas a la donación temporal y admitida ahora con gran amplitud, si bien sujeta a las mismas limitaciones de las sustituciones testamentarias cuando la reversión se hace en favor de terceros.

III. CONCEPTO.

Como base de partida, y aun a riesgo de fijar inicialmente mi posición, creo debo dar un concepto de la institución.

A mi juicio, donación con cláusula de reversión es aquella donación en que se sustituye al donatario por otra u otras personas para que lo donado pase a ellas al cumplirse un determinado evento.

Con este concepto pretendo dar a entender que la donación con cláusula de reversión debe tener un tratamiento unitario, cualquiera que sea la persona del reversionario, o sea tanto si la reversión es en favor del donante o sus herederos como si lo es en favor

(3) Art. 959. Puede verse en FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852; T. II, pág. 303.

(4) No hay más variación que hablar, en sus palabras finales, de «la sustitución testamentaria», en singular.

(5) «Art. 640. El donante podrá estipular la reversión de la cosa donada siempre que sea a su favor, mas no en el de tercera persona, sino en los casos en que está permitida la sustitución testamentaria. La reversión estipulada por el donante en favor de un tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula, pero no producirá la nulidad de la donación.» Está tomado del texto publicado por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, bajo el título de «El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección 4.ª, volumen I, pág. 182.

de terceros. Pero es éste un punto que explayaré luego con más amplitud.

IV. FUNDAMENTO.

El fundamento de la donación con cláusula de reversión es, en principio, el mismo de la donación temporal y condicional. Intereses particulares muy atendibles, y que el Derecho debe proteger, hacen admisible la posibilidad de que pueda donarse desde o hasta que se cumpla un plazo o una condición.

Ahora bien, puede existir un interés en determinar ya inicialmente la persona o personas que deben anteceder al destinatario último de lo donado o suceder al actual. Este es, concretamente, a mi juicio, el fundamento de la donación con cláusula de reversión: permitir al donante la fijación inicial de un orden sucesivo de donatarios en el bien donado. Con ello se va más allá de la donación a término o condición, en que la determinación de los otros llamados se hace por la Ley y no por la voluntad del donante.

Además, la donación reversional cumple una función más, e importantísima: la de permitir la donación actual a personas no existentes (ni siquiera concebidas) al tiempo de otorgarse, a través del soporte de la donación primera. O sea, logrando indirectamente lo que, según la generalidad de la doctrina, directamente no se puede realizar (6).

(6) Sobre la posibilidad en nuestro Derecho Común de la donación directa a personas no existentes, puede verse, fundamentalmente, el trabajo de José Luis Díez Pastor: «La donación al no concebido», en *A.A.M.N. T. VI*, Madrid, 1952; págs. 111 y ss.; y la crítica de Ignacio Nart: «Donación y reversión a personas futuras», en *A.D.C. V. II*, 1952; págs. 579 y ss.

V. NATURALEZA JURÍDICA.

A) *Su denominación.*

Ya MUCIUS SCAEVOLA (7) criticó la incorrección gramatical del artículo 641. «Cuando la *donatio*—nos dice—vuelve, retorna al dominio del donador, entonces hay verdadera reversión. Mas cuando los bienes donados pasan a un tercero por efecto de haberlo así ordenado el donante en uso de su derecho, entonces no hay reversión, sino sustitución, y es verdaderamente lamentable que los legisladores hayan dejado pasar este *lapsus* que viene repitiéndose desde el proyecto de 1851.»

Esta critica, recogida por la mayoría de los comentaristas, es, desde luego, fundamentalmente exacta. Pero, a mi juicio, la explicación de la incorrección gramatical del precepto se encuentra en la idea latente del legislador de que la naturaleza y efectividad de la donación con cláusula de reversión no varían tanto si el paso de lo donado se produce en favor del mismo donante como si lo es en favor de terceros, ya que en todo caso hay una sustitución de persona en la titularidad de lo donado.

Ciertamente que, estimado así, hubiera sido más lógico emplear el término «sustitución» que el de «reversión», ya que en aquél caben todos los supuestos posibles que, por el contrario, la acepción gramatical del término «reversión» no admite. Pero no hay que olvidar el carácter eminentemente popular, en cuanto a su redacción, con que nació el Código civil, que hace que al tratar el artículo en primer lugar de la reversión en favor del donador (auténtica reversión en el sentido gramatical de la palabra), al continuar luego tratando de la en favor de terceros, siga empleando (elípticamente) el mismo término, para mayor claridad y con el fin de evitar confusiones (8).

Y, en todo caso, aunque se reconozca la impropiedad de la calificación «donación reversional» cuando la sustitución se establece

(7) *Código civil comentado y concordado extensamente*. Madrid, 1896; T. XI, página 643.

(8) GARCÍA GUYENA, en la obra y lugar citados, dice que «La reversión es una verdadera sustitución».

en favor de terceros, no cabe duda de que en la realidad doctrinal actual el término «reversión en favor de terceros» se emplea en el significado que verdaderamente le corresponde y sin discusión acerca de su contenido. No existe, pues, ningún obstáculo a su admisión ni es necesario introducir nuevos términos jurídicos cuando existen otros que al ser manejados no ofrecen duda en cuanto a su significado (9).

B) *Naturaleza jurídica de la figura.*

1. *Tratamiento unitario.*

Es costumbre en la doctrina tratar separadamente la donación con reversión en favor del donante de la en favor de terceros. Así, MUCIUS SCAEVOLA (10) y MANRESA (11) entienden que la primera, la donación con cláusula de reversión en favor del donante, es una donación sujeta a condición resolutoria (12), en la que de modo expreso se pacta el derecho de volver a adquirir; mientras que la segunda, la donación con cláusula de reversión en favor de terceros, es un caso de donación con sustitución de donatarios.

Y LACRUZ BERDEJO (13) estima que en el primer supuesto el evento reversional actuará como un término resolutorio que atribuirá los bienes a dicho donante; mientras que en el segundo caso es donde explaya las diversas teorías acerca de su naturaleza.

Por lo pronto, se observa que no existe unanimidad acerca de si la cláusula de reversión en favor del donante es condición o término resolutorios. Pero, dejando esto aparte, a mi juicio, no hay razón para estimar distinta la naturaleza de la cláusula reversional, según que la persona a cuyo favor se realice la reversión sea el propio donante o terceros.

(9) Ocurre aquí algo parecido a la discusión en torno a la exactitud de las denominaciones «Derecho Hipotecario» y «Ley Hipotecaria».

(10) Obra y lugar citados, pág. 646.

(11) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*. 3ª edición 1910, T. V, pág. 146.

(12) Según MANRESA, donación hasta cierto día, y aún más frecuentemente a condición resolutoria.

(13) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: «Donaciones con cláusulas de reversión», en *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958: pág. 242.

La donación a condición o término resolutorios no son más que eso: un negocio jurídico de donación al que se ha agregado la determinación accesoria de la voluntad, consistente en la condición o el término. Y esto, que parece una perogrullada, no lo es si se piensa que entender que la cláusula de reversión es, simplemente, una condición o término resolutorios es no darle ningún valor.

Efectivamente. Una donación realizada bajo estas determinaciones accesorias de la voluntad, sin establecer expresamente ninguna cláusula de reversión, produce sus efectos automáticamente. Y sus efectos son la resolución de la donación y, lógicamente, la restitución de los bienes donados al donante o sus herederos. Pero ello por el juego propio de la condición o el término, y sin necesidad, repito, de cláusula reversional alguna.

Si esto es así, si en la donación sujeta a término o condición resolutorios el donante establece, además, una cláusula de reversión en su favor, estará haciendo algo perfectamente inútil, ya que la restitución de los bienes en su favor se producirá automáticamente por el juego propio de la determinación accesoria y sin que influya para nada la cláusula reversional. Y no creo que el legislador haya tratado de crear una figura jurídica sin valor ninguno.

Por el contrario, el legislador trata de dar a las personas los mayores medios lícitos posibles para que su voluntad negocial quede claramente configurada con arreglo a las finalidades que se persiguen. Y, en este sentido, la donación puede hacerse a término resolutorio, a condición resolutoria, y con cláusula de reversión. Y en este último caso, con reversión en favor del mismo donante, de sus herederos, de sus descendientes o de terceras personas; y en todos estos supuestos dependiendo la reversión de un término o condición, suspensivos o resolutorios.

Ocorre aquí como en materia sucesoria en la institución de heredero, que puede ser a plazo o condición resolutorios (14), y entonces, al cumplirse el evento, se produce la restitución de los bienes en favor de las personas a quienes por Ley corresponda (los

(14) A salvo la opinión de aquellos autores, que no admiten la posibilidad de tal institución. Así JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «Si sine liberis decesserit», en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil (Notas a dos discursos)», *A. D. C.*, IX-III, 1956; páginas 783 y ss.

herederos legítimos del testador) sin necesidad de que el instituyente haya establecido nada, como supuesto distinto de la sustitución fideicomisaria propiamente dicha, en que es el propio testador el que determina las personas a quienes deben restituirse los bienes (personas que pueden ser los mismos herederos legítimos del fideicomitente) al cumplirse el hecho determinante de la restitución (que no cabe duda puede ser un plazo o una condición). Y, sin embargo, no puede entenderse que en la sustitución fideicomisaria sea el fiduciario un instituido a plazo o condición, sin más.

Además, la configuración de la donación con cláusula de reversión en favor del donante como una donación sujeta a condición resolutoria obligaría a aplicar a rajatabla la retroactividad impuesta por el artículo 1.123, párrafo primero, Código civil, que, precisamente para el caso de condiciones que tengan por objeto resolver la obligación de dar, impone a los interesados la restitución de lo que hubiesen percibido, o sea, incluso los frutos de la cosa donada, contra la voluntad del donante en el caso de la donación con cláusula de reversión, que quiere que el donatario disfrute de la cosa hasta el momento de la restitución.

Por todo lo expuesto, creo, pues, que la donación con cláusula de reversión debe tener un tratamiento unitario, cualesquiera que sean la persona o personas en cuyo favor se hace la reversión. La unidad de tratamiento en el Código civil, en el que se engloba todo en el mismo artículo, lo da a entender así también.

2. *Naturaleza unitaria.*

a) *Posiciones doctrinales.*

Con referencia a la reversión en favor de terceros, LACRUZ BERDEJO (15), expone que, hipotéticamente, el llamamiento reversional puede construirse:

a) Como un contrato en favor de tercero, celebrado entre donante y donatario, que se regirá por el artículo 1.257, Código civil. En el campo de los negocios jurídicos a título lucrativo, este contrato tiene su réplica en la carga o modo.

(15) Obra y lugar citados, pág. 244.

b) Si la reversión ha de tener lugar (como ocurre prácticamente siempre) al fallecimiento del donatario, puede construirse como un contrato de legado (o de institución de heredero), celebrado por el donatario-causante, con el donador como cocontratante; contrato que se añade al de donación, pero que puede distinguirse de éste absolutamente.

c) Como una donación doble, a término final en favor del primer donatario, y bajo término suspensivo en favor del reversionario.

d) Como una donación corriente con un llamamiento posterior que:

a) Mientras vive el donante es una donación a término inicial.

b) Fallecido éste, tiene naturaleza idéntica a una sustitución fideicomisaria.

e) Como una donación bajo sustitución fideicomisaria.

La primera construcción ha sido rechazada por la doctrina (16). No es contrato en favor de tercero ni donación *sub modo*. El contrato en favor de tercero está regulado en el Código civil pensando en el contrato oneroso (incluso la donación con carga) en el que existe una correspondencia entre la prestación que la contraparte realiza en favor del obligado y la que éste ha de realizar en favor del tercero. Por el contrario, en la donación con cláusula de reversión, no existe tal correspondencia; el donatario primero no queda obligado a restituir los bienes al segundo como contraprestación de la donación que recibe, sino como consecuencia lógica de haber finalizado su derecho al cumplirse el hecho determinante de la reversión; el derecho del donatario segundo no nace en virtud de ninguna carga, *modus* u obligación. impuesta al donatario primero, sino que deriva directamente del donante, que es quien lo crea al llamarle a los bienes donados (17).

(16) Cfr. Díez PASTOR: *Ob. cit.*, págs. 150 y 158; VALLET DE GOYTISOLO: «La donación *mortis causa* en el Código civil español», *A. A. M. N.* T. V, Madrid, 1950; pág. 781; NART: *Ob. cit.*, pág. 600.

(17) Por la misma razón de no ser donación onerosa (ni por sí misma condicional), la generalidad de la doctrina entiende que basta la capacidad natural para consentir, para aceptar este tipo de donaciones (cfr. art. 626 C. c.). Sin embargo, pienso que la obligación de conservación de lo donado, para que en su

En este sentido, se destaca que para el primer donatario la existencia de la reversión no supone una carga, sino una disminución de su derecho, una *minus adquisitio*. Y así lo estimó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 17 de diciembre de 1925 al declarar que «las cláusulas de reversión no imponen ninguna obligación propiamente dicha a los adquirentes, siendo más bien deducciones de la cosa donada».

Además, la admisión de esta teoría, con aplicación del artículo 1.257, Código civil, obligaría al tercero favorecido a comunicar su aceptación al primer donatario, cosa que, como dice Díez PAS-
TOR, guarda concordancia con nuestro concepto tradicional del contrato oneroso, pero que no guarda ningún parentesco con los fines de la reversión de donaciones ni con lo que éstas son en la vida real.

La segunda teoría no parece aplicable al Derecho común. No creo que el artículo 641 autorice la creación de un contrato de institución de heredero o de nombramiento de legatario, contra la prohibición general de pactos sucesorios (art. 1.271, C. c.). Además, como certeramente señala LACRUZ, obligaría a configurar al segundo donatario como sucesor del primero, contra la evidente intención de las partes, y con todas las consecuencias que ello impone respecto de capacidad para suceder, concurrencia con acreedores del primer donatario, etc.

La tercera posición es indudablemente acertada en principio. No cabe duda de que puede hacerse una donación a término final en favor de una persona y bajo término suspensivo en favor de otra. Pero esto no es donación reversional ni cumple los fines de la misma, ya que, configurada como donación ordinaria, nunca podría hacerse en favor de personas no concebidas al tiempo de su perfección (18).

La cuarta construcción es la aceptada por LACRUZ BERDEJO (19). A su juicio, la liberalidad por reversión, siempre sujeta a término

día haga tránsito a otra persona, impone al donatario una especial responsabilidad que quizá haga inaplicable aquella idea, sobre la base del espíritu que informa la regla del expresado art. 626.

(18) Seguimos aquí la tesis general de la imposibilidad de donaciones directas en favor de personas futuras. Véase lo dicho en la nota 6.

(19) *Ob. cit.*, pág. 245.

inicial, tiene una doble naturaleza; acto *inter vivos* hasta que fallece el donador y *mortis causa* en adelante, entendiendo que esto es lo que parece estar más de acuerdo con la voluntad de las partes y con la regulación del artículo 641.

Esta teoría, a mi entender, no es correcta. No veo por qué la muerte del donante tenga que variar la naturaleza del negocio, produciendo una conversión de acto *inter vivos* en *mortis causa*. La muerte del donante es un hecho que, en la estructura que pudiéramos llamar típica de la donación con cláusula de reversión, no se toma en consideración ni influye en su realización. El donante hace su donación en favor de varias personas sucesivamente para que el posteriormente llamado adquiriera los bienes al cumplirse un determinado hecho; pero, según creo, sin contemplación en absoluto a su propia muerte, próxima o remota. Otra cosa es que precisamente sea la muerte del donante el hecho determinante de la reversión, pero esto es accesorio en la estructura típica del negocio y no de esencia del mismo. El óbito del donante, como hecho no tenido en cuenta en el otorgamiento del negocio, no puede variar el carácter de acto *inter vivos* con el que ha nacido.

La quinta teoría, la de la donación bajo sustitución fideicomisaria, la critica LACRUZ limitándose a decir que es unilateral, porque no siempre el llamamiento reversional adopta la forma de una sustitución fideicomisaria. Pero la importancia de esta posición obliga a estudiarla con mayor detenimiento.

Efectivamente; la tesis de configurar a la donación con cláusula de reversión como un fideicomiso contractual tiene muchos y brillantes defensores, aunque con variantes en sus respectivas construcciones.

Así, DÍEZ PASTOR (20) considera que la solución de los problemas de la reversión ha de buscarse en nuestra antigua doctrina referente al mayorazgo, que es el entronque también de la sustitución fideicomisaria. El hecho de que el mayorazgo, sin variar en su contenido, pudiera indistintamente constituirse por testamento o por contrato, nos revela, dice, con clara plasticidad los rasgos de esta figura de la reversión de donaciones «que jamás podrá gobernarse

(20) Ob. cit., pág. 160.

dentro de los principios del Derecho contractual y no es sino una sustitución fideicomisaria constituida por negocio *inter vivos* irrevocable, por contrato, si se quiere admitir la terminología tradicional. En la sustitución fideicomisaria, no en el derecho relativo a los contratos, encontramos el paradigma en que se resuelven todos sus problemas».

VALLET DE GOYTISOLO (21) defiende igualmente, siguiendo a Díez PASTOR, que la reversión a favor de un tercero no es más que un fideicomiso de origen contractual, lo que confirma el propio artículo 641 con su remisión a las limitaciones que el mismo Cuerpo legal determina para las sustituciones testamentarias. Y aceptado que lo que hay es un fideicomiso contractual apoyado sobre una donación, llega a la conclusión de que en la donación con cláusula de reversión, la segunda disposición es una donación *mortis causa* superpuesta a la primera donación, sea ésta *inter vivo* o *mortis causa*.

NART (22), por su parte, ve en la donación reversional dos donaciones superpuestas: una *inter vivos*, a favor del primer donatario, y otra *mortis causa*, a favor de los segundos donatarios.

Y PONS PÉREZ (23) considera que no es una reversión, sino una auténtica sustitución fideicomisaria advirtiendo que el artículo 641 hace referencia a las sustituciones testamentarias para decir que la reversión en favor de terceras personas será válida en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina el Código para tales sustituciones, pero lo que en efecto hace es admitir y dar virtualidad a las sustituciones fideicomisarias instituidas en acto *inter vivos*.

En principio, la posición de todos estos autores es acertada. La remisión del artículo 641 a las sustituciones testamentarias es fundamental para estimar que existe aquí una sustitución establecida en acto *inter vivos*.

Pero creo inexacta la configuración exclusiva o casi exclusiva como sustitución fideicomisaria que dan a la cláusula de reversión.

(21) *La donación «mortis causa»...*, pág. 782.

(22) *Ob. cit.*, pág. 605.

(23) ANTONIO PONS PÉREZ: «La reversión de donaciones en el Código civil», *R. D. P.*, XLI, 1957: pág. 1187.

Pues si bien VALLET (24) admite la posibilidad de la sustitución vulgar, lo hace de modo muy limitado, y PONS PÉREZ (25), por su parte, advierte que de las diversas clases de sustituciones testamentarias reguladas por nuestro Código civil le encaja con más precisión a la reversión de que nos ocupamos la sustitución fideicomisaria, sin perjuicio de que en la formulación de aquélla pueda implicarse alguna vez, pero de modo accesorio, la sustitución vulgar.

A mi juicio, si el artículo 641 no distingue en su remisión a las sustituciones testamentarias en general, tampoco nosotros debemos distinguir, y, por principio, hay que admitir la posibilidad de que la reversión adopte la forma de cualquier tipo de sustitución, vulgar, pupilar, ejemplar o fideicomisaria.

Ya lo admitió así MUCIUS SCAEVOLA (26), si bien la aplicación que luego hace de esta idea no sea demasiado feliz. En cambio, VALLET (27) sólo admite la posibilidad de someter la donación primera a una sustitución vulgar cuando ésta sea *mortis causa* de tipo suspensivo, «puesto que el derecho del primer donatario no llega a nacer mientras éste no sobreviva al donante. Lo contrario que cuando el primer donatario lo es *inter vivos*, que adquiere en el acto del otorgamiento».

Discrepo totalmente de esta última afirmación. No es imprescindible que el donatario adquiera en el acto mismo del otorgamiento de la donación, sino que puede hacerlo en momento posterior (28). Por ello, es perfectamente posible que el donante haga la donación en favor de una persona con cláusula de reversión en favor de sí mismo o de otra u otras personas para el caso de que el donatario no acepte la donación no la acepte en cierto plazo, o no pueda aceptarla, etc., o sea, en los clásicos supuestos de la sustitución vulgar. Es decir, que la premoriencia del donatario primero respecto del donante si aquél ha aceptado la donación no hace entrar en juego la cláusula de reversión configurada como sustitución vulgar (ya que ésta exige la no adquisición de los bie-

(24) *La donación «mortis causa»*... pág. 782, en nota.

(25) *Ob. cit.*, pág. 1182.

(26) *Ob. cit.*, pág. 647.

(27) *Ob. cit.*, página citada últimamente. Puede verse aquí también la crítica que hace al caso presentado por SCAEVOLA.

(28) Cfr. art. 633 del Código civil, que permite la aceptación por escritura separada y, por tanto, en momento distinto.

nes), pero sí lo hará con tal carácter si la premoriencia se produce antes de la aceptación y, por ende, de la adquisición.

En cuanto a las sustituciones pupilar y ejemplar, no hay inconveniente en admitir, en principio, la idea de VALLET (29) de que, en la hipótesis de la donación, no son más que simples variedades de la sustitución fideicomisaria, puesto que se ordenan aquí exclusivamente sobre los mismos bienes donados por el disponente. Pero, añadido, sin perder de vista sus distintas consecuencias, según que la cláusula de reversión adopte una u otra forma, como luego se verá (30).

De otra parte, tampoco creo que la donación con cláusula de reversión pueda ser configurada, como entienden VALLET DE GOYTISOLO y NART, como una donación *mortis causa*, superpuesta a una primera donación que puede ser *inter vivos* o *mortis causa*.

Dejando aparte la discutible y poco compartida opinión de la existencia en nuestro Derecho común de la donación *mortis causa*, como figura independiente del legado (31), lo cierto es que no se dan en la institución objeto de este estudio algunas de las características propias de aquella.

Efectivamente. Como ya he dicho antes, la muerte del donante es un hecho que, en la estructura que pudiéramos llamar típica del negocio, no se toma en consideración. El donante realiza una donación actual en favor de una persona y otra u otras donaciones posteriores de los mismos bienes en favor de otras para que éstas los adquieran al producirse un determinado evento, que puede ser, entre otros, la muerte del donante, la del donatario primero o la de un tercero, pero sin que pueda decirse que la contemplación de

(29) *Ob. cit.*, página citada últimamente.

(30) Pueden añadirse dos argumentos más en favor de que la reversión no ha de adoptar necesariamente la forma de sustitución fideicomisaria: uno, histórico, el que el proyecto de 1851 se remitía a la sustitución testamentaria y en él no se admitía la fideicomisaria (mas que en un supuesto especialísimo: cfr. arts. 635 y 638); y otro, sistemático, derivado de la comparación de los artículos 640 y 641, correlativos, en cuanto el primero habla de «limitación» y se remite al artículo 781, mientras que el segundo habla de «casos y limitaciones» y se remite a las sustituciones testamentarias.

(31) A pesar de la indiscutible autoridad de los autores que la defienden. Puede verse, sobre todo, AZPITARTE: *Legislación Notarial (Contestaciones a Registros)*. Madrid, 1926; págs. 142 y ss.; y los trabajos de VALLET DE GOYTISOLO y NART ya citados.

dichos óbitos, próximos o remotos, sean la causa (en su sentido objetivo) de la disposición. Así lo demuestra el que el hecho fijado en la donación como determinante de la reversión puede ser distinto del fallecimiento de cualquier persona, como luego hemos de ver (32).

Por la misma razón, no veo sea necesario en todo caso que el donatario sobreviva al donante. El donante quiere hacer una donación en favor de varias personas sucesivamente, de tal modo que los después llamados adquirirán los bienes donados al producirse el evento fijado, con independencia de que hayan o no sobrevivido al donante e incluso aun cuando viva éste. (33).

Queda a salvo el supuesto de que el propio donante, explícita o implícitamente, haya impuesto la supervivencia del donatario al hecho que ha de producir la reversión, sea éste o no la muerte del donante o de otro, como esencial para la adquisición. Pero en este caso lo que hay es un elemento accesorio en la configuración tipo del negocio incorporado al mismo como esencial por voluntad del donante, pero, objetivamente considerado, marginal a él.

También queda a salvo el supuesto de que el donante haya hecho la primera o la segunda donación o ambas realmente en consideración a su propia muerte o a la de otro. En este caso, habrá verdadera donación *mortis causa*, pero porque así la ha hecho el donante, y lo que entonces habrá que dilucidar será la validez de la misma.

Por último tampoco creo que el donante, al menos respecto de la segunda donación, no quiera desprenderse de los bienes donados. El donante dispone ya, inicialmente, de los bienes, tanto en favor del primer llamado como en favor de los posteriores, si bien subordinando la adquisición de éstos a un determinado evento, producido el cual, se realizará, de modo automático, la restitución en su favor.

(32) Por estas mismas razones, entiendo que tampoco hay *mortis causa capio*. Cfr. ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Designación *mortis causa*, vocación hereditaria y adquisición automática», *R. D. N.* XXIV, 1959, págs. 108 y 109.

(33) El supuesto a que aludo en último lugar es el siguiente: A dona a B con cláusula de reversión a C, y se produce el hecho que determina la reversión viviendo A. Creo que es indudable que C adquiere, previa aceptación, lo donado.

No obstante todo lo expuesto, existe un punto de contacto con el régimen y caracteres de la donación *mortis causa*. Y es la revocabilidad *ad nutum* por el donante de la segunda donación. Pero esto es por razones distintas que más adelante se han de explicar.

b) *Mi posición*

La donación con cláusula de reversión puede ser contemplada desde un doble punto de vista: externa e internamente.

Externamente contemplada, o sea, de un modo global, la donación con cláusula de reversión, tanto si es en favor del propio donante o sus herederos como en el de terceros, no es más que una donación no modal, pero si modalizada, una donación sujeta a limitación; en definitiva, una donación bajo sustitución. No bajo sustitución fideicomisaria, sino bajo sustitución, simplemente, sustitución que puede ser cualquiera de las que el Derecho admite. Apoya esta tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1955. que dice que «en virtud del carácter contractual que otorga a las donaciones *inter vivos* el artículo 621 del Código civil, pueden establecerse en la donación, conforme al artículo 1.255 del citado Cuerpo legal, los pactos, cláusulas y condiciones que los otorgantes tengan por conveniente».

Como tal donación sujeta a una limitación, consistente en una sustitución, es un negocio jurídico único, como es un negocio jurídico único la donación sujeta a cualquier otra limitación (modo, condición, etc.). Y negocio *inter vivos*, puesto que, como ha quedado dicho, la muerte del donante o de cualquier otra persona no se toma en consideración para su otorgamiento. La posibilidad de que una figura jurídica *mortis causa*, como es la sustitución, pueda incorporarse a un negocio *inter vivos*, deriva de la propia admisión legal del artículo 641.

En este sentido, estoy plenamente conforme con PONS PÉREZ (34) cuando dice que la donación con cláusula de reversión es un negocio jurídico de una sola pieza, pero discrepo de las consecuencias extremas que de ello deduce y que luego se verán.

En segundo lugar, internamente contemplada, o sea, desde el

(34) Ob. cit., pág. 1197

punto de vista de su estructura interior, en la donación con cláusula de reversión puede distinguirse la existencia de dos—o más—donaciones.

Efectivamente. La donación con cláusula de reversión es una donación bajo sustitución. La cláusula de reversión es una limitación de la donación realizada, pero al mismo tiempo es una sustitución establecida en negocio *inter vivos*. Como tal sustitución supone un posterior—o posteriores—llamamientos realizados por el donante y respecto de los mismos bienes donados. Pero llamamiento que no tiene el carácter de una mera oferta contractual, como parece entender LACRUZ (35), sino de una verdadera donación.

No es posible tratar aquí de la cuestión de la naturaleza jurídica de la donación, respecto de la que tantas y tan variadas opiniones se han dado (36). Pero, sea cual fuere la posición que se adopte, es indudable su imposible equiparación al contrato oneroso en que existe una ligazón entre las partes por la existencia de una reciprocidad de intereses. En la estructura íntima del negocio de donación el impulso fundamental lo da la voluntad del donante, y la aceptación del donatario supone una adhesión a la disposición que lleva consigo la perfección del negocio y su eficacia definitiva. Quiero decir con ello que el donante, al hacer la donación, la destina a una persona determinada creando en su favor el derecho de aceptarla o repudiarla. Si la acepta, la donación se habrá perfeccionado. Si la repudia o no la acepta, la donación será nula, como resulta del artículo 630, Código civil, pero no porque la aceptación del donatario sea requisito esencial para la validez de la donación, sino porque al haber fallado el destinatario la donación cae en el vacío y no tiene razón de ser su existencia (37).

(35) *Ob. cit.*, pág. 246.

(36) Puede verse el escueto resumen que hace ENRIQUE LALAGUNA, en «Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación», *R. D. P.* 1964. XLVIII, págs. 281 y ss, y los autores que cita.

(37) Piénsese en una donación formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, hecha por el donante por sí solo y sin aceptación del donatario, al amparo del artículo 633 del Código civil. No puede entenderse que el Registro publica un acto nulo, sino una verdadera donación hecha por una persona y el derecho de otra a aceptarla, con lo que se producirá su perfección. Y aunque se entendiera que no tiene acceso al Registro por entender que no hay traslación de dominio mientras no exista aceptación del donatario, ¿qué valor tendría la escritura pública si decimos que la donación es nula por

En definitiva, pues, en la donación con cláusula de reversión, el donante hace una donación actual *inter vivos* en favor de una persona y otra u otras donaciones también actuales e *inter vivos*, pero con efectividad diferida al cumplimiento de un determinado evento, en favor de otra u otras personas, creando en favor de todas ellas, tanto la primera como las posteriores, un derecho: el de aceptar o repudiar la donación realizada en su favor.

Esto, el que pueda distinguirse en la donación con cláusula de reversión la existencia de dos o más donaciones, no atenta a la unidad del negocio que he defendido. Igual que la sustitución fideicomisaria establecida en testamento se puede desglosar en una primera designación de heredero o legatario y otra u otras posteriores, sin perder su unidad, también aquí puede distinguirse la existencia de varias donaciones, pero también igualmente sin que el negocio pierda su carácter de único.

En conclusión, entiendo que:

1) La donación con cláusula de reversión es una donación bajo sustitución.

2) Como tal, es negocio jurídico único e *inter vivos*.

3) En su estructura interna pueden distinguirse dos o más llamamientos realizados por el donante en favor de los sucesivos beneficiarios de su liberalidad.

4) Estos llamamientos son verdaderas donaciones actuales e *inter vivos*, si bien, normalmente sólo respecto de los posteriores al primero, con efectividad diferida.

5) Estas donaciones crean en favor de los llamados el derecho de éstos de aceptarlas o repudiarlas.

Este derecho de los llamados exige una mayor atención. Por ello lo estudio a continuación.

falta de aceptación? Todo ello se salva si, como creo y se desprende del texto, se configura a la donación traslativa, que es la que regulan los artículos 618 y siguientes del Código civil, como un negocio jurídico unilateral aceptado.

3. *El derecho de los llamados.*

a) *Su naturaleza.*

El derecho de los llamados, tanto en primer lugar como posteriormente, es de idéntica naturaleza: derecho de aceptar o repudiar la donación dispuesta por voluntad del donante, en su favor. No se trata del derecho derivado de una oferta contractual, puesto que el donante no ofrece, sino que da, dispone ya de los bienes por su designio liberal, creando por sí sólo el derecho expresado en favor de los designados.

El derecho creado por el donante no necesita para su existencia de la voluntad de sus destinatarios. A diferencia de la compraventa, por ejemplo, en que nadie puede ser vendedor y disponer de la cosa por este título sin la concurrencia de otra persona, comprador y adquirente de aquélla, en la donación nada puede impedir que una persona disponga de la cosa en favor de otra sin intervención de la voluntad de ésta, si bien sea necesaria su aceptación para la perfección del negocio y consecuente adquisición de la cosa donada (38).

No es obstáculo, pues, el que nadie puede adquirir derechos sin su voluntad, ya que el designado nada adquiere si no acepta la disposición del donante. Evidentemente, puede retorcerse el argumento diciendo que el llamado sí adquiere un derecho inmediatamente: el de aceptar o repudiar; pero es que este derecho no es un derecho definitivo, sino medial o instrumental, en cuanto está dirigido al logro del derecho final: el de donatario adquirente de los bienes, que se obtendrá mediante el ejercicio de aquél.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de este derecho? No se trata de una simple expectativa, término, por otra parte, equivoco (39), sino de un verdadero derecho derivado de una situación de pendencia (40). Pero ¿es derecho real o personal?

(38) De intento, no hago ninguna comparación con el *ius delationis* de la sucesión hereditaria, que es un derecho derivado de acto *mortis causa* y, como tal, de naturaleza y régimen distintos.

(39) Véase la crítica de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, T. I, 3.ª ed. Madrid, 1955; pág. 677.

(40) La situación de pendencia es en cuanto a la adquisición de la cosa, no del derecho de aceptar o repudiar.

La diferenciación tajante y absoluta entre derechos reales y de obligación se halla actualmente en crisis (41). Pero si, como dice VALLET (42), los supuestos que se ofrecen como más claros y diferenciados para distinguir el derecho real y el de crédito son los de ser dueño de una cosa y ser acreedor de la obligación de entrega, es indudable que el derecho del llamado en la donación no es un derecho real, puesto que no será dueño hasta la aceptación y que tampoco parece un derecho personal, puesto que el llamado no es acreedor de ninguna obligación de entrega por parte del donante. Mejor podría encajar dentro de lo que el propio VALLET (43), en un intento de superación constructiva, llama «situaciones, jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que pueden dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia en la cosa. Situaciones de sujeción a las que puede corresponder en el lado activo un derecho actual, o un poder jurídico dirigido a la perfección de un acto adquisitivo, o simplemente a una mera expectativa protegida por dicha sujeción».

Efectivamente. A mi juicio, el derecho del llamado en la donación no es derecho real ni personal (44), sino una situación de poder jurídico dirigido a la perfección de un acto adquisitivo, empleando la terminología de VALLET. Es un derecho subjetivo que, según el concepto de LEHMANN (45), da la posibilidad de actuar sobre una situación jurídica mediante una declaración de voluntad.

(41) Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral», *R.C.D.I.* Número extraordinario, conmemorativo centenario Ley Hipotecaria, 1961, págs. 163 y ss.; y MANUEL FAIRÉN: «Derechos reales y de crédito (Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción)», *R.D.N.* 1959, XXIII, págs. 95 y ss.; XXIV, págs. 139 y ss.; XXV-XXVI, págs. 155 y ss., y 1961, XXXI, págs. 171 y ss.

(42) *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 171.

(43) *Ob. cit.* en nota anterior, pág. 186.

(44) Podría calificarse este derecho como un *ius ad rem*, puesto que parece encajar dentro de su concepto como vocación o llamada al derecho real. Pero dejando aparte la discutida subsistencia de la figura en nuestro Derecho actual, que tiene a su favor tantos y tan calificados defensores, entiendo que no puede configurarse en tal sentido el derecho de los llamados en la donación, pues el *ius ad rem*, como derecho intermedio entre el derecho real y el de obligación, supone no un poder inmediato sobre la cosa, pero sí una potestad sobre ella mayor que la que concede el derecho de obligación, cosa que no creo ocurre aquí; en cuanto al derecho de los llamados, es sólo a aceptar o repudiar, pero sin conferir ningún poder inmediato o mediato sobre la cosa donada ni tener el carácter de «título», que sólo necesite del «modo» (entrega) para su conversión en derecho real.

(45) Citado por DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 674.

Y, dentro de la clasificación tradicional de los poderes jurídicos en constitutivos, modificativos y extintivos, debe ser incluido entre los primeros, en cuanto su actuación da eficacia definitiva a la relación jurídica sobre que actúa.

En definitiva. Se trata de un derecho subjetivo medial o instrumental o, si se quiere, secundario, consistente en un poder jurídico cuyo ejercicio determinará la adquisición de la cosa donada, o sea, del derecho final o principal de propiedad de la misma, si se ejercita de modo positivo, o la definitiva extinción de la donación, si se actúa de modo negativo.

No obsta a la existencia de este derecho:

1. El que en alguna ocasión pueda estar establecido en favor de persona indeterminada, pues siempre que esta indeterminación sea transitoria su posibilidad es indiscutible.

2. El que el donante tenga el derecho de revocar la donación y, consecuentemente, de hacer desaparecer aquel derecho, en los términos que luego se han de ver, pues no afecta a la existencia de un derecho la mayor o menor protección que la Ley le conceda ante los actos del que lo creó. Puede aplicársele la calificación de lo que, en la terminología de DE CASTRO, se llaman «situaciones jurídicas carentes de firmeza» (46).

b) *Tiempo de su ejercicio.*

El derecho de aceptar o repudiar de los sucesivamente llamados en la donación con cláusula de reversión se ha de ejercitar, en principio, en el tiempo en que la donación haya de producir su efectividad en favor de cada uno de ellos.

Así, el primer llamado, puesto que su donación se hace para que tenga eficacia actual (47), puede aceptar o repudiar en el mismo acto del otorgamiento o en un momento posterior, pero si

(46) Piénsese que también existe revocabilidad *ad nutum* del derecho del favorecido en la estipulación en favor de tercero (art. 1.257 del C.c.) y, sobre todo, en la constitución unilateral de hipoteca (art. 141 de la L.H.), sin que ello afecte a la existencia de sus respectivos derechos.

(47) A salvo que esté sujeta a plazo o condición suspensivos. En estos casos también puede aceptarse inmediatamente. Salvo que otra sea la voluntad del donante.

acepta debe hacerlo en vida del donante, conforme establece el artículo 633 del Código civil.

En cambio, los llamados posteriormente sólo pueden ejercitarlo cuando se cumpla el hecho que determina la reversión en su favor, salvo que otra cosa resulte de la voluntad explícita o implícita del donante.

Efectivamente: el donante crea el derecho en favor de estos donatarios en el mismo momento de la donación; pero no quiere ni solicita, normalmente, su ejercicio, o sea, la aceptación o repudiación para antes del cumplimiento del evento fijado. Salvo que su voluntad sea precisamente lo contrario, la aceptación anticipada de estos donatarios no puede producir el efecto de adquirir ya definitivamente su derecho a lo donado ni la repudiación el de liberar definitivamente al primer o anterior donatario de la limitación que supone la cláusula de reversión. Y existe voluntad contraria del donante, por ejemplo, cuando es él mismo el reversionario, en que su aceptación está implícita o cuando el donatario reversionario está presente en el acto del otorgamiento y acepta o repudia, o cuando haciéndolo posteriormente tiene de ello conocimiento el donante y lo admite. Pero, repito, como regla general, no puede entenderse que el donante quiera la aceptación o repudiación de estos llamados para antes de la producción del hecho determinante de la reversión (48).

Admitido esto, ¿tendrá algún otro valor la aceptación o repudiación anticipadas? A mi juicio, sí. Debe considerarse como una declaración de voluntad que vincula al que la formula para cuando debiera haberse realizado y siempre que en ese momento futuro pueda aún realizarla, adquiriendo entonces toda su vigencia, sin necesidad de ratificación y sin posibilidad de revocación. Creo perfectamente aplicable en este punto la doctrina de los actos propios.

(48) Cfr. en este sentido JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Donación, condición y conversión jurídica material», *A. D. C.* V-IV. 1952: págs. 1284 y ss.

No es obstáculo, según creo, lo dicho en la nota anterior, ya que, como antes ha quedado dicho, el derecho del reversionario no es el de un donatario a término o condición suspensivos.

c) *Enajenación «inter vivos».*

El derecho de los donatarios sucesivos, considerado como derecho de aceptar o repudiar, es personalísimo y, como tal, intransmisible. El donante llama a su donación a personas determinadas, y sólo a ellas, y el poder jurídico que en su favor crea no puede, por ello, ser objeto de disposición (49).

Y esto, no sólo cuando el poder no puede aún ejercitarse, sino incluso cuando pueda realizarse. A lo sumo, en este último supuesto, podría entenderse que la disposición lleva consigo su ejercicio en sentido positivo, y, por tanto, la disposición de los bienes a que se refiere, siempre que esto sea posible y en los términos que más adelante se han de ver.

Contra la tesis que defiende de la intransmisibilidad no puede alegarse que el principio general, expresado en el artículo 1.112 del Código civil, es la transmisibilidad de los derechos, ya que de tal regla quedan excluidos los que no sean transmisibles por su propia naturaleza, como resulta de la mayor precisión del artículo 1.257 del mismo Cuerpo legal (50).

(49) Cuando califico a este derecho de personalísimo, lo hago en el sentido expresado en el texto, o sea en cuanto tiene un destinatario personalmente determinado. Pero ¿puede ser ejercitado por los acreedores del titular en virtud de la acción subrogatoria?

Si conforme al artículo 1.111 del Código civil se exceptúan de la subrogatoria los derechos inherentes a la persona del deudor, y si, como normalmente se entiende, tales derechos inherentes son aquellos en que la persona de su titular es insustituible, parece que no podrá darse aquí la acción subrogatoria en cuanto el derecho de aceptar o repudiar una liberalidad, por su mismo carácter, no admite la sustitución de la persona de su titular, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 1.001 en materia de herencias—en el que la calificación de subrogatoria de la acción de los acreedores es dudosa—es precepto excepcional.

Sin embargo, LACRUZ BERDEJO («Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958; pág. 238) admite que «la oferta de donación puede ser aceptada por los acreedores del favorecido con ella; su inestabilidad (intransmisible activa y pasivamente, revocable) no es obstáculo para admitir la subrogatoria, porque estas cualidades en nada impiden su ejercicio. Y es un sofisma alegar que se trata de un derecho no adquirido, todavía no incluido en el patrimonio del deudor, porque la finalidad práctica de la acción subrogatoria tanto se consigue impidiendo el *damnum emergens* cuanto consiguiendo el lucro posible».

(50) Aunque este precepto se refiere sólo a la transmisibilidad a los herederos, no cabe duda de que las excepciones que establece—la naturaleza del derecho u obligación, el pacto y la disposición de la Ley—son perfectamente aplicables a la transmisibilidad *inter vivos*.

d) *Su renuncia.*

Por las mismas razones ya expuestas, la renuncia al poder jurídico conferido a los llamados sólo puede configurarse como repudiación anticipada o como ejercicio en sentido negativo, según se haga antes o en el tiempo en que el derecho puede ejercitarse, y con los efectos, en uno y otro caso, que han quedado expresados.

La renuncia anticipada no libera de la limitación al donatario anterior, pues el donante ha querido que la limitación subsista hasta tanto se dé el hecho que él mismo ha fijado como determinante de la reversión.

e) *Transmisibilidad «mortis causa».*

La posibilidad de transmitir su derecho los donatarios posteriores fue ya punto discutido entre los autores de Derecho común, inclinándose generalmente a la tesis de la intransmisibilidad, si bien basándose, fundamentalmente, en el carácter condicional de las donaciones de grado ulterior, en cuanto al ser la muerte del donatario anterior el hecho determinante de la reversión, la sobrevivencia del posterior era esencial y su premoriencia dejaba incumplida la condición, por lo que nada podían transmitir a sus herederos (51).

Esta misma solución ha predominado hasta ahora (52).

VALLET (53), certeramente, indica que es la voluntad del donante la que ha de considerarse determinante de la solución a dar en cada caso. «No puede—dice—imponerse ninguna solución dogmática en contra de la voluntad del donante. En este aspecto, si de una parte cabe considerar que la existencia, en su día, del donatario forma parte esencial del supuesto de hecho de la donación, de otra es admisible, para este caso, la previsión de una sustitución vulgar a favor de los herederos del donatario premuerto. Ahora

(51) Puede verse tratado extensamente este punto, con cita de las opiniones de Peregrinus, Alciato, Bartolo y Gregorio López, y la de Martí de Eixalá en el siglo pasado, en VALLET: *Donación, condición* ..., págs. 1275 y ss.

(52) Cfr. J. MARTÍ MIRALLES: «¿Cláusula reversional o sustitución fideicomisaria? Fideicomisos contractuales condicionados», *R. D. P.* XIX, 1932; pág. 145.

(53) En *Donación, condición*..., pág. 1277.

bien: en caso de duda, nos parece muy razonable la opinión clásica de PEREGRINO referida a los supuestos de donaciones superpuestas a otras donaciones vitalicias a favor de los anteriores donatarios. Si el donante prefirió el primer donatario al segundo y éste al tercero, es lógico entender que prefirió los herederos del primero a los del segundo y los de éste a los del tercero.»

En mi opinión, el problema no fue debidamente enfocado por la doctrina, y es VALLET quien apunta su exacta solución.

El derecho de los donatarios es intransmisible, no porque esté sujeto a una condición de sobrevivencia de su titular, puesto que puede haber supuestos en que no sea así, sino por su propia naturaleza. Como ya he dicho antes, es un derecho personalísimo, establecido por el donante en favor de determinadas personas y de nadie más. El orden sucesivo de donatarios implica, en principio, que la falta de uno de ellos produzca el acceso a los bienes o la ocupación de su lugar por el siguiente, pero no por sus herederos. Lo que ocurre es que el donante puede incorporar una sustitución vulgar a su donación en favor de los dichos herederos con preferencia a la reversión; pero será, no una transmisión *mortis causa* de derechos, definida en el artículo 1.006 del Código civil, sino una propia sustitución vulgar. El cuándo la sustitución vulgar en favor de los herederos del donatario premuerto debe entenderse querida e implícitamente establecida por el donante es cuestión de interpretación de voluntad aunque, como tesis general, y discrepando en esto de VALLET, me inclino por la negativa, dado el carácter expreso que deben tener las sustituciones y el que, normalmente, lo que quiere el donante es que el donatario ulterior entre en el goce de los bienes cuando el anterior haya dejado de tenerlos, y, por tanto, si éste no llega a tenerlos debe entrar inmediatamente aquél por haber desaparecido el obstáculo que limitaba su adquisición (54).

(54) Además, de admitir la transmisión *mortis causa* del derecho, en el supuesto normal de donación a una persona y a su muerte a una segunda y a su muerte a una tercera, su aplicación resultaría muchas veces perfectamente inútil, ya que, por ejemplo, si los herederos del segundo, premuerto, al morir el primero, aceptan la donación, deberán inmediatamente restituirla al tercero—puesto que respecto de él se ha cumplido el hecho que determina la reversión—, y si la repudian, entrará directamente el tercero—por sustitución vulgar—. Estas ideas se desarrollarán luego, al tratar de los efectos de la figura.

Tampoco se opone a la tesis que defiende la regla general de la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos contractuales declarada en el artículo 1.257 del Código civil, pues, como antes se ha dicho, el propio artículo excluye a los intransmisibles por su naturaleza, carácter que tiene el derecho del donatario configurado como un poder jurídico, creado en su favor por el donante y para ser ejercitado en tiempo determinado.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO.

La donación con cláusula de reversión no es una unión de contratos, ni un contrato mixto, ni un contrato típico con prestaciones subordinadas de otra especie, no encajando en ninguna de las clasificaciones que en esta materia hace la doctrina (55).

La donación con cláusula de reversión es, simplemente, un negocio típico, el de donación, con una limitación, la cláusula reversional. Su régimen jurídico es el de la donación *inter vivos*, pero integrado por el de la limitación, en que consiste la reversión. Y siendo esta limitación una verdadera sustitución, a las normas de ésta habrá que atender, según el tipo de sustitución de que se trate. Pero sin olvidar el carácter de acto *inter vivos* que en su conjunto tiene el negocio y que hará de imposible aplicación aquellas reglas de la sustitución que estén pensadas exclusivamente para los actos *mortis causa* o choquen con aquel carácter. Por esta razón no le son aplicables las normas de la reversión legal del artículo 812 del Código civil, que se refieren a una reversión de puro derecho sucesorio, y aun cuando el supuesto de hecho sea totalmente coincidente con el del mismo.

No hay que olvidar que el artículo 641 se remite a lo determinado para las sustituciones testamentarias solamente para declarar aplicables los mismos casos e iguales limitaciones, por lo que la aplicación de otras normas de aquéllas únicamente puede hacerse por analogía, pero no por incorporación absoluta e incondicionada de su régimen.

(55) Véase ENNECCERUS en Enneccerus, Kipp y Wolf: *Tratado de Derecho civil* Barcelona, 1935; T. II. V. II, págs. 5 y ss

VII. CLASES. \

A) En primer lugar, la reversión en las donaciones puede producirse por la Ley y por la voluntad de las partes. La primera es la del artículo 812 del Código civil. La segunda, la paccionada o voluntaria, es la del artículo 641. Son dos instituciones totalmente distintas con régimen jurídico diferente, aunque no cabe duda de que el supuesto de hecho de la primera—muerte del donatario sin posteridad en donación realizada por sus ascendientes—puede serlo también de la segunda. Pero sin que entonces se apliquen, ni aun por analogía—como ha quedado expuesto—a esta última las reglas de aquélla.

Y ello por las grandes diferencias entre ambas figuras, derivadas del carácter *mortis causa* de la reversión legal frente a la calificación de *inter vivos* que merece la reversión voluntaria. Piénsese que la donación en el caso del artículo 812 es una donación pura, mientras que la del artículo 641 es una donación limitada. Como consecuencia, en aquélla el donatario tiene una amplia libertad respecto de lo donado, lo que no se da en ésta por la existencia de la limitación. De ello derivan fundamentales consecuencias, sobre todo en orden a la enajenación de lo donado y a la subrogación de lo obtenido por la enajenación, admitidas ampliamente en la reversión legal y no—al menos con esa amplitud—en la voluntaria.

B) Por razón de las personas en cuyo favor se establece la reversión, puede serlo a favor del donante, de sus herederos y de terceras personas (a la que se asimila la realizada en favor de los descendientes del donante). Naturalmente, pueden combinarse estas figuras, alternativa o sucesivamente, siempre que no exceda de los límites legales.

C) Pueden también darse diversas clases de donación con cláusula de reversión en atención al hecho que se fije como determinante de la reversión (condición, plazo, fallecimiento del donante o del donatario anterior o de un tercero, etc.).

La posibilidad de que este hecho sea muy variado, y no sólo el fallecimiento de una persona, me parece indudable. El artículo 641 se remite a los «casos» de las sustituciones testamentarias, y si bien

estos casos están limitados, por su propia naturaleza, en las sustituciones pupilar y ejemplar, no así en la vulgar, en que, a pesar de la dicción del artículo 774 del Código civil, la doctrina admite una gran variedad de supuestos, ni tampoco en la fideicomisaria, en que el artículo 781 del Código civil no impone que el hecho determinante de la restitución sea necesariamente el óbito del anterior llamado (56).

D) Por último, puede variar la figura en atención al tipo de sustitución que se adopte. Como ya he dicho, creo que el llamamiento ulterior puede adoptar la forma, no sólo de sustitución fideicomisaria, sino también de sustitución vulgar, pupilar y ejemplar, e incluso de sustitución fideicomisaria de residuo (que creo es verdadera sustitución). Y admitiendo, desde luego, la posibilidad de combinar en una sola donación varios de estos tipos de sustitución.

En la práctica, el supuesto normal es que el hecho determinante de la reversión sea el fallecimiento del primer donatario (generalmente se añade que sea sin hijos) y que la reversión adopte la forma de una sustitución fideicomisaria, pura o condicional.

VIII. LIMITACIONES.

Para el caso de reversión estipulada en favor de tercero, el artículo 641 establece que no podrá hacerse sino «con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula, pero no producirá la nulidad de la donación».

A) Cuando la cláusula de reversión adopta la forma de una sustitución vulgar, no hay limitación especial. Únicamente habrán de tenerse en cuenta las reglas generales acerca de la donación, y, sobre todo, las de protección de las legítimas.

(56) VALLET, en *La donación «mortis causa»*..., pág. 784, parece entender que la donación ulterior ha de estar pendiente de la muerte del donante, o del primer donatario, o de ambos. Sin embargo, admite expresamente otras posibilidades en *Donación, condición...*, pág. 1277

B) Cuando adopta la forma de sustitución pupilar o ejemplar, se plantea el problema de si será aplicable la limitación del artículo 777 del Código civil de que si el sustituido—aquí el donatario menor de catorce años o incapacitado—tiene herederos forzosos, sólo será válida en cuanto no perjudique los derechos legitimarios de éstos.

Aunque a primera vista parece de aplicación el precepto por la remisión general del artículo 641 y porque lo donado ha ingresado ya en el patrimonio del donatario, no creo aplicable la limitación por el mismo fundamento de ella. El artículo 777 parte de la idea de que al ser las sustituciones pupilar y ejemplar testamentos del descendiente hechos por el ascendiente, lógicamente no pueden vulnerarse los derechos legitimarios de los que los tengan respecto del descendiente. Cosa que no ocurre aquí, por tratarse de una donación, a la que el donante puede señalar un destino determinado, sin más limitación, en materia de legítimas, que las generales de toda donación.

Por la misma razón de no existir aquí testamento del descendiente hecho por el ascendiente, no creo aplicable el artículo 776, párrafo segundo, en el sentido de que quede sin efecto la reversión por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón. Por el contrario, estimo que bastará el hecho de recuperar la razón para que quede sin efecto la reversión establecida. Lo normal será que esta reversión se haya hecho depender de la subsistencia del estado de incapacidad del donatario, pero aun cuando no se haya dicho así hay que entender que ello constituye la base o causa determinante de la reversión y, por tanto, su falta, o sea, la recuperación de la capacidad mental, debe producir la ineficacia de la reversión.

C) Cuando la cláusula de reversión adopta la forma de sustitución fideicomisaria, es indudable la aplicación de la limitación del artículo 781 del Código civil de que no pase del segundo grado (con toda la problemática acerca de la significación del término grado) o se haga en favor de personas que vivan al tiempo de la donación (57).

(57) Creo que el momento de la donación, o mejor, el de la aceptación del primer donatario, es a la donación con cláusula de reversión lo que el falleci-

También serán aplicables las limitaciones del artículo 782 de no gravar la legítima y la mejora sólo si se hace en favor de descendientes (58).

Igualmente creo aplicables las del artículo 785, incluso la del número 4.º, por deber regir respecto de la donación las mismas normas prohibitivas, dado su fundamento, de la herencia de confianza (59).

D) La sanción que se impone es la nulidad de la reversión subsistiendo la donación. No obstante, creo que, al igual que en las sustituciones fideicomisarias, la nulidad sólo será parcial en los casos en que la infracción legal consista en exceder de lo permitido y en cuanto exceda (60). En todo caso, el párrafo segundo del

miento del testador a la sustitución fideicomisaria. La sustitución fideicomisaria es perfecta al abrirse la sucesión por el fallecimiento del instituyente. La donación con cláusula de reversión es perfecta al perfeccionarse la donación primera con la aceptación del donatario (de esto se tratará en seguida). Si lo que la limitación del artículo 781 pretende es que estén determinadas, por su misma existencia, las personas en cuyo favor se establece la restitución en el momento en que la disposición en favor del primer llamado se realiza, es indudable que en el artículo 641 la limitación debe jugar y referirse al momento de la perfección de la primera donación, que es cuando el total negocio se perfecciona y el primer donatario, por su aceptación, adquiere la cosa donada, realizándose la disposición en su favor.

(58) Es de gran interés, en relación con esta materia, todo lo referente a la imputación de la donación con cláusula de reversión. Para no dar desmesurada extensión a este estudio, sólo indicaré que la donación con tal limitación en favor de un legitimario no debe imputarse a la legítima por no recibirse por aquél un valor libre y no tratarse, por tanto, de una donación plena. Es más, tampoco puede imputarse a la legítima, pues significaría un gravamen de la misma contra lo dispuesto en el artículo 813. Por ello, es indudablemente aplicable el artículo 782.

En cambio presenta más dudas todo lo expuesto cuando se trata de sustitución pupilar o ejemplar, ya que si en éstas, cuando son testamentarias, se admite que puedan alcanzar todos los bienes del sustituido, incluso los que por legítima le debe el ascendiente, en atención a la finalidad que tratan de cumplir, puede defenderse que la finalidad es la misma cuando se establece la sustitución por vía de donación con cláusula de reversión, y por ello deben ser iguales sus efectos.

Piénsese también en los problemas de imputación cuando el legitimario sea no el donatario primero, sino el reversionario, y en los de valoración del bien donado con cláusula de reversión, en todos estos casos y en los de colación.

(59) Este último punto es discutible. En el caso de la S.T.S. de 27 de diciembre de 1945, el donante concedió a los donatarios primeros por mitad la facultad de sustituir al reversionario por aquél designado, si no fuere del agrado de éstos, por otra persona de la familia del donante. El T.S. no dictaminó acerca de su validez o nulidad.

(60) Así, por ejemplo, MANRESA: *Ob. cit.*, pág. 146. Véase, sin embargo, la S.T.S. de 29 de octubre de 1949, que parece inclinarse a la nulidad de la total cláusula de sustitución.

artículo 641 es innecesario por conducir al mismo resultado la aplicación de la regla correspondiente de la sustitución fideicomisaria a que se remite el párrafo primero del propio artículo, aunque, desde luego, evite cualquier duda sobre la cuestión (61).

IX. EL PROBLEMA DE LA PERFECCIÓN DE LA DONACIÓN CON CLÁUSULA DE REVERSIÓN.

La donación reversional es un negocio jurídico *inter vivos* de donación que, como tal, requiere la aceptación del donatario primero. Lo discutible es si será necesario para su perfección la aceptación de los donatarios ulteriores.

El texto de las Partidas al principio transcrito acaba con la discusión existente en el Derecho común sobre si el tercer beneficiario tenía acción real para reclamar la entrega de los bienes donados contra cualquier poseedor o su acción era puramente personal (62). Efectivamente, para el supuesto de que trata (donación hecha a día cierto o tiempo señalado), establece que «de aquel día en adelante ganarian la posesion, o el señorío della, sus herederos del que ouiesse fecho la donación, o el otro a quien nombrasse para auerla». O sea, que ya no hay estipulación en favor de tercero ni obligación de entregar por parte del primer donatario, sino verdadera donación en favor de tercero y transmisión automática en su favor.

(61) La nulidad de la cláusula de reversión subsistiendo la donación es sólo en los supuestos expresamente contemplados por el artículo 641, pero no en otro caso, ya que si la reversión al establecerse forma parte integrante del negocio de donación, su nulidad no debe determinar sin más la subsistencia de la donación, porque ello supondría transformar en puro negocio lo que no nació con tal carácter, contra la voluntad del donante. Cfr. S. T. S. de 31 de enero de 1955, en la que se apreció la existencia de una donación (en escritura pública) con pacto de reversión (en documento privado), y entiende que «habiéndose incorporado a la donación el pacto reversional para darle un carácter condicional y constituir con ella una unidad contractual indivisible, es obvio que lo dispuesto en el artículo 633 del Código civil, al exigir para que la donación de cosa inmueble sea válida, que se haga en escritura pública, sólo parcialmente aparece cumplido, pues el pacto reversional se reflejó únicamente en documento privado, lo que impide dar validez y eficacia a la donación». Y añade que «prescindir de esa cláusula (la de reversión) sería convertir una donación condicional en donación pura contra la voluntad de las partes».

(62) Sobre esto puede verse el tantas veces citado trabajo de VALLET: *Donación, condición*., pág. 1273.

Si esta transmisión, si esta reversión, se produce automáticamente, *ipso iure*, es obvio que no se necesitará para la perfección del negocio en que se inserta la cláusula que la establece la aceptación de su destinatario, sino que bastará con la aceptación del donatario primero.

Esta es la situación con que se encontró el Código civil, y el artículo 641 no la varía en absoluto. La cláusula reversional, contemplada desde el punto de vista del total negocio de donación, no es más que un elemento del mismo, y, por ello, basta la aceptación del primer donatario en cuanto acepta la donación con la limitación en que aquélla consiste. Otra cosa es el que para el ingreso de los bienes donados en el patrimonio del posterior donatario sea necesaria su aceptación; pero ello es cuestión independiente de la relativa a la perfección del negocio unitariamente considerado. Admitir lo contrario, exigir para la perfección la aceptación de los posteriores llamados equivaldría a desconocer el carácter unitario con que nace el negocio y a hacer imposible la donación con cláusula de reversión en favor de personas futuras.

Esta posición es la común en la doctrina. VALLET (63) aduce un argumento de texto: Si el artículo 641, por su remisión a las limitaciones de las sustituciones testamentarias, admite la posibilidad de donaciones con cláusula de reversión en favor de personas que no pasen del segundo grado, o sea, personas que aún no existan al fallecer el disponente, cabe que la donación de ulterior grado se otorgue a favor de personas que no puedan aceptarla (por no existir aún) en vida del donante. Lo que demuestra que no es requisito de las donaciones superpuestas su aceptación en vida del donante por los destinatarios de las mismas. Aparte de los argumentos que da el propio autor sobre la base de considerar a la segunda donación como *mortis causa*, entendiendo que el hecho de que sea dispuesta en la convención de la primera donación entre el donante y el primer donatario le sirve de soporte y le da sustantividad suficiente para sobrevivir al donante, aun antes de ser aceptada por su destinatario.

(63) En este último trabajo citado, pág. 1274.

En igual sentido, Díez PASTOR (64) y PONS PÉREZ (65), aduciendo este último en favor de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1948, que, en un supuesto del tipo que tratamos, negó la existencia de donación *mortis causa* y, considerándola como donación *inter vivos*, en que existía aceptación del primer donatario, entendió que concurrían todos los requisitos para su validez, sin tratar—ni exigir—para nada la aceptación de los posteriores donatarios.

En cambio, no resulta clara la opinión de LACRUZ (66), quien, en primer lugar, hace depender el problema de que la reversión se produzca antes o después de la muerte del donante. «En cuanto donación *inter vivos*, dice, precisará la aceptación, declaración recepticia, dirigida al donante. Sin embargo, en ciertos casos—que el autor no especifica—, la aceptación del primer donatario se podrá considerar como hecha, simultáneamente, por él, y en lugar del —acaso todavía inexistente—reversionario. En cuanto donación *mortis causa*, precisa la aceptación, declaración o manifestación unilateral no recepticia, de entidad muy atenuada cuando la donación revertida ha de considerarse como un legado.» Pero luego, criticando a Díez PASTOR, dice que «en las donaciones es necesaria la aceptación, ¡pero la del favorecido! No me parece aceptable dispensar de aceptación al segundo donatario con tal de que acepte otra persona, no en nombre de aquél, sino en nombre e interés propios».

Creo que con lo arriba dicho es suficiente. La unidad del negocio de donación con cláusula reversional determina que su perfección se produzca por la aceptación del primer donatario, sin necesidad—ni a veces posibilidad—de aceptación en vida del donante de los donatarios sustitutos.

La aceptación de éstos últimos será necesaria para la adquisición de los bienes, produciéndose la restitución en su favor automáticamente, *ipso iure*, por haber finalizado al dominio del anterior donatario, y sin ninguna obligación de entrega por parte de éste, sino, simplemente, por la fuerza misma de la disposición en su

(64) Ob. cit., pág. 153.

(65) Ob. cit., págs. 1201 y ss.

(66) Ob. cit., págs. 248 y 249.

favor realizada inicialmente por el donante. No es preciso, pues, acudir, para explicar el fenómeno del traspaso de bienes de uno a otro donatario al régimen de las sustituciones fideicomisarias, sino que basta con la aplicación de las normas de la donación, concedida del modo que ha quedado expresado.

X. EL PROBLEMA DE LA REVOCABILIDAD.

Es ésta una de las cuestiones más hondamente discutidas: la de la revocabilidad *ad nutum* por el donante de las donaciones ulteriores.

En el Derecho común, la doctrina más sostenida por los autores, siguiendo a BARTOLO, fue la de estimar revocables las donaciones posteriores antes del vencimiento del término o del cumplimiento del evento de que dependían. Pero exclusivamente por el donante y no por sus herederos, pues la potestad y el derecho que tenía el donante para revocar el gravamen se estimaba personalísima.

En el Derecho castellano surgió la duda por la interpretación de la Ley Única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá, que puede resumirse en el aforismo «De cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse, quede obligado» (67); Ley recogida luego en el Ordenamiento de Montalvo, y en la Nueva y Novísima Recopilación. De ella podía desprenderse que el donante se obligaba por su donación y no podía revocarla.

GREGORIO LÓPEZ en su Glosa correspondiente, sin embargo, consideró que la donación a favor del donatario segundo era revocable, salvo que éste estuviera presente y aceptara en el mismo otor-

(67) El texto íntegro de la Ley, tomado de la colección publicada por MARCELO MARTÍNEZ ALCUBILLA: *Ob. cit.* T. I, pág. 691, dice así: «Paresciendo que se quiso un Ome obligar á otro por promision, ó por algund contracto, ó en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos á quienes se obligó, é non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulación, que quiere dezir: prometimiento con ciertas solemnidades del derecho; ó que fue fecha la obligación del contracto entre absentes; ó que fue fecha á Escribano publico, ó á otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ó que se obligó uno de dar, o de facer alguna cosa á otro: mas que sea valedera la obligación ó el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro, é facer contracto con el.»

gamiento, y salvo que el donante, expresa o tácitamente, hubiese prometido no revocar; y ello porque son éstos los únicos casos en que parece según la terminología de la Ley expresada, que el donante se quiso obligar.

En la doctrina actual, VALLET DE GOYTISOLO sigue la misma opinión. Después de citar el antecedente de GREGORIO LÓPEZ y las ideas concordes de COVARRUBIAS, del jesuita MOLINA, y de MARTÍ DE EIXALA, en el siglo pasado, y MARTÍ MIRALLES, en el actual, nos dice: «De no resultar que en la sustitución intervino la voluntad e interés del primer donatario, queda aquélla fuera del ámbito negocial de la primera donación aceptada. Resulta ser tan sólo un límite de ésta. Su aceptación por el tercero no es solicitada por el donante—ni es dable presumir que la quiera—para antes del vencimiento del término fijado o del cumplimiento del evento previsto. La inserción de la segunda donación en el otorgamiento de la primera sirve para dar sustantividad a aquélla. Pero no para hacerla irrevocable, si el donante no quiso vincularse, ni la dispuso a ruego o en interés del primer donatario aceptante, ni éste actuó como representante legal o voluntario de los donatarios ulteriores» (68).

DÍEZ PASTOR (69), en cambio, se pronuncia por la irrevocabilidad. Partiendo de la base de que basta la aceptación del primer donatario para la perfección del negocio, entiende que tal aceptación hace irrevocable la donación. La donación es, por su naturaleza, irrevocable, y sólo puede ser deshecha por el disenso del donante y del donatario. Pero el donatario primero no puede disentir en nombre de los ulteriores. Por ello, ni aun con consentimiento de donante y primer donatario se puede revocar en perjuicio de los ulteriores.

También se define por la irrevocabilidad PONS PÉREZ (70) en cuanto las reversiones «forman parte integrante de una donación *inter vivos* y, por consiguiente, en sí mismas, tales reversiones se han de considerar siempre donaciones *inter vivos*, se les ha de te-

(68) En *Donación, condición...*, págs. 1277 y ss.

(69) *Ob. cit.*, págs. 153 y 156.

(70) *Ob. cit.*, págs. 1198 y ss.

ner por donaciones irrevocables». Salvo en los casos concretos de revocación que determina el Código civil.

LACRUZ (71) se inclina por una solución intermedia. «Sin la aceptación—dice—del primer donatario, la oferta al segundo continúa teniendo eficacia, pero el donante no está vinculado al primer donatario para no revocarla. En esta situación, aceptada la donación reversional por el segundo donatario, deviene irrevocable; todavía no aceptada, puede revocarse, y a la muerte del donante tiene el tratamiento de una donación *mortis causa*, de modo que, desde entonces, su efectividad depende de la existencia y capacidad del donatario en el momento de producirse el evento que da lugar a la reversión.» Pero después dice que «la reversión dispuesta en una donación que es aceptada por el primer donatario puede ser revocada por acuerdo entre éste y el donante—y en casos unilateralmente (no especifica tampoco cuáles sean esos casos)—hasta el momento en que los donatarios la hayan aceptado».

A mi juicio, hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Revocabilidad de la donación en favor de los donatarios sustitutos.

Es, a mi juicio, indudable, como regla general. Contra PONS PÉREZ, no creo que la unidad del negocio ni su carácter contractual impongan la irrevocabilidad. Aun cuando se estime que la donación es contrato, la limitación que supone la reversión ha sido aceptada por el donatario primero en cuanto a él le afecta, en cuanto impuesta por el donante, menoscabando su adquisición, pero no en cuanto establecida en beneficio de otros sustitutos.

Y, en todo caso, el carácter a título gratuito de la donación impone que si el donante realizó la donación con una limitación pueda suprimir ésta cuando tenga por conveniente, mientras no exista un interés contrario. Interés contrario que puede existir en el mismo momento de la donación con cláusula reversional o en un momento posterior, y puede ser del primer donatario o de los ulteriores.

Así, el interés contrario puede surgir en el mismo acto de la donación cuando en él comparece el reversionario y acepta sin

(71) Ob. cit., pág. 250.

oposición del donante; cuando el primer donatario actúa no sólo en nombre propio, sino como representante de los ulteriores y acepta en nombre de éstos igualmente sin objeción del donante; cuando el donante requiere a los donatarios posteriores para que acepten la disposición en su favor; o cuando el reversionario es el propio donante.

Y puede surgir en un momento posterior, cuando los donatarios de segundo grado aceptan y esta aceptación es admitida por el donante, pese a ser anticipada; y, naturalmente, cuando aceptan en el tiempo en que pueden hacerlo.

De otra parte, tal interés puede ser del donatario primero, en cuyo caso, la atención a tal interés, en cuanto forma parte del negocio, o mejor, de la causa del mismo, impone su irrevocabilidad. Un caso de ello es, a mi juicio, cuando la reversión se hace en favor de los descendientes del primer donatario.

Y lo mismo cabe decir cuando es el interés de los donatarios posteriores el que forma parte integrante y de esencia del negocio de donación, como ocurre en los supuestos en que es el propio donante el que requiere su aceptación.

Ahora bien, salvo los casos en que expresamente resulte o racionalmente aparezca con claridad, no debe presumirse la existencia de tal interés. En última instancia, así resulta del artículo 1.289 del Código civil, que para el caso de duda de imposible resolución se pronuncia en los contratos gratuitos por la menor transmisión de derechos e intereses (72). Y, desde luego, la aceptación anticipada no excluye la facultad revocatoria del donante, por las razones que han quedado expuestas al tratar del tiempo de su ejercicio.

Admitida la tesis general de la revocabilidad, se plantea la cuestión de la extensión objetiva de la misma. Concretamente, si la revocación ha de ser simple, sólo revocación, o puede ser compleja, revocación y nombramiento de nuevo donatario.

Como regla general, y salvo que el interés del primer donatario se haya tenido en cuenta y forme parte esencial del negocio, creo que la revocación puede alcanzar al nombramiento de nuevo donatario sustituto.

(72) Cfr. la posición similar de VALLET sobre estos puntos en obra y lugar citados en la nota 61.

Al primer donatario se le concede un dominio temporal y cuando se produzca el evento fijado cesará de ser dueño de lo donado, siéndole indiferente entonces que la restitución se realice en favor de uno o de otro. Ciertamente, puede tener interés en que el reversionario sea determinada persona antes que otra por muy diversas razones (73), pero éstas no son suficientes para impedir la libertad revocatoria del donante, en cuanto no son elemento esencial en el otorgamiento de la donación (74).

Por la misma razón, entiendo que, igualmente como regla general y con la misma salvedad antes expresada, el donante puede incluso variar el hecho determinante de la reversión, siempre que no resulte más desventajoso para el donatario primero, pues entonces conculcaría su interés, en cuanto la donación que aceptó le confería un dominio temporal cuya extensión en el tiempo no puede ser variada en su perjuicio sin su consentimiento.

Como última cuestión en este punto, la de si la facultad revocatoria del donante se extiende a sus herederos.

Con la doctrina clásica, creo que no. La revocación de las donaciones ulteriores no tiene causa jurídica ninguna, sino que depende de la libérrima voluntad del donante. Por tanto, si no hay causa jurídica no hay razón para que sea transmisible a los herederos una facultad que, dependiendo de la libérrima voluntad del donante, éste no ejercitó. Y tampoco existe interés de los herederos que deba ser protegido (75).

(73) Por ejemplo: por razones de parentesco, o de ser el reversionario persona de avanzada edad y existir la posibilidad de extinción de la reversión por su premoriencia, etc.

(74) La revocación ha de ser expresa, como regla general; pero puede ser tácita si se limita el donante a nombrar nuevo donatario, sin expresar que revoca el nombramiento anterior, pero resultando clara su voluntad de que el nuevamente designado sustituya al anterior.

(75) En la jurisprudencia nos encontramos con la S. T. S. de 27 de diciembre de 1945, que contiene afirmaciones muy discutibles.

El supuesto de hecho (todo él desarrollado en Galicia) era el siguiente: Don Manuel G donó a sus parientes Ramón L. y Josefa G., por partes iguales, cincuenta y una fincas, disponiendo que «si fallecido él (el donante) ocurriese el fallecimiento de los donatarios sin hijos ni descendientes de su matrimonio, los bienes donados pasarían a José G. M., hijo natural de la donataria Josefa; pero si el José G no fuese de su agrado, o por su comportamiento no fuese merecedor de tal gracia, a juicio de los donatarios, podrían éstos sustituirle en el derecho que le queda reservado por otra persona de la familia del donante».

El donante falleció bajo testamento, en el que refiriéndose a la reversión de bienes en favor del José G., dispuso que «en atención a ciertos motivos de

b) Revocabilidad del negocio jurídico de donación con cláusula reversional.

En principio, no ofrece problema ninguno. La donación con cláusula de reversión no deja de ser una donación, y, por ello, revocable por las causas generales de las donaciones.

Sin embargo, conviene puntualizar dos extremos:

1.º Que la revocación por el donante de la donación primera no lleva consigo la revocación automática de las posteriores, sino que esta última sólo se producirá si el donante lo determina así o resulta del fundamento y objeto de la revocación (76).

ingratitude del José para con él, era su voluntad que éste no entrase a sucederle en los bienes donados y que le sustituyese el otro hijo de la donataria Josefa, también su sobrino, Justo G.». Esta disposición fue confirmada por el donatario Ramón en su testamento, otorgado cuando ya había fallecido intestada la donataria Josefa.

El T. S. declara que «la cláusula de reversión impropia supone llamamiento en concepto de sucesor del primeramente llamado como donatario, con las limitaciones y en los casos que determina el Código civil para la sustituciones testamentarias», rechazando la alegación del José G. de que era verdadero donatario con carácter irrevocable e *inter vivos*. Si esto quiere decir (y si parece quere decirlo, puesto que la Audiencia entendió que José G. no era donatario y si heredero instituido en los bienes donados para después de la muerte sin descendencia de los directamente favorecidos por la donación) que el reversionario es sucesor del primer donatario, nuestro mi más absoluta disconformidad, ya que, como también ocurre en las sustituciones fideicomisarias, el segundo llamado trae su causa directamente del donante, no del primer llamado, que no le trasmite a él los bienes, sino que los recibe del donante, a través de éste y después de él. En este sentido, la S. T. S. de 23 de marzo de 1948 entiende que la segunda llamada adquirió los bienes «en virtud de donación hecha a su favor para el caso de que el donatario designado en primer lugar falleciese intestado».

Añade el T. S. que «si en la cláusula de referencia se dispuso que aquél (el reversionario) pudiera ser sustituido, como efectivamente lo fue, indudablemente se trata de llamamiento revocable, carácter que igualmente ofrecería, aun en el caso inadmitido de que el demandado fuera verdadero donatario, ya que la donación, en cuanto a él, sería de las denominadas *mortis causa*, en atención a que la institución a su favor pendía de condición suspensiva, que sólo podría producir su natural efecto *post mortem* del donante (arts. 620 y 637 del C. c.)».

No afirma, pues, el T. S. la revocabilidad como regla general, sino que la admite, por haberse establecido tal facultad en la donación. En cuanto a su calificación, si fuera donación, como *mortis causa*, no es más que un *obiter dictum*, y no veo por qué la donación a condición suspensiva, consistente en la muerte de una persona, la califique, sin más, de donación *mortis causa*, sin atender a si se dan los restantes requisitos de la misma.

(76) Este último es el caso de la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos, fundada en la apreciación legal de que el donante no hubiera hecho su donación de conocer tales circunstancias.

El problema, en los demás casos, radica en si la revocación producirá la decadencia de las donaciones ulteriores, por falta de base negocial. Creo aplicable la sustitución vulgar en beneficio de los posteriores llamados, por las

2.º Que la facultad revocatoria es, en este caso, transmisible a los herederos en los supuestos en que la Ley lo admite, pero referida exclusivamente a la primera donación (77) por las mismas razones expuestas antes.

XI. EFECTOS.

A) *Posición del donante.*

El donante, como tal, tiene la misma posición que cualquier donante, con sus mismos efectos jurídicos, pero con las especialidades derivadas de la existencia de la cláusula de reversión y en relación a la misma. Especialidades que han sido tratadas a lo largo de este estudio y que no es preciso repetir ahora.

B) *Posición del donatario primero.*

El primer donatario, en principio, tiene la misma posición que cualquier donatario, pero sujeto a la limitación que supone la reversión establecida y que, por su naturaleza de sustitución, aproxima la posición de aquél a la del sustituido en las sustituciones testamentarias.

Por tanto, si acepta, adquiere los bienes donados y es propietario de los mismos, con todas las facultades inherentes a tal calidad, pero con la limitación de que al producirse el hecho determinante de la reversión lo donado pasará al donatario sustituto.

Ello plantea el problema de si el primer donatario puede o no enajenar los bienes que recibió en la donación con cláusula de reversión. Respecto de él, el Código civil guarda el más absoluto silencio.

razones que luego se expresarán, al tratar de la reversión en favor de terceros en caso de repudiación del primer llamado.

Defiende también su subsistencia Díez PASTOR (*Ob. cit.*, pág. 156), basado fundamentalmente en el carácter normalmente familiar de estas disposiciones que se proponen, casi siempre, proteger y asegurar a la prole no concebida.

(77) Salvo el mismo caso de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos.

SCAEVOLA (78) se inclina, al menos en la reversión en favor del donante, por la posibilidad de enajenación. Estima que el donatario puede vender la cosa donada, arrendarla, cederla gratuitamente, etc.; pero todos estos contratos quedarán subordinados a la cláusula de reversión y se rescindirán de *iure* por el hecho de revertir los bienes donados al donante. Derivase esto, a su juicio, «de la naturaleza íntima del derecho de reversión, y quizá por ello, el Código patrio ha preferido prescindir de enumerar los efectos propios de dicho derecho, fiando en la intuición jurídica de los legislados».

En igual sentido MANRESA (79), que, para el mismo caso de reversión en favor del donante, o sus herederos, admite que «puede el donatario disponer de su derecho, pero sólo en la forma limitada que le corresponde. Llegado el caso de la reversión, las cosas o derechos han de volver al donante o dichos herederos en el estado que tenían cuando se hizo la donación, resolviéndose, por tanto, todos los derechos constituidos por el donatario».

Cuando se trata de reversión en favor de terceras personas, ambos autores se remiten a las reglas de las sustituciones testamentarias.

Se pronuncia en contra PONS PÉREZ (80), basado en que la existencia de un término cierto o incierto o una condición como hecho determinante de la reversión son cosas accesorias de la reversión misma. La reversión, dice, tiene substantividad propia y hay que atender a los efectos que racionalmente se entiende que debe producir su propia virtud de figura principal, con independencia de sus accesorios. Y esta virtud consiste en lo que lleva anejo: la obligación en el donatario de conservar los bienes donados durante el período de expectación del derecho de reversibilidad de los mismos. Se trata, concluye, en definitiva, de una vinculación de bienes en favor del donante o, en general, del reversionario. No puede pretenderse que el donatario desconozca la trayectoria marcada a los bienes donados por el donante.

La posición correcta, a mi juicio, es la primera, o sea la de

(78) *Ob. cit.*, pág. 646.

(79) *Ob. cit.*, pág. 147.

(80) *Ob. cit.*, pág. 1185.

estimar posible la enajenación. Entiendo que para cualquier tipo de reversión, en favor del donante o de terceros, las reglas aplicables a la materia de disposición son las de las sustituciones testamentarias por la propia naturaleza de la cláusula de reversión. Y si en aquellas hay supuestos en los que el primer llamado puede enajenar, siquiera sea con las limitaciones derivadas de la existencia de la sustitución, también podrá hacerlo el donatario primero en los supuestos paralelos. Decir que el donante ha establecido una única trayectoria de disposición para los bienes donados es exacto, pero ello no excluye la posibilidad de enajenar, siempre que esta enajenación quede sujeta al mismo condicionamiento del hecho de la reversión (81).

Es más, cuando la reversión adopte la forma de una sustitución pupilar o ejemplar, creo que los bienes podrán ser enajenados, sin ninguna limitación y sin quedar sujetos a ningún condicionamiento, por el donatario menor o incapaz—por medio, naturalmente, de sus representantes legales, o por el mismo donatario incapaz si recobra la capacidad—, como ocurre en tales sustituciones cuando son establecidos en testamento.

En cuanto a las garantías a prestar por el donatario para asegurar la reversión, si el donante nada ha establecido, LACRUZ (82), cree que habrá de aplicarse, por analogía *iuris*, la regulación relativa al usufructo en vida del donante, y la de las sustituciones fideicomisarias fallecido éste.

No admitiendo, por lo que ha quedado expuesto, la diferenciación de régimen antes y después de la muerte del donante, tampoco considero admisible esta diversificación, máxime si se tiene en cuenta que la aplicación de las reglas del usufructo chocan con el carácter de verdadero propietario que tiene el primer donatario. A mi juicio, las reglas aplicables serán siempre las de las sustituciones testamentarias.

(81) Obsérvese que, con ello, mi posición difiere de la de SCAEVOLA y MANRESA, ya que si la reversión ha adoptado la forma de una sustitución fideicomisaria pura, con adquisición de sus derechos por los reversionarios (por ser el propio donante o por ser terceros que han aceptado por ser ésta la voluntad del donante y sin que se haya impuesto su sobrevivencia), el donatario no podrá enajenar.

(82) *Ob. cit.*, pág. 251.

Y a ellas habrá que atender en cuanto a la extensión de la restitución en relación con el objeto donado y posibilidad de deducciones por gastos legítimos, créditos y mejoras del donatario.

C) POSICIÓN DEL DONATARIO REVERSIONARIO.

1. *Cuándo es el propio donante.*

El problema fundamental aquí es el de si la premoriencia del donante al hecho determinante de la reversión llevará consigo la extinción de la limitación o, por el contrario, su derecho se transmite a sus herederos.

PONS (83) se inclina por la primera solución. Critica la posición contraria de MARTÍ MIRALLES y entiende que el donante es titular de un derecho personalísimo; tiene, en definitiva, una expectativa de derecho a los bienes donados, que se convertirá en efectivo derecho si el donante sobrevive a la circunstancia motivadora de la reversión; y que no se transmite a sus herederos. Se apoya para ello en la aplicación del artículo 1.257 del Código civil y en la dicción literal del 641, entendiendo que no produce efectos respecto de los herederos porque «por pacto» se ha establecido la reversión en favor de «sólo el donador». Y aporta como argumentos en favor del carácter personalísimo del derecho del donante a la reversión: el que éste pudo establecerlo también en favor de sus herederos, y no lo hizo; el principio de libertad de disposición de los bienes, al que no se han de reconocer más cortapisas que las que jurídicamente sean posibles y le estén afectas, y éstas, en cuanto que constituyen disposiciones prohibitivas, interpretadas en sentido restrictivo, y que, en definitiva, es el mismo espíritu que anima la disposición similar, recogida en el artículo 639 del Código civil, en que la disposición de bienes es derecho personalísimo del donante y se extingue por su muerte.

LACRUZ (84), con muy buen criterio, entiende que es ésta cuestión de interpretación de voluntad de las partes que establecieron la reserva, y fundamentalmente del que hizo la donación.

(83) *Ob. cit.*, págs. 1183 y ss.

(84) *Ob. cit.*, págs. 242 y ss.

Considera que no es ésta materia de Derecho necesario, y que en la expresión «sólo el donador» del artículo 641 puede entenderse también incluidos sus causahabientes por título universal. Si el evento actúa como un plazo resolutorio, esta actuación no depende de la vida o fallecimiento del donante, y en todo caso, al vencer el término, se resolverá la titularidad de los bienes donados, y éstos, automáticamente, quedan de nuevo incluidos en el patrimonio de donde salieron, sin consideración a quien sea entonces titular de dicho patrimonio. Por consiguiente, concluye, los sucesores a título universal recibirán dichos bienes, no como sustitutos fideicomisarios, sino como una parte de la herencia del causante; no habrá lugar a nueva aceptación ni será preciso sobrevivir al donatario.

Más dudoso resulta esto último—sigue diciendo LACRUZ—, cuando la reversión es simplemente condicional, en cuyo supuesto entiende que será igualmente cuestión de interpretación si la premoriencia del donante determina o no la purificación de la donación, y en este último caso, o sea, si juega a pesar de todo la reversión, si los herederos que tendrán derecho a los bienes serán los que lo eran al fallecimiento del donante o sólo los que existan al cumplirse el evento. No llega a resolver la cuestión.

A mi juicio, es indudable que hay que atender ante todo a la interpretación de la voluntad de las partes en el negocio. Cuando el interés del donatario haya influido decisivamente en la fijación del alcance de la cláusula de reversión, será aplicable el artículo 1.257 del Código civil, en cuanto se tratará de un derecho personalísimo, por pacto, del donante reversionario, intransmisible a sus herederos, los cuales no fueron contemplados al hacerse la donación y, de hecho, fueron excluidos en interés del donatario.

En otro caso, o sea, cuando, como ocurre normalmente, la limitación es impuesta por el donante en beneficio propio y sin atención al interés del donatario, no hay razón para excluir la regla general de la transmisibilidad de los derechos. No hay que olvidar que, según la tesis que he defendido, el donante reversionario, a diferencia de los restantes reversionarios, no tiene simplemente un derecho a aceptar o repudiar, sino un derecho a los bienes, un derecho ya adquirido, y, como tal, transmisible. Y de otra parte,

los argumentos contrarios de PONS no son demasiado convincentes (85).

Sin embargo, todo lo expuesto es aplicable al supuesto de que la cláusula reversional adopte la forma de sustitución pura, pero no de modo absoluto cuando sea condicional, ya que entonces la sobrevivencia del donante reversionario al hecho determinante de la reversión puede estar establecida como fundamental. Repito que es ésta materia dependiente de la interpretación de la voluntad; pero, como regla general, y en principio, me inclino a que el derecho condicional que tiene el donante sea transmisible con el mismo carácter a sus herederos, por la calidad de derecho adquirido por acto *inter vivos* que le es propia (86).

Con esta posición no hay problema en torno a la determinación de cuáles sean los herederos transmisarios del derecho del donante: lo serán los que lo fueren al tiempo del fallecimiento del donante, quienes transmitirán su derecho a sus propios herederos en el caso de que fallezcan antes de producirse el hecho determinante de la reversión.

Por último, en esta materia, aplicando las mismas ideas expuestas, resulta claro que el donante puede disponer de su derecho, puro o condicional, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, en favor de otro, adquiriéndose por éste con igual carácter; y extinguiéndose entonces la facultad revocatoria del donante, que no pasa al adquirente por ser personalísima y que aquél ya no puede ejercitar, no ya por la doctrina de los actos propios, sino por haber

(85) La expresión «sólo el donador», del artículo 641, no creo esté empleada en el sentido que le da este autor, sino, como claramente resulta de su texto, en el de que entonces puede hacerse la reversión para cualquier caso y circunstancias, o sea sin ninguna de las limitaciones aplicables al caso de que se haga en favor de terceros. Tampoco es argumento el decir que pudiendo el donante establecerla también en favor de los herederos, no lo hizo, ya que igual puede decirse que no lo hizo por entender aplicable la regla general de transmisibilidad de los derechos. ni tampoco el del principio de libertad de disposición de los bienes, que también puede predicarse de la misma disposición del donante en cuanto a la reversión por él establecida en su propio interés. Y, por último, no veo clara la analogía con el caso del artículo 639, basado en supuestos totalmente distintos.

(86) Por ser derecho adquirido *inter vivos*, no creo aplicable, con carácter general, la regla *dies incertus quando in testamento facit conditionem*.

dejado de ser titular del derecho de que deriva la facultad revocatoria (87).

2. Cuando son los herederos del donante.

Me refiero ahora al caso de que el donante establezca la reversión directamente en favor de sus herederos, no en favor de él mismo y de sus herederos sucesivamente (88).

(87) Otra consecuencia de la tesis que defiendo es que en el caso de donación de bienes gananciales con cláusula de reversión en favor de ambos donantes, la adquisición por éstos del bien, cuando se realice su restitución, se hará en su calidad de donatarios sustitutos, y no en virtud de condición o término resolutorios, y, por tanto, lo adquirirán como privativo. No creo exista en este supuesto donación entre cónyuges, aunque sí posible fraude de ley, cuando lo que se persiga sea variar la calificación jurídica de un bien, transformándolo de ganancial en privativo, lo que podrá deducirse, en ocasiones, de las circunstancias del caso (por ejemplo, si se ha fijado un corto plazo para la reversión).

En cambio, y sin perjuicio del posible fraude de ley expresado, rozan la prohibición de las donaciones entre cónyuges las de bienes gananciales, con reversión en favor del sobreviviente de los cónyuges donantes, y, desde luego, están incursas en ella las donaciones de bienes privativos de un cónyuge con reversión en favor del otro.

(88) En el caso de que se haga la reversión en favor del donante y de sus herederos, la aplicación de las reglas antes expuestas o de las que expongo a continuación dependerá de la interpretación de la voluntad del donante.

Sin perjuicio de ello, entiendo que, si no se expresa de otro modo, puede estimarse que si la reversión es en favor del donante «y» de sus herederos se aplicarán las reglas de la reversión en favor del donante, pues es clara su voluntad de que su derecho adquirido se trasmita a aquéllos; en cambio, si la reversión se hace en favor del donante «o» de sus herederos, parece que la voluntad de aquél ha sido establecer llamamientos alternativos, o sea hacer respecto de los herederos un llamamiento directo, y no una simple expresión de transmitir el derecho suyo ya adquirido.

Este último es el caso de la resolución D. G. R., de 8 de febrero de 1895, según la que, establecida la reversión de una donación en favor del donante o sus herederos para el caso de que faltase toda descendencia al donatario, al cumplirse la condición por fallecimiento sin sucesión de los hijos del donatario, procede inscribir las fincas donadas a favor de los herederos del donante, previa justificación de su cualidad de tales herederos y sin necesidad de inscripción previa a favor de dicho donante ni de otros sucesores ya fallecidos. Y añade que para determinar quién tiene derecho a las fincas por virtud de la cláusula reversional, hay que atender al momento de cumplirse la condición (en el caso expuesto la fecha del fallecimiento del último descendiente del donatario), no habiendo, por tanto, más adquirente que el que siendo heredero del donante viva en el momento de cumplirse la condición, pues sus causantes y demás herederos que fallecieron antes de ese cumplimiento no llegaron a adquirir derecho alguno.

No apporto esta resolución como apoyo en favor de la tesis que expongo, ya que, aunque la D. G. resuelve el caso concreto en el mismo sentido, lo basa en la existencia de una condición a la que los llamados han de sobrevivir, mientras que, en mi posición, el que haya o no condicionalidad es indiferente.

En este caso, a mi entender, los herederos reversionarios tienen el mismo carácter que cualquier otro reversionario tercera persona, en cuanto el donante hace un llamamiento en su favor, subordinado no sólo al cumplimiento de un determinado hecho, sino también a que lleguen a ser herederos, lo que hace imposible que adquieran anticipadamente ningún derecho. O sea, no tienen derecho adquirido como el donante; sólo derecho de aceptar o repudiar el llamamiento cuando su calidad de herederos quede definitivamente fijada.

Para aplicar estas ideas hay que distinguir dos posibles situaciones:

a) Que el donante premuera al hecho determinante de la reversión.

En este caso, al producirse este hecho, los herederos designados como reversionarios estarán ya fijados—por el testamento del donante o por la Ley—. La cuestión de si serán reversionarios los herederos determinados al fallecimiento del donante, con posibilidad de transmitir sus derechos por premoriencia a sus propios herederos, o sólo los que existan al tiempo de cumplirse al evento establecido para la reversión, ha quedado resuelta al hablar de la transmisibilidad *mortis causa* del derecho de los reversionarios: siendo tal derecho personalísimo, es intransmisible y, por tanto, salvo que el donante haya incorporado a su disposición una sustitución vulgar, que no se presume, únicamente serán reversionarios los herederos que existan al tiempo de cumplirse la restitución en su favor (89).

Por entender, pues, que existe llamamiento por el donante en favor de sus herederos y no transmisión del derecho de aquél a éstos, no comparto la opinión de PONS (90) de que los herederos son los que lo fueran al tiempo del fallecimiento del donante, con posibilidad de transmisión a favor de los herederos suyos; y ello porque, en su opinión, los bienes donados revierten a la herencia

(89) Cfr. en este sentido la resolución citada en la nota anterior. Sólo en el caso de que los herederos sean los descendientes del donante cabrá aplicar las reglas que luego se expondrán respecto de la reversión en favor de los descendientes y entender incorporada una sustitución vulgar por interpretación de la voluntad del donante.

(90) Ob. cit., pág. 1194.

del donante, la cual asume tales bienes con efectos adquisitivos retrotraídos al momento de su fallecimiento.

b) Que el donante sobreviva al hecho determinante de la reversión.

En este supuesto, cuando la reversión debe realizarse los reversionarios no existen—no hay herederos de una persona mientras ésta vive—, por lo cual no puede producirse. Tampoco puede hacerse en favor del donante, puesto que no se estableció en su favor cuando muy bien pudo hacerlo (91). Y menos puede pretenderse que la donación quede libre de la limitación en que consiste la reversión, pues si bien los reversionarios no existen entonces, pueden existir, y normalmente existirán (92), en un momento posterior, sin que, salvo interpretación de voluntad en contrario, la existencia de los reversionarios como personas determinadas en el momento de realizarse el evento determinante sea supuesto fundamental de la restitución, siempre que sean determinables, como aquí ocurre, con arreglo a lo establecido en la donación.

En esta situación, creo que los bienes donados se pondrán en administración hasta tanto se determinen los herederos reversionarios, aplicando, analógicamente, el criterio que inspira el artículo 801 del Código civil. Administración que, a mi juicio, debe conferirse a los herederos del donatario primero (o a este mismo si el evento establecido no es su fallecimiento), por ser los más directamente interesados, ya que si la limitación desapareciera (por ejemplo, por repudiación de los reversionarios) serían ellos los que adquirirían los bienes libremente.

Contraria es la postura de PONS PÉREZ (93), que entiende que en este caso los bienes donados retornan—no revierten—al donan-

(91) Puede decirse en contra que en toda donación con reversión en favor de los herederos del donante existe una condición implícita de premoriencia de éste, o mejor, que tal donación se hace contemplando el supuesto de dicha premoriencia, por lo que si el donante sobrevive al hecho fijado para la reversión falta la base del negocio. Pero, aparte de lo que luego se dice en el texto, no veo que esto resulte normalmente de la voluntad del donante. Y si realmente su voluntad era esa, puesto que aún vive, puede expresarla así, revocando la donación segunda y nombrando nuevo sustituto, que puede ser él mismo.

(92) Por razones de brevedad no entro en el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, con el consecuente problema de la calificación jurídica de los llamados como legatarios.

(93) *Ob. cit.*, págs. 1193 y ss.

te, o sea vuelven a él no por título de reversión, sino porque en este caso la donación ha quedado sin efecto. La razón legal de esta solución, nos dice, nos la dan los artículos 1.274 y 1.275, aplicables por la remisión del artículo 621, ya que había una causa de liberalidad que se ha cumplido respecto del primer donatario, pero que ha resultado inexistente respecto del segundo, con lo que se ha reducido a un negocio sin causa, que no produce efecto alguno.

No creo correcta esta tesis porque, si el negocio sin causa es sólo la segunda donación, respecto de la cual se considera que ha fallado la causa de liberalidad, la solución lógica es la subsistencia de la donación primera, libre de toda limitación; y si el negocio sin causa es la total donación, entonces sería nula incluso la primera, obligando al donatario primero a restituir incluso todos los frutos que hubiere percibido como si nunca hubiera sido donatario.

Como colofón a este punto, queda añadir que la cualidad de heredero se adquiere por la aceptación de los designados y, como consecuencia, el que repudie la herencia del donante no podrá aceptar la reversión por no ser tal heredero.

3. *Cuando son los descendientes del donante (94).*

Me refiero aquí, al igual que en el caso anterior, al supuesto de que el donante establezca directamente la reversión en favor de sus descendientes, no en favor de él mismo y de sus descendientes sucesivamente (95).

En este caso, en cuanto a la calificación jurídica del derecho

(94) Todo lo que se expone en el texto es, naturalmente, aplicable al caso de que la reversión sea en favor de los hijos.

(95) En el caso de que la reversión se haga en favor del donante y de sus descendientes, entiendo que, salvo que otra cosa resulte de la interpretación de la voluntad del donante, y tanto si es en favor del donante «y» sus descendientes como si lo es en favor del donante «o» sus descendientes, existe llamamiento directo en favor de estos últimos por aquél, sin que exista transmisión del derecho del donante, ni en favor de los descendientes—que por su mero carácter de tales no son herederos—ni en favor de los herederos—ya que el derecho del donante se extingue al producirse el hecho que determina la restitución en favor de la descendencia al haberse determinado ésta como reversionaria de segundo grado—. Se aplicarán, pues, en lo relativo a la determinación de quienes sean tales descendientes las reglas que se exponen en el texto a continuación.

de los descendientes reversionarios, considero de aplicación, *mutatis mutandis*, las mismas ideas expuestas respecto de los herederos del donante cuando la reversión se hace directamente en su favor.

Cabe distinguir las siguientes situaciones:

a) Que el donante premuera al hecho determinante de la reversión, y

a') Exista descendencia.

Se plantea entonces la cuestión de determinar si los reversionarios serán los descendientes que existan al tiempo del fallecimiento del donante o los que existan al tiempo de producirse el evento fijado para la restitución, sin que los descendientes premuertos transmitan derecho alguno a sus herederos.

En principio, y dada la asimilación que se ha hecho entre este supuesto de reversión y el de reversión en favor de los herederos, parece que sólo serán reversionarios los citados en último lugar, por no existir derecho de transmisión del derecho de los llamados.

Sin embargo, y como se apuntaba ya en el mismo lugar, creo que si bien no existe transmisión de derechos del descendiente premuerto, sí debe entenderse que existe una sustitución vulgar incorporada al llamamiento en favor de los descendientes, comprendiendo incluso a aquellos que hayan fallecido antes que el donante. Así resulta de la interpretación de la voluntad del donante, manifestada en la amplitud del término «descendientes» por él empleado. Con ello no se hace más que aplicar a esta cuestión el mismo criterio interpretativo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la expresión «hijos» en testamento, en la que se entienden comprendidos los descendientes.

Entendido así, y sin perjuicio de la admisión de la sustitución vulgar, considero que regirá entre los descendientes el principio de proximidad de grado, por aplicación analógica de las reglas de las sustituciones hereditarias.

b') No exista descendencia por no haber existido nunca.

No hay problema. La donación primera queda purificada y libre de la limitación que supone la reversión.

- c') No exista descendencia por haber premuerto al momento de producirse el evento establecido para la reversión.

En este caso, puesto que no existe transmisión del derecho de los llamados a sus herederos, la donación primera queda igualmente purificada.

b) Que al producirse el hecho determinante de la reversión viva el donante, y

- a') Tenga descendencia.

En este caso, la reversión se opera inmediatamente en su favor, con aplicación de la sustitución vulgar y, sin perjuicio de ella, del principio de proximidad de grado.

El problema aquí es si deben incluirse entre los reversionarios los descendientes del donante que nazcan con posterioridad a la reversión. Creo que, salvo, desde luego, que sea otra la voluntad del donante, sí deben comprenderse. El donante ha querido favorecer a su descendencia, en general, y no hay razón para excluir a unos en beneficio de otros. Como consecuencia, los descendientes existentes en ese momento adquirirán los bienes donados, pero con sujeción al condicionamiento que supone la posible aparición de otros descendientes, al modo de la partición provisional de herencia del artículo 1.054 del Código civil (96).

- b') No tenga descendencia por no haberla tenido nunca.

Es éste un supuesto idéntico al de reversión en favor de los herederos del donante que vive. El donante no tiene descendencia, pero legalmente puede procrearla hasta el último momento de su vida. Entiendo que, al igual que en aquel supuesto, se pondrán los bienes donados en administración, la cual se conferirá a los herederos del donatario primero, aquí más directamente interesados, pues su limitación deasparecerá simplemente con que el donatario no llegue a tener descendencia.

(96) También puede decirse de la reversión en favor de descendientes del donante que vive lo mismo que respecto de la en favor de sus herederos en el mismo supuesto. Véase lo dicho en la nota 91.

La restitución de los bienes se hará en cuanto el donante tenga un descendiente, y en favor del mismo sin perjuicio de la provisionalidad de su adquisición en el *quantum* en atención a la posible aparición posterior de otros descendientes, conforme a lo expuesto en el apartado anterior.

c') No tenga descendencia por haber premuerto.

No existiendo transmisión a los herederos de los descendientes premuertos, el supuesto se reconduce al anterior.

Punto final en esta materia es el problema general de si el término «descendientes» comprende sólo a los legítimos o si incluye a otras clases. Con la doctrina más general me inclino a lo primero.

4. Cuando son *terceras personas*.

La posición de los reversionarios, en general, así como el carácter de su derecho, su alienabilidad, transmisibilidad *mortis causa*, etc., ya ha sido estudiada. Interesa ahora únicamente tratar de la posibilidad de integrar la sustitución vulgar en el supuesto del artículo 641.

El punto de si, en materia sucesoria, la sustitución fideicomisaria comprende al vulgar, ha sido muy estudiado por los autores (97). Creo francamente acertada y admisible la tesis afirmativa, preconizada por autores de tanta valía como son, entre otros, DE BUEN, ALBALADEJO, GONZÁLEZ PALOMINO, Díez PASTOR y VALLET. Con palabras de este último, «si la sustitución fideicomisaria es pura, la sustitución vulgar subsidiaria también será pura; si aquélla era condicional, será igualmente condicional la sustitución vulgar subsiguiente».

La aplicación de estas ideas al caso del artículo 641, derivada de la aplicación analógica a su régimen de las reglas de las sustituciones testamentarias, es, a mi juicio, indudable. Salvo que otra cosa resulte de lo expresado en el negocio de donación o de la

(97) Puede verse un breve, pero excelente, resumen en JUAN VALLET DE Goyrisolo: «Comentario a la S. T. S. de 31 de marzo de 1965», *R. C. D. I.*, 1965; números 448-449, págs. 1277 y ss., en donde el autor recoge también la frase que se cita en el texto.

interpretación de la voluntad recogida en el mismo, debe entenderse que la donación a un donatario sustituto segundo está limitada por la donación al donatario sustituto primero y, por tanto, si desaparece esta limitación (por ejemplo, por premoriencia), aquél debe ocupar el lugar de éste.

La claridad de aplicación en el supuesto anterior, en que la analogía del caso del artículo 641 con el de las sustituciones testamentarias es evidente, se enturbia cuando se trata de aplicarlo al primer donatario sustituto respecto del donatario sustituido, dada la exigencia legal de la aceptación por el donatario para la perfección del negocio y en vida del donante.

El supuesto de hecho es el siguiente: A hace donación a B de una cosa con cláusula de reversión a C cuando se produzca un determinado evento, que generalmente es el fallecimiento de B.

Pueden darse entonces las siguientes situaciones:

a) Que B fallezca antes que A sin haber aceptado la donación o que la repudie en vida de A (98).

En estos casos no creo que deba jugar siempre y a rajatabla la sustitución vulgar, sin atender a la voluntad del donante (99). No hay que olvidar que la regla de que la sustitución vulgar está comprendida en la fideicomisaria en materia sucesoria está basada en la interpretación de la voluntad del disponente que ha fallecido, y aquí, en la donación del artículo 641, el disponente vive y puede expresar si su voluntad es la de que la donación se realice directamente en favor de C. La aceptación hecha por C, conforme a lo ya expuesto, no vincula al donante ni impide el ejercicio de su facultad revocatoria, salvo que el propio donante la admita, en cuyo caso está expresando su voluntad en este determinado sentido.

Pero a ello se añade algo más. Y es que si, aun admitiendo que la aceptación de C no vincule al donante, podrá, sin embargo, servir para hacer perfecto el negocio que en principio parece no lo es por falta de aceptación del donatario. O sea, se plantea la disyuntiva de si la falta de aceptación del donatario primero, al

(98) A estos supuestos, y sobre todo al de repudiación, se pueden asimilar los demás en que juega la sustitución vulgar.

(99) Admite la aplicación sin hacer ninguna discriminación NART: *Ob. cit.*, página 603.

determinar la nulidad del negocio (art. 630, C. c.), lleva consigo la nulidad de la limitación impuesta, que es la segunda donación, o, por el contrario, esta última tiene sustantividad suficiente para subsistir, bien sea exigiendo la aceptación del donatario sustituto en vida del donante y en su virtud, bien sea incluso sin necesidad de dicha aceptación en vida del donante y por la propia virtualidad y carácter de la donación segunda.

A mi juicio, el problema debe resolverse así: Mientras vive el donante, la aceptación de C no puede tener el efecto de hacerle entrar inmediatamente en la posesión de lo donado, porque el donante no le ha hecho la donación directamente a él ni quiere ni solicita su aceptación para antes de cumplirse el evento. Pero si el donante fallece sin haber revocado la segunda donación, la aceptación ya realizada e incluso la aceptación que se realice después del fallecimiento por el segundo donatario servirá para que adquiera los bienes donados, por aplicación de la sustitución vulgar, atendiendo a que uno de los supuestos en que juega la sustitución vulgar, aun a pesar de no establecerlo el Código civil, es la invalidez de la institución (100)—aquí de la primera donación—, invalidez que se ha producido por falta de aceptación en vida del donante.

Defender la nulidad absoluta del negocio por falta de aceptación en vida del donante del primer donatario equivaldría a dejar en manos de éste—dilatando la aceptación—el cumplimiento de la finalidad querida por el donante. Y siempre resulta clara la voluntad del donante, que, a pesar de retrasarse la aceptación o darse incluso la repudiación del primer donatario, mantiene la donación sin revocarla.

b) Que A fallezca sin haber aceptado B la donación.

Defiendo aquí la misma solución. La donación en favor de B será nula por falta de aceptación. Consecuentemente, y por el juego de la sustitución vulgar, C podrá aceptar la donación aun habiendo fallecido el donante.

En uno y otro caso, el que si la aceptación determinará la

(100) Cfr. MANUEL ALBALADEJO: «La sustitución vulgar», *R. D. N.* VII, 1955; página 128.

adquisición inmediata del bien donado, o habrá que esperar, a pesar de la premoriencia o repudiación, a que se cumpla el evento que determina la restitución, así como si las personas que, en definitiva, adquirirán son las que existan en aquél o este momento, depende del carácter puro o condicional con que esté establecida la reversión, de cuyo carácter, como antes hemos dicho, siguiendo a VALLET, dependen la calificación pura o condicional de la sustitución vulgar subsidiaria.

5. *Otros supuestos.*

Pueden existir otros supuestos distintos de los expresados. Pero, en general, se reconducirán a ellos o supondrán una combinación de sus reglas y de los principios en que se inspiran (101).

XII. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

La donación con cláusula de reversión, en cuanto se refiera a bienes inmuebles, tiene acceso al Registro de la Propiedad como tal donación, por ser título traslativo del dominio. En el mismo asiento de inscripción de la donación constará la cláusula de reversión por ser una limitación del dominio, en aplicación del artículo 51, 6.º del Reglamento Hipotecario, y en cuanto tiene trascendencia real.

El hecho de que la cláusula de reversión designe unos titulares futuros de los bienes, que no han intervenido en la donación primera, no es obstáculo al registro ya que la doctrina admite la inscripción de derechos reales a favor de terceras personas que no han sido parte en el acto o contrato (102). Es más, tampoco es óbice que se trate en ocasiones de sujetos futuros indeterminados, ya que por los hipotecaristas se admiten varios supuestos en que

(101) Caso de que los reversionarios sean los herederos del primer donatario, a pesar de que su designación se deja a la libérrima voluntad del mismo donatario, no creo que ello implique su nulidad, por no tratarse de disposición testamentaria a la que sea aplicable el artículo 670 del Código civil ni quedar su validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes, contra el 1.256 del Código civil.

(102) Cfr. RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*. Barcelona, 1948; tomo III, pág. 390.

la titularidad indeterminada tiene acceso al Registro de la Propiedad (103).

La aceptación de los reversionarios se hará constar en escritura pública, y en el Registro de la Propiedad por asiento de inscripción.

Pero el reversionario debe acreditar el cumplimiento de las circunstancias exigidas para producirse la restitución a su favor. Si esta circunstancia es el fallecimiento del donatario anterior, bastará con el correspondiente certificado de defunción. Si es la llegada de un plazo cierto, será suficiente el transcurso de éste. En otros casos, el cumplimiento de las dichas circunstancias deberá acreditarse documentalmente, principalmente a través de un acta notarial de notoriedad o de información *ad perpetuam memoriam*.

También puede hacerse constar, por asiento de inscripción, la extinción del derecho de los reversionarios, previo acreditamiento de las oportunas circunstancias, si fuere necesario.

ANTONIO SOTO BISQUERT.
Notario.

(103) Cfr. ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, T. II, pág. 242, en que expresamente cita el caso del artículo 641.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Informe sobre la recurribilidad del decreto del plan de la zona regable del Zújar

SUMARIO-ESQUEMA: *Hechos*.—I. EL «DAIN» DE LAS VEGAS ALTAS DEL GUADIANA.—II. SU VAGUEDAD E INCONCRECIÓN.—III. APARICIÓN DE LA LEY DE ZONAS REGABLES.—IV. LA VAGUEDAD DEL «DAIN» TOMA PERFILES DE GRAVE INSEGURIDAD JURÍDICA.—V. EL DECRETO DEL PLAN DE ORELLANA.—VI. LA REFORMA DE LA LEY DE ZONAS REGABLES EN 14 DE ABRIL DE 1962.—VII. EL PLAN DEL ZÚJAR.—VIII. IRREGULARIDADES EN LA APLICACIÓN DE LOS PLAZOS PARA SOLICITAR EXCEPCIONES Y RESERVAS.—IX. APERTURA, EN VISTA DE ELLO, DE UN PLAZO NUEVO.—*Consideraciones de Derecho*. I. DOBLE CARACTER DE LA ARGUMENTACIÓN.—II. EL DECRETO DEL PLAN ES RECURRIBLE POR NATURALEZA.—III. LÍMITES A LA PROHIBICIÓN DE RECURRIR. 1. Sus límites formales. 2. Sus límites sustantivos. 3. Confirmación en un caso concreto.—IV. EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA DISPOSICIÓN FINAL 2.^a DE LA LEY DE 21 DE ABRIL DE 1949, IDÉNTICA EN SU TEXTO DE 1962 Y EL ARTÍCULO 1.^o DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1958. 1. Superficie de la Zona. 2. Caracteres fundamentales del «DAIN». 3. Su reconocimiento en la Ley. 4. El «DAIN» de 1946 estaba agotado. 5. Nadie puede ampliar lo que no existe. 6. En la subzona A no hay, pues, Zona Regable.—V. EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE ZONAS REGABLES, TANTO EN SU VERSIÓN DE 1949 COMO EN LA DEFINITIVA DE 1962. 1. Texto legal. 2. Si la Subzona A tiene «DAIN», su fecha es la del Plan. 3. El Decreto del Zújar retrotrae el «DAIN» a muy antes de su fecha.—VI. EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3.^a DE LA LEY DE 14 DE ABRIL DE 1962. 1. Agravación de prohibiciones en la Ley del 62. 2. Irretroactividad de esta agravación. 3. Infracción de la misma por el Decreto del Zújar. 4. Consecuencia.—VII. EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA PROPOSICIÓN PRIMERA DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE 1949, TANTO EN SU VERSIÓN PRIMITIVA COMO EN LA DE 1962.—VIII. RECAPITULACIÓN.—IX. EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA EN SU INTEGRIDAD EL ARTÍCULO 4.^o DE LA LEY DE ZONAS REGABLES DE 21 DE ABRIL DE 1949 Y MUY PARTICULARMENTE EL APARTADO A) DE DICHO PRECEPTO. 1. Necesidad de delimitar exactamente la Zona. 2. Necesidad de que esta delimitación la publique el Decreto. 3. La Zona del Zújar no está delimitada.—X. SÍNTESIS Y PERFILES DE TODAS LAS VIOLACIONES FORMALES DENUNCIADAS. 1. Síntesis. 2. Perfil formal. 3. Perfil sustantivo.—XI. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS LÍMITES MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE LAS INDEMNIZACIONES. 1. Indicaciones previas. 2. Comparación de escalas entre el Bierzo y el Zújar. 3. Comentario e

historia. 4. Conclusión.—XII. VIOLACIÓN TAMBIÉN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y, ADEMÁS, DEL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL SEÑALAMIENTO DE LOS PORCENTAJES DE RESERVA. 1. Declaración de principio. 2. Atentado al principio de igualdad. 3. Atentado al principio sustantivo de protección a la familia recogido en el artículo 22 del Fuero de los Españoles, 12 del Fuero del Trabajo y en los principios programáticos del Movimiento. 4. Contradicción interna del Decreto.—XIII. VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD, RACIONALIZACIÓN Y CONGRUENCIA O PROPORCIONALIDAD DE MEDIOS A FINES, AL NO EXCEPTUAR PURA Y SIMPLEMENTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EL ISLOTE DE 2.500 HECTÁREAS QUE EN GUAREÑA-VALEDORRES SE DEDICA DESDE HACE MÁS DE CIEN AÑOS A PRODUCIR Y EXPORTAR UVA DE MESA. 1. Características del islote. 2. El Plan del Zújar no respeta la unidad económica que antecede. 3. Irracionalidad de este criterio. 4. Atentado a los principios que se citarán.—XIV. SÍNTESIS DE LAS VIOLACIONES SUSTANTIVAS Y SENTIDO DE SU ARGUMENTACIÓN.—XV. REFLEXIONES FINALES, A CARGO DE OTROS.

Un grupo de propietarios que tienen afectadas sus tierras por la zona regable que dominará el Canal del Zújar, me preguntan si sería admisible y estimable un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra el Decreto que aprueba tal Plan de regadío, y que expresamente está declarado irrecurrible en la Ley de 21 de abril de 1949.

Contesto afirmativamente, en base de los siguientes hechos y consideraciones de derecho:

HECHOS

I.—EL «DAIN» DE LAS VEGAS ALTAS DEL GUADIANA.

Por Decreto de 26 de julio de 1946 (*B. O. del E.* núm. 229, de 17 de agosto) se declaró el alto interés nacional de «la colonización de las zonas que se regarán con los aguas de los pantanos de Cijara y del Zújar, que dominadas por los canales que se citan, quedan determinadas del modo siguiente:

«C) Las zonas dominadas por el canal derivado de la presa del Orellana la Vieja, y por el que tomará sus aguas del pantano del Zújar, llamadas *Vegas Altas del Guadiana*, que comprende parte del término de Miajadas, en la provincia de Cáceres, y parte también de los de Villanueva de

la Serena, Rena, Villar de Rena, Don Benito, Santa Amalia, Medellín y Guareña, en la provincia de Badajoz, con superficie conjunta de 42.460 hectáreas».

II.—SU VAGUEDAD E INCONCRECIÓN.

Esta declaración o Decreto de alto interés nacional, a la que desde el comienzo, como a cualquiera otra de su clase, denominamos con la sigla «DAIN», ofrecía las características que siguen:

a) No entraña en su fecha ningún cambio en el estatuto jurídico de la propiedad, ni ninguna limitación para las tierras afectadas, porque la Ley de Colonización de Grandes Zonas de 26 de diciembre de 1939, que le servía de fundamento, no disponía nada en tal sentido.

b) Descontada la única concreción de que las hectáreas afectadas eran 42.460, todo lo demás era enormemente vago e impreciso, lo que producía una gran incertidumbre jurídica: ni se determinaba la proporción en que dicha superficie iba a distribuirse entre las dos zonas, la de Orellana (margen derecha del río Guadiana) y la del Zújar (margen izquierda), ni se hacía una elemental descripción de límites, reduciéndose el texto a hablar de que se comprendían «parte» (esta expresión es inadmisibles) de los varios términos que allí se indican.

III.—APARICIÓN DE LA LEY DE ZONAS REGABLES.

En 21 de abril de 1949 la Ley de Zonas Regables introduce una profunda modificación en el estatuto jurídico de la propiedad afectada, que va a quedar en poder de los propietarios o a ser expropiada mediante calificaciones administrativas sustraídas al control de los Jueces (art. 15); que va a pagarse según valoraciones fijadas unilateralmente por la Administración sin recurso alguno (arts. 4, 5 y 17); que va a sufrir pesadas cargas constituidas por obligaciones de hacer o de entrega de dinero como contribución a las obras (arts. 21 a 39); y que, en especial, quedará semi-

congelada desde la fecha del DAIN hasta el día en que se publique el Decreto aprobatorio del Plan General de Colonización, y más exactamente hasta el día posterior en que se agote un cierto término después de declarada la «puesta en riego» de la zona (artículos 11 y 30).

Por un elemental principio de certeza jurídica, para los DAIN anteriores a la Ley, esta serie de limitaciones entraba en juego, no en la fecha de aquéllos, sino a partir de la vigencia de la Ley que los estableció, o sea, el 12 de mayo de 1949.

IV.—LA VAGUEDAD DEL DAIN TOMA PERFILES DE GRAVE INSEGURIDAD JURÍDICA.

Desde tal día, el DAIN de las zonas altas del Guadiana transformó su vaguedad e incertidumbre, hasta entonces inocuas, en una agresiva inseguridad jurídica, respecto de las limitaciones, prohibiciones y cargas de que la Ley de Zonas lo había revestido.

Esta seguridad se agravó con la experiencia que proporcionó la aplicación de los Decretos de las zonas de Lobón y de los dos tramos de Montijo, particularmente al contemplar las ocupaciones de fincas por vía de hecho; las actas de urgencia de lo que se había ocupado años antes o se reconocía en la misma acta que no iba a necesitarse sino años después; las exiguas valoraciones; la dilación en el pago; las cargas públicas inevitables, y que, en definitiva, la propiedad quedaba, sin defensa de los Jueces, colgada del arbitrio administrativo.

Los posibles afectados por las zonas de Orellana y Zújar se encontraron desde entonces sometidos a un oneroso estatuto jurídico para el que no se ponía límite alguno en el tiempo, porque según la Ley de 1949, la Administración podía dejar pasar cincuenta años entre el DAIN y la publicación del Decreto del Plan, y otro tanto desde este Decreto y la puesta en marcha de la zona, lo que ha venido a corregir, tan sólo en teoría, la Ley de 1962, de que hablaremos luego; y al que no se daba tampoco la más elemental determinación de territorio, pues la vaguedad de la descripción del DAIN no tuvo por entonces otro correctivo que una

mención que aparece en el Plan que editó en 1951 la Presidencia del Gobierno sobre las obras de colonización de la provincia de Badajoz, en cuya página 32 se dice:

«Zona regable dominada por el canal de¹ Zújar:

Se trata de una zona regable comprendida entre la presa del Zújar, el canal que de la misma deriva por la margen izquierda de dicho río, el río Guadalmez y el Guadiana, con una extensión de 11.500 hectáreas.

Los ríos que la surcan son el Guadalefra, Molar, Ortigas y Guadalmez. La propiedad se halla aquí más dividida que en la zona regable que domina el canal de Orellana; comprende los pueblos de Medellín y Mengabril, y tienen influencia en ella, por ocupar parte de su término las populosas ciudades, cabezas de partido judicial, de Don Benito y Villanueva de la Serena, y las menos importantes de La Coronada y Campanario, con sus núcleos de población próximos al límite de la zona».

V.—EL DECRETO DE PLAN DE ORELLANA.

En 17 de junio de 1955 (*B. O. del E.* núm. 186, de 5 de julio) se aprueba el Plan General de la Zona regable de Orellana, en el que se da una extensión de 77.300 hectáreas, que sobrepasa en mucho a las 42.460 que el DAIN de 26 de julio de 1946 (transcrito en el hecho I) publicaba para el conjunto de esta zona y la del Zújar.

VI.—LA REFORMA DE LA LEY DE ZONAS REGABLES DE 14 DE ABRIL DE 1962.

Por Ley de este día (*B. O. del E.* núm. 91, de 16 de abril de 1962) se modificó la Ley de Zonas Regables de 21 de abril de 1949, entre otras cosas, en el sentido de agravar las limitaciones a la libre disponibilidad de las fincas desde la fecha del DAIN o de la Ley, si el primero estuviese dictado a la publicación de ésta.

También se introdujo la novedad de que el Plan de Colonización de cada zona había de redactarse dentro del año siguiente a la fecha en que fuese declarado su alto interés nacional.

VII.—EL PLAN DEL ZÚJAR.

Por Decreto de 18 de abril de 1963 (*B. O. del E.* núm. 101, de 27 de abril) se aprueba el Plan General de Colonización de la Zona Regable por el Canal del Zújar.

Esta disposición mantiene y aumenta la incertidumbre territorial y jurídica nacida en el DAIN de 1946 y acentuada cuando éste quedó sin contenido; introduce términos municipales de los que nunca se habló, y al reconocer que el canal se encuentra todavía en estudio, hace imposible la verdadera delimitación de la zona que la Ley exige bajo pena de que el Decreto caiga en vicio de sustancia.

VIII.—IRREGULARIDADES EN LA APLICACIÓN DE LOS PLAZOS PARA SOLICITAR EXCEPCIONES Y RESERVAS.

Contrariamente a los anteriores, el Plan del Zújar cuenta el plazo de sesenta días que concede para solicitar excepciones y reserva de tierras, no desde la fecha que señale el I. N. C., sino desde la de publicación del Decreto.

Al agravar la situación de los interesados, en la más elemental diligencia del Instituto estaba publicar un anuncio en los *Boletines Oficiales* de las Provincias afectadas, cuando más tarde, a los dos o tres días de aparecido el Plan y a la vez tener a disposición de los propietarios los modelos oficiales que fabrica para que en ellos viertan las solicitudes.

Pues bien, ni hubo disponible un solo impreso de solicitud, ni se publicó el anuncio hasta mes y medio después de la fecha del plazo, o sea, hasta 30 de mayo de 1963, en el que aparece el *Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz*, núm. 124.

Acta de notoriedad acreditando que no hubo impresos al al-

cance del público hasta aquellos días ha sido levantada por el Notario de Badajoz don Rafael Flores Micheo con el número 4.636 de su protocolo.

Los hechos referidos agravaron la tortura jurídica a que se encontraban sometidos los interesados, que al no saber la traza del canal que el mismo Decreto declaraba en estudio, ignoraban si tenían que pedir o no, cuánto y cómo habían de pedir y cuál era, en definitiva, la situación de sus tierras; por lo que desde entonces el tráfico en la supuesta zona ha entrado en una completa paralización jurídica y económica, en la que todavía permanece: nadie se atreve a comprar, a vender, ni a mejorar, ni a proyectar nada duradero en lo agrario.

IX.—APERTURA, EN VISTA DE ELLO, DE UN PLAZO NUEVO.

La situación se hizo tan insostenible, que el *B. O. del E.* número 166, de 12 de julio, insertó un Decreto del Ministerio de Agricultura, de 4 del mismo mes, en el que se dispuso que el plazo de sesenta días del artículo 8.º del Decreto de Plan de Zújar, que comenzó a correr en 27 de abril de 1963, y naturalmente estaba más que agotado:

«Empezará a contarse a partir de la fecha que señale la Dirección General del Instituto Nacional de Colonización, una vez obren en poder de los Ayuntamientos a que corresponden los terrenos de la mencionada zona los planos con indicación precisa de las trazas proyectadas del Canal del Zújar y de sus acequias derivadas que sirvan de límite a la zona por la margen izquierda del citado canal».

He aquí un reconocimiento terminante de la facilidad con que se pone en incertidumbre y en tensión a miles de propietarios afectados y del hecho de la indeterminación de la zona.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

I.—DOBLE CARÁCTER DE LA ARGUMENTACIÓN.

Los motivos del recurso pueden a la vez ser considerados, aunque en distinta proporción, como argumentos de fondo y de admisibilidad.

Para evitar repeticiones, cada uno de ellos se incluirá donde le corresponda, según su carácter preponderante; pero sin olvidar al desarrollarlo la otra cualidad complementaria.

Se aducirán tanto argumentos sustantivos como formales, dando la primacía a éstos, porque si bien es cierto que el principio de legalidad formal está en crisis y el control judicial de la Administración pone en primer plano las consideraciones de sustancia, no lo que es menos que dada la singularidad del recurso hay que subrayar los principios formales de legalidad y competencia que han sido quebrantados.

Mientras más poder de arbitrio concede la Ley a los redactores del Decreto de Plan, con más rigor, en compensación, están obligados a guardar las bases que la Ley establece, y con mayor rigor deben ser examinados de su intento de convertirse en legisladores modificando la misma norma de donde les nace la potestad de que podrían abusar.

Si no cumplen todos los principios sustantivos que se citarán y debían ser inviolados, que al menos los quebranten dentro de la mayor pulcritud formal, último reducto de garantía en la inquietante situación en que, por lo general, hoy se encuentra el administrado.

II.—EL DECRETO DE PLAN ES RECURRIBLE POR NATURALEZA.

El Decreto del Zújar, en cuanto Decreto, está sometido a la regla príncipe del control judicial de las disposiciones administrativas:

1.º Porque la Administración que lo dicta no sólo no es comunidad, sino que está especialmente al servicio de la comunidad misma, sometida a la necesidad de una constante justificación, y por ello es totalmente obvio que no es titular de un poder soberano.

2.º Porque nuestra Ley jurisdiccional de 1956 ha admitido en toda su amplitud el recurso directo contra las disposiciones generales.

3.º Por la amplísima y valiente orientación jurisprudencial marcada en las sentencias de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, interesantemente comentadas por García de Enterría en el número 30 de la «Revista de Administración Pública».

4.º No se trata de un acto político o de Gobierno. Lo que se intenta fiscalizar en él no es tanto su materia como eventualmente a través de ella la potestad reglamentaria de la Administración en cuanto potestad formal, cuyos límites son siempre regulados por el Derecho administrativo, y si se alegara que expresa una política gubernamental sobre un determinado sector de la ordenación agraria, se responderá del mismo modo que no hay disposición administrativa general que no esté informada de un criterio ordenador político, y de admitirse la dificultad, quedaría sin sentido el principio de la Ley de que son recurribles precisamente las disposiciones generales.

5.º Por último, el Decreto reclamado produce efecto por sí solo, sin necesidad de requerimiento a los afectados, lo que su mismo texto demuestra.

A los propietarios de la zona del Zújar no hay que hacerles ningún requerimiento ni notificación para que el Decreto actúe todas las virtualidades que contiene y los vincule de muy diversas maneras. Se les invita sólo a defenderse de la carga que el Decreto supone en la limitada medida que lo consientan las peticiones de excepción o reserva de tierras.

Tenemos, pues, que la disposición combatida no es por naturaleza irrecurrible, y precisamente por no serlo necesita que desde fuera le añadan una prohibición de recurrir, que en algún caso no impidió el recurso, como veremos, y que ha tenido que ser reitera-

da, precisamente por su inconsistencia, ya que lo que es robusto y claro para el Derecho pocas veces tiene que ser repetido.

III.—LÍMITES A LA PROHIBICIÓN DE RECURRIR.

La prohibición de recurrir que hay en la Ley de Zonas Regables concede a la Administración una formidable potestad discrecional, que, sin embargo, tiene un *límite formal* en la necesidad de no contradecir a la Ley que le sirve de fuente, de fundamento y de principio legitimador, y un *límite sustantivo* en no poder ser empleada ni contra los fines de la Ley que la legitima, ni contra la naturaleza de las cosas, ni contra ciertos principios superiores del Derecho.

1. *Sus límites formales.*

En el orden formal, la Ley de Zonas Regables establece multitud de disposiciones coactivas que los autores del Decreto están obligados a observar bajo pena de perder una autoridad y una inmunidad que sólo adquieren y conservan en tanto cuanto se acomodan a los mandatos de la norma que les sirve de base.

El omnímodo arbitrio que se les concede es tan sólo para llenar el entramado de los preceptos fundamentales de la Ley; pero no para desconocerlos o para variarlos.

El Plan o Proyecto General de Colonización tiene que contener todas y cada una de las prescripciones de los artículos 4.º y 6.º de la Ley y desarrollarse conforme a los artículos 9.º y siguientes, y entre los que merecen consideración especial el 11, sobre el tráfico jurídico en las zonas y los relativos al proyecto de parcelación a las obras y a las normas aplicables a las superficies reservas.

Claramente se comprende que un Decreto de Plan que no se atenga a lo que antecede, al separarse de la Ley de Zonas Regables se separa de la prohibición de recurrir que ésta contiene y queda abierto a unos recursos que en definitiva irían a salvarguardar la Ley misma de las agresiones del Decreto rebelde e in-subordinado a sus mandatos.

2. *Sus límites sustantivos.*

En el orden sustantivo, es una conquista unánime de la doctrina, de la jurisprudencia y del derecho de Occidente, no contentarse con el análisis puramente formal y mecánico de las competencias y construir para las potestades discrecionales un sistema de límites sustantivos que, en muy apretada síntesis, son los que siguen:

1.º En todo acto discrecional hay elementos reglados que son, por de pronto, la misma existencia de la potestad de cuyo ejercicio dimana el acto, la extensión concreta de la potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, pues de otro modo quedaría sometida a su imperio la totalidad del orden jurídico de los derechos subjetivos, y, por último, la competencia para ejercitarla.

2.º El fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, y sobre ello se monta la técnica del control de la desviación de poder.

Un Decreto de Plan que en el orden sustantivo fuera contra la finalidad de colonizar y distribuir la propiedad en las zonas regables, reservando, por ejemplo, todas las tierras a los propietarios, sería por este motivo, a pesar de la prohibición de recurrir, recurrible.

3.º El control de la realidad de hecho en que se apoya la potestad discrecional. Sobre este punto se basó la sentencia del Tribunal Supremo de 1957, de que hablaremos luego, para admitir y estimar en la zona de Guadalcacín un recurso contra el Proyecto de Parcelación, que, según la Ley, también es irrecurrible.

4.º La distinción entre discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados; sin perjuicio de lo que se llama margen de apreciación en Derecho administrativo. Reconocido este principio en la sentencia de 24 de octubre de 1959, cuando dice:

«Se ha transformado la noción del acto administrativo discrecional, pues sin perjuicio de cierta amplitud de criterio en la decisión, éste, en lo que afecta a su parte reso-

lutiva, se ha convertido en reglado, ya que no se considera válido más que cuando cumple el fin que implica la idea del bien del servicio o del interés público, pudiendo decirse que todas las veces que la legalidad u objeto del fin está determinada, no existe poder discrecional».

5.º Los principios generales del Derecho. La Administración no es un poder soberano, sobre todo, hemos de insistir, y por esta simple razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de Derecho operante, dentro de la Comunidad que se contempla, en la materia de que se trate.

a) Los de iniquidad manifiesta y de igualdad (sentencias de 20 de febrero y 6 de julio de 1959); b) de buena fe (sentencias de 23 de diciembre de 1959 y 13 de junio de 1960); c) de congruencia o de proporcionalidad de medios afines (recogidos en los artículos 40, 2, de la LPA, y 6 del Reglamento de Servicios Locales, y en la sentencia de 20 de febrero de 1959); d) el de naturaleza de las cosas; y e) los Principios del Movimiento Nacional declarados en las Leyes Fundamentales o constitucionales, son otros tantos límites sustantivos de la potestad discrecional y de la potestad reglamentaria.

Por ello, y bajo pena de caer en la negación de la misma Ley que lo declara irrecurrible, tiene que admitirse y prosperar un recurso contra un Decreto de Plan que, por ejemplo, negase en absoluto reserva a los propietarios o les reservase todas las tierras o los dividiese en categorías de capricho o hiciese imposible los excesos expropiados y el acceso a ellos de los colonos (contra a), o impusiera condiciones exorbitantes (contra b), o como ya ha sucedido, estableciese una zona de superficie tan reducida que no compensara el mínimo costo de las obras (contra c), o una zona en donde no existiese la menor posibilidad de agua (contra d), o dejara sin precisar la superficie de la zona o la extendiese más allá de lo declarado en el alto interés nacional (contra la seguridad jurídica del artículo 17 del Fuero de los Españoles).

3. *Confirmación en un caso concreto.*

Si las declaraciones de la Ley de Zonas Regables de que no se puede recurrir ni contra el Decreto de Plan ni contra los actos de aplicación que del mismo haga el Ministro, se entendieran sin límites, contra la evidencia de que toda potestad delegada, como la de nuestro caso, por exorbitante que sea, termina en algún punto, no hubiera el Supremo admitido en 1957 un recurso contra la resolución del Ministro de Agricultura aprobando el Proyecto de Parcelación de la Zona Regable de Guadalcacín, acto administrativo que la Ley de Zonas Regables declara expresamente, en su artículo 6.º, que no será susceptible de recurso alguno.

Pues bien, en 6 de diciembre de 1957 el Tribunal Supremo admitió y estimó un recurso contra la resolución del Ministro de Agricultura aprobando, el 28 de octubre de 1953, el Proyecto de Parcelación de la Zona Regable del Guadalcacín, por el motivo que mal podía haber zona regable donde no había ni obras ni agua y mientras una y otra cosa no se lograran.

He aquí un altísimo ejemplo de justicia y de derecho en el que se entiende que la prohibición de recurrir cesa cuando no se dan las presupuestos básicos para el ejercicio de la potestad discrecional que ampara, y el poder arbitrario pretende ejercerse contra la propia naturaleza de las cosas, que ha de ser uno de sus límites sustantivos.

Es cierto que, de acuerdo con lo que una pluma calificada recientemente ha llamado «de'irio de autoridad», la sentencia dió lugar a que se aprobase la Ley de 17 de julio de 1958, que, contra lo que su título indica, creemos que ni aclara ni completa la de 21 de abril de 1949.

Se limita a autorizar al Instituto para establecer zonas aunque sean sobre el papel, aunque no haya pantanos ni obras, ni se sepan cuándo van a comenzar o cuándo van a terminar; con lo que formalmente podría declararse zona regable el área urbana de Madrid; todo sería cuestión de tasar por bajo unilateralmente lo edificado, ocuparlo sin pago, como se viene haciendo por el procedimiento de urgencia (véase lo que GONZÁLEZ PÉREZ ha publicado sobre el mismo) y dejar la desolación que resultare a reserva de

que cincuenta años después se terminase un pantano y un canal en proyecto.

Pero esta Ley en nada desvirtúa el hecho de que el Supremo entendió que podía recurrirse un acuerdo del Ministerio de Agricultura, declarado irrecurrible, cuando la potestad discrecional que entrañaba iba contra la naturaleza de las cosas, límite no formal, sino sustantivo, que quizá ahora encontrara más dificultad para ser alegado; pero que deja operantes los demás límites sustantivos y desde luego los estrictamente formales sobre los que descansaría el noventa por ciento del recurso.

IV.—EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA DISPOSICIÓN FINAL 2.ª DE LA LEY DE 21 DE ABRIL DE 1949, IDÉNTICA EN SU TEXTO DE 1962, Y EL ARTÍCULO 1.º DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1958.

1. *Superficie de la zona.*

Según el Decreto del Plan, la superficie de la zona es de 29.075 hectáreas, distribuidas en dos subzonas: La A, que era la que primitivamente se computaba como tal y a la que se dan 16.150 hectáreas, mucho más de la cifra que concretó en 1951 la Presidencia del Gobierno, y eran 11.500 hectáreas; y la B, o subzona de aplicación, con 12.925 hectáreas. Del texto del Decreto se desprende que la subzona A se la considera amparada por el DAIN de 1946, y la subzona B, como no incluida en el mismo, se legitima mediante la supuesta ampliación de declaración de interés nacional de que habla el artículo 1.º y que comentaremos luego.

2. *Caracteres fundamentales del DAIN.*

La declaración de alto interés nacional de una zona o Decreto de alto interés nacional, que se recuerda mencionamos siempre bajo la sigla DAIN, tiene las siguientes características:

a) Es una pieza básica de todas las Leyes fundamentales de Colonización de grandes zonas, sin la que no cabe establecer ninguna zona regable;

b) Postula un tiempo intermedio entre su aparición y la publicación del Decreto de Plan;

c) Coarta la libertad dispositiva de los propietarios para que éstos no la usen en fraude de los fines colonizadores, acrecentando sus expectativas de reserva y disminuyendo correlativamente el exceso distribuible a los colonos; y

d) Sirve a la seguridad jurídica de circunscribir de antemano el polígono que en su día va a ser zona regable, a fin de que en el fluir del Derecho haya certeza de lo que queda en él comprendido como de lo que por contradicción queda de él excluido, y los destinatarios de la norma sepan, pues, a qué atenerse y no puedan invocar ni sorpresa, ni incertidumbre, ni desconocimiento.

De todo ello se infiere la trascendencia que el DAIN tiene como pieza, sin la que no nace a la vida del Derecho la calificación de zona regable ni ninguna de sus consecuencias.

3. *Su reconocimiento en la Ley.*

Así lo reconoce la Ley de 1949, cuando en la disposición final 2.ª dice:

«Siempre que en esta Ley se alude simplemente a «Zonas reglables», se entiende hecha la referencia a aquellas cuya colonización está declarada o se declare de alto interés nacional, conforme a la base 1.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1939 y tengan aprobado el Plan correspondiente en virtud del Decreto a que se refiere el artículo 6.º de la presente Ley».

Pero más significativo es el hecho de que cuando la Ley de 1958 pretende dar libertad al Instituto para que monte administrativamente zonas con independencia de su contenido real y sin esperar a que ésta exista, puesta en trance de reducir cuantas trabas se opongan a su fin, continúa, sin embargo, requiriendo, como imposible de eliminar, la declaración de alto interés nacional:

«La calificación de "zona regable", tal y como ésta se define en el artículo 1.º y disposición final 2.ª de la Ley de

21 de abril de 1949, a todos los efectos de aplicación de dicha Ley, sólo exige que su colonización esté declarada de alto interés nacional y se haya aprobado por Decreto el Plan a que se refiere el artículo 6.º de la citada Ley».

Es evidente, por tanto, que sin DAIN no puede haber zona regable; sin zona regable no hay aplicación de la Ley de Zonas, y sin aplicación de la Ley de Zonas no puede invocarse la prohibición de recurrir que la misma contiene.

4. *El DAIN de 1946 estaba agotado.*

Según se relata en el hecho V y queda probado con la publicidad propia de las disposiciones que consideramos *sub specie facti*, el Decreto de 17 de junio de 1955 para la Zona de Orellana no sólo agotaba la declaración de alto interés nacional contenida en la letra c) del DAIN de 1946, sino que la sobrepasaba con creces, y desde entonces no quedaba del DAIN de 1946 nada en que pudiese basarse la futura zona del Zújar.

Inexplicablemente, los afectados por la zona de Orellana no recurrieron contra tan abusiva extralimitación de poder, contra el hecho de que el Decreto de Orellana cuando menos en 34.840 hectáreas (diferencia entre las 42.460 hectáreas, totalidad del DAIN, y las 77.300 hectáreas que aparecían en el Decreto), iba contra la misma Ley de Zonas Regables y significaba que la Administración, no contenta con el formidable poder discrecional que en este punto la Ley concede, se salía de las bases regladas que la Ley establece para que lo ejerza.

5. *Nadie puede ampliar lo que no existe.*

Según dicen la metafísica y la lógica, con evidencias que no necesitan desarrollo demostrativo.

Así lo reconoce el mismo Ministerio de Agricultura, que al dictar en 8 de febrero de 1957 (*B. O. del E. del 27*), las zonas de ampliación de los canales de Montijo y de Lobón, como quiera que éstas tuviesen agotados sus DAIN de 1940 (*B. O. del E. núm. 345, de 10 de diciembre*) y de 1946 (*B. O. del E. núm. 229, de 17 de agosto*),

no se le ocurrió ampliar unas declaraciones que ya no existían para que la ampliación surtiese efecto desde la fecha de lo ampliado, sino que emitió declaraciones nuevas únicamente virtuales desde su nueva fecha.

Y la anterior consideración aún vale más para los términos municipales que el Decreto del Zújar afecta y que nunca aparecieron afectados en el DAIN de 1946, como son Castuera, Campanario, La Coronada, Mengabril y Valdetorres, sin que contra ello se pueda aceptar la solución paternalista y funcionarista de que la Orden aprobatoria del proyecto rectifique las deficiencias del Decreto de Plan, como ocurrió con la de Orellana, que en su consideración 4.^a dice así:

«Que en determinadas donaciones efectuadas concurre además la especialísima circunstancia de referirse a fincas enclavadas en términos municipales no mencionados en el Decreto de 26 de julio de 1946, por lo que se declaró el alto interés nacional de la zona regable de que se trata, y que sólo posteriormente se incluyeron en la misma, al hacerse su delimitación definitiva por el Decreto de 17 de junio de 1955, tratándose, en consecuencia, de transmisiones que en la fecha en que tuvieron lugar no estaban sujetas a restricciones legal alguna, siendo obligado, por tanto, reconocerles la plenitud de sus efectos».

(Orden de la Dirección General de Colonización de 22 de julio de 1958; *B. O. del E.* núm. 176, de 5 de agosto siguiente).

6. *En la subzona A no hay, pues, zona regable.*

El Decreto del Zújar mal puede ampliar un DAIN que no existe, y por tanto, cuando menos y de cierto en cuanto a la subzona A pretende crearla sin declaración de alto interés nacional, y no lo consigue porque según las Leyes de Zonas, sin tal declaración no nace ninguna zona regable.

V.—EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE ZONAS REGABLES, TANTO EN SU VERSIÓN DE 1949 COMO EN LA DEFINITIVA DE 1962.

1. *Texto legal.*

La norma que defendemos, en la primera parte de su párrafo tercero dice así:

«Tendrán idéntico carácter de "tierras en exceso", no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las fincas que sin obtener del Instituto Nacional de Colonización el correspondiente permiso, hubieran sido enajenadas después de declarado el alto interés nacional de la colonización de la zona, o con posterioridad a la publicación de esta Ley si ya se hubiese hecho esa declaración...».

2. *Si la subzona A tiene DAIN, su fecha es la del Plan.*

Si benévolamente se admite, el Decreto del Zújar, al ampliar un DAIN inexistente «a la total superficie que se delimita» (que no se delimita, como luego veremos), lo que verdaderamente hace es darle entonces, y no antes, la declaración de alto interés nacional de que carecía la subzona A, porque no podía apoyarse en un DAIN agotado, resulta entonces para esta subzona que la fecha del DAIN es la misma fecha del Plan, o sea, 27 de abril de 1963.

3. *El Decreto del Zújar retrotrae al DAIN a muy antes de su fecha.*

Su artículo 9 declara, entre otras, tierras en exceso a las en condiciones que de momento no interesan,

«enajenadas en la subzona A, sin autorización del Instituto Nacional de Colonización, con posterioridad al 22 de abril de 1949, fecha de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley de Zonas Regables».

Al retrotraer a este día una situación que, según las Leyes fundamentales, no puede iniciarse sino en la fecha del DAIN, que, como hemos visto en el número anterior, es la del Decreto, o sea, la de 27 de abril de 1963, va contra la norma sustantiva e incide en vicio de nulidad.

VI.—EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3.^a DE LA LEY DE 14 DE ABRIL DE 1962.

1. *Agravación de prohibiciones en la Ley del 62.*

Cuando por primera vez la Ley de 21 de abril de 1949 determina el contenido de limitaciones que el DAIN impone a la propiedad privada, lo hace por la vía indirecta de sancionar determinado número de actos de tráfico entre vivos, con el castigo de que al beneficiario se le declararía la tierra toda en exceso expropiable y no podría reservarse ninguna parte de ella; procedimiento indirecto que se continúa en la nueva versión del artículo 11 de la Ley de 14 de abril de 1962, pero que se modifica en cuanto al número y clase de los casos prohibidos con un rigor gravemente acentuado:

a) *En la Ley del 49:*

«Tendrán idéntico carácter de "tierras en exceso", no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las fincas que, sin obtener del Instituto Nacional de Colonización el correspondiente permiso, hubieren sido enajenadas después de declarado el alto interés nacional de la colonización de la zona o con posterioridad a la publicación de esta Ley, si ya se hubiere hecho esa declaración, siempre que, además, la transmisión implique una parcelación o división del inmueble».

b) *En la Ley del 62:*

«Tendrán idéntico carácter de "tierras en exceso", no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, las fincas que.

sin obtener del Instituto Nacional de Colonización el correspondiente permiso, hubieran sido enajenadas después de declarado el alto interés nacional de la colonización de la zona, o con posterioridad a la publicación de esta Ley, si ya se hubiese hecho esa declaración, siempre que, además, se dé alguno de los supuestos siguientes: a) que la transmisión implique una parcelación o división del inmueble o tenga por objeto porciones indivisas del mismo, cualquiera que sea la consideración del adquirente y el título por el cual se realice la transmisión; b) que al propietario enajenante pertenezcan otra u otras fincas no exceptuadas, sitas en la misma zona reglable; c) que la transmisión se haya realizado en favor de Sociedades u otras personas jurídicas».

2. *Irretroactividad de esta agravación.*

Sin embargo, la propia Ley modificadora se cuida de quitar expresamente cualquier efecto retroactivo a la anterior agravación, y en su disposición transitoria 3.ª literalmente dice:

«Los preceptos contenidos en el último párrafo del artículo 11, modificado, y en las disposiciones finales 3.ª y 4.ª, modificadas, serán aplicables a las zonas regables declaradas de alto interés nacional que no tuviesen aprobados los correspondientes planes de colonización, debiendo entenderse que la fecha de declaración de interés nacional a que hacen referencia aquellos preceptos quedará sustituida por la de promulgación de la presente Ley».

3. *Infracción de la misma por el Decreto del Zújar.*

Pues bien, contra estos textos legales básicos se alza el Plan del Zújar, y en la letra d) de su artículo 9.º dice literalmente que tendrán la consideración de «tierras en exceso»:

«Las enajenaciones en la subzona A sin autorización del Instituto Nacional de Colonización con posterioridad al 22 de abril de 1949, fecha de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la Ley de Zonas Regables, y las que fuesen

enajenadas en la subzona B sin dicha autorización, después de la promulgación del presente Decreto, siempre que, además, se dé alguno de los supuestos siguientes:

Primero. Que la transmisión implique una parcelación o división del inmueble o tenga por objeto porciones indivisas del mismo, cualquiera que sea la condición del adquirente y el título por el cual se realice la transmisión.

Segundo. Que al propietario enajenante pertenezca otra u otras fincas no exceptuadas en la misma zona regable.

Tercero. Que la transmisión se haya realizado en favor de Sociedades u otras personas jurídicas».

4. *Consecuencia.*

Cuando más, se debería haber dicho que en la subzona A, para las enajenaciones entre 21 de abril de 1949 y 14 de abril de 1962, se aplicaría el texto de la Ley del año 1949, mucho más suave que el actual, y para las enajenaciones desde 16 de abril de 1962 hasta la fecha del Plan, del texto más riguroso y vigente del artículo 11 de la Ley de 1962.

Al no hacer esta distinción, el Decreto atenta contra la misma Ley que le sirve de base, lo legitima y lo dota de una prohibición de recurrir que queda sin fundamento.

VII.—EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA LA PROPOSICIÓN PRIMERA DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE 1949, TANTO EN SU VERSIÓN PRIMITIVA COMO EN LA DE 1962.

1. Dispone la Ley que «tendrán el carácter de tierras en exceso las adquiridas por actos *inter vivos* con posterioridad a la fecha del Plan», sin hacer ninguna clase de distinciones en cuanto a este supuesto.

2. De donde, cuando el artículo 9.º del Decreto del Zújar, que acaba de transcribirse en el epígrafe anterior, olvida lo que inmediatamente hemos copiado en cuanto a la subzona A, viola por inaplicación la norma a que nos hemos referido.

3. Pero más gravemente la viola, infringiéndola, cuando dispone que en la subzona B sean tierras en exceso las que se enajenen después de la fecha del Plan, pero sólo en los supuestos que cita. Al reducir el ámbito de aplicación del artículo 11 a estos supuestos, lo contradice gravemente, aunque esta vez sea en beneficio de los propietarios.

VIII.—RECAPITULACIÓN.

Los vicios formales que acaban de denunciarse constituyen un sistema de infracciones de Ley que realiza el DAIN, y pueden recapitularse así:

O no hay DAIN en la subzona A, que sin él, por tanto, no existe (capítulo IV), o si lo hay, tiene tan solo la fecha del Plan, sin que pueda retrotraerse a la de la Ley del 49 (capítulo V). Aun indebidamente retrotrayéndolo, habría que distinguir los dos periodos tan diferentes de sanciones y prohibiciones que significan las vigencias sucesivas de las Leyes del 49 y del 62 (capítulo VI). Quebranta la Ley concediendo a los interesados para después del Plan una libertad de tráfico que la Ley no autoriza (capítulo VII).

IX.—EL DECRETO DE PLAN DE LA ZONA DEL ZÚJAR VIOLA EN SU INTEGRIDAD EL ARTÍCULO 4.º DE LA LEY DE ZONAS REGABLES DE 21 DE ABRIL DE 1949, Y MUY PARTICULARMENTE EL APARTADO A) DE DICHO PRECEPTO.

1. *Necesidad de delimitar exactamente la zona.*

El artículo 4.º de la Ley sustrae al arbitrio discrecional de los redactores del Plan lo que pudiéramos llamar la osatura del mismo, constituida por los grandes temas que se encierran entre las letras a) y j) del precepto.

Les concede una gran libertad para llenarlos, salvo en las menciones coactivas y terminantes que en el dicho temario ya se encuentran.

leyendo el precepto aparece en seguida patente que la exigencia príncipe es la exacta limitación de la zona mediante linderos concretos y definidos, pues de ella dependen todas las demás mag-

nitudes del artículo que comentamos: la estimación de la superficie como cifra real y no como hipótesis de trabajo, la división de los sectores (letras *b* y *c*), el número, superficie y características de las unidades (letra *d*); la unidad tipo (letra *e*); el cálculo de las obras necesarias (letra *f*); el número y situación de los nuevos pueblos (letra *g*); el número de familias a colocar (letra *j*), y, por último, la concreción del conjunto de tierras que, entre otras graves limitaciones, quedarán expuestas a expropiaciones por precios frecuentemente simbólicos, unilateralmente fijados y liberados del control de los Jueces (artículos 5.º, 6.º y 17).

No hay, pues, que subrayar más la importancia de que tanto el Plan como el Decreto que lo aprueba cumplan la norma de delimitar exactamente la zona, so pena de incurrir, como en nuestro caso, en una grave violación de la Ley y quedar viciados de raíz y en su totalidad el uno y el otro.

2. *Necesidad de que esta delimitación la publique el Decreto.*

Si se cumple el requisito de delimitar exactamente una zona y después el resultado de esta tarea no se publica en el texto del Decreto aprobatorio del Plan, sin el que el Plan mismo no nace a la vida jurídica ni adquiere la publicidad indispensable para la eficacia de tal tipo de disposiciones administrativas, la situación sería exactamente igual que si no se hubiese cumplido:

a) No tendría sentido que publicándose en el Decreto las magnitudes subordinadas que se encierran en las letras *b*) y siguientes del artículo, no se publicara la magnitud base de que dependen.

b) Omitida la publicación de la fijación de límites se provocaría: primero, la inseguridad jurídica formidable no de saberse cuál era el ámbito territorial de la nueva normativa agraria, cuya agresividad, penetración y trascendencia es de todos conocida.

c) No habría certeza de que el Consejo de Ministros hubiese aprobado los límites y en definitiva éstos quedarían al arbitrio no del más alto órgano administrativo de España, sino de cualquier funcionario encargado de aplicar el Plan, como de hecho ha sucedido ya en otras zonas.

Puede admitirse que se sostenga que no hay recurso jurisdiccional contra una delimitación de la zona: primero, realizada con el detalle que el caso exige; segundo, aprobada en Consejo de Ministros; y tercero, publicada en el Decreto; pero lo que no puede admitirse es la prohibición de recurrir frente a un Decreto de Plan que no delimitase, porque equivaldría a la prohibición de recurrir contra los actos singulares de fijación del límite omitido que hiciera cualquier Ingeniero encargado de concretar a última hora lo que en principio y contra Ley no se concretó.

El destino jurídico de veintitantas mil hectáreas no puede quedar, en cuanto a su localización y línea perimetral, al arbitrio de un conjunto de técnicos, por muy respetable que sea.

3. *La zona del Zújar no está delimitada.*

a) En el artículo 1.º del Decreto se dice que la zona se delimita, de una parte, por los terrenos comprendidos entre el canal del Zújar y ríos Zújar, Guadiana y Matachel, y de otra, por los situados en la margen izquierda del canal del Zújar y comprendidos entre el mismo y las acequias derivadas.

b) Pero en el mismo Decreto, poco más allá (líneas 21 y siguientes de la página 7.050 del *Boletín Oficial del Estado*) se reconoce paralelamente que todavía no se encuentran en estudio el canal del Zújar y los canales secundarios derivados del mismo, por lo que no han cristalizado ni siquiera en proyecto, ni mucho menos en ejecución, y de ellos no hay la menor traza en el terreno.

c) Frente a ello de nada sirve que en unos planos de escala 1 : 50.000 se haya escogido una curva de nivel para considerarla, como hipótesis de trabajo, la traza teórica del canal, o se hayan dado unas cifras convencionales de superficies que no coincide con el DAIN primitivo, ni coincidirán en su día, como viene siendo costumbre en las zonas, con las que traiga el Plan coordinado de obras.

d) El Director General de Colonización, en el informe que eleva al Ministerio, reconoce la indefinición de la zona.

e) A este reconocimiento se suma el que realiza el Consejo de

Ministros en pleno al aprobar el Decreto de 4 de julio de 1963, inserto en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 166, del día 12 siguiente, de cuya Exposición de Motivos resulta que la Administración no había cumplido en aquella fecha ni, añadimos nosotros, ha cumplido todavía, ni, seguimos añadiendo, vale ya para nada el que lo cumpla, el requisito básico de delimitar las tierras afectadas, y en cuya parte dispositiva se dispone que el plazo para presentar solicitudes de excepciones y reservas

«empezará a contarse a partir de la fecha que señale la Dirección General del Instituto Nacional de Colonización, una vez obren en poder de los Ayuntamientos a que corresponden los terrenos de la mencionada zona los planos, con indicación precisa de las trazas proyectadas del canal del Zújar y de sus acequias derivadas que sirven de límite a la zona por la margen izquierda del citado canal».

f) De donde la parte dispositiva del Decreto, que es la que cuenta, reconoce que cuando menos el Plan no público y todavía no se han publicado ni

«las trazas proyectadas del canal del Zújar»

ni las de

«sus acequias derivadas... por la margen izquierda».

Las acequias derivadas de la margen derecha no interesan, porque quedan comprendidas dentro de la envolvente del canal.

g) La realidad es que no se han publicado porque aún no se han definido. Están en estudio, como el mismo Decreto de Plan confiesa.

h) Ahora bien, la práctica de publicar Planes de zonas antes de que termine el estudio de los elementos básicos de la zona misma, al Tribunal Supremo ha de corresponder el honor de cortarla, salvaguardando así a la Ley de Zonas Regables.

X.—SÍNTESIS Y PERFILES DE TODAS LAS VIOLACIONES FORMALES DENUNCIADAS.

1. *Síntesis.*

Son más que cumplidamente bastantes, se insiste, para justificar la admisión y estimación del presente recurso si el Alto Tribunal quiere circunscribirse estrictamente al examen de la legalidad formal y estima oportuno no entrar en los motivos sustantivos que van ahora a articularse; pero cuando menos ellos, con su gravedad, servirán de argumento moral incuestionable para fundamentar el rigor con que se exija a los redactores del Plan que respeten y acaten las bases de la Ley, fuera de la cual no pueden pretender autoridad ni inmunidad jurisdiccional alguna.

Hemos visto las grandes infracciones legales en cuanto a la necesidad del DAIN (capítulo IV), su fecha (capítulo V) y sus efectos (capítulos VI y VII), y acabamos de examinar (capítulo IX) un vicio todavía mayor y de raíz que abarca íntegramente la totalidad del Decreto y es no haberse delimitado la zona.

2. *Perfil formal.*

a) El artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado dice:

«Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior».

En el 26 del mismo texto legal se lee:

«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes».

Y en el 28:

«Serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores».

El mismo artículo 23 citado dice que el Decreto es la primera de las disposiciones administrativas de carácter general.

Las normas citadas establecen tanto el principio de jerarquía de poderes como el de jerarquía administrativa, punto fundamental en un Estado de Derecho.

b) Al concepto amplio de acto administrativo, que comprende tanto las disposiciones administrativas como los actos en sentido estricto, se refiere el número 2 del artículo 40 de la Ley General de Procedimiento de 17 de julio de 1958, cuando dice que «el contenido de los actos se ajustarán a lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico»; por lo que el contenido del Decreto de Plan ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Zonas.

c) De donde si vivimos verdaderamente en un Estado de Derecho, el Decreto de Plan de la Zona del Zújar ha de declararse radicalmente nulo, por contradecir a la Ley de Zonas Regables en todos los puntos ya estudiados.

3. *Perfil sustantivo.*

a) Las infracciones de Ley que se acusan no por su preponderancia formal dejan de tener la significación sustantiva de un atentado a nuestro principio constitucional de seguridad jurídica recogido en el artículo 17 del Fuero de los Españoles:

«Los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán, arbitrariamente, ser interpretadas ni alteradas».

b) A este precepto, que en su segunda proposición encierra a la vez el principio de interdicción a la arbitrariedad, se atenta gravemente con todo lo que ha sido denunciado, y en especial con el dato de que los redactores del Decreto del Zújar dejen el perímetro de la zona en estado de fluidez y no contentos con el poder arbitrario que dentro de él les concede la Ley, quieren arrogarse el más arbitrario poder todavía de no verse comprometidos de antemano por una línea territorial y poderla variar a su arbitrio.

c) Desde 1949, fecha en que por la publicación de la Ley el DAIN de 1946 se revistió de agresividad jurídica, hasta 1963, en que se dicta el Plan, todas las comarcas entre el Zújar y el Guadiana han vivido:

— Sin saber por el Decreto del 46 cuál era la traza del canal que con el río delimitaría la zona.

— Sin saber, en cuanto a muchas fincas, si quedarían dentro o fuera de ella; si los Ingenieros, con su arbitrio supremo, las declararían exceptuadas o no, regables o no regables.

— Sin saber dónde radicarán los nuevos pue'blos; por dónde pasarán las grandes obras.

— Sin saber qué se reservaría a los propietarios, si 20 hectáreas por hijo, como ha sucedido en la orilla opuesta del río, o nada.

— Sin saber cómo se tasarían las tierras: con la generosidad del Plan del Bierzo o con la tradicional cicatería que ha llevado en nuestro caso a ofrecer por una hectárea de uva lo que aproximadamente produce en el año.

— Sin saber en qué fecha aparecería el Plan: si a los dos meses del DAIN o a los diecisiete años, como ha sucedido

d) Y desde 1963, en que el Plan aparece, continúan en la misma incertidumbre jurídica, con la agravante, además, de que entre otras contradicciones, el Plan pretende afectar términos municipales no comprendidas en el DAIN, y el I. N. C. se dispone a formular el proyecto de parcelación y llevarlo a cabo, aunque la presa no esté terminada, el canal ni comenzado siquiera y el agua tarde, como tardará, una decena de años en llegar a muchos sectores.

Un propietario, con carácter de símbolo, relata así el daño: «Quería transformar en regadío, pero ¿y si el Plan lo dictasen antes de ultimarse el proyecto y perdía el dinero y el esfuerzo invertidos en el mismo? ¿Y si el Plan me negaba para mí y mis hijos una reserva decorosa que justificase el esfuerzo? ¿Y si parte del regadío me lo declaraban no exceptuado y me lo expropiaban según los precios irrisorios de los que hay larga procesión en los *Boletines Oficiales*? ¿Cómo gasto doce millones en un regadío para que luego un Perito diga que no debe ser exceptuado de la expropiación y quede tal cosa como sentencia suprema a través de

la prohibición de recurrir al proyecto de parcelación? ¿Cómo edificar, mejorar, proyectar en definitiva para un futuro que no se sabe si durará meses o años y que puede traer para mi pequeña parte, dice otro, el que la absorba el solar de uno de los nuevos pueblos?» Y continúa el grande: «Para la transformación necesito doce millones; el Banco Hipotecario no me los da porque subestima mi finca, según corresponde por su inclusión en el DAIN, por su amenaza de expropiación y por las bajísimas indemnizaciones expropiatorias que obtendría. ¿De dónde, pues, consigo el dinero?»

Ninguna de estas cosas sucedería si los DAIN o, cuando menos, los Decretos del Plan, publicasen con ellos el proyecto detallado de la zona, en canales, redes, caminos, pueblos e instalaciones y se vinculasen al proyecto y plano presentados; pero si se hiciese así, no podría haber el impresionante despliegue de DAIN y Planes que hay en el *Boletín Oficial*.

XI.—VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ESTABLECIMIENTO DE LOS LÍMITES MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE LAS INDEMNIZACIONES.

1. *Indicaciones previas.*

a) No tratamos ahora de calificar si los límites máximos y mínimos de las indemnizaciones que para la zona del Zújar fija el Decreto del Plan se adecúan al valor real de las fincas, se ajustan a las tierras, es decir, son justos, porque lo justo es aquello que se ajusta, encaja, conviene a la singularidad del caso que trata de regular.

Sabemos que son injustos; pero este tema conduciría a invocar el principio de iniquidad manifiesta como límite del poder arbitrario y a la alegación del artículo constitucional del Fuero de los Españoles, que prohíbe confiscar la propiedad, a lo que equivale pagarla muy por bajo de su valor, fuera de cuya igualdad la palabra indemnización carece de sentido.

b) Tampoco se trata de comparar la escala de precios del Zújar con otras de tiempos y Planes anteriores en cualquier clase que sean, porque las grandes oscilaciones de la coyuntura real y

monetaria en el mundo entero, que no en España solamente, harían inviable el procedimiento e inadmisibile el resultado.

c) Y no la comparamos, en principio, con la escala de cualquier otro Plan de la misma o parecida fecha, porque las razones dadas para el Zújar valdrían también para ésta, y una comparación positiva resultaría inconsistente, por desconocimiento de lo que fueren los dos extremos de la misma.

d) Ahora bien, hemos hablado de comparaciones positivas y de desconocimiento de lo que es; pero queda rigurosamente a salvo una comparación negativa, basada en un conocimiento de lo que no es, de lo que es evidente que no puede ser, aunque no podamos acertar o no podamos investigar qué es lo que sea.

En el desenvolvimiento lógico de todos los días hay infinidad de situaciones de este tipo, en las que se tiene la evidencia de que una cosa no puede ser como se predica, aunque de momento no entremos en cómo debe ser o no sepamos cómo realmente sea.

e) Este es el caso de los precios máximos y mínimos del Zújar, puestos en relación con la escala de precios que para el Plan del Bierzo se inserta en el mismo *Boletín Oficial* en que el Decreto del Zújar aparece.

De los montes del Bierzo y de las Vegas del Guadiana es notoria y sobradamente conocido lo bastante para afirmar que la relación de proporcionalidad que se da entre las dos escalas «no es la justa», sin entrar en cuál debe ser, y que por ello se atenta contra el principio de igualdad de que luego hablaremos.

2. *Comparación de escalas entre el Bierzo y el Zújar.*

He aquí el cuadro:

CLASES DE TIERRA	VALORACIONES	
	Zújar	Bierzo
1.—Labor primera	Máx. 21.000 Mín. 18.000	Máx. 60.000 Mín. 50.000
2.—Labor segunda	Máx. 18.000 Mín. 12.000	Máx. 45.000 Mín. 35.000
3.—Labor tercera	Máx. 10.000 Mín. 7.000	Máx. 35.000 Mín. 25.000
4.—Labor cuarta	Máx. 7.000 Mín. 6.000	Máx. 25.000 Mín. 10.000
5.—Prados secano	— —	Máx. 110.000 Mín. 30.000
6.—Viñedos	Máx. 34.000 Mín. 7.000	Máx. 120.000 Mín. 30.000
7.—Montes	— —	Máx. 32.000 Mín. 6.000
8.—Sotos y alamedas (1)	Máx. 21.000 Mín. 8.000	Máx. 48.000 Mín. 35.000
9.—Huertas	— —	Máx. 325.000 Mín. 175.000
10.—Regadío	Máx. 39.000 Mín. 16.000	Máx. 215.000 Mín. 120.000
11.—Prados en regadío	— —	Máx. 225.000 Mín. 130.000

(1) Sólo eucaliptos.

3. *Comentario e historia.*

a) El Tribunal Supremo, que admitió los hechos notorios en la sentencia de 6 de julio de 1959, puede, en palabras de esta resolución judicial, considerar «sobrada y notoriamente conocida» la superioridad de valor de las tierras del Guadiana sobre las del Bierzo, y rechazar que el arbitrio del Plan del Zújar quebrante el límite de la igualdad valorando mucho más lo que vale menos, en sentido inverso al que correspondía.

¿La tierra de labor del Bierzo puede valer tres veces más que las del Zújar, cuando el Decreto del Bierzo exige a aquélla sólo el 75 por 100 de la productividad que el Decreto del Zújar exige a ésta?

¿Los prados y los viñedos en los montes de León, tres veces más que la uva de mesa que desde Guareña se exporta a Alemania?

¿En el Bierzo hay huertas que pueden tasarse a 325.000 pesetas, y en el Guadiana no hay ninguna, sino regadíos que no pasen de 39.000 pesetas?

¿Los regadíos y prados en regadío de los montes del Bierzo, 215.000 pesetas, y los de las vegas del Guadiana, 59.000 tan solo?

b) Arbitrariedad y desigualdad tan hirientes provocaron que no sólo el periódico local, sino dos grandes nacionales («ABC» del 9 de mayo y «YA» del 11 de julio) recogieron cartas sobre el caso, a las que nos consta que el I. N. C. prometió responder por la misma vía, sin que lo haya hecho, porque hay cosas que no tienen respuesta posible.

Y cuando las dan, aunque oficiosamente, es mejor que no lo hicieran, porque se ha dicho, aunque esto sea imposible probarlo, que los ínfimos precios del regadío en el Zújar se han puesto para impedir que los titulares los ofrezcan a la potestad expropiatoria, vista la crisis de las zonas en el Guadiana, del que se han ocupado el periódico «YA» y la revista «S. P.», en este año («YA» de 31 de mayo y «S. P.» de 1 de igual mes, pág. 209), y que los altos precios de ciertas categorías de tierras en León es ¡porque se han considerado casi urbanas!

4. *Conclusión.*

La desigualdad que se denuncia inevitablemente nace de que las valoraciones se hacen sin un estudio objetivo, y lo que no se ancla en la inconvencible realidad está intensamente variando, según de donde sople el viento del arbitrio.

Nosotros aquí en manera alguna impugnamos ni el sistema de valoración en las zonas regables, que, como inserto en la Ley, emanación formal del único poder soberano, escapa al control de los Jueces, ni siquiera la formidable potestad discrecional que dicho sistema concede para fijarlos; pero si el resultado obtenido, porque traspasa el límite que a cualquier poder discrecional opone el principio de igualdad o de interdicción de la arbitrariedad, al que antes nos hemos referido, y que recogen y amparan además del artículo 17 del Fuero de los Españoles, las formidables sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, comentadas en su trabajo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria* por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, quien dice:

«Las declaraciones que se hacen en ambas sentencias sobre la tergiversación de los hechos, la ruptura de la congruencia o proporcionalidad y el atentado a la igualdad como vicios de fondo de los actos discrecionales, cuenta, sin duda, entre las más netas y categóricas de toda nuestra jurisprudencia. Tienen, además, un especial valor para evitar la falsa impresión que podría obtenerse del artículo 83, 2, de la Ley de la Contencioso, en el sentido de que el único vicio apreciable en cuanto al ejercicio de la discrecionalidad fuese la desviación de poder».

XII.—VIOLACIÓN TAMBIÉN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y, ADEMÁS, DEL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL SEÑALAMIENTO DE LOS PORCENTAJES DE RESERVA.

1. *Declaración de principio.*

Nuevamente se insiste en la idea central de que la libertad que la Ley concede a los redactores del Plan para fijar las reservas

como cualquiera otra de las potestades arbitrarias semejantes, ni se impugnan en sí ni en su ampliación, mientras ésta no sobrepasa los cauces que le señala la misma Ley que la origina o los límites sustantivos de que tantas veces se ha hecho mención en el curso de este escrito.

Una reserva simbólica de una hectárea para cada propietario iría contra el principio de no desconocer la propiedad privada, sino de armonizarla con las necesidades colonizadoras que informa todo el espíritu de la Ley y está expresamente recogido en su artículo 10.

Una reserva que concediese a los propietarios absolutamente todas las tierras sin que resultara exceso ninguno distribuible entre colonos, iría contra el fin para el que la Ley fué creada.

¿Qué duda cabe de que en ambos casos, y por mucha pulcritud formal que guardase, se podría impugnar el Decreto del Plan, a pesar de la prohibición de recurrir, que, de otro modo, se convertiría en patente de corso para ir contra la Ley misma o contra los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico?

2. Atentado al principio de igualdad.

Pues del mismo modo, la admisibilidad a la vez que la estimación del recurso se justifican en el triple hecho que sigue:

a) Los porcentajes de reserva que aparecen en el Plan del Zújar (margen izquierda del Guadiana) son inferiores a los que se señalaron en la zona gemela y colindante de Orellana (margen derecha del río).

b) Para agravar la reducción de las reservas se ponen en relación (siguiendo, eso sí, una costumbre que no por antigua deja de ser ilícita), con las que los interesados hayan podido obtener en las demás zonas del río; consiguiendo un procedimiento indirecto, pero eficaz, para todavía más disminuirlas, que no está autorizado por la Ley y va contra la naturaleza que ésta da a las zonas al considerarlas siempre como entidades autónomas, según la autonomía de cada canal, y al confirmar este criterio con las excepciones de las verdaderas zonas de ampliación, que son las que extienden un canal ya preexistente a tierras colindantes, como ha sucedido en las propias ampliaciones de Lobón y Montijo.

c) Contra lo que había sucedido no sólo en la zona de Orellana sino en todas las demás del río, se suprime el coeficiente complementario por hijos, en virtud del que cuando de la aplicación de las normas de reserva resultaba una superficie inferior al número de hijos del reservatario, multiplicado por 20 hectáreas, se añadía a la reserva básica obtenida lo que faltase para completar cifra.

El Plan del Zújar no admite este coeficiente de corrección, ni siquiera con un multiplicador más modesto que el de los anteriores, y producirá casos tan atrozmente injustos como éste:

Dos hermanos que en la partición igualitaria del padre recibieron cada uno una finca de 50 hectáreas, ambas colindantes.

El menor, cultivador directo y personal de uva de mesa de Guareña, con sus cinco hijos, recibirá, si no se pone remedio a tal disparate, 10 hectáreas, las mismas que conservará el mayor, que permanece soltero.

d) He aquí un triple atentado contra el principio de igualdad reconocido como límite sustantivo de las potestades discrecionales en la tantas veces citada sentencia de 6 de julio de 1959.

3. *Atentado contra el principio sustantivo de protección a la familia, recogido en el artículo 22 del Fuero de los Españoles, 12 del Fuero del Trabajo y en los principios programativos del Movimiento.*

Al suprimir el coeficiente complementario por hijos quebranta la anterior base constitucional, desarrollada y efectivamente aplicada en multitud de Leyes relativas a la seguridad social, plus familiar, premios de natalidad, tributación, vivienda, enseñanza y transportes.

El Estado, de tal manera, se contradice gravemente a sí mismo; pero además se da en el caso una contradicción interna.

4. *Contradicción interna del Decreto.*

Los redactores del Plan reducen indirectamente las reservas del Zújar, poniéndolas en relación con las de Orellana, por considerar que existe una íntima unidad entre ambas zonas.

Pues bien, si admiten esta unidad, tienen que aceptarla no

sólo en lo anterior que las favorece, sino en lo que les contraria, y conceder a Zújar los mismos porcentajes básicos de reserva que a Orellana, o cuando menos, el coeficiente complementario por hijos que allí se concedió.

Procediendo como lo hacen, incurren en una contradicción insoslayable y atentan contra el principio ético de indivisibilidad de las actuaciones y de los criterios, que han de adoptarse y mantenerse tanto en lo que aprovechan como en lo que perjudican.

XIII.—VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIDAD, RACIONALIZACIÓN Y CONGRUENCIA O PROPORCIONALIDAD DE MEDIOS A FINES, AL NO EXCEPTUAR PURA Y SIMPLEMENTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EL ISLOTE DE 2.500 HECTÁREAS QUE EN GUAREÑA-VALDETORRES SE DEDICA DESDE HACE MÁS DE CIENTO AÑOS A PRODUCIR Y EXPORTAR UVA DE MESA.

1. *Características del islote.*

De un estudio realizado en 1961 por los señores HIDALGO y CAMPOS, Ingeniero Agrónomo y Economista, respectivamente, resulta:

1.º *Datos agrológicos.*

a) «... la subzona de Guareña-Valdetorres, dedicada a la producción de uva "chelva de Guareña", constituye un verdadero islote entre tierras de características y vocación totalmente diferente, con delimitación coincidente desde el punto de vista geológico, biológico, edafológico y cultural» (págs. 56, 57, 85 y 86).

b) «... el clima de la subzona es el especialmente adecuado para la producción de la uva "chelva de Guareña", de alta calidad» (págs. 49 y 50).

c) «... la viña se encuentra sobre terrenos totalmente inapropiados para su cultivo en regadío, y que, por el contrario, tienen muy acusadísima e innegable vocación vitícola productora de uva de manifiesta calidad» (págs. 55 y 56).

2.º *Superficie.*

2.500 hectáreas.

Por ciento con relación a las 29.075 Ha. del Plan del	
Zújar	8,60 %
Por ciento con relación a las 130.000 Ha. del Plan Ba-	
dajoz	1,92 %

3.º *Propiedad y propietarios* (páginas 11 y sigs., 43 y 44).

a) Propietarios: 1.216.

b) Propietarios de menos de 10 hectáreas: 1.206.

c) Por ciento que representan en el conjunto: 99,17 %.

4.º *Producciones comparadas con las del regadio* (págs. 41 y 42).

	Producción final por Ha.
Vegas Bajas	23.800 ptas.
Vitícola de Guareña-Valdetorres	32.250 »
Diferencia a favor de esta última	8.450 ptas.

5.º *Aspectos sociales.*

a) Índice de ocupación por Ha. (pág. 44):

ZONA	Cultivos	Jornales por Ha.
Vegas Bajas	Regadio.....	74
Vitícola Guareña-Valdetorres	Secano.....	136
Diferencia por hectárea		62
Porcentaje a favor de Guareña.....		84 %

b) Empresa colectiva:

Integrada por los siguientes factores:

a') *Empresario agrícola*, que en ocasiones es un obrero. Dicho empresario aplica los conocimientos en el cultivo de la vid que ha adquirido a través de varias generaciones (podas racionales, aplicación de productos fitosanitarios, abonados periódicos, etc.), con lo que las producciones se elevan sobre los índices de 40 quintales métricos de trigo.

b') *El exportador*. Algunos se han asentado definitivamente con instalaciones frigoríficas para enviar la uva a Alemania y otros países europeos, donde cada vez encuentra más aceptación

El empleo que proporciona a la población de Guareña y pueblos limítrofes la campaña de uva resuelve la economía de la población obrera, que, como dijimos, muchos de ellos son propietarios de pequeñas parcelas de viña.

c') *Equipos especializados*. Es el fruto de una larga tradición, que ha venido a constituirse en una artesanía local. Mujeres de todas edades que trabajan en la elaboración de la uva para su envío a los mercados. Hombres que cortan y colocan el fruto y se encargan del transporte. Se constituye así un equipo de mano de obra especializada, que se envía a Málaga y otros lugares para realizar la preparación de la uva.

d') *La clientela*. Constituida por los mercados de Alemania, Suiza, Bélgica, Holanda y, por último, Inglaterra.

6.º *Gastos de transformación en regadío comparados con los de transformación en viñas* (pág. 34):

Secano a regadío	114.000 ptas.
Secano a viñedo	34.425 »

con la ventaja de que en Guareña no se trata de transformar a viñedo; ya existe.

7.º *Exportación* (págs. 22 y 23):

«La mayor trascendencia de la viticultura de la zona de Guareña estriba, no ya en sus caldos (del orden de hasta tres

millones de litros, es decir, casi unas 200.000 arrobas), sino en su exportación de uva de mesa.

En la actualidad se exportan unas 12.000 toneladas métricas por campaña, de las que el 70 por 100 salen en vagón de ejes intercambiables refrigerados y el resto en camión. Los envíos se centralizan en la estación de Guareña, donde existe una estación de acondicionamiento y de prerrefrigeración de la uva.

Esta estación cuenta con naves de preparación o acondicionamiento de la uva, para su envío en bandejas de 10/15 kilogramos, así como con cuatro cámaras capaces de 100 toneladas métricas cada una. También posee una fábrica de hielo de 20 toneladas métricas por día, con destino a la carga de los vagones refrigerados en donde dicha uva se transporta».

2. *El Plan del Zújar no respeta la unidad económica que antecede.*

En efecto, en vez de beneficiarla con carácter general y en bloque con una declaración legislativa de excepción, por ser tierras que razones económicas hacen «no de transformación conveniente» (hipótesis que se contempla al final de la letra a) del artículo 3.º del Decreto, y cuya calificación se entrega al arbitrio inapelable de su majestad el funcionario) se las somete al régimen general de la colonización de la zona y distribución de la propiedad, sin otro alivio que el formulario y puramente teórico que sigue:

Que si bien se exceptúan las tierras de viñedo de uva de mesa, los propietarios que hayan conseguido que en ellas se les localice la modestísima reserva que el Decreto concede (el que tenga 60 hectáreas de este cultivo quedará reducido a 10, y las restantes se arrancarán para una vez rasa la tierra transformarla en regadío) podrán pedir que se les aplace, hasta que se extinga la vida de las plantas, la obligación de arrancarlas y de hacer la transformación en regadío; pero no se les aplazará el pago de la derrama que les corresponda en las grandes obras, ni el soportar la carga de que éstas inmediatamente atraviesan las parcelas, dejándolas en muchos casos incultivables o asolándolas con el ejército de con-

tratistas, transportistas, camioneros, burreros y sus familias, chozos e instalaciones provisionales que, la experiencia comprueba, devastan una o dos hectáreas por cada 500 metros lineales de acequia, carretera o canal que construyen.

3. *Irracionalidad de este criterio.*

Existe una gran fábrica que llevan en Cooperativa numerosos productores, tiene una alta productividad, acreditada su mercancía y la coloca finalmente en el exterior, consiguiendo, a la vez que una buena renta particular, un beneficio para la economía nacional.

Si nos dijeran que se proyecta su demolición para sobre el solar resultante edificar otra fábrica distinta de productividad cuando más igual a la primera, y cuya mercancía tendría que abrirse mercado tanto en lo nacional como en lo internacional, con la incertidumbre propia del caso, opinaríamos radicalmente en contra del absurdo que significa destruir lo que ya existe y rinde, el derroche de la destrucción de lo antiguo y construcción de lo nuevo, la falta de renta de este gasto durante el tiempo que la nueva unidad tardará en producir y la incertidumbre de colocación y venta de la producción frente a la seguridad con que lo que se fabrica ahora se exporta al extranjero y origina una renta ya consolidada.

Pues bien, este es el caso del Decreto del Zújar frente al islote de producción de la uva de mesa de Guareña que se exporta a Alemania: pretende demoler una gran fábrica agraria que tiene cien años de solera, para sobre el terreno de su derribo construir la nueva fábrica de regadío, con el gasto de su implantación, donde antes había otra que no costaba nada, porque ya existía, con la ausencia de renta durante los años que tarden en producir los nuevos cultivos, con la casi certeza de que no rendirán más de los que hoy existen, y con la seguridad de que les será difícil encontrar el mercado internacional que hoy tienen los que se encuentran gravemente amenazados.

4. *Atentado a los principios que se citarán.*

Queda herido el principio de subsidiariedad entronizado en el criterio de la propaganda y abrumadoramente desconocido en la práctica, porque no sólo se suplanta a la iniciativa privada en vez de suplirla, sino que se trata de un caso en el que no hay nada que suplir.

Queda alcanzado el principio de racionalidad de las inversiones que tan buen sitio tiene también en el cielo de los consejos y de la teoría, puesto que se pretende invertir en puro derroche y donde no hace ninguna falta: colonizar y distribuir lo que ya está colonizado y distribuido.

Por la misma razón, se atenta al principio de congruencia o proporcionalidad de medios afines, reconocido en las tantas veces reiterada sentencia de 20 de febrero de 1959.

Se lesiona gravemente, además, el principio de igualdad, porque si el Decreto de 21 de septiembre de 1960, aprobatorio del Plan del Guadalquivir, exceptuó definitivamente y por circunstancias y razones análogas a las que acabamos de invocar, las tierras de olivar de verdeo, no se comprende qué motivo hay para no exceptuar en el Zújar las tierras de producción de uva de mesa, al no ser que se piense lo que rotundamente negamos, en el mayor peso político de Sevilla frente a Badajoz en el conjunto y se recuerden las agudas observaciones de RIPERT en su libro sobre *Las fuerzas creadoras del Derecho*.

XIV.—SÍNTESIS DE LAS VIOLACIONES SUSTANTIVAS Y SENTIDO DE SU ARGUMENTACIÓN.

Si hemos hablado de las violaciones de principio, en la fijación de los valores de las tierras a expropiar (capítulo XI), en los porcentajes de reserva (capítulo XII) y en el intento de destruir lo que ya está conseguido (capítulo XIII), sin agotar ninguno de estos temas y olvidándonos de otros, ha sido especialmente para que a través de ellos se advierta la agresividad del poder discrecional, y que tanto mayor es ésta cuanto con más rigor debe serle exigido que guarde los límites formales, cuya violación fué de-

nunciada en los capítulos IV a X, y fuera de los que la potestad arbitraria ni puede tener eficacia, ni autoridad, ni inmunidad jurisdiccional.

XV.—REFLEXIONES FINALES, A CARGO DE OTROS.

a) «Finalmente, la reforma administrativa... difícilmente puede triunfar sin... la crítica constructiva. La previa censura y la propaganda oficial pueden ser dañinas, porque fácilmente persuaden al público y hasta al mismo gobernante de que la perfección y el contento son universales, siendo evidente que si todo está bien no hay por qué mudarlo.

A mi juicio, nunca se insistirá bastante, sobre todo en los regímenes autoritarios, acerca de la necesidad de la crítica. En cualquier actividad humana la crítica es la más útil de las colaboraciones por lo que tiene de aportación o de alternativa, por el acicate que lleva consigo e incluso por el correctivo de la soberbia que significa.

Es tan notoria la necesidad de conocer diversidad de pareceres sobre cualquier cuestión que desde la antigüedad, y en tanto mayor medida cuanto más fuerte es el poder del gobernante o del soberano, se ha insistido en las ventajas del consejo. Hasta se ha llegado a institucionalizar la crítica. Así como el púgil, cuando carece de rival, apela al "punchingball", la justicia se organiza para que, frente al fiscal, exista siempre un defensor, la Iglesia introduce en las causas de beatificación el llamado "abogado del diablo" y su graciosa Majestad satisface un sueldo al jefe de la oposición parlamentaria contra su propio Gobierno» (JORDANA DE POZAS, en su discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales, a don Laureano LÓPEZ RODÓ).

b) «En una época en que, ha dicho agudamente JAHREIS, a la histórica pregunta de SAVIGNY: "¿vocación de nuestro tiempo para la legislación?", habría que contestar: más bien "condenación de nuestro tiempo a la legislación, a una legislación masificada" la posibilidad de afirmar el

imperio del Derecho sobre la Ley, de imponer al mortífero y penetrante (mucho más que cualquier otro) poder de hacer normas, el respeto a los valores materiales del Derecho es posiblemente la más alta de las misiones que quepa imaginar para un jurista. El Tribunal Supremo la ha asumido con una resolución, una sensibilidad para las exigencias del tiempo, una finura técnica, que hay que contabilizar ya como una ganancia definitiva de nuestro régimen administrativo, que queda así abocado desde ahora a una de las más emocionantes empresas que puede ofrecer la perenne lucha por la Justicia» (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en su comentario a las sentencias de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, bajo el título *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, núm. 30 de la «Revista de Administración Pública», pág. 166).

c) «Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, puede siempre forzar al Juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiado débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes. La fuerza de los Tribunales ha sido en todos los tiempos la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual; pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan» (Alexis de TOCQUEVILLE, en *De la democracia en América*).

Dictamen sobre libertad de instalación de industria de fabricación de automóviles

Primero.—El 6 de octubre de 1965 I. M. presentó en la Delegación de Industria de Alava escrito en el que solicitaba:

«1.º Tomar razón y tener por dada cuenta a esa Delegación Provincial de Industria de que I. M., en los términos exigidos por la legislación vigente, amplía su industria para la fabricación de vehículos de turismo marca Volkswagen.

2.º Tener por solicitada la inscripción de I. M. en el Registro Industrial para la ampliación de su industria de fabricación de automóviles de turismo marca Volkswagen.

3.º Tener por contraído el compromiso de someterse exactamente a las disposiciones en vigor para la referida ampliación de industria, así como el de presentar en la forma reglamentaria el proyecto de instalación, con indicación expresa de la procedencia de los bienes de equipo y materias primas a utilizar, memoria, presupuesto, estudio económico y programa de ejecución, con expresión del plazo en que se llevará a efecto la ampliación proyectada.»

Segundo.—El 23 de octubre de 1965 la Delegación de Industria de Alava, por oficio-referencia 867-Lmm, núm. 525.107, comunicó a I. M.:

— que su proyecto no podría ser considerado como ampliación de la actual actividad, sino como otra nueva, para la que quedaría

obligada a cumplir las dimensiones mínimas y grados de nacionalización determinados por las disposiciones en vigor;

— que su escrito no podía ser considerado como solicitud de inscripción, procediendo la presentación del proyecto y demás requisitos determinados en el punto primero del párrafo primero de la Orden del Ministerio de Industria de 22 de febrero de 1964;

— y que, en todo caso, quedaba expeditada la inscripción provisional a la tramitación preceptuada por la Orden de 8 de julio de 1964.

Tercero.—El 7 de diciembre de 1965 I. M. presentó nuevo escrito a la Delegación de Industria de Alava, en relación con el oficio aludido en el apartado precedente, reiterando su solicitud de inscripción provisional en el Registro Industrial de su proyecto de fabricación de vehículos de turismo marca Volkswagen. A dicho escrito se acompañaba proyecto-memoria, presupuesto, estudio económico, programa de ejecución de las instalaciones, documento acreditativo de la disposición de terrenos suficientes para la materialización de dicho proyecto, así como texto literal simple de la declaración oficial de la entidad Volkswagenwerk, solemnizada con la intervención de la representación diplomática española en Hannover (con posterioridad, el 22 de diciembre de 1965, se presentó el texto original). I. M. reiteró su decisión de someterse exactamente a todas las disposiciones en vigor, acreditando con la expresada declaración de la firma alemana el cumplimiento de las exigencias recogidas en el Decreto de 25 de febrero de 1965, y prometiendo, por último, la presentación de la relación de elementos de producción que habrían de integrarse en la industria.

Cuarto.—El 11 de diciembre de 1965, la Delegación de Industria formuló a I. M. la correspondiente liquidación de tasas por su proyecto de ampliación de industria a la fabricación de turismos, cuyo importe de 373.009,50 pesetas fue satisfecho con fecha 15 de diciembre de 1965.

En el *Boletín Oficial del Estado* número 303, página 17.106, de 20 de diciembre de 1965, la Delegación de Industria de Alava anun-

ció la petición formulada por I. M. para la fabricación de 125.000 automóviles de turismo anuales, advirtiéndolo a los industriales que se considerasen afectados por tal proyecto del derecho a presentar los escritos que estimaran oportunos en el plazo de diez días.

Quinto.—El 5 de enero de 1966, oficio-referencia 867/509.887, número 600.050 del expresado día, del Registro general de salida, la Delegación de Industria de Alava recabó de I. M. la presentación de una relación detallada de maquinaria y la justificación de los grados de nacionalización anual, conforme a la Orden de 8 de julio de 1964, para la comprobación de la capacidad efectiva de producción al año en dos turnos del número de unidades exigidas por la legislación vigente, con motivo del expediente para la fabricación de vehículos de turismo iniciado por la citada entidad. A su vez, se advertía a I. M. que en virtud de la expresada comunicación «quedaba suspendido el plazo de treinta días para la inscripción provisional en el Registro Industrial para la fabricación de vehículos de turismo marca Volkswagen y se le concedía otro término igual de treinta días hábiles para la presentación de los datos solicitados».

Sexto.—El 7 de enero de 1966, por oficio de la Delegación de Industria de Alava número 600.071 del Registro General de salida, se trasladó a I. M., por término de veinte días, el escrito de oposición deducido por la «Sociedad Española de Automóviles de Turismo, S. A.» (SEAT), al que se contestó por I. M. por escrito de 25 de enero de 1966.

Séptimo.—El 1 de febrero de 1966, según resguardo del Registro de entrada de la Delegación de Industria de Alava número 600.827, I. M. aportó la relación de maquinaria y el plan de nacionalización que le habían sido requeridos. Al aportar dicha documentación, I. M. sometió al organismo competente (Delegación de Industria de Alava) determinadas consideraciones, reiterativas de su propósito solemnemente manifestado de llevar a cabo el proyecto, con estricta sujeción a las disposiciones legales en vigor.

Octavo.—El 4 de febrero de 1966, según resguardo 600.953 de la Delegación de Industria de Alava, Registro general de entrada, I. M. aportó una documentación complementaria en relación con la solicitud en su día deducida para la fabricación de vehículos de turismo, aclaratoria, en lo preciso, y reiterativa en lo necesario, del propósito y decisión de la Sociedad peticionaria de cumplir exactamente, en todos los órdenes, las disposiciones legales en vigor para la ejecución del Proyecto.

Noveno.—El 10 de marzo de 1966, por correo certificado ordinario (expedido por la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas) y el día 11 siguiente (a través de la Delegación de Industria) I. M. recibe una resolución de aquella Dirección General, que aparece firmada el 7 de marzo de 1966, por la que:

«en uso de las atribuciones que le confiere el apartado 4.º de la Orden de 22 de febrero de 1963, ha resuelto desestimar la petición de autorización de nueva industria formulada por I. M.».

Como fundamento de esta decisión se aducían los Considerandos siguientes:

«Considerando: que el artículo 2.º del Decreto 157/63, de 26 de enero, exceptuó la actividad de fabricación de vehículos automóviles del régimen general de libertad de instalación y en su lugar la sometió al régimen de condiciones mínimas, en cuya virtud, para que la iniciación de una actividad de este tipo no requiera autorización administrativa singular y discrecional, sino que baste la mera inscripción reglada en el Registro Industrial de las Delegaciones de Industria, es preciso cubrir unas condiciones que el artículo 1.º, punto 4.5.1, del Decreto 26/65, de 9 de enero, vigente en el momento de producirse la petición de I. M., estableció en 125.000 unidades de capacidad al año, aparte de cubrir un determinado programa de nacionalización.

Considerando: que la finalidad buscada por los anteriores

preceptos es la de evitar el nacimiento de industrias de dimensiones reducidas que por la limitación de sus series presentan graves problemas de competitividad, y que la incidencia de la Ley sobre las dimensiones se refiere al momento del nacimiento, instalación o puesta en marcha inicial de la actividad, como lo corrobora el artículo 4.º del mencionado Decreto 26/65, de 9 de enero, al establecer que las 'Delegaciones de Industria levantarán el acta de puesta en marcha de las instalaciones correspondientes, una vez comprobado el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Decreto'.

Considerando: que, de admitirse la inscripción reglada en el Registro Industrial de actividades que no cumplen la dimensión mínima en el momento de la puesta en marcha inicial, se violaría el espíritu y la letra de la Ley, y ello aunque exista el proyecto de cubrir esa dimensión en un periodo determinado, pues el hecho cierto es que la industria nace con su competitividad comprometida, que es lo que ha querido evitar la Ley.

Considerando: que los proyectos futuros de las Empresas no son sino proyectos de ampliación, que si se tuvieran presentes en el momento inicial dejarían sin razón de ser las disposiciones sobre dimensiones mínimas, pues toda industria cuando nace lo hace con una dinámica futura de crecimiento o ampliación, no para estancarse, y bastaría, por tanto, poner en conocimiento de la Administración en el momento del nacimiento esos propósitos de desarrollo, más o menos esbozados, para que dichas disposiciones, en la mayoría de los casos, quedaran sin eficacia por carencia de supuestos de aplicación.

Considerando: que en todo momento ha sido propósito de esta Dirección General analizar a fondo la petición formulada por I. M., por ver de apreciar la exactitud de su sustentación legal, no limitándose en su actuación a la mera presentación de objeciones paralizadoras de la inscripción provisional en el Registro Industrial, sino recabando cuantos

datos y documentos pudieran servir a tal fundamentación y concediendo amplios plazos para su presentación.

Considerando: que, pese a ello, es necesario concluir que lo que realmente solicita I. M. es la inscripción en el Registro Industrial de su actividad de fabricación de vehículos automóviles de turismo con una dimensión en el momento de la puesta en marcha inicial inferior a la mínima, para alcanzar ésta en 1970, es decir, incluye en el mismo proyecto el acto de nacimiento o de iniciación y los sucesivos actos de crecimiento o ampliación, actos que, como queda dicho, deben escindirse para una aplicación correcta de la legislación, cuya escisión lleva consigo una distinción en la naturaleza de la petición que ya no debe calificarse de petición de inscripción en el Registro Industrial (o lo que es lo mismo, autorización administrativa singular y reglada), sino de autorización administrativa singular y discrecional por bajo de las dimensiones mínimas.

Considerando: que la finalidad de las disposiciones sobre mínimos, como queda dicho, es la de evitar el minifundio industrial en aquellos sectores que, como el de fabricación de vehículos automóviles, están abocados a una dura competencia, y que de autorizarse la actividad de fabricación de vehículos automóviles solicitada por I. M. nacería con dimensiones de minifundio, y por ello con una competitividad muy por bajo de la mínima preconizada por el Ministerio de Industria y recogida en las citadas disposiciones.»

CONSULTA.

I. M. se dirige al Letrado que suscribe a fin de conocer su opinión en Derecho sobre la admisibilidad y procedencia de recurso contra la resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas.

DICTAMEN.

I. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA INDUSTRIA.

1. *Los principios rectores de la intervención.*

La actitud del Estado ante la economía ha estado informada por principios de significación muy distinta. Es cierto que la intervención política en la vida económica es «una tendencia creciente en los últimos cien años». «Nuestros bisabuelos—dice SÁNCHEZ AGESTA, en su trabajo *Planificación económica y régimen político*, en el número 3 de la «Revista de Administración Pública», pág. 31—la llamaron graciosamente fomento; nuestros abuelos, proteccionismo; nuestros padres, con un término que no vela un sentimiento de recelo o desconfianza, lo apellidaron intervencionismo económico.» Pero, aun cuando esta creciente intervención sea una constante de los últimos tiempos, la realidad nos ofrece matices muy distintos, en una misma época y en un mismo país.

Hasta dentro de un mismo régimen político se han adoptado principios de contrario signo a la hora de ordenar la actividad económica. Tal es el caso del régimen español, que ha ido de una de las formas más agudas de intervencionismo a una de acusado liberalismo.

La aceptación de uno y otro principio comporta importantes consecuencias. Porque, desde el momento que se consagran como auténticos principios generales del Derecho, constituyen la base misma del Ordenamiento, informan las distintas normas que le integran, orientan la labor interpretativa y cumplen una labor hermenéutica al servir de fuente directa en caso de insuficiencia de la Ley.

De aquí que el estar regido por uno u otro «no sólo determinará el texto de la serie de disposiciones a través de las cuales van adquiriendo realidad, sino el signo y sentido de las mismas en caso de oscuridad. Pues es doctrina ya constantemente admitida que sobre la letra de la Ley debe prevalecer siempre el espíritu de la misma» (verbigracia, sentencia de 5 de octubre de 1965).

Una misma norma, pues, bajo el imperio de uno u otro principio puede conducir a interpretaciones distintas.

2. *La política intervencionista.*

La Ley de 24 de noviembre de 1939, en su artículo 1.º, disponía:

«La industria, que, como instrumento de la producción, se considera parte integrante del Patrimonio Nacional y subordinada al interés supremo de la Nación, se regirá por esta Ley.»

Y en su artículo 3.º proclamaba solemnemente: «No podrán instalarse nuevas industrias, traslados ni ampliar las existentes, sin la resolución favorable del Ministerio de Industria y Comercio.»

Bajo el imperio de estas normas, la Administración tenía plena libertad para decidir acerca de la conveniencia de instalar una industria. Poco importaban las propuestas y las opiniones del empresario. Los altos intereses de la Nación se realizaban a través del criterio de políticos y funcionarios.

Resultado práctico de esta política no era otro que la existencia de un auténtico privilegio a favor de los industriales establecidos. Pues el argumento de que las necesidades del mercado estaban atendidas por las Empresas existentes era motivo bastante para denegar la instalación de otras nuevas en el mismo sector, lo que conducía a verdaderos e injustificados monopolios.

Esta protección legal, bajo las formas más diversas, a los que desarrollan una actividad en perjuicio de los aspirantes a ejercerla, estos *beati possidentes* de que nos habla SAVATIER en su obra *Les metamorphosés économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui* (París, 1952, cap. XIII), constituyen un flagrante atentado al principio de igualdad ante la Ley. Así se ha considerado, entre nosotros, por ENTRENA, en *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo* (cfr. el número 37 de la «Revista de Administración Pública», pág. 74), y entre la más reciente doctrina francesa, por FRANCINE BATAILLER, en un sugestivo trabajo que, bajo el título *Les «beati possidentes» du Droit administratif (Les actes unilatéraux créatures de privilèges)*, publica el

último número de la «Revue de Droit public et de la Science Politique», llegado a nosotros (cfr. número 6 [nov-dic.] de 1965, páginas 1.050-1.096).

3. *La política liberalizadora.*

a) *La consagración del principio.*

Después de largos años de rígida actividad intervencionista, la regulación de nuestra política económica va a experimentar un giro copernicano. Y de una concepción en la que el Estado podía discrecional y arbitrariamente decidir si nuevas industrias podían o no instalarse, vamos a pasar a otra en la que el principio de subsidiariedad adquiere un valor decisivo y constituye el verdadero fundamento de una ponderada corriente legislativa que va aplicándole a todos y cada uno de los sectores económicos.

De este modo, donde antes dominaba el signo de la prohibición, hoy impera el de la libertad. Lo que antes no era concebible sin la previa decisión de unos políticos o funcionarios puede hoy realizarse libremente por los particulares.

Y, al consagrarse la subsidiariedad principio general de Derecho, en cumplimiento de su ineludible función como tal, ha de informar las normas en que se concreta y orientar la labor interpretativa de las mismas. De aquí que la jurisprudencia haya señalado la necesidad de interpretar restrictivamente cuantas disposiciones supongan una limitación de la libertad individual (verbigracia, sentencias de 29 de marzo y 8 de mayo de 1965).

En la industria, como en otros sectores económicos, se ha ido realizando progresivamente, a medida que lo iban permitiendo las circunstancias, a través de una serie de disposiciones de diverso signo. Pero lo que es incuestionable es que la raíz y razón de ser de todas ellas no era otra que la liberalización de nuestra Ordenación económica, en la que fue jalón decisivo el Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio de 1959, que sentó las bases de la nueva Ordenación económica.

Buena prueba de ello lo constituyen los preámbulos de las distintas disposiciones. Así, en el de la Orden de 8 de agosto de 1962, sobre libertad de modificación del volumen de producción, se resu-

me así la situación de la normativa anterior y el significado de la nueva:

«La favorable evolución experimentada por la economía española en los últimos años ha hecho desaparecer factores y circunstancias adversas que obligaron, en su día, a la adopción de medidas e intervenciones extraordinarias, cuya consecuencia inevitable fue restringir en muchos aspectos la libre iniciativa empresarial. El fundamento de semejantes limitaciones radicaba en la necesidad de lograr una Ordenación en aquellos momentos, contener el desequilibrio financiero interno y paliar los grandes problemas derivados de la situación deficitaria de la balanza de pagos. La política de intervención sobre las inversiones, realizada a través del régimen de autorizaciones previas, constituyó una consecuencia lógica de las dificultades generales que pesaron sobre la economía española durante un periodo hoy felizmente superado. Por ello parece oportuno no sólo revisar, y en su caso suprimir, las medidas adoptadas para hacer frente a condiciones de emergencia, sino adaptar el conjunto de normas de ordenación industrial a las exigencias derivadas de la expansión y desarrollo de la economía española. Al margen de cualquier otra consideración, la importancia que tiene el incremento del volumen de inversiones plantea la necesidad de eliminar los controles y restricciones que supongan obstáculos a la decisión de invertir. En definitiva, se considera posible y aconsejable intensificar el ritmo de supresión de las disposiciones que limitan aún el establecimiento de nuevas industrias o la ampliación de las existentes, a fin de estimular la industrialización que el país requiere.»

Del preámbulo del Decreto 157/1963, de 26 de enero, son estas palabras:

«La progresiva liberalización de la economía española y la necesidad de una creciente competencia, que evite tensiones alcistas en los precios de los productos industriales,

aconsejan dictar las normas precisas para simplificar y estimular la contribución de la iniciativa privada al desarrollo económico español.

A este fin, conviene señalar los criterios más amplios posibles para la instalación, ampliación y traslado de las Empresas industriales dependientes del Ministerio de Industria, con las únicas limitaciones exigidas por las características específicas de cada sector industrial, dentro del cauce formal exigido por las Leyes de 24 de noviembre de 1939 y 19 de julio de 1944.

En esta nueva etapa la función que el Ministerio de Industria debe desarrollar fundamentalmente es la de orientar, facilitar y estimular, no solamente la creación de nuevas Empresas industriales, sino la modernización y reestructuración de las existentes, dentro de los criterios indicativos que deben informar la planificación del desarrollo económico a través de la determinación de características técnicas.»

Si, como ha proclamado reiteradísimamente la jurisprudencia (verbigracia, sentencias de 20 de mayo de 1950, 25 de octubre de 1958, 25 de febrero y 23 de junio de 1959 y 11 de noviembre de 1965), los preámbulos de las disposiciones legales constituyen fuente de interpretación auténtica de sus preceptos, es incuestionable que, desde el momento que el fin perseguido por el legislador fue la progresiva liberalización de la economía, señalando los criterios más amplios posibles para la instalación de Empresas industriales, las nuevas disposiciones sólo en esta línea pueden ser interpretadas.

b) *Los límites del principio.*

Eran muchos los años en que nuestros funcionarios y nuestros industriales habían vivido bajo un régimen de intervención para que pudiera llegarse a una total y efectiva liberalización. Decirle al empresario, cómodo y florecientemente instalado, que podía instalarse un competidor sin traba legal alguna resultaba demasiado fuerte. Por eso, en el mismo Decreto 157/1963, de 26 de enero, por el que se autorizó la libre instalación, ampliación y traslado de

industrias, después de empezar con estas esperanzadoras palabras: «Se autoriza la libre instalación, ampliación o traslado, dentro del territorio nacional de toda clase de industrias» (art. 1.º, I), continúa exceptuando una serie de sectores en el propio artículo 1.º, y delegando en el Ministerio de Industria para que señale las condiciones técnicas y dimensión mínima que deberán reunir otras para poder gozar de la libertad.

El Ministerio de Industria, en ejercicio de aquella delegación, fue fijando, modificando y modificando otra vez esas condiciones mínimas. Y la razón que se aducía en los preámbulos de las distintas disposiciones venía siendo siempre la misma.

Así, en el de la Orden de 10 de febrero de 1964 se dice:

«Al objeto de corregir el minifundio industrial existente y sentar la promoción de nuevas Empresas industriales y la modernización de las existentes, sobre unas bases estructurales de rentabilidad económica que las sitúe en condiciones de competir en el mercado con las demás Empresas nacionales y la concurrencia extranjera, la Orden de este Ministerio de 16 de marzo de 1963 estableció las condiciones técnicas y de dimensión mínima que deben reunir para su libre instalación las plantas industriales de los sectores que en la misma se determinaron.»

En el del Decreto de 25 de febrero de 1965 se establece:

«El Decreto 157/1963, de 26 de enero, sobre libertad de instalación, ampliación y traslado de industrias dentro del territorio nacional, autorizó al Ministro de Industria para señalar las condiciones técnicas y de dimensión mínima que deberán reunir determinados establecimientos industriales. El Decreto 26/1965, de 9 de enero, ha fijado nuevas capacidades mínimas para determinados sectores, adecuadas al actual desarrollo de nuestro proceso de industrialización, que vienen a sustituir las señaladas por Orden del citado Departamento de 10 de febrero de 1964.

Las mismas razones que exigen la determinación de di-

mentiones mínimas para impedir el minifundio industrial y la aparición de una oferta atomizada y poco competitiva, aconsejan que en el lado de la demanda se eviten las limitaciones que puedan influir en la continuación de estas deficiencias estructurales.

Por ello se considera imprescindible que la libertad de instalación dentro de las condiciones técnicas fijadas comporte una similar libertad de actuación de la Empresa española, no sujeto a limitación de mercados o de acceso a nuestras técnicas o patentes por razón de su relación técnica o financiera con Empresas extranjeras, con lo cual, de otro lado, no se hace sino seguir los criterios internacionales aceptados en esta materia. Con ello no se excluyen contratos que contengan tales cláusulas, aunque se sujeten aquéllos al requisito de autorización previa para disfrutar de la libertad de instalación industrial.»

Y en el Decreto de 19 de diciembre de 1965, por ejemplo, que:

«resulta procedente volver a actualizar esta normativa, suprimiendo o modificando en determinados sectores las condiciones técnicas y dimensiones mínimas cuando se entienda que las inversiones realizadas y capacidades instaladas hacen innecesario tal condicionamiento o aconsejan su adaptación a las nuevas exigencias de la política industrial.

Por otra parte, la iniciación de nuevas fabricaciones de productos hasta ahora no elaborados por nuestra industria hace necesario señalar las condiciones técnicas y dimensión mínima que puedan reunir estas nuevas instalaciones para su acomodación a los planes generales del sector.

Por último, y supuesto que el régimen de condiciones técnicas y dimensiones mínimas tiende a asegurar una oferta razonable en régimen de libertad, suprimiendo los inconvenientes que para el desarrollo industrial supone la estructura minifundística de la industria, parece necesario igualmente garantizar el objetivo propuesto, evitando las limitaciones al libre juego de la oferta y la demanda interior y exterior

y al acceso a nuevas técnicas y procesos de fabricación, derivadas de los pactos de cooperación técnica o financiera, extendiendo para ello a los sectores comprendidos en el presente Decreto el régimen previsto para alguno de los mismos por el Decreto 418/1965, de 25 de febrero».

La razón invocada era, por tanto, superar el minifundio industrial. Y para lograrlo, en ciertos sectores se han establecido unos «mínimos» que constituyen auténticos «máximos» de la producción total del sector.

Lo cierto es que siendo aquél el fin aducido por el legislador, a la luz del mismo es necesario interpretar cada una de las normas que pretenden su realización.

c) *Consecuencias.*

Resultado de la combinación entre el principio y la política de limitaciones es la existencia de dos tipos de industrias netamente diferenciados en orden al régimen de intervención administrativa. En efecto:

a') Por un lado, están las industrias en las que subsiste el régimen de autorización administrativa. Como antes de la nueva política liberalizadora, no pueden establecerse sin autorización previa. La Administración conserva la facultad de decidir discrecionalmente sobre la oportunidad de su instalación.

En este caso están las industrias de los sectores enumerados en el propio artículo 1.º del Decreto 157/1963, y los sectores liberalizados cuando no alcancen los famosos «mínimos».

b') Por otro lado, están las industrias sometidas al nuevo régimen. Respecto de ellas no se exige autorización previa. La Administración pública carece de facultades discrecionales para oponerse a su instalación. El administrado puede instalar libremente una industria que reúna las condiciones mínimas fijadas en la normativa aplicable. Existe un auténtico derecho subjetivo de los administrados, que no está condicionado a la decisión unilateral de ningún órgano administrativo. Con frase expresiva, por ejemplo, el apartado 1.º de la Orden de 16 de marzo de 1963 habla de las

condiciones que han de reunir las industrias «para gozar de la libertad de instalación»; el apartado 2.º, de la Orden de 10 de febrero de 1964 dice que «las industrias incluidas en los siguientes sectores deberán reunir, por planta, *para su libre instalación...*». Estamos, pues, ante un caso de «libre instalación». Y en análogos términos se pronuncia el artículo 1.º del Decreto de 18 de diciembre de 1965.

A este doble régimen se refiere el primer Considerando de la resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas, al decir:

«Que el artículo 2.º del Decreto 157/63, de 26 de enero, excepcionó la actividad de fabricación de vehículos automóviles del régimen general de libertad de instalación, y en su lugar la sometió al régimen de condiciones mínimas, en cuya virtud, para que la iniciación de una actividad de este tipo no requiera autorización administrativa singular y discrecional, sino que baste la mera inscripción reglada en el Registro Industrial de las Delegaciones de Industria, es preciso cubrir unas condiciones que el artículo 1.º, punto 4.5.1., del Decreto 26/65, de 9 de enero, vigente en el momento de producirse la petición de I. M., estableció en 125.000 unidades de capacidad al año, aparte de cubrir un determinado programa de nacionalización.»

4. *Ejercicio de la actividad interventora.*

A la luz de las disposiciones aplicables, es necesario distinguir entre los dos tipos de industrias a la hora de estudiar el régimen de la intervención administrativa.

a) *En las industrias exceptuadas.*

En las industrias exceptuadas del nuevo régimen subsiste la necesidad de autorización. De aquí que en estos casos, presentada la solicitud en el organismo provincial correspondiente, remitirá el expediente a la Dirección General competente. Así, el apartado 3.º de la Orden de 22 de febrero de 1963 dispone:

«Cuando se trate de solicitud de autorización, el organismo provincial remitirá el expediente, con su informe, a la Dirección General que corresponda, para su resolución, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Si la resolución fuera ravorable, el organismo provincial que tramite el expediente procederá a la inscripción provisional en el Registro.»

b) *En las industrias liberalizadas.*

Respecto a éstas, el régimen jurídico es muy distinto. No se da el requisito previo de la autorización. El administrado puede libremente proceder a su instalación. Ahora bien, como la libertad de instalación depende, al menos en buen número de sectores, de que se den unas condiciones mínimas, la Administración pública ejerce una actividad de control, si bien limitada a verificar si se dan, efectivamente, aquellas condiciones. Esta actividad de control se ejerce en dos momentos perfectamente definidos:

a') *Control previo.*

El artículo 4.º, párrafo primero, del Decreto 157/1963 dispone:

«Para la instalación, ampliación o traslado de las industrias a que se refiere el artículo 1.º—salvo las comprendidas en los sectores exceptuados—y el apartado I del artículo 2.º, los interesados presentarán por duplicado, en el Organismo provincial que corresponda del Ministerio de Industria, proyecto con indicación expresa de la procedencia de los bienes de equipo y de las materias primas a utilizar, presupuesto, estudio económico y programa de ejecución de las instalaciones de que se trate para su inscripción en el Registro Industrial respectivo.»

Y la Orden de 22 de febrero de 1963 establece:

Artículo 1.º, párrafo primero:

«A efectos de lo dispuesto en el Decreto 157/1963, de 26 de enero, para solicitar la inscripción en el Registro Industrial

de toda instalación o ampliación de industria, los titulares o representantes legítimos respectivos presentarán en el Organismo provincial correspondiente del Ministerio de Industria instancia, a la que acompañarán, por triplicado, proyecto de la instalación a realizar, con indicación expresa de la procedencia de los bienes de equipo, memoria, presupuesto, estudio económico y programa de ejecución, con expresión del plazo en que se llevará a efecto la instalación o, en su caso, ampliación proyectada.»

Artículo 2.º:

«El Organismo provincial comprobará la documentación presentada, y en el plazo de treinta días procederá a la inscripción provisional en el Registro Industrial correspondiente de la nueva industria o ampliación solicitada.

Se entenderá conforme la petición de inscripción si no se formula, por escrito, observación alguna en el plazo indicado de treinta días a que se refiere el párrafo primero.»

Estamos, pues, en presencia de una actuación administrativa netamente diferenciada de las autorizaciones típicas del régimen anterior. Aquí, la Administración se limita a homologar el cumplimiento de unos requisitos, a fin de proceder a la inscripción en el Registro Industrial. Así lo pone de manifiesto una confrontación del apartado 2.º con el apartado 3.º de la Orden de 22 de febrero de 1963.

La diferencia ha sido destacada por la doctrina. En este sentido, por ejemplo, VILLAR PALASÍ, en su libro *La intervención administrativa en la industria* (Madrid, 1964, tomo I, pág. 333), afirma:

«Una vez conocido por la Administración el establecimiento de una industria en un sector liberado de acuerdo con los mínimos o condiciones generales en un momento dado ya no puede afectar al particular la modificación de las mismas. Es más, aplicando el criterio de las normas transitorias del Código civil, las situaciones en general, na-

cidas al amparo de una norma de liberación concreta, deben regirse por ésta y no por la que venga a sustituirla, en lo atinente a la autorización.

Pone esto de relieve, una vez más, la auténtica naturaleza de la autorización industrial, no derivada de la prohibición bajo nueva autorización, sino radicada en el deber positivo de solicitarla.»

Y BAENA DEL ALCÁZAR, al estudiar otro supuesto jurídico similar, la declaración de importación de mercancías liberadas (cfr. *Naturaleza jurídica de la declaración de importación de mercancías liberadas*, en «Revista de Administración Pública», número 42, en especial págs. 244-245), hace las sugestivas afirmaciones siguientes:

«En el caso de las llamadas autorizaciones regladas existe decididamente una función de control que puede suponer o no una actividad policial, y existe también un cierto margen de discrecionalidad. Lo que no existe, desde luego, es la valoración de la oportunidad del ejercicio de un derecho.

Y éste es, en realidad, el rasgo definitivo básico de la figura jurídica de la autorización. Justamente, la ausencia del mismo fue lo que llevó a DONATI a proponer la creación de la licencia como figura independiente, y lo que hizo dudar a GARRIDO de la inclusión en el concepto de las autorizaciones regladas. Y, a nuestro entender, aquella opinión y esta duda están ampliamente justificadas. Si mediante los actos a que nos referimos la Administración no efectúa un juicio de valor sobre la conciliación de interés individual con el interés del grupo social, cuya tutela tiene encomendada, dichos actos no pueden incluirse dentro del viejo concepto de autorización. La función de control, la discrecionalidad, el carácter de actividad policial, pueden darse en otras figuras jurídicas. El juicio de valor sobre el ejercicio de un derecho es privativo de la autorización. Nótese bien la diferencia que existe entre los dos supuestos. En la autorización auténtica existe un derecho del particular a realizar un acto, pero es un hecho genérico e indeterminado, y la Adminis-

tración hace un juicio de valor sobre la oportunidad del ejercicio de tal derecho. En estos otros actos administrativos no sólo existe el derecho genérico a realizar el acto, sino que existe una disposición administrativa que faculta a los particulares para realizarlo en determinadas condiciones. La Administración se limita en este caso a comprobar si se dan efectivamente estas condiciones, cumpliendo así una función de control.

Parece necesario incluir a todos estos supuestos en una nueva figura jurídica, que proponemos llamar aceptación, ya que en los supuestos mencionados la Administración acepta simplemente que se ejercite el derecho, una vez comprobado que se dan efectivamente las condiciones legales. Esta figura jurídica se diferencia de la admisión en que mientras en la aceptación se reconoce al particular la potestad de ejercitar su derecho a realizar un acto, en la admisión en cambio, se le incluye en un grupo.

Y una vez dicho lo anterior, estamos ya en posesión de todos los elementos de la definición del mismo. La aceptación sería 'aquel acto administrativo en virtud del cual la Administración reconoce al administrado la potestad de ejercitar su derecho a realizar un acto, limitándose a verificar que se dan en el caso concreto los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico'.»

En conclusión: cuando el administrado pone en conocimiento de la Administración el proyecto de realizar una de estas actividades, el órgano competente debe limitarse a verificar el cumplimiento de aquellos requisitos. Pero carece en absoluto de facultades discrecionales denegatorias.

b') *Control a la puesta en marcha.*

Y la verificación del cumplimiento de los requisitos adquiere toda su importancia una vez terminada la instalación. La Orden de 22 de febrero de 1963, en su apartado 5.º, dispone:

«Terminada la instalación o ampliación, el interesado lo pondrá en conocimiento del Organismo provincial, que procederá a su confrontación con el proyecto, a levantar el acta de puesta en marcha y a la inscripción definitiva en el Registro Industrial. Esta inscripción se comunicará a la Dirección General competente, la que, a su vez, la trasladará a la Organización Sindical y al Instituto Nacional de Estadística, a efectos estadísticos.»

Como la cuestión planteada se refiere a la legalidad de un acto dictado por la Administración pública en el ejercicio del control previo, examinaremos con detenimiento los problemas principales que su régimen jurídico plantea.

II. LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL REGISTRO INDUSTRIAL.

1. *Competencia de la Delegación Provincial de Industria.*

a) *La competencia como requisito del acto administrativo.*

El primer requisito esencial de los actos administrativos es la competencia. Es necesario que el acto proceda del órgano que tenga competencia, que esté en su esfera de atribuciones dictarlo. «Los actos administrativos—dice el artículo 40, párrafo primero, de la Ley de Procedimiento administrativo—se producirán por el órgano competente.» En otro caso, estaríamos ante un acto inválido y hasta nulo de pleno Derecho si la incompetencia fuese manifiesta [artículo 47, párrafo primero, apartado a), de la misma Ley]. Por benévola que sea la jurisprudencia a la hora de enjuiciar la gravedad de las infracciones de las normas sobre procedimiento administrativo, no duda en sancionar con la ineficacia máxima cuando la norma infringida es la reguladora de la competencia. Así, una sentencia de 22 de febrero de 1963 dice:

«Es principio jurídico en el Derecho público que únicamente deben tomarse en consideración gravísimas infracciones legales para que pueda declararse la nulidad del acto

administrativo, por ejemplo, cuando la autoridad que lo hubiere dictado fuese incompetente para hacerlo por razón del lugar o la materia.»

Y la sentencia de 19 de diciembre de 1957, en la misma línea, proclama que el «acuerdo de un órgano incompetente por razón de la materia para adoptarlo es nulo.»

Para que un acto sea válido, pues, ha de ser dictado, precisamente, por el órgano entre cuyas potestades está conocer de la materia que constituye el contenido del acto. «La competencia—dice el artículo 4.º de la Ley de Procedimiento administrativo—es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las Leyes».

Tiene tal relevancia este requisito—por responder al principio esencial de Derecho público de delimitar las funciones de los distintos órganos—que los Tribunales de lo contencioso-administrativo han reiterado siempre su jurisdicción para conocer de esta cuestión y verificar si el acto procede del órgano competente con carácter previo a cualquiera otra e incluso cuando carecieran de jurisdicción para revisar el acto administrativo en cuanto al fondo. Así, entre otras muchas, las sentencias de 22, 30 y 31 de enero de 1962, 30 de mayo de 1964, 1 de julio, 7 y 9 de octubre, 4, 14 y 21 de diciembre de 1965.

Esto supuesto, examinaremos la competencia para la inscripción en el Registro Industrial.

b) *La competencia en materia de instalaciones de industrias.*

La competencia en materia de instalación de industrias es distinta según el tipo de industria. Como vimos, al señalar los distintos grados de intervención, las nuevas disposiciones confían a órganos distintos la potestad para otorgar la autorización y la de inscripción en el Registro Industrial del proyecto de instalación de una industria liberalizada.

Es cierto que en uno y otro caso se prevé la presentación de la correspondiente solicitud en el correspondiente Organismo provincial—Delegación de Industria—; pero mientras que en el primer

caso ha de remitirse el expediente, con su informe, «a la Dirección General que corresponda, *para su resolución*» (Orden de 22 de febrero de 1963, apartado 3.º), en el 2.º corresponde la decisión al mismo organismo provincial (Orden de 22 de febrero de 1963, apartado 2.º).

Cuando el interesado no pretende obtener una autorización, sino simplemente la inscripción en el Registro Industrial, por tratarse de una industria de las que pueden instalarse libremente, pone fin al procedimiento la decisión del Organismo provincial. Y caso de que, efectivamente, verificada la comprobación, esté conforme, una vez decidida la inscripción, es cuando se remitirá la documentación a la Dirección General competente, que «dará traslado de ella a la Organización Sindical, a efectos estadísticos» (art. 4.º, Decreto 157/1963).

Y como en las disposiciones específicas aplicables no se prevé la avocación de esa competencia atribuida a las Delegaciones de Industria a favor de ningún organismo central, es obvio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de Procedimiento administrativo, que el acto formulando observaciones a la inscripción emitido por la Dirección General sería un acto dictado por órgano incompetente, y, por tanto, inválido.

No puede aducirse en contra que «el Decreto y la Orden citados no se refieren a una competencia específica de las dependencias provinciales..., por lo cual parece obligado tener en cuenta, de un lado, el precedente del Decreto de 8 de septiembre de 1939 y de la Orden complementaria de 12 de los mismos mes y año..., y de otro, que la Orden ministerial de 8 de julio de 1964, por la que se dictaron normas sobre el proceso de nacionalización y los porcentajes... atribuyó a las Direcciones Generales la resolución que decidiera si en cada caso concreto se cumplía o no el porcentaje».

Pues a estas afirmaciones puede oponerse:

1.º Que *no es cierto* que el Decreto 157/1963 y la Orden de 22 de febrero de 1963 no contengan una referencia específica a la dependencia provincial. Por el contrario, existe una expresa y clara atribución de competencia para decidir acerca de la inscripción en el Registro Industrial, al «correspondiente organismo provincial»,

limitando la competencia de la Dirección General a los supuestos de autorización.

2.º Que siempre existe la presunción a favor de la competencia de los órganos provinciales, según el artículo 5.º de la Ley de Procedimiento administrativo.

3.º Que no cabe aludir, ni siquiera a título de precedente, al Decreto de 8 de septiembre de 1939 y a la Orden de 12 de septiembre de 1939, por referirse a supuestos de autorizaciones y no a la inscripción en el Registro Industrial que se regula en las nuevas disposiciones, consagrando la política de liberalización.

4.º El hecho de que la Orden de 8 de julio de 1964 atribuya a las Direcciones Generales la competencia sobre el proceso de nacionalización no permite extender la competencia a otros extremos y debe limitarse a aquella función específica, respetándose íntegramente la competencia general de las Delegaciones de Industria.

2. La decisión expresa y presunta de la petición de inscripción.

El artículo 4.º, párrafo segundo, del Decreto 157/63, de 26 de enero, señalaba un plazo de «treinta días naturales» para que el organismo provincial competente comprobara la documentación presentada a efectos de la inscripción en el Registro Industrial. Y el apartado 2.º, párrafo segundo, de la Orden de 22 de febrero de 1963 dispone:

«Se entenderá conforme la petición de inscripción, si no se formula, por escrito, observación alguna en el plazo indicado de treinta días a que se refiere el párrafo primero.»

En el supuesto de que transcurra el plazo de treinta días sin que se formule por escrito observación alguna al interesado, ¿cabe entender que estamos ante una manifestación de silencio administrativo positivo y que se presume acordada la inscripción?

Es cierto que, para que pueda hablarse de silencio positivo, ha de existir disposición—no importa de qué rango—en que así se diga expresamente. No basta la simple exigencia de que se adopte resolución en un plazo determinado. Es requisito ineludible que se pre-

vea que la no notificación de resolución en ese plazo equivale a estimación de la petición.

¿Puede interpretarse así el precepto de la Orden de 22 de febrero de 1963? Indudablemente, sí. En efecto:

a) Gramaticalmente, no ofrece duda. Cuando transcurra el plazo previsto sin que se notifique la resolución, «*se entenderá conforme la petición de inscripción*». Así lo dice el apartado 2.º, párrafo segundo. Lo que, dada la naturaleza de la intervención administrativa (simplemente verificadora de si se dan ciertas circunstancias), únicamente puede interpretarse en el sentido de que es correcta la inscripción; de que se dan los requisitos exigidos por la norma aplicable y, en consecuencia, se accede a lo pedido.

b) Pero es que, además la doctrina siempre ha considerado un supuesto típico de aplicación del silencio positivo la de autorización reglada y la de admisión. Cuando la Administración ha de limitarse a comprobar si concurren determinadas circunstancias para acceder a lo solicitado por el administrado, lógico es que si, transcurrido el plazo previsto, no se notifica resolución expresa, se presuma concedida la petición. Así se consagra, por ejemplo, en el artículo 165 de la Ley del Suelo y en el artículo 9.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 1.º de junio de 1965, y así figuraba en la redacción primitiva del artículo 95 en el anteproyecto de la Ley de Procedimiento Administrativo.

De aquí que el precepto de la Orden de 22 de febrero de 1963 se limite a recoger lo que ya era un principio doctrinal y hasta legal. Y, en consecuencia, deducida la petición de inscripción, «si no se formula, por escrito, observación alguna en el plazo indicado de treinta días», se entenderá estimada la petición a todos los efectos. Como dice, entre otras, una sentencia de 23 de noviembre de 1962, según el artículo 95 de la Ley de Procedimiento administrativo, «que admite excepcional y explícitamente el efecto afirmativo del silencio en materia de autorizaciones, resulta indudable que, al revés de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba

obligada a resolver, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquélla, dimanantes, gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico..., y como tal, irrevocables, criterio que es también el de la jurisprudencia, como es de ver en sus decisiones de 29 de septiembre de 1951, 29 de enero de 1958 y 8 de junio de 1961». Idéntica doctrina se sienta en la sentencia de 3 de noviembre de 1964.

III. LA PETICIÓN DE I. M. DE INSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL REGISTRO INDUSTRIAL Y LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIAS SIDEROMETALÚRGICAS DE 7 DE MARZO DE 1966.

1. *Naturaleza del procedimiento incoado por I. M.*

a) *El principio inquisitivo, informador del procedimiento administrativo.*

En el procedimiento administrativo, inspirado en el llamado principio inquisitivo, no son vinculantes ni decisivas las peticiones deducidas por los interesados. Es cierto que las cuestiones que plantean los interesados constituyen el contenido mínimo del procedimiento de la decisión que en el mismo se adopte. «La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados», dice el artículo 93, párrafo primero, de la Ley de Procedimiento Administrativo; pero añade: «... y aquellas otras derivadas del expediente». Y, refiriéndose al procedimiento de recurso, el artículo 119 dispone: «La autoridad que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírá previamente.»

El objeto del procedimiento, pues, no se delimita por las peticiones de los interesados, sino objetivamente por el expediente en sí mismo considerado.

Ahora bien, a pesar del principio inquisitivo, es indudable que para calificar el procedimiento y determinar su objeto, siempre será decisivo el acto de iniciación, bien se haya incoado de oficio o a instancia del interesado. Pues el acto inicial será el que defina el

carácter del procedimiento. Dentro de éste, el órgano administrativo podrá plantearse y resolver cuantas cuestiones deriven del mismo, pero siempre y cuando sean cuestiones que estén dentro del ámbito del procedimiento.

b) *El objeto del procedimiento incoado por I. M.*

De los dos procedimientos que nuestro Ordenamiento arbitra en orden a la instalación de nuevas industrias, es evidente (confróntese antecedente tercero de este dictamen) que I. M. incoó el procedimiento cuyo objeto es comprobar si se daban o no los requisitos mínimos a efectos de la inscripción provisional en el Registro Industrial.

I. M. no pretendió una autorización, no trató de obtener la autorización para instalar una nueva industria. Por la sencilla y elemental razón de que la industria que pretendía instalar, por reunir las características mínimas exigidas en el momento de producirse la petición, no requería autorización previa. Podía instalarse libremente, con el simple requisito de poner en conocimiento de la Delegación de Industria el proyecto, a efectos de la correspondiente inscripción.

En consecuencia, en estricta aplicación del principio de congruencia, tal y como rige en el procedimiento administrativo, el órgano administrativo competente al que se dirigió la petición debía decidir aquella cuestión concretamente planteada, esto es, comprobar si se daban los requisitos mínimos: si el resultado fue satisfactorio, debería acceder a la inscripción; en otro caso, debería formular por escrito los obstáculos que se oponían a la inscripción.

Pero lo que en modo alguno podía hacer era someter a un órgano incompetente—la Dirección General—una cuestión—la de autorización—que no había sido planteada por los interesados.

c) *La decisión del procedimiento.*

De lo expuesto se desprende una conclusión elemental: que el único órgano competente para adoptar la decisión que procedía era la Delegación de Industria. Por lo que, al dictar resolución la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas—la resolución de 7 de marzo de 1966—, estamos ante un acto que adolece de vicio

esencial de incompetencia, y, por tanto inválido (cfr., *ut supra*, apartado II, 1).

Pero es que, además, tal acto administrativo es viciado por haberse producido cuando ya existía una decisión presunta por silencio administrativo, que, al suponer el reconocimiento de un derecho subjetivo administrativo a favor de I. M., no podía ser desconocido, anulado ni revocado sino a través de los procedimientos formales que arbitran los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento administrativo.

2. *La estimación presunta de la petición de I. M., en aplicación de la doctrina del silencio administrativo positivo.*

Ha quedado demostrado (cfr. apartado II, 2) que el apartado 2.º de la Orden de 22 de febrero de 1963 consagra un auténtico supuesto de silencio administrativo positivo.

Pues bien, para que se produzca la presunción estimativa que el silencio positivo implica, han de darse las circunstancias siguientes, que constituyen sus requisitos:

a) *Transcurso del plazo previsto.*

El primer requisito para que se produzca el silencio—cualquiera que sea su significado—es que transcurra el plazo que, en cada caso, señale la disposición aplicable.

En el procedimiento de inscripción provisional de nuevas industrias en el Registro Industrial, este plazo es de treinta días naturales. Así lo señala el artículo 4.º, párrafo segundo, del Decreto 157/1963. Por lo que, aunque el apartado 2.º de la Orden de 22 de febrero de 1963 únicamente hable de «plazo de treinta días», sin especificar que sean naturales, como se trata de una norma complementaria de aquél, ha de prevalecer la norma categórica del Decreto básico.

Dada la finalidad de garantía que la doctrina del silencio administrativo supone, aquel plazo no puede ser objeto de suspensión, ni siquiera por la petición de informes o cualquier elemento de juicio que hubiese exigido la Administración. Como afirma SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA (en *El procedimiento administrativo como*

garantía jurídica, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, página 98): «Permitir la suspensión *sine die* sería colocar la aplicación de la doctrina del silencio en manos de la Administración, que podría, a su antojo, aplicarla o no valiéndose para desvirtuarla del medio de pedir informes o documentos, aplazando así definitivamente la resolución.»

En el procedimiento incoado por I. M. se produjo un acto suspendiendo el procedimiento: el de 5 de enero de 1966, por el que se requiere la presentación de ciertos documentos. Concretamente, en el oficio se decía:

«La Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas, en telegrama recibido ayer, 4 de enero actual, registrado en esta Delegación de Industria con el número 600.046 nos dice lo siguiente: 'Examinada documentación presentada por I. M. en expediente fabricación turismos, obsérvase falta redacción detallada maquinaria indispensable para comprobar capacidad efectiva producción año dos turnos, asimismo no justifica grados nacional anual, conforme Orden 8 julio 1964, que deberá cumplirse estrictamente, V. S. deberá oficiar I. M. antes día 6, formulando las anteriores observaciones, quedando *suspendido* plazo treinta días para inscripción provisional y concediendo nuevo plazo treinta días hábiles a partir recepción de su comunicación para presentación datos indicados. Sirvase acusar recibo a este telegrama y su cumplimiento.»

¿Qué efectos pudo producir este acuerdo en el procedimiento incoado por I. M.?

a') Puede, en primer lugar, afirmarse que ninguno. Dada la naturaleza de la institución, no cabe concebir la interrupción del plazo previsto para que opere la doctrina del silencio administrativo. Otra cosa supondría dejar al arbitrio de la Administración la demora indefinida de los expedientes.

Si la finalidad que el silencio persigue es evitar, precisamente, que la Administración, con su actitud pasiva, no satisfaga las pretensiones de los particulares, es obvio que esta garantía se vendría

abajo si se pudieran suspender los plazos del silencio con cualquier pretexto.

De aquí que el acuerdo de suspensión trasladado a I. M. por la Delegación de Industria, el 5 de enero de 1966, no pudo producir el efecto suspensivo pretendido. Deducida una petición, para que no opere el silencio administrativo (en los casos en que, como el positivo, no se exige denuncia de mora), no basta que se notifique cualquier acto o providencia; es necesario que lo que se produzca sea la decisión o resolución expresa del procedimiento. Sin esto, el plazo del silencio corre fatalmente, sin que nada pueda obstaculizar o interrumpir su marcha.

Pero, además, es que aquel acuerdo de suspensión producido precipitadamente en el momento mismo en que estaba a punto de expirar el plazo de treinta días naturales, tampoco podía producir efecto, por la sencilla y elemental razón de que procedía de un órgano manifestamente incompetente, ya que:

— El acuerdo de suspensión se dicta por la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas. La Delegación de Industria de Alava no dicta el acto. Se limita a dar traslado de lo que ha sido acordado por la Dirección General. Sobre este extremo no cabe discusión: empieza así el oficio recibido por I. M.: «La Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas, en telegrama recibido ayer, 4 de enero actual, registrado en esta Delegación de Industria con el número 600.046 nos dice lo siguiente...»

— Y como el procedimiento no era un procedimiento de autorización de una nueva industria, sino de inscripción en el Registro Industrial de una industria que no requería autorización previa, es obvio que la competencia correspondía a la Delegación de Industria de Alava (cfr. apartado II, 1).

Conclusión: si tal acuerdo carecía de virtualidad para lograr la suspensión del procedimiento pretendida, es obvio que el plazo de treinta días naturales, que comenzó a computarse el día 8 de diciembre de 1965 venció el 7 de enero de 1966.

b') Ahora bien, admitamos a efectos dialécticos que, dada la finalidad de estos procedimientos, fuera admisible la suspensión y supongamos—¡que ya es suponer!—que el famoso telegrama de la

Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas fuera un acuerdo del órgano competente: la Delegación de Industria de Alava. En este supuesto, ¿cuándo hubiera expirado el plazo de treinta días naturales?

Para contestar adecuadamente a esta pregunta es necesario recordar algo tan elemental como los efectos de esta figura de crisis del procedimiento que es la suspensión. La suspensión consiste en la paralización de un procedimiento por voluntad del órgano ante el que se tramita o de los interesados. Y al desaparecer los efectos que la produjeron, se reanuda el procedimiento concediendo a los interesados el *plazo que quedó pendiente o sin consumir* cuando la crisis se produjo.

Sobre estas nociones, nos permitimos remitirnos a nuestro trabajo, *Derecho procesal administrativo*, 2.ª edición, Madrid, 1966, tomo II, páginas 793-794.

Y así lo consagra nuestro Derecho positivo, al regular el proceso civil (verbigracia, art. 340. en relación con el 342, de la Ley de Enjuiciamiento civil) y el proceso administrativo (verbigracia, al aplicarse el art. 71 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Aplicando estas nociones elementales al procedimiento incoado por I. M., resulta que:

— al producirse la suspensión el día 5 de enero habían transcurrido veintinueve días del plazo de treinta días naturales. Por tanto, restaba un solo día del plazo.

— I. M. presenta el día 1 de febrero de 1966 los documentos requeridos. Por lo que, desapareciendo en este momento la causa que motivó la suspensión, a partir del día siguiente se reanuda el plazo, y, como sólo restaba un día para su expiración, en ese momento—2 de febrero de 1966—se produjo la terminación del plazo.

b) *No notificación de la decisión.*

El segundo requisito para que se produzca el silencio administrativo es que, durante el plazo señalado, la Administración no notificase la decisión.

Ha de entenderse aplicable con carácter supletorio el silencio

positivo el precepto que, para el negativo, se contiene en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al exigir, para que éste se produzca, que durante el plazo previsto el órgano ante el que se produjo la petición «no notificase su decisión».

El precepto no se refiere para nada al hecho de que se hubiese dictado la resolución o decisión. La razón es obvia. Porque por el cómodo procedimiento de asignar a un acto una fecha anterior, la Administración podría, cuando mejor le pareciera, enervar los efectos del silencio administrativo. De aquí que, como garantía esencial de los derechos del administrado, se exija la *notificación* para que no se operen los efectos del silencio.

Pues bien, se admita o no la fuerza suspensiva del acto de 4 de enero de 1966, es evidente que el órgano competente para decidir la petición de I. M.—la Delegación de Industria de Alava—no notificó acto alguno dictado por ella dentro de plazo. Pues la primera notificación de I. M. se produjo el *10 de marzo de 1966*, al recibir, por correo certificado ordinario, la resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas.

Y en esta fecha había transcurrido con exceso el plazo de treinta días naturales, cualquiera que sea la fórmula de su cómputo. Pues, en efecto:

— Si se considera que no hubo interrupción del plazo, por carecer de fuerza el acuerdo de 4 de enero de 1966, el plazo venció el *7 de enero de 1966*.

— Si se admite fuerza suspensiva a aquel acto, al reanudarse su cómputo el *2 de febrero de 1966*, este mismo día expiró el plazo.

— Si admitiéramos—puestos a admitir—que, al producirse la reanudación el 2 de febrero de 1966, se abría íntegramente el plazo de treinta días naturales, dicho plazo venció el *3 de marzo de 1966*.

— Y aun cuando admitiéramos—lo que no permite el texto del artículo 4.º del Decreto 157/1963—que dicho nuevo plazo de treinta días habría de computarse descontando los inhábiles, habría vencido el *8 de marzo de 1966*.

Antes de estas fechas, I. M. no había recibido ninguna notificación. La primera notificación que recibe es el 10 de marzo de 1966. Y se trata, además, de la notificación de un acto que no

procede del órgano competente, que no ha sido dictado por el órgano al que se dirigió la petición, sino por uno distinto. Por lo que estamos ante un acto inválido.

Conclusión: que se ha producido la estimación por silencio positivo. La inscripción provisional en el Registro Industrial se ha operado automáticamente.

3. Conclusión.

Desde el momento que existe un acto presunto de inscripción, que reconoce un auténtico derecho subjetivo a favor de I. M., la Administración no puede desconocerle. Como afirman, entre otras, las sentencias de 23 de noviembre de 1962 y 8 de mayo de 1965: «La Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a resolver, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquélla dimanantes, gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico.»

Y como la resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas, firmada, según se dice, el 7 de marzo de 1966, que llegó tres días después (pese a que el correo con Vitoria no tarda más de una fecha), desconoce aquella realidad, es evidente que es inválida, infringe el Ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, debe ser anulada, a tenor del artículo 48 de la Ley de Procedimiento administrativo restableciendo íntegramente la situación jurídica nacida como consecuencia del silencio administrativo positivo.

IV. PROCEDENCIA DE LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL REGISTRO INDUSTRIAL.

1. Planteamiento.

Mas aun cuando no se hubiera producido la estimación presunta de la petición de I. M. y el acuerdo expreso desestimatorio hubiera sido dictado por órgano competente, seria asimismo inválido el acto de desestimación.

Porque—y entramos así en la cuestión de fondo planteada—la industria cuya instalación se pretende reúne las circunstancias mínimas exigidas para que resulte innecesaria la autorización administrativa previa y baste su inscripción en el Registro Industrial.

La resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas, después de una serie de consideraciones generales sobre los distintos regímenes de instalación de industrias y de destacar reiterativamente la necesidad de respetar las dimensiones mínimas para evitar todos los inconvenientes del «minifundio industrial», llega a la conclusión de que el proyecto de I. M. no alcanza esos mínimos, con estas simples consideraciones recogidas en su sexto Considerando, que resumen toda la argumentación de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas:

«Que, pese a ello, es necesario concluir que lo que realmente solicita I. M. es la inscripción en el Registro Industrial de su actividad de fabricación de vehículos automóviles de turismo con una dimensión en el momento de la puesta en marcha inicial inferior a la mínima. para alcanzar ésta en 1970, es decir, incluye en el mismo proyecto el acto de nacimiento o de iniciación y los sucesivos actos de crecimiento o ampliación, actos que, como queda dicho, deben escindirse para una aplicación correcta de la legislación, cuya escisión lleva consigo una distinción en la naturaleza de la petición, que ya no debe calificarse de petición de inscripción en el Registro Industrial (o lo que es lo mismo, autorización administrativa singular y reglada), sino de autorización administrativa singular y discrecional por bajo de las dimensiones mínimas.»

En definitiva, pues, se reconoce—resultaba imposible la negativa—que el proyecto de I. M. alcanzará los «mínimos» preceptivos. Pero como esos mínimos se alcanzarán en 1970—conviene no olvidar que la resolución se dicta en 1966—y hasta entonces se prevén unas fases o etapas en las que, naturalmente, todavía no se ha alcanzado la productividad total, la Dirección General considera que la terminación de la primera fase supone ya la terminación de la

instalación, de la que las fases posteriores son ya «ampliaciones». Y, en consecuencia, al no llegar al fin de esa primera fase—que tiene lugar en 1967—a la productividad mínima exigida, considera que no estamos ante un supuesto de inscripción en el Registro Industrial, sino en uno de autorización administrativa discrecional.

2. *La capacidad de producción mínima como presupuesto de la liberalización.*

a) *La capacidad de producción mínima*

Según se ha dicho [cfr. apartado I, 3 b)], en las industrias enumeradas en el apartado I del artículo 2.º del Decreto 157/1963, el Ministerio de Industria determinó unas condiciones mínimas para que no fuera preceptiva la autorización administrativa previa. Las industrias que no tuvieran la capacidad de producción mínima señalada no podrían instalarse sin la autorización previa.

En la industria de fabricación de automóviles de turismo la capacidad de producción exigida por planta se ha ido modificando:

— en la Orden de 10 de febrero de 1964 se exigía una capacidad de producción de 75.000 unidades año;

— en la Orden de 9 de enero de 1965, de 125.000 unidades año en dos turnos;

— en el Decreto de 18 de diciembre de 1965, 250.000 unidades año en dos turnos

Interesa destacar que ninguna de estas disposiciones establecen la exigencia de determinadas condiciones técnicas. Se limitan a señalar una capacidad de producción. Alcanzada ésta, la instalación de la Empresa es libre; en otro caso, haría falta autorización.

Las razones de estos mínimos no eran otras, como también se ha señalado, que evitar el minifundio industrial y la aparición de una oferta atomizada y poco competitiva.

Este es el fin perseguido al conferir al órgano competente potestad para otorgar discrecionalmente autorización en el supuesto de no alcanzar aquellos mínimos. Por lo que el ejercicio de la potestad para otra finalidad determinaría un vicio del acto que se dictara, que tiene un nombre muy expresivo en Derecho adminis-

trativo: desviación de poder (art. 48, párrafo primero, de la Ley de Procedimiento administrativo, y artículo 83, párrafo tercero de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa)

b) *El proceso de ejecución.*

La instalación de una industria con aquellos niveles de producción no puede tener lugar de la noche a la mañana. Únicamente podrá realizarse a través de un proceso de ejecución, que, lógicamente, exigirá varios años.

Si la construcción de una casa, desde que se coloca la primera piedra hasta que se instala el último servicio, exige, a pesar de la técnica y de los elementos de construcción modernos, un período de tiempo nada despreciable, ¿qué no exigirá la instalación de una fábrica con capacidad de producción de 125.000 automóviles de turismo?

De aquí que toda, absolutamente toda la normativa que regula la materia se refiere a *programa de actuación y plazo de instalación*, elementos que constituyen datos esenciales en la documentación que ha de acompañarse a la solicitud de inscripción.

El artículo 4.º del Decreto 157/1963 y, más ampliamente, el apartado 1 de la Orden de 22 de febrero de 1963, establecen la necesidad de presentar, por triplicado, «proyecto de instalación a realizar, con... programa de ejecución, con expresión del plazo en que se llevará a efecto la instalación». La Orden de 8 de julio de 1964, al dar normas sobre la nacionalización de los vehículos, se refiere (apartado 4.º, a), al «programa de inversiones con indicación expresa de las fechas de ejecución».

Por tanto, si una vez realizado ese programa de ejecución, en las fechas previstas, el resultado es la instalación de una industria con la capacidad de producción exigida es evidente que se cumplen los mínimos reglamentarios, aun cuando al terminar cada una de las fases no ocurra así.

La interpretación contraria conduce al absurdo y, como tal, en aplicación de una reiterada jurisprudencia (verbigracia, sentencias de 10 de mayo de 1934 y 13 de junio de 1949) debe rechazarse. Tan absurda, por ejemplo, como si los órganos urbanísticos, ante la

petición de licencia para edificar una casa de nueve plantas, exigidas por las Ordenanzas, dictaran resolución denegatoria por el hecho de que en el proyecto de construcción se prevea que en el primer año únicamente se alcanzarán seis plantas.

Hemos de reconocer que, a través del programa de ejecución, podrían consumarse verdaderos fraudes de Ley, que conducirían a flagrantes infracciones de la regulación de la capacidad mínima de producción. Así, por ejemplo, si después de una primera fase únicamente se alcanzara una capacidad de producción muy inferior a la mínima y se preveyera un largo período de tiempo, para, en las fases sucesivas, alcanzar la capacidad de producción total, lo que supondría no una instalación en varias fases, sino la instalación en una primera fase, constituyendo las fases posteriores auténticos proyectos de ampliación.

Pero no hace falta ser técnico en industria; basta un mínimo de sentido común para distinguir cuándo estamos en un supuesto o en otro, para precisar si estamos, de verdad, ante una instalación en varias fases o ante una instalación y sucesivas ampliaciones, más o menos encubiertas. Bastará con tener en cuenta la duración de cada una de las fases, capacidad de producción alcanzada al final de cada una de ellas y, en definitiva, la duración total de las tareas de instalación.

c) *El acta de puesta en marcha.*

La comprobación de si, efectivamente, se han cumplido los requisitos mínimos, tendrá lugar al levantarse el acta de puesta en marcha, previa «confrontación» de la instalación con el proyecto (artículo 4.º, Decreto 157/1963; apartado 5.º, Orden de 22 de febrero de 1963). Será entonces cuando se fiscaliza si, realmente, estamos ante un supuesto de libre instalación.

Pero en el momento de la inscripción provisional en el Registro Industrial la Administración se limita a verificar si, en principio, el proyecto prevé una instalación que alcance las condiciones mínimas. De aquí que la inscripción sea provisional, constituyendo en cierto modo un supuesto de lo que, tradicionalmente, se ha denominado «acto-condición», ya que su eficacia está condicionada a

que la instalación realizada se ajuste, una vez ultimada, al proyecto que reúna las condiciones reglamentarias mínimas.

3. *El proyecto de instalación de I. M.*

Sentados los principios expuestos, estamos en condiciones de enjuiciar si el proyecto de instalación de I. M. se ajusta a la normativa aplicable y, en consecuencia, la validez en cuanto al fondo de la resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas.

Puede afirmarse categóricamente que el proyecto se ajusta estrictamente a las condiciones exigidas por las disposiciones aplicables. En efecto:

a) La planta industrial proyectada tiene capacidad para producir 125.000 unidades al año que era la capacidad exigida por la norma vigente en el momento de solicitarse la inscripción en el Registro Industrial. Así se demuestra con un simple examen del proyecto. Y es tan evidente el hecho, que la propia resolución de la Dirección General no puede por menos de reconocerlo (cfr. Considerando primero).

b) El hecho de que la instalación haya de realizarse a través de varias fases no puede aducirse como argumento contrario, pues las propias disposiciones aplicables prevén la existencia de un programa de actuación. Y aun cuando es cierto que a través de estos programas pueden consumarse verdaderos fraudes de la Ley, en el caso concreto planteado no puede existir la menor sospecha de que así sea, ya que el plazo para que la instalación esté ultimada no puede ser más prudente y la capacidad de producción alcanzada en cada una de las fases responde a un proceso de instalación a ritmo muy superior al normal, o, al menos, superior al que es normal en España.

V. LA DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN INCURRE EN DESVIACIÓN DE PODER

Aun cuando se entendiera que estamos ante un supuesto de exigencia de autorización, la denegación de ésta sería asimismo un

acto inválido. Pues se ha dictado contraviniendo abiertamente el interés público.

Podemos afirmar que se ha ejercitado una potestad administrativa para un fin distinto del previsto en el Ordenamiento. Y esto es lo que constituye la desviación de poder, como vicio del acto administrativo, tal y como se define en el artículo 83, párrafo tercero, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisprudencia.

No desconocemos el rigor con que se exige la demostración del apartamiento teleológico del acto administrativo del Ordenamiento. Así, una sentencia de 7 de octubre de 1963 dice:

«La acción impugnatoria por desviación de poder no ha de fundarse en meras presunciones, ni en suspicaces y especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina, sino de hechos concretos.»

Otra de 12 de abril de 1965, que:

«La desviación de poder no puede fundarse en criterios erróneos de la Administración ni en aplicaciones indebidas de preceptos legales, sino que es preciso justificar que al dictar sus resoluciones actuó con simulación aplicando aparentemente unos preceptos legales aceptados, pero en el fondo con el ánimo deliberado de favorecer a determinado concursante.»

En sentencia de 18 de noviembre de 1965 se afirma que para que exista desviación de poder,

«tanto la legislación como la doctrina exigen un apartamiento teleológico del acto administrativo en relación con el Ordenamiento jurídico, de tal manera que la actividad de la Administración se separe de los fines para los cuales dicho Ordenamiento concedió a la misma la facultad de actuar.»

La de 31 de mayo de 1966 establece:

«Por lo que se refiere a la desviación de poder, preciso es convenir en que tal desviación de poder, tal y como esta figura de infracción está definida en el párrafo tercero del artículo 83 de la Ley jurisdiccional y cómo ha sido perfilada por la doctrina y por diversas sentencias de este Tribunal, entre otras las de 14 de mayo de 1959 y 28 de febrero de 1961, tiene como rasgo característico esencial lo que se ha calificado como 'el vicio del fin' en el acto administrativo, es decir, la discrepancia entre la finalidad que el órgano de Administración, para cuya finalidad éste está dotado de la adecuada potestad, y el uso que tal órgano hace en caso contrario de tal potestad, desviando hacia el logro de un fin distinto del fijado en el Ordenamiento jurídico...»

La de 7 de junio de 1966 dice:

«Es indispensable para que resulte inadmisibile la desviación de poder, que se acredite de una manera tajante; como se previene en la sentencia de 21 de enero último que la Administración se haya separado del cauce jurídico correcto con objeto de lograr unos designios ajenos a los que inspiraron la pertinente norma legal.»

Y, entre otras muchas, la de 14 de junio de 1966 sienta la siguiente doctrina:

«La desviación de poder tiene que apoyarse en la seguridad de que al aplicar la norma legal pertinente se ha desembocado, con preconcebida intencionalidad, en finalidades y propósitos ajenos a la misma, porque, según sentencia de 26 de diciembre de 1960, siempre se presume, salvo prueba en contrario, que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a Derecho, y la exigibilidad de una demostración concluyente en ese sentido, es tan rigurosa, que la sentencia de 21 de enero del año en curso, pendiente de la doctrina que acaba de anotarse, rechaza las meras conjeturas.»

Partimos de esta doctrina jurisprudencial. Pero por exigentes y formalistas que seamos a la hora de verificar si el órgano administrativo, al dictar el acto, se ha apartado o no de los fines señalados por el legislador, creemos que no ofrece duda que nos enfrentamos con un claro supuesto de desviación de poder.

Pues aun cuando admitiéramos a efectos dialécticos que estamos ante un supuesto de facultad discrecional, aun cuando admitiéramos que no estamos ante un supuesto de libertad de ampliación de industria y que el Ministerio tenía facultad para conceder o denegar la autorización, la negativa al proyecto presentado resulta imposible en el plano de la lógica.

Pues son hechos indubitables los siguientes:

a) Que por mucho que preocupe a nuestra Administración el «minifundio industrial», ¿puede hablarse seriamente de ello al referirse a una industria que lanzará al mercado 125.000 unidades?

b) Que con esos mínimos de producción, habría que considerar un absurdo técnico todas, absolutamente todas, las actuales industrias de fabricación de automóviles que existen en España. Y, al menos algunas, tienen una vida floreciente, gracias precisamente a esos mínimos que van a exigirse para el futuro, constituyendo la más firme garantía de los *beati possidentes*.

c) La posibilidad de que el ciudadano español cuente con un automóvil del tipo del «Volkswagen» es algo que no admite discusión desde el punto de vista del *interés público*, aunque sí la admita desde el punto de vista de los *intereses patrimoniales* de los industriales establecidos.

d) Perc es que lo que la firma «Volkswagen Antiengesellschaft», propietaria de la marca «Volkswagen», ofrece a la economía española es, no ya la posibilidad de que los españoles cuenten con uno de los vehículos más apetecidos en todo el mundo, sino la oportunidad de exportación en cifras hasta ahora insospechadas para la industria española, de tal modo que este proyecto, en lugar de costar divisas a la economía nacional, le supondría un ingreso considerable de las mismas.

Cuando, pese a todos estos ofrecimientos, garantizados con la solvencia de firmas prestigiosas en el mercado internacional, se

niega la instalación, es porque se está ejerciendo una potestad para fines distintos de los previstos en el Ordenamiento jurídico.

Si se hubiera condicionado el permiso al cumplimiento estricto de aquellos ofrecimientos, podría pensarse en que lo que se pretende es garantía de las enormes ventajas que la casa «Volkswagen AG» ofrece. Pero cuando lo que se decide es la negativa rotunda sólo tiene una explicación posible: que estamos ante un supuesto de desviación de poder.

Interesa destacar que uno de los supuestos que integran la desviación de poder consiste en la «tergiversación por la Administración de los hechos de que parte». Así, la sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1959 (comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA en el núm. 30 de esta REVISTA, págs. 140 y sigs). Y esto es lo que ocurre en la resolución a que se refiere el dictamen, al aducir, como hecho justificativo de la denegación, que la reiteración por parte de la entidad recurrente de que cumplirá la Ley es inadmisibles e insuficiente por haberse deducido una vez dictada la resolución.

Ello supone una clara tergiversación de los hechos. Pues no es cierto que sea ésa la primera vez que I. M. manifiesta su deseo de estricto cumplimiento de la Ley. No es cierto que tal petición se haya deducido «una vez dictada resolución». Pues se ha formulado desde el primer momento, desde el primer escrito.

En efecto: la resolución de la Dirección General se adopta el 7 de marzo de 1966. Pues bien, antes de esta fecha I. M. formula y reitera solemnemente su deseo de llevar a cabo su proyecto dentro del más estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes, entre otros, en los siguientes escritos:

1.º Escrito presentado por I. M. en la Delegación de Industria de Alava el 6 de octubre de 1965, en cuyo apartado 3.º de la «súplica» se dice:

«3.º Tener por contraído el compromiso de someterse exactamente a las disposiciones en vigor para la referida ampliación de industria, así como el de presentar en la forma reglamentaria el proyecto de instalación, con indicación expresa de la procedencia de los bienes de equipo y materias

primas a utilizar, memoria, presupuesto, estudio económico y programa de ejecución, con expresión del plazo en que se llevará a efecto la ampliación proyectada.»

2.º Declaración notarial formulada por el representante legal de la firma «Volkswagen Antiengesellschaft», el día *18 de noviembre de 1965*, en cuyo apartado 3.º declara:

«3.º El Consejo de Administración de I. M. ha decidido en su sesión del 5 de octubre de 1965 en la cual han tomado parte los nuevos miembros, iniciar la fabricación de vehículos de turismo de la marca 'Volkswagen', bajo cumplimiento de las disposiciones legales españolas en relación a las dimensiones y grado de nacionalización de dicha fabricación.

'Volkswagen AG' está suficientemente informada sobre el contenido de las citadas disposiciones y se declara conforme con el mencionado proyecto de I. M. 'Volkswagen AG' declara que para el mantenimiento del elevado nivel de calidad y la fama de sus productos, en algunos aspectos aislados habrán de hallarse soluciones de transición, que sirvan a las conveniencias españolas y atiendan los intereses de la firma 'Volkswagenwerk AG', siempre de acuerdo con lo dispuesto por la legislación española.»

3.º Escrito presentado por I. M. en la Delegación de Industria de Alava el *7 de diciembre de 1965*, al que se acompañaba, entre otros documentos, el que acaba de reseñarse, en el que se afirma:

«Expresamente se reitera por I. M. el estricto sometimiento con motivo de la solicitud de ampliación de industria, o en su caso, instalación para la fabricación de vehículos de turismo de la marca 'Volkswagen' a las disposiciones legales en vigor (Decreto de 26 de enero de 1963, Orden de 22 de febrero de 1963, Decreto de 16 de marzo de 1963, Orden de 10 de febrero de 1964, Orden de 8 de julio de 1964, Decreto de 9 de enero de 1965, Decreto de 25 de febrero de 1965 y demás concordantes).»

Y en el apartado 4.º del «suplico» se insiste en dicho ofrecimiento, en la forma siguiente:

«4.º Que se tenga por contraído formalmente el compromiso de someterse estrictamente a todas las disposiciones en vigor para la ampliación de industria o, en su caso, instalación en relación con la fabricación de vehículos de turismo.»

4.º El 25 de enero de 1966, al presentar I. M. escrito contestando a la oposición de la casa SEAT reitera asimismo su ofrecimiento.

5.º Y en escrito presentado el 1 de febrero de 1966, I. M. vuelve a decir:

«Debe hacerse la aclaración de que en el proyecto presentado el establecimiento de etapas no equivale a señalar en la fase de montaje de instalaciones y fabricación de unidades, períodos diversos separados entre sí, esto es, con solución de continuidad entre ellos, sino simplemente a un racional y progresivo montaje y aprovechamiento de las instalaciones y adiestramiento de personal hasta lograr rendimientos 'standard'—respondiendo a elementales postulados de orden social, financiero, económico, industrial y comercial—, pero con el propósito y la decisión firmes e inalterables de alcanzar la meta exigida por la legislación en el sentido de montar en el plazo más breve posible, compatible con los de entrega de maquinaria y construcción de instalaciones, una planta industrial capaz para fabricar al año en dos turnos 125.000 unidades.»

Ante tan claras, categóricas y reiteradas afirmaciones, ¿cómo es posible decir que antes de la resolución de la Dirección General—que se dicta el 7 de marzo de 1966—I. M. no había hecho aquel ofrecimiento?

CONCLUSIONES.

Primera. El proyecto de I. M. de fabricación de automóviles de turismo marca «Volkswagen» alcanza la capacidad de producción mínima exigida por las disposiciones aplicables en el momento de su presentación en la Delegación de Industria de Alava, para que sea libre su instalación, sin autorización administrativa previa.

Segunda. La inscripción provisional del proyecto en el Registro Industrial se ha producido en aplicación de la doctrina del silencio administrativo, que prevé el apartado 2.º, párrafo segundo, de la Orden de 22 de febrero de 1963.

Tercera. La resolución de la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas que aparece firmada el 7 de marzo de 1966, es inválida y debe ser anulada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por incurrir en las siguientes manifiestas infracciones del Ordenamiento jurídico:

- 1.º Se ha dictado por órgano incompetente.
- 2.º Desconoce la inscripción provisional operada en virtud de la doctrina del silencio administrativo positivo.
- 3.º Desestima la petición de I. M., a pesar de que el proyecto de esta Sociedad se ajusta a las condiciones legales y reglamentarias.

Y con la firme convicción de que así procede con arreglo a Derecho, firmo este dictamen en Madrid, a 21 de marzo de 1966, sometiéndome gustosamente a cualquier otro mejor fundado.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: I. *Textos refundidos reguladores de los distintos tributos.*—II. *Textos refundidos de la Contribución Territorial Urbana:* 1. Criterio seguido al redactarlos.—2. El hecho imponible.—3. Exenciones y bonificaciones.—4. El sujeto pasivo.—5. La base imponible.—6. Procedimiento administrativo para determinarla.—7. La deuda tributaria.—8. Régimen transitorio: vigencia y aplicación del régimen definitivo, bienes calificados tributariamente de naturaleza urbana, base imponible y deuda tributaria.

I

El artículo 241 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario ordenó que el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, aprobara por Decreto el texto refundido de los distintos tributos regulados en dicha Ley.

La disposición transitoria primera de la Ley General Tributaria dispone que la refundición acomodará las normas legales tributarias a los principios, conceptos y sistemática que se contienen en dicha Ley, procurando regularizar, aclarar y armonizar las Leyes tributarias vigentes, que quedarán derogadas al entrar en vigor los textos refundidos.

Para lograr dichos objetivos se consignan en el texto refundido todos los conceptos que deberán regularse por Ley, con arreglo al artículo 10 de la Ley General Tributaria, aunque el rango que los incorporó a nuestro Ordenamiento fuese a veces de rango inferior, y se excluyen los preceptos que, si bien figuran incluidos en Leyes, deben figurar en lo sucesivo en disposiciones de inferior rango.

En el *Boletín Oficial de Estado* se han publicado los siguientes textos refundidos:

El de la Contribución Territorial Urbana.

El de la Contribución Rústica y Pecuaria.

El del Impuesto sobre Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales.

El del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas.

El de los Impuestos Especiales.

El del Impuesto sobre Rendimiento del Trabajo Personal.

Por otra parte, el Consejo de Ministros, en sesión celebrada el 10 de marzo último, aprobó el texto refundido de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

II

1. El texto refundido de la Contribución Territorial se aprobó por Decreto de 12 de mayo de 1966 y se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del día 30 del mismo mes.

Para redactarlo se han tenido en cuenta:

1.º No limitarse a la transcripción pura y simple de los preceptos con rango legal dictados en épocas en que prevalecían criterios económicos y sociales contradictorios, sino ajustarse a los principios de la actual sistemática tributaria.

2.º Incorporar al texto refundido las disposiciones dictadas por Departamentos ministeriales distintos del de Hacienda, pues de no hacerlo tales disposiciones quedarían derogadas en virtud de lo ordenado en la disposición transitoria segunda de la Ley General Tributaria, al entrar en vigor el nuevo texto, y se produciría una laguna legal de graves consecuencias.

2. La Contribución Territorial Urbana constituye un impuesto a cuenta de los generales sobre la renta total de las personas físicas o de las Sociedades y demás entidades jurídicas, según la naturaleza del perceptor de dicha renta, y recae sobre el importe de las que anualmente producen o son susceptibles de producir los bienes calificados tributariamente de naturaleza urbana.

El hecho imponible de esta contribución se realiza: por la percepción, devengo o susceptibilidad de obtención de los rendimientos de los bienes calificados tributariamente de naturaleza urbana, y por la utilización, goce o posesión, en virtud de derecho real, de los bienes que produzcan o sean susceptibles de producir los expresados rendimientos.

Se considerarán bienes de naturaleza urbana:

1.º Los urbanos, entendiéndose por tales: en los Municipios en que exista Plan General de Ordenación, los que formen parte de sectores del casco de población ocupados por construcciones en sus dos terceras partes los que estén urbanizados con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan y los que, aun sin urbanizar, se hallen enclavados en sectores con Plan parcial de ordenación aprobado; en los Municipios que carezcan de Plan de Ordenación, los que resulten abarcados en un polígono edificado, al menos en el 20 por 100 de su extensión superficial.

2.º Los de reserva urbana integrados en el Plan General de Ordenación, para ser urbanizados y no clasificables de urbanos, según el número precedente.

3.º Los que cualquiera que sea su naturaleza dispongan de vías que tengan pavimentada la calzada o encintado de aceras, o cuenten con suministro de aguas o con servicio de desagües o alumbrado público. Cuando dichas vías no formen manzanas cerradas se tomará como profundidad de las parcelas afectadas la correspondiente a un fondo normal edificable de acuerdo con las circunstancias de la localidad.

4.º Los fraccionados en forma que rompan la unidad mínima de cultivo señalada en los Planes Generales de Ordenación.

5.º Los ocupados por construcciones sujetas a esta contribución.

Se considerarán construcciones: los edificios, en el sentido más amplio de la palabra, sean cualesquiera los elementos de que estén constituidos, los lugares en que se hallen emplazados y el uso a que se destinen, aun cuando por la forma de su construcción sean perfectamente transportables y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción, y las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos, como diques, tanques y cargaderos, y las obras de urbanización y

mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos considerándose como tales los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones.

No se considerarán construcciones: las de cualquier naturaleza que sean indispensables para el desarrollo de alguna explotación rústica o pecuaria; los saltos de agua comprendidos en las tarifas de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, y el mobiliario, decorados o instalaciones accesorias para la explotación de los edificios destinados a locales de espectáculos.

3. La Ley enumera las exenciones permanentes de carácter subjetivo y objetivo, las exenciones permanentes por razón de la cuantía de la base imponible, las exacciones temporales, las bonificaciones permanentes y temporales en la base imponible y las bonificaciones permanentes en la deuda tributaria.

4. Son sujetos pasivos en esta Contribución las personas físicas y jurídicas, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, aun cuando carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, que sean titulares de bienes de naturaleza urbana.

En particular, son sujetos pasivos de este tributo: los propietarios, los usufructuarios por todo el tiempo que dure el usufructo, los enfiteutas y demás censatarios, cuando el censo sea perpetuo o por tiempo indefinido, y los titulares del derecho real de superficie o los que sean del dominio directo cuando el censo sea temporal.

5. La base imponible en esta Contribución se establecerá en función de los valores y rentas industriales de los bienes de naturaleza urbana. Se entiende por valor catastral el que corresponde a los bienes gravados. Se considera renta catastral el producto bruto de los bienes afectado por la Contribución. La base imponible atenderá al beneficio neto que se considera obtenido al deducir de la renta catastral los gastos legalmente estimados necesarios para su obtención.

El valor catastral estará integrado por los valores del suelo y las construcciones, afectada su suma por un índice que atienda a los casos en que aquéllas no correspondan al aprovechamiento más idóneo del suelo. Para la determinación del valor del suelo, el término municipal se ordenará en polígonos. En cada uno de ellos se tomará el valor básico, deduciendo del que resulte del rendimiento óptimo, según las condiciones de uso y volumen permitidas, el coste de las construcciones necesarias para conseguirlo. Partiendo del valor básico, el de cada parcela se determinará aplicando a aquél los coeficientes correctores necesarios, según la situación, características intrínsecas y grado de urbanización de los terrenos. Cuando el valor básico no pueda ser determinado según las reglas procedentes, se estará al que resulte del precio medio del mercado. La valoración de las construcciones se realizará atendiendo a su coste actual, corregido en función de su edad, destino, clase de edificación y posibilidades de venta y al valor actual del mercado.

La renta catastral de los bienes urbanos se fijará en el 4 por 100 de sus valores catastrales, salvo las excepciones relativas a viviendas y locales arrendados o locales de negocios acogidos a regímenes especiales.

La renta catastral de las viviendas y locales arrendados se determinará corrigiendo la obtenida por aplicación del 4 por 100 sobre el valor catastral, mediante un índice que pondere la antigüedad del contrato en vigor o las circunstancias que puedan determinar rendimientos distintos de aquella cifra. Dicho índice será aplicable mientras subsista el arrendamiento a que se refiera. Para la fijación de la renta catastral la Administración deberá atender a los rendimientos que produzca o deba producir normalmente cada bien urbano, sin tener en cuenta la mayor o menor renta que produzca por circunstancias excepcionales o transitorias; en todo caso, la renta catastral se establecerá sin atender a aquellos arrendamientos o disfrutes que notoriamente aparezcan desdeñados o mal establecidos por el propietario. Al efectuar el cómputo de los rendimientos normales del mercado se hará una deducción de los gastos que correspondan al suministro de calefacción o algún otro especial cuando se incluya en el arrendamiento. Si el arrendatario fuere una persona jurídica, el índice de antigüedad del contrato se referirá, como máximo, a un período de veinte años. Si el total

importe de las rentas legalmente exigibles a un local o vivienda arrendada fuese inferior en más de un 20 por 100 a la catastral estimada en la forma expresada, ésta se reducirá hasta el importe legal de las rentas exigibles. Dicha reducción se efectuará a solicitud del propietario del inmueble o del arrendatario afectado.

En las viviendas o locales de negocio acogidos a regímenes especiales, que llevan consigo una fijación administrativa de la renta, se estimará como renta catastral la que resulte de dicho régimen, incluso cuando estén ocupadas por sus propietarios en tanto subsista la limitación de modificarla.

La base imponible de los edificios será la cantidad resultante de aplicar a la renta catastral el descuento único del 30 por 100, en concepto de huecos, reparos y servicios. En los demás casos la base imponible será igual a la renta catastral referida a cada anualidad.

6. El procedimiento administrativo para la determinación de la base imponible se iniciará con una declaración previa, que será exigida por una sola vez a los propietarios de los bienes sujetos y presentada por los Ayuntamientos respectivos. La inexactitud o la falta de presentación de dichas declaraciones serán sancionadas conforme a lo previsto en la Ley General Tributaria.

Los Ayuntamientos colaborarán en la aplicación de la Contribución y auxiliarán especialmente a la Administración en la comprobación de las declaraciones y en la notificación individual complementaria.

Corresponderá a los Ayuntamientos formular las declaraciones que no se hubieren presentado o verificar las rectificaciones de las que se presentaren defectuosamente.

La Administración fijará el valor básico del suelo por polígonos, así como el de las construcciones, según sus tipos y los índices de valoración y corrección, y propondrá la aprobación a una Junta competente compuesta en número igual por contribuyentes y por representantes de la Administración. Formará parte de dicha Junta un representante del Ministerio de la Vivienda y otro del Ayuntamiento correspondiente. Cuando en la Junta no recaiga acuerdo sobre la valoración corresponderá ésta al Jurado tributario. Contra sus decisiones podrá recurrir ante el Jurado central cualquiera

de los componentes de la Junta que no hubiera prestado su conformidad al acuerdo.

La Administración fijará la renta catastral correspondiente a cada uno de los bienes urbanos aplicando las valoraciones aprobadas por la Junta o, en su caso, por el Jurado correspondiente. Una vez determinadas las bases imponibles, valores y rentas catastrales de las fincas de cada polígono, se publicarán por edictos y se notificarán en forma individual a cada contribuyente. Los valores establecidos por la Administración podrán ser recurridos ante los Jurados tributarios por aplicación indebida de las normas aprobadas por la Junta y por agravio comparativo. Podrán recurrirse por vía económico-administrativa los siguientes acuerdos de los Jurados tributarios: los adoptados con quebrantamiento o vicio de cualquiera de los trámites de procedimiento que hayan producido indefensión del contribuyente o hayan lesionado los derechos de la Administración, los que se hayan extendido a cuestiones de derecho y los que resuelvan recursos interpuestos por aplicación indebida de las normas aprobadas por la Junta.

La base imponible así determinada tendrá efectividad a partir del ejercicio inmediato siguiente del de su publicación por edictos.

Las valoraciones se revisarán cada cinco años.

7. El tipo de gravamen de esta Contribución será el 20 por 100 de la base liquidable asignada a cada finca.

Sobre la base liquidable la cuota estatal o la suma de cuotas o recargos se aplicarán, o podrán aplicarse, según los casos, los recargos que fija la Ley a los tipos únicos o máximos que en la misma se indican.

8. La Ley regula un régimen transitorio, cuyos extremos más importantes son los siguientes:

a) *Vigencia y aplicación de la Ley.*

La contribución se exigirá de acuerdo con las normas transitorias en tanto no se ordene por el Ministerio de Hacienda la aplicación del régimen definitivo a las distintas zonas del territorio.

b) *Bienes calificados transitoriamente de naturaleza urbana.*

Se considerarán bienes de naturaleza urbana: los edificios, los censos, foros, subforos, pensiones y todos los gravámenes sobre edificios exentos de este tributo, sea cualquiera la persona o entidad obligada a satisfacerlos, y los muebles de propiedad particular existentes en los puertos españoles

Se entenderá por edificio el que lo sea en el más amplio sentido de la palabra, cualesquiera que sean los elementos con que esté construido, los lugares en que se halle emplazado y el uso a que se destine, aun cuando por la forma de su construcción sea transportable y aun cuando el terreno en que se halle situado no pertenezca al dueño de la construcción, y las instalaciones industriales o comerciales asimilables al mismo. Por el contrario, no estarán sujetos a esta contribución los rendimientos de los edificios o construcciones enclavadas en medios rústicos indispensables para la explotación de éstos, exceptuándose asimismo los saltos de agua comprendidos en las tarifas de licencia del Impuesto Industrial.

Se considerarán solares: los terrenos edificables enclavados dentro de la línea perimetral del casco de las poblaciones, según planos levantados por el Instituto Geográfico y Catastral, siempre que tengan uno o más de sus lados formando línea de fachada a una o más vías públicas o particulares o trozos de las mismas que estén urbanizados, considerándose como tales aquellos que tengan, por lo menos, los servicios de alumbrado o encintado de aceras o afirmado; los terrenos enclavados en la zona de ensanche de las poblaciones y que estén en las circunstancias antes expresadas; pero en las manzanas cuyas calles no estén todas abiertas y urbanizadas sólo tributará como solar una faja de terreno cuya línea será la de fachada a la vía o trozo de vía que esté urbanizada con un fondo igual al de la manzana en proyecto, y los terrenos que en la misma situación expresada estén dedicados a parques, jardines, huertos, talleres de cantería, encierre y pastos de ganado o cualquier aprovechamiento análogo.

c) *La base imponible.*

La base imponible para esta contribución es la cantidad resultante de deducir del producto íntegro de los bienes calificados tributariamente como urbanos los descuentos procedentes por huecos, reparos, servicios y suministros.

El producto íntegro de los edificios y demás construcciones, a excepción de los que se enumeran en el párrafo siguiente, se estimará, y su importe se determinará: por el precio del arrendamiento contratado, por el valor corriente de los alquileres en la localidad, según las condiciones y situación de las fincas, o por el 4 por 100 del capital representado por su valor en venta. Este último procedimiento tendrá siempre carácter subsidiario y, en consecuencia, sólo deberá emplearse por la Administración pública cuando no sea posible aplicar el precio del arrendamiento contratado o el valor corriente de los alquileres, siendo facultad de la Administración la elección entre dichos dos procedimientos. Se dará preferencia al precio del arrendamiento, según contrato, si lo hubiera, salvo que el precio estipulado difiriese del producto íntegro de otros edificios de análogas condiciones o del importe de otros contratos reconocidos como exactos, sea de la misma finca o de otras de condiciones análogas. Para la fijación del producto íntegro la Administración deberá atender a los rendimientos que produzca o deba producir normalmente la finca cuando sea susceptible de arrendamientos o disfrutes que notoriamente aparezcan desdeñados o mal establecidos por el propietario.

Por el producto íntegro de los edificios aislados, casas de recreo y demás construcciones situadas en el campo distantes más de cuatro kilómetros del casco de la población se entenderá el interés a la tasa legal del capital, representado por su valor en venta, incluyendo las instalaciones accesorias, parques, jardines, etc.

El producto íntegro de los solares se estimará en el 4 por 100 de su valor en venta, salvo que se trate de solares con productos superiores a este límite, en cuyo caso será la cantidad que efectivamente produzcan. No obstante, el producto íntegro asignado a un solar no podrá ser inferior a la base imponible que le corres-

pondería en la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, como tierra de labor de la mejor clase del término municipal.

Se entenderá por valor real o normal: en los solares, la cifra procedente según su extensión superficial y el precio de cotización por unidad, y en los edificios y demás construcciones, la suma de los valores actuales de solar y construcción, deduciendo del coste normal de la edificación la depreciación correspondiente a su estado de vida y circunstancias especiales de su construcción.

Los descuentos por huecos y reparos se aplicarán sobre el producto íntegro del respectivo inmueble y serán los siguientes: 6 por 100 en los solares con productos; 15 por 100 hipódromos, velódromos, autódromos, estadios y parques de recreo; 20 por 100 en edificios destinados a viviendas y ocupados totalmente por sus propietarios en muelles particulares; 25 por 100 en edificios destinados a viviendas y que se encuentren arrendados, así como en mercados, garajes, cocheras, cuadras, vaquerías, plazas de toros y frontones descubiertos; 30 por 100 en manicomios, sanatorios, balnearios, grandes hoteles de viajeros, bancos, bazares, edificios de enseñanza, casas sociales, conventos y templos; 33 por 100 en edificios afectos a explotaciones fabriles o industriales; 35 por 100 en almacenes, y 50 por 100 en edificios cubiertos para espectáculos públicos.

Siempre que los servicios y suministros que a continuación se indican estén comprendidos en el precio de arrendamiento se deducirán del importe del producto íntegro los siguientes porcentajes: 3 por 100 por el agua 2 por 100 por el ascensor, 12 por 100 por calefacción.

Cuando un mismo edificio tenga distintos aprovechamientos la base imponible total será la suma de las parciales que a aquéllos corresponda.

La base imponible de los solares será igual al producto íntegro. Sin embargo, en ningún caso podrá asignarse a los solares menor base imponible de la que se fije a una casa de labor de igual cabida y de la mejor clase del término municipal. La base imponible de los solares con productos se obtendrá aplicando al producto íntegro el descuento del 6 por 100, con la limitación antes expresada en relación con las tierras de labor.

d) *La deuda tributaria.*

El tipo de gravamen de la Contribución Territorial Urbana en régimen transitorio es el 17,20 por 100 de la base liquidable consignada a cada finca.

Sobre la base liquidable, la cuota estatal o la suma de las cuotas o recargos se aplicarán o podrán aplicarse, según los casos, a los tipos únicos o máximos de los recargos que fije la Ley.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

ES ANOTABLE EL EMBARGO SOBRE BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES, DECRETADO EN JUICIO EJECUTIVO EN VIRTUD DE OBLIGACIONES ASUMIDAS DURANTE EL MATRIMONIO POR EL MARIDO, CONTRA EL QUE SE DIRIGIÓ TAN SÓLO LA DEMANDA, CON TAL QUE SE HAYA PEDIDO LA NOTIFICACIÓN A LA MUJER.

Resolución de 9 de diciembre de 1966 («B. O.» de 21 de igual mes y año).

Don J. E. M. demandó en juicio ejecutivo a don M. S. S., en reclamación de 25.230 pesetas de principal y demás intereses legales y costas. En otrosí de la demanda se solicitaba expresamente que «practicado en su caso embargo sobre los bienes del ejecutado don M., de carácter inmueble, tal embargo sea notificado a la esposa del mismo, doña C. B. M., en su domicilio de Valencia, calle Doctor Zamenof, número 4, a los fines del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria y hacer posible su anotación»; despachada la ejecución por auto de 10 de abril de 1965, la Comisión judicial embargó el día 13 siguiente dos fincas, sitas en Benidorm, propiedad del ejecutado, y notificó el embargo el mismo día a su esposa; a solicitud del ejecutante, el Juzgado acordó, en providencia de 21 de abril de 1965, la anotación del embargo efectuado; y exhortado el Juzgado de Villajoyosa, libró mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad del partido para que anotase el embargo, haciendo constar en el mismo que la esposa del actor se llama H. W. K., y la del demandado, C. B. M.

Presentado el mandamiento en el Registro, fué denegada la anotación por no constar en él las circunstancias personales del demandado y no haberse dirigido la demanda contra su esposa. Para subsanar tales defectos, previos los trámites oportunos, se expidió nueva documentación complementaria, en que figuraban las circunstancias personales del demandado, y se hacía constar

que su esposa había sido notificada de nuevo el 22 de junio de 1965 del procedimiento seguido y embargo practicado; y presenta esta documentación en el Registro, junto con el anterior mandamiento, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la anotación preventiva de embargo a que se refiere el precedente mandamiento por el defecto subsanable de no haberse dirigido la demanda contra la esposa del embargado, doña C. B. M., tomando en su lugar anotación suspensiva de anotación preventiva de embargo, por el plazo legal, con la letra B), a los folios de los tomos, libros y fincas números que indican las apostillas puestas al margen de sus respectivas descripciones».

Interpuesto recurso por el ejecutante, la Dirección confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, en méritos—para nosotros—de la acertada doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si puede practicarse un embargo sobre bienes presuntivamente gananciales, decretado en juicio ejecutivo en virtud de obligaciones asumidas durante el matrimonio por el marido, contra el que se dirigió la demanda, y habiéndose además notificado a la mujer la existencia del procedimiento.

Que para la resolución del problema planteado es de tener en cuenta que el artículo 1.413, 1.º, del Código civil, al atribuir al marido la facultad de disponer a título oneroso de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales con el consentimiento de la mujer, no distingue entre enajenaciones voluntarias y forzosas, quizá debido, según admite una corriente doctrinal y expresó también la Resolución de 11 de febrero de 1964, a que una interpretación que lo hiciese permitiría poner en peligro la finalidad legal de protección de los intereses de la mujer, dada la facilidad con que podría simularse una obligación que llevase aparejada la ejecución correspondiente y lograr así el esposo, por vía indirecta, soslayar la limitación que a sus facultades introdujo la reforma de 1953.

No obstante, que la nueva redacción del artículo 1.413 del Código civil ha dejado inalteradas las facultades que el marido tiene como administrador de la sociedad legal de gananciales y la reforma no ha derogado el contenido del artículo 1.408, párrafo 1.º, que continúa subsistente, y en virtud del cual son de cargo de tal sociedad—que responderá con todos sus bienes—todas las deudas y obligaciones que el esposo contraiga lícitamente durante el matrimonio, por lo que las limitaciones a los actos de disposición establecidas en el artículo 1.413, 1.º, habrán de ser interpretadas en armonía con estas facultades amplias y generales que tiene el cónyuge administrador, que, de una parte, le autorizan a obligar a título oneroso los bienes comunes sin intervención de la mujer, sin perjuicio del derecho que a ésta reconocen los párrafos 2.º y 3.º del mismo artículo, en los supuestos de grave riesgo o fraude, y de otra, no le permite disponer libremente de los inmuebles y establecimientos mercantiles sin el consentimiento de su mujer.

Que cuando se ordena la práctica de un embargo sobre bienes gananciales como consecuencia de un procedimiento ejecutivo, el fundamento de esta medida, cautelar se encuentra en la falta de cumplimiento de una obligación que

pudo asumir válidamente el esposo, sin necesidad de ninguna intervención de su mujer, obligación que va a dar origen, caso de incumplimiento, a la posible enajenación en virtud de la puesta en marcha de los mecanismos procesales, y que no tiene el carácter de un acto libre y voluntario realizado por el marido como representante de la sociedad legal de gananciales, sino un acto que viene impuesto en forma coactiva por la Ley, similar a todo supuesto de transmisión forzosa. en donde, por cierto, el Tribunal Supremo—sentencia de 14 de marzo de 1966—ha declarado, al tratarse de una escritura de retracto, no ser necesario el consentimiento de la mujer.

Que el reformado artículo 144 del Reglamento Hipotecario únicamente ha pretendido desenvolver el artículo 1.413 del Código civil y adaptar el régimen hipotecario a la legalidad vigente, sin romper la armonía con las disposiciones sustantivas y con todo el sistema procesal civil, y dado que la Ley de 24 de abril de 1958 no ha modificado los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender que no pretendió alterar en este punto el sistema ni dar una mayor extensión de la señalada en los Considerandos anteriores, a la reforma del artículo 1.413 del Código civil, pues, por la trascendencia que ello implicaba, de haberlo pretendido, el legislador lo habría tenido en cuenta y dado una nueva redacción—lo que no ha hecho—a preceptos tan fundamentales como el 1.429, 1.430, 1.440, 1.467 y 1.514, entre otros, de la Ley Procesal, que impiden que la mujer pueda ser considerada como parte y permiten que sea despachada la ejecución en base a títulos ejecutivos que el marido pudo suscribir en nombre propio y en el de la sociedad conyugal, en virtud de las facultades que como administrador le confiere el mencionado artículo 1.413 del Código civil.

En consecuencia, que lo prescrito en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario habrá de entenderse cumplido—en vista de lo expuesto—, y así lo ha entendido en la práctica el buen sentido de Jueces y Registradores, siempre que junto con la demanda al marido se haya pedido la notificación a la mujer, como ha ocurrido en el presente caso, donde, en cumplimiento de lo ordenado por el Auto que admitió la ejecución y de acuerdo con el artículo 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se requirió de pago al deudor, se procedió al embargo y se notificó, además, a la mujer para que, enterada, pudiera acudir, si estimaba hubo fraude de sus derechos, a los remedios que ofrece el artículo 1.413, 3.º, del Código civil, y de esta manera quedan salvaguardados sus intereses, no se menoscaban o entorpecen los derechos de los acreedores y se cumple la finalidad de la reforma, puesta de relieve en el preámbulo de la Ley, de conseguir—dentro de la sociedad de gananciales y sin alterar su fundamento ni las normas por las que se rige esencialmente—una mayor protección y garantía para los intereses de la mujer.

* * *

Con motivo de la Resolución de 11 de febrero de 1964, y entre otras cosas, escribimos lo siguiente (pág. 354 de esta REVISTA de dicho año):

«¿No parece un tanto artificiosa esta solución? (La de *hacer extensiva la demanda a la mujer al sólo efecto de darle a conocer*

la existencia de la litis). Porque el Reglamento y la Ley de Enjuiciamiento Civil son claros y no admiten distinguos. (A tal efecto, con relación a la última, remitimos al lector a lo que en correspondencia sostenida con nuestro dilecto y competente compañero Manuel Batalla, nos decía el mismo: ver nota (1) en la citada página de esta REVISTA, año 1964, y compárase su texto con el del sustancioso y fundamental Considerando penúltimo de la Resolución objeto de esta glosa).

Y ya en este plano—seguimos—y cuando los inmuebles objeto de embargo sean *presuntivamente gananciales*, y no se hubiesen *demandado* a la mujer, ¿cabría suplir el defecto mediante la *notificación* a ésta, debidamente acreditada por el Secretario, con el visto bueno del Juez?

Porque, como apunta el Profesor LACRUZ, el artículo 144, entrando en una segunda y nueva fase, antes inexistente, al llegar el caso de la enajenación expresa: «Se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil, en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario», es decir, se exige que la mujer consienta la enajenación de los bienes embargados en pública subasta, o, en su defecto, que medie autorización judicial, sin que, indudablemente, sea precisa aquí la solicitud fundada del marido, pues precisamente se trata de una enajenación forzosa.

Por todo ello deducimos:

La demanda a la mujer, «exclusivamente a los efectos del artículo 1.413», de que nos habla LACRUZ, o a «efectos de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura», como dice la Dirección, *no puede tener más virtualidad que esa notificación*, que le previene para tal enajenación futura y puede permitirle, además, si lo estima oportuno, interponer tercera de dominio, ejercitar la acción de fraude, etc.».

Y aunque terminábamos diciendo, dado el respeto que siempre nos merece nuestro Centro, que lo más idóneo, lo procedente sin duda en adelante, *aunque forzando acaso la Ley de Enjuiciamiento Civil*, sería hacer extensiva la demanda a la mujer (es de resaltar cómo el Juez de Primera Instancia que intervino en el procedimiento que provocó la Resolución que nos ocupa, hace oportunamente notar en su Informe que no es lo mismo «extender»

la demanda, como se dice en la Resolución de 1964, que «dirigir» la demanda), la decisión de la presente nos satisface plenamente, pues, como expresa en su último Considerando: «Siempre que junto con la demanda al marido se haya pedido la notificación a la mujer, habrá de entenderse cumplido el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como así lo ha entendido en la práctica el buen sentido de Jueces y Registradores...».

Un paso más... y hasta sin *notificación* a la mujer cabría anotar el embargo de bienes presuntivamente gananciales por obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio. Véase a tal efecto lo que expusimos en la página 632, año 1959, en esta REVISTA (*Los comentarios de Ramón de la Rica a la reforma del Reglamento Hipotecario*), y téngase en cuenta, por tratarse de una *enajenación forzosa*, la sentencia citada en el cuarto Considerando, de 14 de marzo de 1966.

También nos remitimos a nuestra nota a la Resolución de 13 de abril de 1964, páginas 612 y siguientes, de dicho año, de esta REVISTA.

* * *

Idéntica a la anterior, la Resolución de 13 de diciembre de 1966, B. O. de 9 de enero de 1967.

□ □ □

Finalmente, y en línea con las anteriores, la de 14 de diciembre de 1966, B. O. de 10 de enero de 1967, cuyo único Considerando expresa:

Que este expediente ha de resolverse en forma similar a los que motivaron las Resoluciones de 9 y 13 de diciembre de 1966, y en consecuencia, declarar que procede la anotación del embargo solicitada, en cuanto hay que entender cumplida la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, siempre que junto con la demanda al marido «*se haya solicitado la notificación a la mujer*», puesto que el mencionado precepto reglamentario no ha

pretendido más que acomodarse a la legislación sustantiva y procesal vigente, dado que la primera permite al marido, en los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil, obligar por sí sólo y con todas las consecuencias a la sociedad de gananciales, y la segunda impide pueda ser considerada procesalmente como parte la mujer que no ha intervenido en el acto origen del pleito, y con la notificación realizada se salvaguardan los intereses de la mujer, que, al quedar informada, puede acudir, en su caso, al remedio establecido en el párrafo tercero del artículo 1.413 del Código civil: no se menoscaban, de otra parte, los derechos de los acreedores, y resulta cumplida la finalidad de la reforma.

INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DE UNA TERCERA PERSONA DISTINTA DE LA DEL DEUDOR, SURGE UN OBSTÁCULO POR PARTE DEL REGISTRADOR, QUE EL FUNCIONARIO HA DE TENER EN CUENTA POR ENTRAR DENTRO DE LAS FACULTADES DE CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES.

PLANTEADA CUESTIÓN DE TERCERÍA DE DOMINIO, A LA SENTENCIA DICTADA, POR NO GOZAR DE LA DEBIDA FIRMEZA, NO PUEDE DÁRSELE CUMPLIMIENTO.

SIENDO LA ANOTACIÓN SOLICITADA LA DE EMBARGO—SEGÚN SE DESPRENDE DE LOS ANTECEDENTES DE AUTOS—, NO PUEDE LLEVARSE A EFECTO EN TANTO LA FINCA NO APAREZCA INSCRITA A NOMBRE DEL DEUDOR.

Resolución de 20 de diciembre de 1966 («B. O.» de 12 de enero de 1967).

Mediante escritura ante el Notario don Juan Zabaleta, en sustitución de su compañero don José María Bloch, el 23 de agosto de 1962, don Juan Víctor Pérez Lorenzo vendió a don Lorenzo Benítez Fonte dos trozos de terreno, sitios en Los Llanos de Aridane, que formaron una finca. El 14 de octubre siguiente y ante el Notario últimamente citado, don Lorenzo Benítez volvió a vender a don Juan Víctor Pérez la indicada finca, y éste, a su vez, vendió al primero otra, sita en la misma población, con tierra de cultivo y vivienda, de unas diez áreas noventa y dos centiáreas. Después de otorgada la escritura, y antes de su presentación en el Registro, el 16 del citado mes, se trabó embargo de la indicada finca, como de la propiedad de don Juan Víctor Pérez Lorenzo, anotándose tal embargo en el Registro de la Propiedad; posteriormente, el 9 de diciembre siguiente, se volvió a embargar dicha finca, reembargándose más tarde de nuevo. Por escritura autorizada por el Notario señor Bloch, el 7 de

enero de 1964, don Lorenzo Benítez Fonte vendió la finca cuestionada a don Sinforiano Casañas González; y en 30 de junio del mismo año ambos interesados interpusieron tercería de dominio sobre la citada finca, con la preferencia de que se levantase el embargo trabado, ordenándose la cancelación de la anotación practicada. tal demanda de tercería fué desestimada, fallándose en primera instancia el 26 de marzo de 1965:

«Primero. Que es absolutamente nula la escritura o contrato de compraventa celebrado el 14 de octubre de 1963, por el que don Juan Víctor Pérez Lorenzo simuló vender a don Lorenzo Benítez Fonte la finca descrita en el hecho segundo de la demanda a que se refiere la demanda de tercería.

Segundo. Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa celebrado como el anterior en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria y ante el mismo Notario don José María Bloch Rodríguez, por el que don Sinforiano Casañas González compró dicha finca a don Lorenzo Benítez Fonte.

Tercero. Que declaro nulas y sin eficacia jurídica alguna tales escrituras públicas mencionadas.

Cuarto. Que son nulas las inscripciones y asientos causados por tales escrituras en el Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma, y, concretamente, las inscripciones quinta y sexta causadas en su virtud en la finca objeto de esta tercería.

Quinto. Que igualmente declaro la nulidad y carencia de efectos jurídicos de cualesquiera contratos que hayan celebrado quienes aparezcan como titulares aparentes de la finca objeto de la tercería, la que declaro que continúa siendo de la propiedad de don Juan Víctor Pérez Lorenzo, en la calidad de bien ganancial con que fué aparentemente transmitida en la escritura declarada nula, de 14 de octubre de 1963».

Esta sentencia no es firme por haberse interpuesto contra ella, el 13 de abril de 1965, recurso de apelación, y en autos de juicio ejecutivo, número 35, de 1965, del Juzgado de Los Llanos de Aridane, a instancia del Procurador don Gregorio Camacho Gómez, en representación del Banco Español de Crédito, sucursal de Santa Cruz de la Palma, reclamando 1.072.809,11 pesetas de principal, más 300.000 pesetas para costas y gastos, a los cónyuges don Juan Víctor Pérez Lorenzo y doña Braulia Fidelina Ramos Martín, les fué embargada la cuestionada finca, condicionado el embargo a la confirmación de la sentencia dictada el 26 de marzo de 1965 por el Juzgado de Primera Instancia de Los Llanos de Aridane, solicitándose por el referido Procurador se expidiese mandamiento para la práctica de la correspondiente anotación.

Presentado en el Registro el citado documento, acompañado de testimonio parcial de la sentencia de 26 de marzo de 1965, fué calificado con la siguiente nota: «Denegada la anotación de embargo ordenada, por hallarse la finca inscrita a nombre de persona distinta del ejecutado», poniendo al pie del testimonio de particulares de la sentencia esta otra: «Denegadas las cancelaciones ordenadas en el precedente testimonio por no ser firme la sentencia, según exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no teniendo por ello carácter de título a efectos del Registro, con arreglo a los artículos 3 y 257 de la propia Ley; debiendo, además, en todo caso, expresar la misma los asientos que deben cancelarse, así como los tomos y folios en que se hallan extendidos, según reiterada jurisprudencia, y asimismo ha de expedirse testimonio total de la sentencia. No procede, por ello, extenderse anotación preventiva aunque fuera solicitada».

Interpuesto recurso, la Dirección—con vista también del Informe del Juez que intervino en el procedimiento—ratifica el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota cualificadora e informe judicial citado, en méritos de la correcta y diáfana doctrina siguiente:

Que al estar la finca sobre la que se pretende practicar la anotación de embargo, inscrita a nombre de una tercera persona distinta de la del deudor, surge un obstáculo por parte del Registrador, que el funcionario ha de tener en cuenta por entrar dentro de las facultades de calificación de los documentos judiciales, con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, y, en consecuencia, procedió correctamente al denegar el asiento solicitado, ya que, aun cuando se encuentre planteada una cuestión civil de tercería de dominio, la sentencia dictada no goza de la debida firmeza por estar pendiente de resolverse la apelación interpuesta, por lo que, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, hasta tanto no sea firme, no se podrá dar cumplimiento y en su caso proceder a la cancelación de los asientos ordenada.

Que la anotación solicitada no tiene encaje dentro del número 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ya que para ello sería necesario que estuviese reconocida en alguna disposición legal o reglamentaria que concretamente la estableciese, y del texto del mandamiento presentado se observa que, en realidad, el fundamento de la misma se encuentra en el artículo 1.923 del Código civil, es decir, una anotación de embargo, la cual no puede llevarse a efecto en base a lo indicado en el Considerando anterior y a lo dispuesto en el artículo 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario, que expresamente impide pueda tener lugar mientras la finca no aparezca inscrita a nombre del deudor.

* * *

Es tan clara y evidente la doctrina sentada, que excusa todo comentario.

Es el artículo 20, en conexión con el 1.º, de la Ley Hipotecaria, los que entran en juego fundamentalmente, y sobre ello nos remitimos a lo que expusimos en los dos primeros párrafos de la página 274, año 1963, en esta REVISTA.

Las demás cuestiones planteadas igualmente aparecen justificadas en su solución por la aplicación pertinente de los artículos 82 de la Ley y del 140, 1.º, de su Reglamento.

Idénticas a la anterior las Resoluciones de 21 y 22 de diciembre de 1966, BB. OO. de 13 y 14 de enero de 1967.

RECTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN Y EXTINCIÓN DE REFERENCIA AL MARGEN DE AQUÉLLA.

- 1.º NO PROCEDE LA PRIMERA EN BASE A LA ESCRITURA DE PARTICIÓN QUE LA CAUSÓ, PRESENTADA CON LOS DEMÁS DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS Y DE INSTANCIA POR LOS INTERESADOS.
- 2.º EXTINGUIDA POR NOTA MARGINAL UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER, LA REFERENCIA AÑADIDA: «NO SE EXTIENDE DICHA EXTINCIÓN A LA SUSSTITUCIÓN CONDICIONAL ESTABLECIDA EN DICHAS INSCRIPCIONES», PROCEDE CANCELARLA, POR NO SER LUGAR ADECUADO PARA HACER CONSTAR LA INTERPRETACIÓN DE OTROS ASIENTOS REGISTRALES POR EL FUNCIONARIO CALIFICADOR, INTERPRETACIÓN QUE DEBERÁ HACERSE CUANDO, PRESENTADO EL TÍTULO QUE SE REFIERA A LA MATERIA, HAYA QUE DECLARARSE O NO SOBRE SU PROCEDENCIA.

Resolución de 19 de diciembre de 1966 («B. O.» de 11 de enero de 1967).

Dada la singularidad del caso o problema planteado, estimamos oportuno, sobre todo por lo que afecta a la práctica registral, la transcripción de la Resolución calendada.

Dice así:

Resultando que doña María de los Dolores Díaz Martínez otorgó testamento en Murcia el 10 de julio de 1936 ante el Notario don Antonio Moxó Ruano, estableciendo, entre otras, las siguientes cláusulas:

«Sexta: Instituye por su heredero universal y usufructuario, después de liquidar la sociedad conyugal, a su esposo, don Antonio López Hilla, y a su fallecimiento, pasará dicho usufructo universal al también heredero en dicho concepto don José María Díaz Martínez, hermano de la testadora. Y asimismo instituye sus herederos universales en nuda propiedad y desde la muerte de la testadora a sus dos sobrinos don José María y don Manuel Díaz Conejero, hijos de su hermano don José María en su primer matrimonio con doña Dolores Conejero Benedicto, en cuanto a las dos terceras partes de su caudal. Y en cuanto a la tercera parte restante del mismo, instituye sus herederos universales en nuda propiedad a sus sobrinas doña Fuensanta y doña Josefa Díaz de la Asunción, hijas de su hermano don José María en su segundo matrimonio con doña Josefa de la Asunción Gil, y a los demás hijos que en lo sucesivo pudiera tener este matrimonio. Y en defecto de unos y otros, a sus descendientes en su representación.

Si alguno de sus dos sobrinos, don José María y don Manuel, falleciera sin sucesión, acrecerá su respectiva tercera parte de herencia al hermano que sobreviviera del primer matrimonio de don José María Díaz; y caso de que fallecieran sin sucesión sus dos citados sobrinos, la mitad de la cuota a ellos destinada, o sea la tercera parte de este caudal, se repartirá después de vendida por sus albaceas a la muerte del último usufructuario en limosnas y sufragios por el alma de la testadora; y la otra mitad del caudal de dichos herederos, o sea la tercera parte del total de esta herencia, acrecerá a los otros herederos, doña Fuensanta y doña Josefa Díaz de la Asunción y a los demás hijos del segundo matrimonio de don José María o a los descendientes de todos en su representación. Asimismo, para el caso de fallecer doña Fuensanta y doña Josefa Díaz sin sucesión, establece el derecho de acrecer en cuanto a la tercera parte del caudal destinado a estas herederas en favor de sus hermanos de padre, don José María y don Manuel Díaz Conejero o de sus descendientes en su representación».

«Octava: Dispone la testadora que sus herederos definitivos o nudo propietarios no podrán vender, donar, gravar ni por cualquier concepto enajenar las fincas de esta herencia hasta que hayan consolidado el usufructo de las mismas y los herederos hayan cumplido cuarenta y cinco años de edad»

Resultando que la testadora falleció el 15 de septiembre de 1945; que el primer heredero usufructuario universal, don Antonio López Hilla, viudo de la causante, falleció a su vez el 5 de julio de 1946; que el instituido en segundo lugar heredero usufructuario universal, don José María Díaz Martínez, no llegó a serlo porque falleció el 14 de febrero de 1944, antes que la testadora; que los herederos de doña María y de su esposo convinieron la partición por cuaderno aprobado ante el Notario don Francisco Siso Caverio en 28 de julio de 1949, que fué inscrito en el Registro de la Propiedad de Murcia II; que después vendieron varias fincas que les fueron adjudicadas y conservaron otras, entre ellas una denominada «Doloretas», poseída en pro indiviso, sita en territorio de los Ayuntamientos de Pacheco y Murcia, y que por escritura de 22 de febrero de 1955 ante el citado Notario señor Siso Caverio, los recurrentes procedieron a la división material de dicha finca;

Resultando que presentadas en el Registro primeras copias de las correspondientes escrituras de división, fueron calificadas con notas del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en los tomos, folios y bajo los números que se indican en las notas puestas al margen de la descripción de la finca radicante en los Ayuntamientos de Pacheco y Murcia, cuyas inscripciones se han hecho con la limitación con que consta inscrita la finca matriz a favor de los comuneros.—Murcia, 24 de marzo de 1955»; que el 14 de abril de 1964 los recurrentes presentaron en el Registro una instancia en la que decían que «a las mencionadas fincas afectaba la limitación impuesta por los testadores, de no poder vender, donar, gravar, ni por cualquier concepto enajenarlas, hasta que los herederos hubiesen cumplido los cuarenta y cinco años de edad», por lo que habiéndose cumplido esta exigencia, como justificaban con certificaciones de nacimiento expedidas por la correspondiente oficina del Registro Civil, solicitaban fuese «cancelada la limitación referida»; que liquidado el Impuesto de Derechos reales, se puso en la instancia la siguiente nota: «Hecha la extinción de la limitación que se solicita en el precedente escrito, por notas puestas al margen de las inscripciones, primera de la finca número 67.464 al folio 193 del tomo 1.163 de la capital, y tercera de la finca número 7.757 al folio 114 vuelto del tomo 168 de Pacheco. No se extiende dicha

extinción a la sustitución condicional establecida en dichas inscripciones.—Murcia, 30 de abril de 1964»; y que el 26 de noviembre de 1964 fué presentada otra instancia, acompañada de copias del testamento de la causante, hijuelas de los interesados y escrituras de división material de la finca «Dolorettes», en la que los recurrentes pedían la rectificación de las inscripciones a que se refiere la nota anterior. «sin que en las mismas aparezca limitación alguna de las contenidas en el testamento», que dió lugar a la siguiente nota: «Se deniega la inscripción de rectificación solicitada, porque constando transcrita en el Registro la cláusula testamentaria, el Registrador carece de facultades para declarar su ineficacia, y porque aunque se practicase la inscripción de rectificación que se solicita sin que en ella aparezca limitación alguna, la omisión de tal concepto sería inoperante, puesto que la cláusula limitativa aparece en las inscripciones anteriores de las que ésta trae causa.—Murcia, 12 de enero de 1965».

Resultando que don José María y don Manuel Díaz Conejero interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: que al examinar la intención de la testadora, se ve que en principio distingue entre usufructo y nuda propiedad, instituyendo herederos usufructuarios a su esposo y al fallecimiento de éste, a su hermano, pero como ambos fallecieron antes de formalizarse las operaciones particionales, en tal momento ya se había extinguido el citado derecho; que en cuanto a la nuda propiedad, instituyó herederos universales, desde su muerte, a sus dos sobrinos, los recurrentes, hijos de su hermano don José María en su primer matrimonio, en las dos terceras partes del caudal, y en defecto de ellos, a sus descendientes por representación: que los nudo propietarios han consolidado el dominio al fallecer los usufructuarios; que existe también de forma clara una limitación en la facultad de disponer, en relación con la edad, que se extinguió por haber cumplido los herederos la edad señalada testamentariamente de cuarenta y cinco años. que la duda del Registrador surge al interpretar el párrafo segundo de la cláusula sexta del testamento, en la que se dice que «si alguno de sus dos sobrinos don José María y don Manuel Díaz fallecieran sin sucesión, acrecerá su respectiva tercera parte de herencia al hermano que sobreviva del primer matrimonio...»; que el funcionario calificador entiende que esto constituye una sustitución condicional; que como el llamamiento a la nuda propiedad que se hace en el testamento es desde la muerte de la testadora, la limitación que se establece es precisamente para que si al momento de su muerte hubiese fallecido sin sucesión uno de los citados sobrinos, acrecería la herencia al sobreviviente, y si hubiesen fallecido los dos sin sucesión, los albaceas venderían la mitad del caudal de dichos herederos para destinarlos a limosnas y sufragios, adjudicando la otra mitad a las personas que designa; que abona tal interpretación las dos consideraciones siguientes: a), los albaceas deben cumplir su cometido en un plazo breve, y no se puede pensar que se les encargase una misión que deberían cumplir cuando fallecieran sin sucesión los señores Díaz Conejero, y b), si a los instituidos herederos se les limita la facultad de disposición hasta que cumplan los cuarenta y cinco años, es obvio pensar que la otra limitación se refiere al momento del fallecimiento, pues en otro supuesto era absurda e innecesaria, ya que no podrían disponer ni antes ni después de cumplir los cuarenta y cinco años de edad, que en orden a la nuda propiedad, la testadora estableció una sustitución vulgar conforme al artículo 774 del Código civil, estableciendo un verdadero derecho de acrecer para el supuesto de que uno de los hermanos falleciese sin dejar sucesión; que si la causante

estableció una sustitución vulgar y un derecho de acrecer, ha sido pensando en que instituí a los dos, como herederos, desde el momento de su fallecimiento, pues si uno de ellos, por haber fallecido sin sucesión, hubiese dejado vacante su porción, el otro recibiría aquella parte, que en informe jurídico que se acompaña se sostiene que no cabe admitir en el presente caso la existencia de una sustitución fideicomisaria; y que como fundamentos de Derecho citaban los artículos 657, 660, 661, 675, 904, 981 y 982 del Código civil y las Resoluciones de 20 de julio de 1902, 4 de abril de 1903, 23 de noviembre de 1904, 4 de diciembre de 1905, 6 de diciembre de 1906 y 19 de diciembre y 26 del mismo mes del año 1942;

Resultando que el Registrador informó: Que del escrito del recurso resulta que éste debe su origen, en principio, a la nota de fecha 30 de abril de 1964; que es de resaltar que los interesados no interpusieron recurso contra la misma, quedando el asiento practicado bajo la salvaguarda de los Tribunales, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria; que transcurrido el plazo legal para la interposición del recurso, los interesados presentaron nuevamente las escrituras de petición y división material que ocasionaron las inscripciones anteriores, con la pretensión de que se procediera a rectificarlas, «sin que en las mismas aparezca limitación alguna de las contenidas en el testamento por entender que. están extinguidas y carecen de eficacia»; que tal pretensión fué denegada por carecer el Registrador de facultades para rectificar una inscripción anterior; que contra la calificación que así se expresa se interpone el presente recurso, en el que se suplica se ordene al Registrador la rectificación de las inscripciones, por entender que la única limitación que existía, referida al cumplimiento de cuarenta y cinco años por los herederos, quedó extinguida al llegar los interesados a dicha edad; que la cuestión que plantea este recurso consiste en dilucidar si puede el Registrador interpretar nuevamente un documento inscrito y proceder en su caso a la rectificación de los asientos practicados; que centrada en estos términos la cuestión, no hay que entrar en la interpretación del testamento, puesto que el problema se refiere a los efectos de la inscripción, y en este punto los deseos de los interesados exceden con mucho a las facultades del Registrador en orden a la función calificadora; que los asientos del Registro, acertada o erróneamente extendidos, están bajo la salvaguarda de los Tribunales y no pueden modificarse por el procedimiento de un recurso gubernativo; que para la rectificación de los errores, los artículos 40, 214 y 217 de la Ley Hipotecaria exigen, cuando no haya acuerdo entre los interesados y el Registrador, la providencia judicial, abundando en dicho criterio los artículos 218, que hace referencia al juicio ordinario, y 219 del mismo cuerpo legal, que con lo dicho podría dar por terminado el informe, pero que desea agregar que la interpretación de la cláusula sexta del testamento cuestionado no resulta meridianamente clara, observándose discrepancia entre el criterio de los interesados y el dictamen jurídico que acompañan, tanto en la calificación del llamamiento como lo que se refiere al momento de su efectividad; que la interpretación o argumento de los recurrentes, basado en estimar que los albaceas debían cumplir su función en el momento de morir la testadora, está contradicho por lo dispuesto en la cláusula 16 del propio testamento; que la discutida existencia o no del derecho de acrecer, abona la necesidad de una interpretación judicial y la improcedencia del recurso gubernativo para decidir la cuestión de rectificación de los asientos; que la previsión de la causante para el caso de que los herederos fallecieran sin sucesión, no puede

considerarse un derecho de acrecer, a pesar del término empleado; que en cuanto a la naturaleza de los primeros llamamientos hechos, analizando los distintos supuestos que pueden presentarse, llega a la conclusión de que se trata de una sustitución vulgar, prevista en el artículo 774 del Código civil, y que el llamamiento de los sobrinos del segundo matrimonio, puesto que los bienes no se les entregarían, en su caso, «in natura», guarda gran analogía, con las consiguientes reservas, con el legatario a término cierto, de cantidad;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe;

Vistos los artículos 1.º, 6.º y 23 de la Ley Hipotecaria y 56 del Reglamento para su ejecución;

Considerando que solicitado por los interesados que se cancelase la limitación de disponer, impuesta por la testadora sobre las fincas inscritas, por haber cumplido ya los herederos la edad de cuarenta y cinco años, al proceder a ello mediante la nota marginal correspondiente, el funcionario calificador hizo constar en la misma que quedaba extinguida, pero que la cancelación no se extendía «a la sustitución condicional establecida por la causante», por lo que la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si puede no sólo cancelarse por indebida la referencia contenida en la nota, sino si cabe también rectificar el asiento que se practicó y aclararlo en el sentido de que no contiene sustitución fideicomisaria alguna;

Considerando que la petición del recurrente de que se aclare la interpretación de la cláusula testamentaria y se declare sólo hubo una sustitución vulgar, excede del campo del recurso gubernativo, en cuanto que en éste sólo pueden resolverse las cuestiones que se planteen directamente con la calificación del Registrador cuando suspenda o deniegue los títulos que se presenten a inscripción en el Registro, lo que no sucede en el presente caso, en donde sólo se solicitó que se cancelara una prohibición de disponer—lo que ha tenido lugar—, pero sin que se haya planteado problema alguno respecto a otras posibles limitaciones testamentarias, que únicamente podrían resolverse cuando al disponer alguno de los herederos de los bienes y presentado el título en el Registro, el funcionario, en uso de sus facultades calificadoras, rechazara la inscripción del documento,

Considerando que el carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino también en que no podrá extenderse la función calificadora más allá o a otros extremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación, y por eso, en el presente caso, al pedir que se cancelara la prohibición de disponer, no procedía en la nota marginal que, para dar cumplimiento a lo solicitado, se extendió, hacer, además, referencia alguna a la existencia o no de una posible sustitución fideicomisaria, pues no es dicha nota el lugar adecuado para hacer constar la interpretación que de otros asientos registrales pueda hacer el funcionario calificador, interpretación que deberá hacerse cuando, presentado un título que se refiera a esta materia, haya que declararse o no sobre su procedencia,

Esta Dirección General ha acordado confirmar parcialmente el auto apelado en cuanto no cabe rectificar los asientos de inscripción extendidos en base a la escritura de partición de 28 de julio de 1949, y revocarlo en cuanto que procede cancelar la referencia contenida en las notas marginales extendidas.

G. C. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.

C I V I L

I.—JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Licencia marital. Consentimiento en los contratos. Cuestión de hecho. Confirmación.*

El problema fundamental litigado fue que en el documento privado de venta la esposa intervino sin licencia marital. El Juzgado de Primera Instancia estimó nulo tal documento. La Audiencia también. En el Tribunal Supremo no prosperó el Recurso de Casación.

Dicen los Considerandos:

Considerando: Que en el primer motivo del recurso se denuncia infracción, por violación de artículo 1.278 en relación con el 1.258 y demás concordantes del Código civil y de jurisprudencia, que declara (sentencias de 30 de junio de 1947 y 29 de noviembre de 1950, entre otras), que la forma escrita no es la que da validez al contrato, todo por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; y en el desarrollo del motivo se reitera la tesis mantenida en la litis por la parte recurrente de que, si bien el hoy recurrido no firmó el contrato de venta de 7 de abril de 1952, en el que debía intervenir, a efectos de otorgar la oportuna licencia a su mujer, que, en unión de sus hermanos, lo suscribió en favor de la entidad recurrente, hubo, por parte de aquél, previo asentimiento para que tal documento se confeccionase, aunque llegado el momento se negara a firmarlo, asentimiento aquél que, dado el carácter consensual del contrato, ha de estimarse bastante para la eficacia del mismo. Pero a tal modo de explayar el motivo se ha de oponer: A) Que, en efecto, los artículos invocados consagran la obligatoriedad de los contratos, derivados del mero consentimiento en su celebración, y sin precisar, por regla general, de ningún requisito especial de forma, si bien el artículo 1.278 subraya que sucederá «siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez», que no son otras que las enumeradas en el artículo 1.261, y como más esencial el propio «consentimiento», cuya existencia implica la de los demás requisitos exigidos, puesto que, conforme al artículo 1.262, ha de

recaer sobre la «cosa» y la «causa» que han de constituir el contrato. B) Que el consentimiento supone una voluntad concorde de los intervinientes en el contrato, que tiene un proceso de elaboración interna, propio del acto humano, que para ser tal requiere que se lleve a efecto con inteligencia y libertad, esta fase íntima se desarrolla en la propia conciencia del sujeto a través de los momentos psicológicos denominados de «motivación», «deliberación» y de «decisión», que no pueden tener trascendencia jurídica hasta que la voluntad formada «se manifiesta»—como certeramente dice el propio artículo 1.262 del Código civil—, produciéndose, al sumarse con otra voluntad ajena e igualmente formada, el concurso de la oferta y de la aceptación en que radica el consentimiento, cualquiera aquella manifestación pueda hacerse a través de diversos medios que van desde el empleo del lenguaje, ya sea verbal, escrito o simplemente mimico, hasta el mero silencio, cuando por la peculiar posición del sujeto deba entenderse, por sí mismo, como una expresión de voluntad. C) Que, en todo caso, la existencia del consentimiento es una cuestión de mero hecho, por lo que ha de ser acreditado por quien lo invoque y cuya apreciación es facultad privativa de los Tribunales de instancia, que sólo podrá ser revisada en casación a través de los requisitos y limitaciones que para impugnar la apreciación de la prueba se establece en el cauce único del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal. D) Que, en el caso de autos, lo que como hipotético elemento fáctico, favorable a su tesis, arguye el recurrente, choca de modo manifiesto con la aseveración de la Sala, que textualmente hace constar que, «efectivamente, el marido, no sólo no firmó el documento cuestionado, ni intervino en el mismo, sino que su voluntad de autorización para la venta no se manifestó en ningún momento, ni antes ni después del mismo, ni expresa ni tácitamente...», antes al contrario, como se deduce de toda la prueba practicada, se opuso por todos los medios a su alcance, tales como denuncias, protesta, etc., a su efectividad, e incluso impidió la ocupación por la demandada de su parte de una de las fincas, la del Soto, sobre la que construyó un taller, situación que continúa actualmente», por lo que este motivo requería, para su posible éxito, la remoción previa de las aseveraciones hechas por la Sala, y, al no haberse siquiera aducido la existencia de un error de hecho, contrastado por el medio que autoriza el número 7.º del artículo 1.692, su estimación queda subordinada, en definitiva, a la del otro motivo que integra el recurso y que a seguida se pasa a examinar.

Considerando: Que en el mismo se denuncia de modo literal «infracción, por error de derecho, en la apreciación de la prueba al no hacer aplicación de las presunciones que consagra el artículo 1.253 del Código civil, tanto en orden a su celebración, con consentimiento del actor como subsidiariamente en cuanto a la confirmación tácita del contrato celebrado por su esposa, a tenor de lo establecido en los artículos 1.310 y 1.311 del Código civil», y se añade que el motivo está autorizado por el número 7.º del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con manifiesto error material, en cuanto a esta última cita, que ha de referirse al artículo 1.692; en síntesis: la argumentación del recurrente se reduce a estimar que del hecho de que en el documento de 7 de abril de 1952 se diera por presente al recurrido y de que la venta no se hiciera de las participaciones indivisas respectivas de los vendedores, sino con carácter global, se ha de inferir la existencia de un previo consentimiento del actor, aun cuando el documento fuera autorizado o firmado por él, y asimismo de sus actos posteriores de tácito aquietamiento a lo pactado, entre otros, por su esposa, más el motivo así formulado, se ha de oponer. Primero. Que el

error de «derecho» ha de contrastarse de alguna norma, valorativa de la prueba, que no haya sido tenida en cuenta por el juzgador de instancia, quien por ello la infringió: y el artículo 1.253 del Código civil, según reiterada y unánime declaración de esta Sala, no tiene ese carácter, pues no se refiere al «valor» de la prueba de presunciones, sino a la elaboración de éstas, remitiéndose a las reglas del criterio humano, que no son de índole legal, sino de mero carácter lógico, pero que, al ser desconocidas, su infracción implica la del precepto legal que las impone y el cauce apropiado para su denuncia en casación no es el número 7.º, sino el 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, doctrina que ha de aplicarse, tanto cuando se ataque el enlace preciso y directo de los hechos que reconoció el Juzgado de instancia, entre el demostrado y el que dedujo, como en la hipótesis negativa de que el Tribunal sentenciador deseché la alejada presunción y el recurrente combata la apreciación de la Sala, que es lo que sucede en el caso de autos, en que de la simple referencia en el documento a la irreal presencia del recurrido y del carácter conjunto de la venta, en cuanto al elemento objetivo, la Sala no encuentra base suficiente para presumir la existencia de un consentimiento previo que rotundamente niega, y esta negación queda, por lo dicho, sin impugnación eficaz. Segundo. Y, en cuanto a la supuesta y tácita confirmación, le son aplicables los mismos argumentos, a más del inicialmente decisivo, y que proclamó ya el Tribunal al resolver la apelación, destacando el carácter de cuestión nueva de la supuesta confirmación al no haberse aludido a ella en ninguno de los escritos de la fase expositiva del juicio.

Considerando: Que, en consecuencia, al haber de rechazarse este segundo motivo, queda plenamente al descubierto la total ausencia de la necesaria base fáctica, para su éxito, del primeramente formulado, todo lo que impone la desestimación del recurso, con la imposición de costas que determina el artículo 1.748 de la Ley Procesal civil

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1966 — *Retracto de colindantes. Precio que ha de consignarse.*

En juicio de retracto de colindantes de finca rústica se planteó, entre otras cuestiones, la referente al precio que se debe consignar para ejercitar el derecho de retracto. Suele acontecer que el presunto retraído alegue que el precio escriturado no es el verdadero, sino otro mayor, que no se consignó en la escritura para aminorar el Impuesto de Transmisiones.

El Tribunal Supremo reitera, a este respecto, la siguiente doctrina:

Considerando: Que la cantidad que debe consignarse en los juicios de retracto, según el número 2.º del artículo 1.618 de la Ley Procesal civil, es la del precio de la transmisión origen del mismo que *fuere conocido* por el retrauyente en el momento de ejercitar su derecho, y no en otro posterior de las actuaciones judiciales, por ser en aquel instante cuando entra en juego para el actor el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* a que se refiere la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 1962 y por indicarlo así la propia redacción del precepto, que incluye dicha consignación entre los requisitos indispensables «para que pueda darse curso a las demandas de retracto», con lo que conecta con éstas de forma directa y terminante la necesidad de prestar dicha medida cautelar. Como en el evento aquí discutido la resolución

que se impugna declara expresamente que el acto no tuvo conocimiento con anterioridad a la iniciación del litigio del incremento que pudiera existir sobre el fijado en la escritura de venta, que es precisamente el que se consignó, y que no se ha acreditado que aquél ascendiera a 105.000 pesetas, como pretende el recurrente, es indudable que al quedar imbatidas en el presente recurso tales afirmaciones, el Tribunal de instancia no ha incurrido en los vicios *in iudicando* señalados en los dos últimos motivos que se esgrimen al amparo del número 1.º del citado artículo 1.692, y que la totalidad del recurso debe ser desestimada.

SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1956.—*Interpretación de los contratos. Resolución por aplicación del artículo 1.124 del Código civil: Generalmente, ha de demostrarse una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.*

En la demanda se alegó que el demandado se obligó mediante contrato a cortar y limpiar de arboles los terrenos de una finca, que debía acondicionarse para un plan de regadío. Que incumplió el contrato no realizando corta ni limpia alguna, a pesar de los requerimientos amistosos que se le hicieron, por lo que nubo de encomendarse dicho trabajo al Instituto de Colonización, que cobró 409.013,32 pesetas. Suplicó el actor se declarase resuelto dicho contrato y se condenase al demandado al pago de daños y perjuicios.

La demanda no prosperó en ninguna instancia. Tampoco triunfó el recurso de casación.

Considerando: Que antes de entrar en el examen y decisión de las cuestiones planteadas en los dos motivos sustentadores del presente recurso, amparados ambos en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, conviene resaltar que las afirmaciones fáctico-probatorias que se contienen en la sentencia que se impugna, no han sido formalmente combatidas, valiéndose al efecto del cauce que brinda el número 7.º del mismo artículo 1.692, razón por la que, en la decisión de este recurso, tales apreciaciones *de facto* deben ser íntegramente respetadas, debiendo significarse también que por la Sala sentenciadora de instancia se ha hecho en la sentencia recurrida una completa exégesis del contrato básico de 15 de noviembre de 1957, intitulado de «Limpia y compraventa de arboles en la finca El Centenillo», con una interpretación sistemática de sus cláusulas para medir su verdadero alcance obligacional, y que tampoco el criterio hermenéutico del Tribunal *a quo* ha sido adecuadamente atacado, dentro del mencionado ordinal primero del artículo 1.692, puesto que no se ha denunciado en modo alguno la infracción de los preceptos que regulan la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos, por lo que la propugnada por el juzgador de instancia debe ser acatada, pues, conforme a reiterada doctrina, sentada por este Tribunal Supremo, la interpretación de los contratos fijando las relaciones jurídicas entre las partes, o sea los deberes y derechos que sus diferentes cláusulas pueden determinar para los contratantes, corresponde exclusivamente a los Tribunales de instancia, a menos que, en forma procesal adecuada, se demuestre que el juzgador ha incurrido en evidente equivocación, o que su criterio no sea racional, infringiendo notoriamente alguna de las normas legales de la hermenéutica contractual.

Considerando. Que en el motivo primero de este recurso se denuncia por el recurrente la violación del artículo 1.124 del Código civil, en relación con el 1.091 del mismo Cuerpo legal, alegando en sustancia que en la sentencia recurrida—fundamento cuarto—consta por dos veces reconocido que el demandado no dio cumplimiento perfecto al contrato de 1957, y que, por consiguiente, es plenamente aplicable la facultad resolutoria del citado artículo 1.124, que, además, «confiere, en todo caso (tesis del recurrente), la de exigir daños y perjuicios», y al no aplicarse dicho precepto queda violado y procede la casación de la sentencia recurrida; mas, al razonar así, parece olvidar la entidad recurrente, a pesar de la clara especificación que de tal extremo se hace en el mismo razonamiento cuarto de la sentencia a que se refiere, que la misma Sociedad basó su petición resolutoria en que, «a pesar de las clarísimas obligaciones contraídas por el demandado», éste «incumplió totalmente el contrato no realizando corta ni limpia alguna en la finca El Centenillo, a pesar de los numerosísimos requerimientos amistosos y de todo orden que se le hicieron, por lo cual, llegado el momento en que el Instituto Nacional de Colonización exigía poner en riego la finca Agrícola del Tietar... hubo de encomendar dicho trabajo al propio Instituto Nacional de Colonización», con lo cual es obvio que la petición resolutoria se basó en un incumplimiento total y deliberado de lo convenido, base que al resultar insostenible pretende ahora sustituirse por un incumplimiento imperfecto o incompleto de lo contratado, aunque prescindiendo de la interpretación dada por el Tribunal *a quo* en lo que respecta al contenido obligacional del contrato básico, así como de sus apreciaciones probatorias referentes a los actos posteriores realizados, pagó, descuento de la gantía y falta de requerimiento previo al demandado, puntos capitales que la Sociedad recurrente silencia, a pesar de su indudable relieve y trascendencia como fundamento del fallo.

Considerando. Que para proclamar la resolución de un contrato, en aplicación del artículo 1.124 del Código civil, dado el principio de equidad a que, este precepto responde, no basta la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario comprobar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique su resolución, y por eso el mentado precepto legal, cual así lo tiene declarado esta Sala, ha de ser interpretado, no de una manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, requiriéndose generalmente, para llegar a un pronunciamiento resolutorio, que se demuestre bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida (entre otras muchas sentencias, las de 5 de mayo de 1953, 4 de noviembre de 1958 y 2 de enero de 1961), debiendo notarse que si no se justifica la certeza del incumplimiento por parte del demandado la acción resolutoria no puede prosperar al amparo del citado artículo, habiendo de estarse en casación respecto a la determinación de quien dejó de cumplir el contrato a lo resuelto por la Sala sentenciadora, mientras no se impugne su decisión conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; mas, en el caso presente, la Sala de instancia afirma que es lo cierto que la entidad demandante no puede desconocer el cumplimiento, perfecto o no, del contrato discutido por parte del demandado, sin que las probanzas en que respalda su apreciación el Tribunal *a quo* hayan sido adecuada y formalmente combatidas, debiendo, desde luego, descartarse, aun en el supuesto de labores defectuosas, insuficientes o incompletas, la existencia de un ánimo deliberado de incumplir lo convenido por parte del demandado, máxime ha-

bida cuenta de las apreciaciones hechas por el Tribunal *a quo* acerca de la liquidación del contrato y pagos al respecto efectuados, razones todas que, unidas a las precedentes, conducen al decaimiento del motivo examinado.

Considerando. Que el motivo segundo, en el que se acusa la infracción por violación del artículo 1.214 del Código civil, es de todo punto inconsistente, por no existir la infracción que se denuncia, pues, en primer lugar, quien afirma el incumplimiento del contrato es la parte actora y recurrente, y el Tribunal *a quo* no infringió la doctrina sobre el *onus probandi*; pero, además, apreció la prueba aportada por los litigantes suministrada en apoyo de sus respectivas alegaciones y afirmaciones, no citando el recurrente la doctrina legal que se dice infringida.

Considerando: Que, desechadas las dos motivaciones sustentadoras del recurso, debe declararse no haber lugar al mismo, con los demás pronunciamientos procedentes.

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Rectificación de escritura y de inscripciones del Registro de la Propiedad en cuanto a linderos. Aplicación de los artículos 34, 38 y 39 de la Ley Hipotecaria.*

Doña Francisca R. demandó diciendo ser dueña de la siguiente finca: Porción de terreno sito en el término de Palma de Mallorca, procedente del predio Son Ametller. Que sobre dicho solar, doña Francisca R. construyó a sus expensas una casa de planta baja, entonces pendiente de inscripción, que da frente a la calle de Mariano Aguiló (hoy Don Amador Valentín), en la cual tuvo señalado el número 58 y actualmente el número 110 y que se halla arrendada a don J. M. M. El resto del solar, que comprende varios lotes, algunos de ellos no incluidos en el contrato de arrendamiento antes aludido, se halla cercado por medio de una valla de mampostería o sillería, si bien deruida en parte. Que de la citada finca doña Francisca R. ha segregado recientemente una porción de 203,40 metros, que ha vendido a don A. L. P., según escritura de 26 de abril de 1963. Que la finca de la señora R. tiene como límite por su parte Este la calle C, que constituye una calle de dominio privado. Que el día 4 de noviembre de 1961 doña C. R. V., actuando en concepto de mandatario verbal de su hija doña A. R. (esposa e hija, respectivamente, de su causante don J. A. F., de quien la señora R. adquirió su fianca), vendió a don F. C. C. una finca cuya descripción es la siguiente: Solar, resto de porción de terreno, después de efectuadas otras ventas del predio Son Ametller, de esta ciudad. Tiene una superficie de 200 metros, lindante por frente con la calle de San Gabriel; fondo torrente; derecha, entrando el expresado torrente, e izquierda casa edificada en terreno de la misma procedencia (señalo a efectos de prueba las oficinas del Registro de la Propiedad de este Partido y protocolo del aludido señor Losada). Que el demandado, señor C. C., que recientemente había ya construido en el solar antes referido una chabola adosada a la casa de la señora R., sin el permiso de ésta y sin ofrecerle el pago de los derechos de medianería, ha levantado una pared que obstruye por completo la calle que, siendo prolongación de la calle de Costixo, constituye el límite o lindero Este de la finca de la demandante. Que la señora A. R., propietaria del solar vendido al señor C. C., el otro demandado, al fijar los límites de dicho solar en la escritura de 4 de noviembre

de 1961, ante el Notario señor Losada, señalando cómo el de la parte izquierda de la casa edificada en terreno de la misma procedencia, o sea el solar de la finca de la señora R., lesionó los derechos de ésta al no respetar los fijados por su padre y causante don J. A. F. en la escritura de venta a la señora R., otorgada el día 1 de diciembre de 1942 ante el Notario don Asterio Unsúe. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se condene: Primero. A don F. C. C. a que proceda a la demolición de la cerca que obstruye la calle C. (hoy prolongación de la calle de Curteixo), en una anchura igual a la de ésta: que proceda igualmente a la demolición de la chabola adosada a la casa de la demandante, señora R., que asimismo obstruye dicha calle y a que en lo sucesivo respete la existencia de la calle que forma el límite Este de la finca de la actora, en la anchura que la corresponda como prolongación de la calle de Curteixo, fijando los límites de su finca que le correspondan en relación con dicha calle y los demás linderos que como consecuencia de lo que piden puedan resultar afectados, ordenando la rectificación de la inscripción en la forma que proceda en el Registro de la Propiedad de este Partido de la propiedad del señor C., todo ello a sus expensas, y con indemnización de daños y perjuicios. Segundo. A doña A. A. R. a que rectifique a sus expensas la escritura de 1 de noviembre de 1961, por la que vendió a don F. C. C. la finca que detalla en el hecho quinto de esta demanda, en el sentido de respetar la existencia de la calle privada que forma el límite Este de la finca de la demandante, y ha de formar el límite Oeste (izquierda) de la finca del señor C. C., rectificando los demás linderos de la mencionada finca en la forma que proceda como consecuencia de los que anteriormente se pide y a efectuar a sus costas la correspondiente rectificación registral, con indemnización de daños y perjuicios. Y tercero. A ambos demandados a estar y pasar por lo que se solicita en el presente *petitum*, condenándoles en costas en la parte a que cada uno corresponda.

Por el demandado, don F. C. C., se contestó a la demanda, alegando: Que no es cierto que la finca de la actora, conforme la describe, linda por su lado con la supuesta calle C., ni con ninguna otra calle. Tal calle no existe, ni hay prolongación de ninguna otra. Y no existiendo, mal puede constituir el acceso natural de la finca de la actora, que, por otra parte, manifiesta que lo tiene por la calle de Amador Valentín. Que el demandado no ha obstruido calle alguna: lo único que ha hecho ha sido vallar su solar por su frente, o sea por la parte que linda con las calles de Amador Valentín y Curteixo, cosa a la que no sólo tenía perfecto derecho, sino a la que venía obligado por las Ordenanzas municipales; en dicha valla ha dejado, como es natural, una abertura o portal de acceso. No es verdad que la finca tenga su acceso por la calle de San Gabriel, pues, además de por ésta, tiene el principal acceso por su frente, o sea las calles de Amador Valentín y Curteixo. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia declarando no haber lugar a la demanda y absolviendo de la misma a este demandado, con costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia falló así: Que, confirmando en parte la sentencia dictada por el Juzgado y revocándola en parte, debemos condenar y condenamos al demandado a que, firme que sea esta sentencia, proceda a la demolición de la chabola que construyó adosada a la pared de la casa de la actora, doña F. P. N., hoy señalada con el número 100 de la calle de Amador Valentín, de esta ciudad, absolvién-

dole de los demás pedimentos de la demanda, y debemos absolver y absolvemos de la misma a la demandada, doña A. A. R., todo ello sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, en méritos de los considerandos siguientes:

Considerando: Que los dos primeros motivos del recurso, amparados procesalmente en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncian, respectivamente, la comisión de error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas en la sentencia recurrida con alegada inaplicación en el primero de los artículos 1.218 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria—que no se puede tener en cuenta al no contener reglas de valoración de pruebas—y señalando como documentos auténticos que acreditan el segundo las escrituras públicas de 1 de diciembre 1942, por la que la recurrente adquirió su finca del padre y causante de la señora A., y la de 4 de noviembre de 1961, por la que el otro demandado, señor C., adquirió la suya de su condemandada y su madre, y que fue rectificada en la de 9 de marzo de 1963, aplicando la cabida de 200 metros cuadrados a 1.200, sin modificación del precio, ni de las restantes condiciones pactadas, y habida cuenta que del estudio de dichos documentos públicos se deduce de un modo claro y patente, sin necesidad de interpretaciones, que don J. A., padre de la demandada, que poseía una gran finca, procedió a su parcelación en la forma y modo que estimó conveniente, formando lotes y señalando para el acceso a ellas diversas calles de tipo particular y procedió a vender por la citada escritura del año 1942 a la recurrente la finca que ésta adquirió, señalando los límites de la misma, y entre ellos, por el Este, con la calle denominada C. del plano de parcelación, escritura que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, y se inscribió a favor de la compradora con constancia de tales características; es evidente que el hecho de figurar como linderos la calle C. no constituye una manifestación simplemente unilateral, sino una situación creada por quien por ser dueño podía libremente parcelar su finca y que convirtió por propia voluntad en obligación bilateral al otorgar la escritura de 1942, que vincula a su causahabiente la demandada y con constancia en el Registro de la Propiedad, con los consiguientes efectos de publicidad y conocimiento presunto de las terceras personas que contrataron posteriormente.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso, sustentado en el número 1.º de dicho 1.692, se denuncia la violación por inaplicación en la resolución impugnada de los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria y de los 1.091, 1.101 y 1.250 del Código civil, y dados los presupuestos fácticos que se han sentado en el fundamento procedente, es a todas luces incuestionable que la recurrente adquirió su finca limitada al Este con la calle C. del plano de parcelación con todos los derechos inherentes a tal colindancia y en virtud de una obligación bilateral que contrajo con el propietario de la finca parcelada, que tenía facultades para ello, por lo que la demandada como causahabiente del vendedor, quedó vinculada en la obligación y debe cumplirla a su tenor, sino que el demandado, señor C., que adquirió su parcela como linderante con la de la actora, pueda oponerse a ello en cuanto la causa alegada tiene constancia en el Registro de la Propiedad y le priva del derecho que por su posible cualidad de tercero pudiera ampararlo; por lo que la sentencia recurrida, al no atenderlo así, ha infringido los preceptos alegados y procede casarla y anularla, sin necesidad de entrar en los restantes motivos formulados.

La segunda sentencia dice:

Considerando: Que por los propios fundamentos de la sentencia de esta misma fecha que precede, recaída en el recurso de casación, se desprende que la finca de la demandante y que adquirió por escritura pública de 1 de diciembre de 1942, linda al Este con una calle privada, la señalada con la letra C. en el plano de parcelación de la finca matriz, con todos los derechos inherentes a tal colindancia, pero sin adquirir ninguno de propiedad sobre el terreno que constituía tal vía privada; por lo que no puede prosperar su pretensión de que se condene al demandado a demoler la cerca que obstruye dicha calle privada y si únicamente a la demolición de la chabola que en ella construyó adosada a la casa de la actora y a que en lo sucesivo respete la existencia de la referida vía privada en la extensión y anchura con que figura en el plano de parcelación, en toda la longitud de la finca de la demandante en su límite Este.

Considerando: Que, probado en el juicio que la finca que adquirió el demandado señor C. por la escritura de 4 de noviembre de 1961, se hace figurar en ésta como colindante por el Oeste o lado izquierdo con la finca de la demandante, desconociendo la existencia de la calle privada de referencia y que con tales linderos tuvo acceso al Registro de la Propiedad, sin respetar, por tanto, la inscripción anterior de tiempo en favor de la demandante; procede, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 34, 38 y 39 de la Ley Hipotecaria, condenar a los demandados a que rectifique a su costa dicha escritura de 1961, en el sentido de que la finca del señor C. linde al Oeste con dicha calle privada C. en la longitud de la finca de la señora R. M., ordenando la rectificación de la inscripción registral a favor del señor C. en tal sentido y sin que proceda resolver sobre las restantes rectificaciones de linderos y de inscripciones que se solicitan en la demanda, al no estar legitimada la actora para pedir las.

Considerando: Que no procede acceder a la solicitud de indemnización de daños y perjuicios al no haberse acreditado su existencia, ni en entidad y cuantía.

Considerando: Que no concurren méritos para hacer una especial declaración sobre costas en ninguna de las instancias.

Fallamos: Que, con revocación de la sentencia apelada y que dictó el Juez de Primera Instancia número 3 de Palma de Mallorca, con fecha 17 de septiembre de 1964, debemos condeñar y condenamos al demandado, don F. C. C., a que proceda a la demolición de la chabola adosada a la casa de la demandante, señora R., y a que en lo sucesivo respete la existencia de la calle privada que forma el límite Este de la finca de la actora en la anchura que le corresponda en el plano de parcelación de la finca matriz; que debemos condeñar a dicho demandado y a su codemandada, doña A. A. R., a que rectifiquen a sus expensas la escritura de 4 de noviembre de 1961, en el sentido de respetar la existencia de dicha calle privada que formaría el límite Oeste de la finca del señor C. en toda la longitud del inmueble de la señora R.; ordenando la rectificación de la inscripción registral a favor del señor C. condeñando a ambos demandados a estar y pasar por tales declaraciones y absolviéndoles de las restantes pretensiones de la demanda; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas en ninguna de las instancias; e insértese esta sentencia en la certificación mandada librar.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1966.—*La prescripción extintiva se interrumpe con la presentación de la demanda de conciliación. La propiedad horizontal no otorga un derecho absoluto e ilimitado a sus titulares.*

La Comunidad de Propietarios de la casa número 30 del Paseo de Rosales, de Madrid, en régimen de propiedad horizontal, acordó oponerse a que en el local sito en la planta baja de dicha casa se instalase la Casa Regional de Valencia y un restaurante anejo a ella.

Las entidades propietarias de dicha planta baja—las Cajas de Ahorros del Sureste de España, de Valencia y de Castellón de la Plana—demandaron a la Comunidad de Propietarios, impugnando tal acuerdo. Lo estimaban arbitrario y que lesionaba gravemente e injustamente sus derechos dominicales, en virtud de los que podían disponer legítimamente de la planta referida, ya que las actividades proyectadas (casa regional y restaurante) no estaban prohibidas por la Ley ni por los Estatutos comunitarios.

Añadieron que, teniendo en cuenta los evidentes perjuicios económicos que por la citada Comunidad se venían causando a las demandantes, ya que no podían disponer del local para el objeto indicado, se dejara en suspenso, a reserva en todo caso de las reclamaciones que por perjuicios económicos se formularan.

Es de advertir que dichas entidades llegaron a ser propietarias por cesión de un derecho de opción de compra que tenía el señor A. O.

La Comunidad propietaria contestó opiniéndose a la demanda, tanto por falta de titularidad de las actoras como por su falta de razón. Alegó que es lo cierto que la opción se concedió una vez consultada la Comunidad de Propietarios, sólo y exclusivamente porque el señor A. O. aseguró que el local que se adquiría tendría como destino único unas oficinas o unos almacenes; efectivamente, al tiempo de concederse la tan repetida opción, se celebró una reunión de copropietarios, a la que asistió el señor A. O., en cuya reunión éste manifestó su decidido propósito de que el local quedara destinado a oficinas y despachos, y en su caso, para el almacén. En absoluto, el señor A. O. manifestó en ningún momento que las futuras beneficiarias de la opción fueran las Cajas de Ahorros demandantes; pero sobre todo adquirió siempre el compromiso de que únicamente para oficina y almacén serían destinados los locales que adquirirían; que, sobre esta base, no hubo inconveniente en que la opción se concediera, y la Comunidad de Propietarios no puso, en principio, ninguna dificultad. Nunca se pudo imaginar que aquel destino propio y característico de la naturaleza de los pisos y locales que se vendían se alterase de tal manera, que en el momento presente se aspire a algo tan distinto como el establecimiento de una Casa Regional unida a un restaurante de mayor o menor categoría, pero en todo caso incompatible con el deseo de la Junta de Propietarios, y con el destino de vivienda suntuaria de todos y cada uno de los pisos. Que, firmadas las escrituras, es lo cierto que hasta el 1 de marzo de 1963 no se pudo saber dentro del seno de la Comunidad de Propietarios cuál era el auténtico destino que las Cajas de Ahorros pensaban dar al local adquirido. Hasta ese momento toda la información de la Junta de Propietarios se obtenía a través de la Constructora Inmobiliaria del Oeste; pero a partir de esta fecha las relaciones son totalmente directas; en la fecha indicada se celebra una Junta de Comunidad, a la que asiste el representante de

las tres Cajas de Ahorros demandantes. En esta Junta—al margen del resto los acuerdos que nada interesan—figura un acuerdo (concretamente el 16), que dice: «el representante de las Cajas de Ahorros, señor G., da cuenta con carácter definitivo del destino que pretendían dar al local derecha, propiedad de las citadas entidades. Con el fin de deliberar, al parecer de la Junta con la libertad de crítica que el caso requería, de mutuo acuerdo entre las partes se continúa la reunión sin la presencia de la representación oficial de las Cajas de Ahorros. En las conversaciones finales se llega a la decisión por todos los asistentes de que a la vista de las notorias incomodidades que puede proporcionar al inmueble el establecimiento de un restaurante en el local comercial adquirido por las Cajas de Ahorros, se acuerda por unanimidad que se formule requerimiento notarial a las citadas Cajas, negándoles totalmente el posible derecho a instalar un restaurante en el local adquirido, ni mucho menos una Casa regional, requerimiento notarial en el que se acuerda enviar la correspondiente copia al señor Presidente de la Confederación de Cajas de Ahorros. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se admitiesen cualesquiera de las excepciones alegadas, y, como consecuencia, sin entrar en el fondo del asunto, se absuelva a la demandada, o, en su caso, se absuelva totalmente de la demanda con imposición de las costas a las actoras».

El Juzgado de Primera Instancia falló: Que, estimando la demanda, debía declarar y declaraba sin efecto el acuerdo tomado por la Comunidad de Propietarios demandada, por el que se opuso resueltamente a que en el local sito en la planta baja de inmueble número 30 del Paseo del Pintor Rosales, de esta capital, adquirido por las demandantes, pudiera instalarse la Casa Regional de Valencia y un restaurante anejo a ella, por lesionar gravemente los derechos dominicales de disposición del local de referencia pertinente a las entidades actoras, condenando a la Comunidad a estar y pasar por esta declaración, dejando en suspenso dicho acuerdo, y no se hace una expresa imposición de las costas del procedimiento.

La Audiencia confirmó dicho fallo.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Son sus razones:

Considerando: Que, basada la prescripción extintiva de la inacción del titular del derecho durante el tiempo determinado por la Ley, ésta admite causas interruptoras de esa inacción, que precisa el artículo 1973 del Código civil, al disponer que tal interrupción tiene lugar, entre otros casos, por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, y al no concretar la norma qué actos judiciales tendrán ese efecto interruptivo, la jurisprudencia muestra un criterio amplio en esta materia, teniendo declarado con reiteración que basta la presentación de la demanda dentro de dicho plazo, aunque sea la del acto de conciliación, porque, cual afirman, entre otras, las sentencias de 13 de junio de 1945 y 9 de noviembre de 1954, ello constituye un acto de ejercicio judicial de la acción, por el enlace falta y necesario que tiene con la realidad de un acto de conciliación y con la demanda del pleito, según el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento civil, si va seguido de la demanda en el plazo de dos meses, y como, además, no puede negarse a la presentación de la papeleta de conciliación la misma trascendencia que tendría cualquier reclamación extrajudicial, porque implica una manifestación de voluntad, que es la que ha de tenerse en cuenta, la presentación de tal demanda dentro del plazo prescriptivo suspende su transcurso evitando la prescripción, aunque ya

fuera de él se celebre el acto conciliatorio, porque su señalamiento no depende de la voluntad del reclamante, razones que aconsejan fijar el momento de la presentación de la demanda de conciliación como interruptor de la prescripción y no el de su celebración, y como lo contrario de esta doctrina se sostiene en el primer motivo del recurso, su perecimiento es obligado.

Considerando: Que en el segundo motivo, por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal se denuncia la violación del artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, porque la instalación de una Casa Regional y un restaurante en el local de autos es incómodo para la Comunidad de Propietarios, única, dice, que puede apreciarla, y para su resolución hay que tener en cuenta que, si bien es cierto que la propiedad horizontal no otorga un derecho absoluto e ilimitado a sus titulares, como los Estatutos no prohíben tal instalación, y no puede afirmarse que la Casa Regional sea, por sí, inmoral ni incómoda, ni que exceda de los límites de la normal tolerancia, y siempre es posible que la autoridad judicial revise los acuerdos de la Junta de propietarios, al quedar subsistente la afirmación de la Sala sentenciadora de que no se ha probado de que en el local se ejerzan actividades incómodas e inmorales, es obligada la desestimación de este motivo y con él la del recurso en su totalidad, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

Hace tiempo que la Ley de Propiedad Horizontal está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es de presumir que llegue en muchas ocasiones a las decisiones del alto Tribunal. Las relaciones económicas y jurídicas que ha creado son múltiples, de diversa índole e importancia.

Contempla esta sentencia el contenido del artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, único que los recurrentes-demandados pudieron invocar, a falta de preceptos adecuados en los Estatutos

Pone de relieve este litigio la importancia de los Estatutos y de su inscripción en el Registro, amén de la posibilidad de que la autoridad judicial revise, en todo caso, los acuerdos de la Junta de propietarios. Se basa esta posibilidad, sin duda, en la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley. La Junta de propietarios no es soberana. Ha de atenerse a la Ley y a los Estatutos

El Registro de la Propiedad, con su historia de más de un siglo, acusado de anticuado en alguna de sus facetas secundarias, ha puesto de manifiesto su utilidad y lozanía como medio insustituible de publicidad en la aplicación de Leyes modernísimas. El normal desenvolvimiento de la propiedad horizontal, con el complejo de derechos y obligaciones, nacidos, no solamente de la Ley sino también de los Estatutos, no sería posible sin esa publicidad efectiva, vivida y eficaz del Registro.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1967.—*Las disposiciones administrativas no tienen acceso al recurso de casación. Acción reivindicatoria. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El principio prior in tempore potior est iure es fundamental en toda la materia de derechos reales, no exclusivo de la Ley Hipotecaria. Preferencia entre poseedores.*

Se ejercitó en la demanda la acción reivindicatoria. No triunfó en ninguna instancia. El recurso de casación no prosperó.

Contiene la sentencia del Tribunal Supremo los considerandos siguientes:

Considerando: Que de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala para precisar el significado y alcance de los recursos por infracción de Ley, no pueden tener acceso a la casación por no ser susceptibles de inclusión en este tipo de mandato las disposiciones meramente administrativas contenidas en Decretos u otras normas de rango inferior, entre las que se encuentran la llamada «Instrucción para el servicio de la recaudación de las contribuciones e impuestos del Estado y procedimiento contra los deudores de la Hacienda» de 26 de abril de 1900 y el Decreto de 29 de diciembre de 1948, que contiene el vigente Estatuto de recaudación, que en un caso por inaplicación y en otro por aplicación indebida, se alegan como infringidos en el primer motivo del recurso—que se formula a través del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil—, no siendo posible, por tanto, proceder a su examen, que debe reducirse a la otra infracción denunciada en el mismo, consistente en la pretendida falta de aplicación del artículo 194 de la Ley Hipotecaria de 1946 y del 218 de la 1.909, que era la que regía en el momento en que tienen lugar las modificaciones registrales a que se refiere este recurso, ambos de contenido semejante, que se expresa en el último de los preceptos citados diciendo que «el Estado, las provincias o los pueblos tendrán derecho preferente sobre cualquier otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan a los inmuebles», preferencia consiguiéntese a la categoría privilegiada a las hipotecas legales del género, que, a pesar de que no consta que fuese objeto en este caso de la necesaria inscripción, que en el sistema actual exige para su validez el artículo 159 de la misma Ley, no ha sido negada, ni siquiera discutida, por el Tribunal *a quo*, que se limitó a decir que no está probado que el titular inscrito—como consecuencia del expediente posesorio efectuado en 1927—, de quien trae causa el actual recurrente—mediante contrato de compraventa que tiene lugar el 30 de enero de 1960—fuese parte en el procedimiento ejecutivo que origina la subasta alegada, ni que haya sido el adjudicatario de la misma, faltando, por consiguiente, el enlace necesario entre el invocado expediente de apremio y el contenido del Registro de la Propiedad, todo lo cual, en cuanto declaración de hecho no desvirtuada en casación por el cauce procesal adecuado, priva del pretendido carácter preferencial a la inscripción del recurrente, permite su análisis comparativo con la titulación de las hoy recurridas, al modo efectuado por la sentencia impugnada y obliga a la desestimación de este motivo.

Considerando: Que para dilucidar el problema de la elección—en sentido jurídico—entre las dos inscripciones contratantes, que, aparentemente al menos, reúnen los requisitos necesarios para su validez, la sentencia recurrida no dejó de aplicar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1909, ni aplicó indebidamente el artículo 473 del Código civil, como se mantiene en el motivo segundo del recurso—amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento—, sino que se limitó a interpretar el primero de dichos preceptos, con arreglo a los puros principios sustantivos civiles de que aquél es simple reflejo a los efectos de la seguridad jurídica en el tráfico de bienes inmuebles, teniendo en cuenta para ello la doctrina de esta Sala—recogida en la sentencia de 6 de julio de 1945, utilizada en el escrito de recurso—, según la que se requiere que exista un adquirente de buena fe, por título oneroso, que traiga causa de quien, según el Registro, puede transmitir, y que inscriba su derecho, requisitos que el recurrente pretende concurren exclusivamente en su favor, pero que el Tribunal *a quo* proclama se dan igualmente en la titularidad de las actuales recurridas, declaración que no fue desvirtuada por el

recurso, en cuanto que la afirmación de que carecen de buena fe hubiese sido necesario probarla, cosa que aquí ni siquiera se ha intentado, por lo que tiene que prevalecer la presunción general del artículo 434 del Código civil, del mismo modo que no ha pasado de ser un mero alegato carente de la prueba indispensable el carácter ficticio y simulado de la compraventa efectuada en 1934 por la causante de las que hoy figuran como recurridas; y siendo esto así, era forzoso acudir, como hace la sentencia que se recurre, a los indicados principios sustantivos, especialmente el de prioridad—consagrado desde antiguo en la máxima *prior in tempore potior es iure*—, fundamental en toda la materia de los derechos reales, que ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria pues el artículo 17 de la misma no contiene otra cosa que su consecuencia a los puros efectos de la mecánica registral, cuya falta de alegación por el recurrente contradice su aserto de que la cuestión debatida debe resolverse con las reglas específicas de la legislación hipotecaria y ratifica el proceder del Tribunal *a quo*.

Considerando: Que, de acuerdo con los indicados principios sustantivos reguladores de la prioridad jurídico-real, es preciso tener presente que en materia de posesión el artículo 445 del Código civil establece que si aparecen dos poseedores será preferido el más antiguo, criterio lógicamente coincidente con lo dispuesto en el artículo 473 del Cuerpo legal para el supuesto concreto de la doble venta—que aunque no por obra de un mismo vendedor, es en el fondo el mismo que aquí se contempla—, pero con valor general a estos efectos de la discutida prioridad al decir que si se tratase de un inmueble, «la prioridad pertenecerá al adquirente que antes lo haya inscrito en el Registro» y que si no hay inscripción será de «quien de buena fe sea primero en la posesión», y faltando ésta, a «quien presente título de fecha más antigua», a tenor de todo lo cual, la sentencia recurrida declaró, siguiendo la relación de los hechos probados, que no fue impugnada debidamente en casación por el cauce adecuado, que la inscripción de las actuales recurridas procede en línea y tracto registrales normales de una primera inscripción efectuada en el año 1894, mientras que la más antigua que aduce el recurrente trae causa del expediente de información posesoria que tuvo lugar en 1927; afirmando al propio tiempo que está acreditada en dicha línea de las hoy recurridas una posesión efectiva y anterior de la finca en litigio, que fue mantenida ininterrumpidamente, no sólo a través de las diferentes transmisiones habidas, dos de las cuales, por haberse realizado mediante compraventas autorizadas en escritura pública que tuvieron acceso al Registro de la Propiedad, están amparadas por la disposición del artículo 1.462 del Código civil, sino también porque cuando fueron despojadas de aquella posesión por el causante de quien ahora recurre en casación, iniciaron el correspondiente juicio interdictal que terminó con sentencia judicial firme de 1948, que ordenó fuesen reintegradas en dicha situación posesoria que siempre tuvieron y de que habían sido indebidamente privadas, de donde se deduce la justa y adecuada valoración jurídica llevada a cabo por el Tribunal sentenciador con respeto de todos los citados preceptos y obliga a desestimar también este segundo motivo del recurso.

Considerando: Que en los motivos tercero y cuarto, en un caso, por la vía del número 1.º, y en el otro, por la del 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, se denuncia la inaplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en el punto referente a la cancelación o nulidad de la inscripción existente en favor del hoy recurrente, que en cuanto fue pedida por el mismo en su escrito de demanda, por lo que se refiere a la de las entonces demandadas, implicaría la

incongruencia alegada al no decir nada sobre este punto la sentencia recurrida, alegación que, sin embargo, no aparece apoyada en el artículo 359 de la propia Ley de Enjuiciamiento, del que, por tanto, no se precisa el concepto concreto en que pudiese haber sido infringido, en contra de lo constantemente requerido por la jurisprudencia de esta Sala, sin tener en cuenta, además, que aquel precepto hipotecario se refiere exclusivamente al «ejercicio de acción contradictoria del dominio» que se intentó por el actual recurrente, pero que las recurridas no ejercitaron al contestar la demanda, ni siquiera por vía reconvenencial, puesto que se limitaron a oponerse a aquélla solicitando la absolución total de la misma en la forma que les fue concedida por el Juzgador de instancia, y confirmó el Tribunal *a quo*, lo cual, aunque ciertamente implique en el futuro la utilización de los medios legales necesarios para obtener la indispensable cancelación registral, no es causa bastante para desvirtuar lo dicho acerca de las infracciones legales denunciadas, que inexorablemente conduce a la desestimación conjunta de ambos motivos.

Considerando Que en el motivo quinto y último de los formulados, que se ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega inaplicación de la Ley 23, libro 41, título II del *Digesto*, y al mismo tiempo aplicación indebida del artículo 440 y concordantes del Código civil, que a todas luces carece de la precisión requerida en el artículo 1.620 de la Ley Procesal, porque en el Cuerpo del mismo se habla también de «error de derecho en la apreciación de la prueba», que constituye una causa distinta que debió haber sido aducida por el cauce pertinente del propio artículo de la Ley adjetiva, citándose, por otra parte, como infringidos los artículos concordantes con el 440 del Código, cuando en realidad muchos son los que concuerdan con él, entre otros, todos los relativos a las sucesiones *mortis causa*, en general, o a la aceptación de la herencia o a la renuncia de la misma, de los que hubiese sido necesario hacer una precisión concreta, pues no es dable imputar al juzgador una infracción tan total y genérica, con la particularidad, además, de que se dicen vulnerados todos ellos por aplicación indebida, y en la sentencia que se recurre no existe el menor indicio ni de su aplicación directa ni de que fuesen tenidos en cuenta en un intento presuntivo del Tribunal sentenciador, que no tuvo, de basarse en unas normas contrarias a las romanas, que, por imperativos del Derecho anterior a la Compilación de 1960, regían en Cataluña, porque la verdad es que la sentencia impugnada parte de la existencia de una posesión real y efectiva en favor de las hoy recurridas, como un elemento de hecho no desvirtuado en casación con citas del *Digesto* que hacen supuesto de la cuestión, sino únicamente con el procedimiento—no utilizado en el recurso—del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, máxime si el fallo está respaldado, entre otros, por el argumento facticio y jurídico, a la vez, de la sentencia firme antes mencionada de 1948, recaída en el precedente juicio interdictal, a cuya virtud se repuso a las actuales recurridas en la posesión de la finca, de la que después de quince años, y exactamente en 1963, en que se inicia el litigio que da lugar a este recurso, se les pretende privar de nuevo, sosteniendo que no gozan de una auténtica posesión, cuando, tanto por la forma en que en este último período se produce su reposición en ella, cuanto por el lapso de tiempo transcurrido, es incuestionable que no valiese todo lo anterior, habrían consolidado por usucapión una situación de propiedad amparada en el artículo 1.957 del Código civil, a consecuencia de todo lo cual es obligada la desestimación de

este motivo y, consiguientemente, la del recurso en su totalidad, con los pertinentes pronunciamientos legales.

SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1967.—*Montes de vecinos en Galicia. Comunidad germánica o en mano común. La titularidad corresponde a los vecinos y no a los Ayuntamientos.*

Una comunidad de vecinos de un lugar gallego del Municipio de Melón instó acción contra el Ayuntamiento de Ribadavia suplicando que se dictase sentencia acogiendo los siguientes pedimentos. a) Declarar que el monte conocido con los nombres de Banqueiriña y Tras do Lombo Raso no era propiedad del Ayuntamiento demandado, en el concepto de «bien de propios», ni en el de comunal, por lo que era nula a efectos civiles su inclusión en el inventario de bienes municipales del Ayuntamiento de Ribadavia; b) Declarar que dicho monte, descrito en el hecho tercero, pertenecía en pleno dominio a la comunidad civil integrada por los vecinos con casa abierta del pueblo de Codesas; c) Subsidiariamente, y en el supuesto de que no se acogiera el pedimento del apartado b), se declarase que dicho monte, descrito en el hecho tercero, pertenecía a la comunidad que integraban quienes fueron foratarios del extinguido foro, denominado Cadesás, Casal y Porto de Chan, y cómo tales foratarios venían aprovechando desde tiempo inmemorial. d) Condenar al Ayuntamiento demandado a dejar dicho monte, descrito en el hecho tercero, a libre disposición de la comunidad que se declare ser la propietaria del mismo, de las medidas en los apartados b) y c), condenándole también a que en lo sucesivo se abstuviera de realizar acto alguno de disfrute o posesión de dicho monte como bien municipal, a abonar a la comunidad propietaria y a los actores para la misma el valor de los pinos cortados en el monte aludido por orden o cuenta del Ayuntamiento demandado y el importe de los daños y perjuicios causados al realizar la corta de pinos hecha en el año 1961, importe que se fijará en ejecución de sentencia. e) Condenar al Ayuntamiento demandado al pago de las costas del pleito. Por otrosí interesaba se interviniera la administración del monte, que con la posesión y por acto de autoridad detentaba el Ayuntamiento demandado sin título alguno, y en apoyo de dicha intervención alegaba el artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya intervención solicitaba no sólo para evitar nuevos daños en el arbolado, sino para que la actuación del Ayuntamiento demandado en la tramitación de la litis no complicase la cuestión debatida.

El Ayuntamiento de Ribadavia se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia absolvió al demandado. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y dictó otra por la que, sin hacer especial condena de costas procesales en ninguna de las instancias, revocó la sentencia dictada por el Juzgado, estimando la demanda y declarando: 1.º Que el monte descrito en el hecho tercero de la demanda, conocido con el nombre de «Bandeiriña», pertenecía a la comunidad civil, integrada por los vecinos con casa abierta en el lugar de Codesas, del Municipio de Melón. 2.º Que el referido monte no era propiedad del Ayuntamiento de Ribadavia, ni en el concepto de «bien de propios», ni en el de «comunal», por lo que carecía de efectos civiles la inclusión de dicho fundo en el inventario de bienes municipales del citado Ayuntamiento; que, en consecuencia, condenaba al Ayuntamiento de Ribadavia, demandado, a que

dejase a la libre disposición de la comunidad vecinal accionante el monte de referencia, descrito en el hecho tercero de la demanda, y a que se abstuviera de realizar acto alguno de disfrute o posesión del propio monte como bien municipal, así como a que abonase a la comunidad propietaria accionante el valor de los pinos cortados en dicho fundo por orden y cuenta del Ayuntamiento demandado, y el importe de los daños y perjuicios causados al realizar la corta de pinos hecha en el año 1961, cuya determinación cuantitativa dineraria se efectuaría en trámite de ejecución de sentencia, según los términos prevenidos en el último considerando.

Interpuesto recurso de casación, no prosperó. Se basó el Tribunal Supremo en los siguientes considerandos:

Considerando: Que esta Sala tiene declarado, con tanta reiteración que hace ociosa su cita, que la incongruencia ha de estimarse en la relación de la parte dispositiva de la sentencia con los términos de la demanda y contestación, por consistir aquélla en la discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto del debate, debiendo entenderse la congruencia en relación con las pretensiones deducidas en el pleito, pero no con los razonamientos alegados por el juzgador para fundar su fallo, doctrina que hace perecer el motivo primero, puesto que el fallo se acomoda a la sustancia de lo debatido, único al que hay que atender, y no a la doctrina utilizada para sustentarlo, y en igual defecto incide el motivo segundo, pues al declarar el fallo, acogiendo el pedimento d) del suplico de la demanda, que el monte reivindicado «pertenece en pleno dominio a la comunidad civil integrada por los vecinos con casa abierta del pueblo de Codesás», se acomoda estrictamente a lo que fue objeto del pleito, cualesquiera que sean las razones utilizadas para llegar a esa declaración dominical, por lo que el perecimiento de ambos motivos es obligado.

Considerando: Que la vida jurídica de los montes vecinales en mano común de Galicia se desenvolvía en el exclusivo campo del Derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, la que estructuró los caracteres de esta institución jurídica, doctrina legal que fue recogida, aunque no en todos sus aspectos, en el artículo 4.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, y en ella, así como en el artículo 23 de su Reglamento y en los 88 y 89 de la Compilación de Derecho civil especial de Galicia, promulgada el 2 de diciembre de 1963, se contiene la regulación positiva de esta institución, que define el citado artículo 88 diciendo que «son montes de vecinos los que pertenezcan en mano común a los vecinos de la parroquia, pueblo o núcleo de población que tradicionalmente los vino disfrutando», con lo que se reconoce, recogiendo las orientaciones jurisprudenciales, que la titularidad de los montes vecinales corresponde a los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, en régimen de comunidad germánica o en mano común, con las notas de esta propiedad *sui generis* de ser indivisible, inalienable, imprescriptible e inembargable, titularidad que no es atribuible a los Ayuntamientos respectivos, pues si bien el artículo 89 de la Compilación citada dispone que los montes vecinales están vinculados a dichos Ayuntamientos, tal vinculación sólo significa un intervencionismo administrativo en orden a la regulación del disfrute y aprovechamiento de esos montes, por lo que la titularidad dominical corresponde a los vecinos de la parroquia o lugar a que está adscrito el monte, y el Ayuntamiento sólo está facultado para regular el disfrute y aprovechamiento intervecinal.

Considerando: Que, con arreglo a la doctrina expuesta, perecen los mo-

tivos tercero y cuarto puesto que, precisamente, al ser los vecinos los titulares del dominio, son ellos los únicos que pueden reivindicar el monte, sin que, por tanto, carezcan de acción, como en aquéllos se sostiene, así como el quinto, puesto que parte del supuesto erróneo de que hay una comunidad civil ordinaria, cuando la que existe es la especial antes estudiada, además de que plantea una cuestión nueva no discutida en la instancia; y como el motivo sexto no respeta los hechos que la Sala sentenciadora declara probados, la que al afirmar, sin que se combata de ninguna forma, que «el trozo de monte que se litiga vino en la inmemorable posesión exclusiva de la comunidad vecinal accionante, que disfrutó para sí la totalidad de sus utilidades dominicales» hace innecesario el litis consorcio pasivo, tal razón le hace perecer, desestimación que también procede del motivo séptimo, no sólo porque la sentencia impugnada estima plenamente identificado el monte reclamado, sino porque la identificación de los bienes reivindicados es una cuestión de hecho que sólo puede combatirse en casación al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, vía no utilizada por el Ayuntamiento recurrente, y, finalmente, el motivo octavo también perece, porque como el aprovechamiento del monte corresponde a su dueño, el no propietario debe reintegrar a aquél las talas que indebidamente hizo y los daños que al practicarlas se causaron, por lo que se impone la desestimación total del recurso con los pronunciamientos del artículo 1.648 de la Ley Procesal.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Reconocimiento de propiedad particular en zona marítimo-terrestre. inscripción en el Registro, según el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.*

El Abogado del Estado demandó, en nombre de la Administración, a varias personas en los siguientes términos:

Que en el Registro de la Propiedad de Vendrell y en las referencias registrales que citaría, se produjeron las inscripciones de dos parcelas de terreno que eran objeto del juicio, y realizándose las transmisiones que a continuación detallaba: la inscripción primera se produjo por venta de don E. H. V. a R. M. R., ésta, a su vez, vendió a F., E., A., M. L., E., S. e I. H. V., consiguiéndose la inscripción en razón de la doble venta operada; posteriormente, en segunda inscripción, se produjo la transmisión de la séptima parte, correspondiente a doña A. a favor de don F., y, finalmente, en tercera inscripción, los seis propietarios restantes enajenan en la proporción que les correspondía a cada uno una tercera parte de la total finca en favor de M. S. H. y otra tercera en favor de E. E. H.; que tales transmisiones se producían en forma idéntica en ambas fincas y a través de la titulación notarial adecuada, acompañando la oportuna certificación registral (documento número 1). Segundo. Que las mencionadas fincas tenían las siguientes referencias: «Urbana. Porción de terreno inculto o arenal, sito en término municipal de Torredembarra, partida Martineta, de extensión superficial 30.047,25 metros cuadrados Linda por Mediodía en una línea de 347,50 metros, que forma con la anterior un ángulo de 71 grados con el mar, mediante playa». Finca B: «Urbana. Una porción de terreno o arenal, sito en el término municipal de Torredembarra partido de Salate o Martineta, de superficie 40.475,50 centímetros cuadrados. Linda por Mediodía, en una línea de 574 metros, con el mar, mediante playa por

Oriente». Tercero. Las adquisiciones citadas, por lo que resultaba de los datos registrales, evidentemente partían de una forma artificiosa de adquisición, harto conocida en esta zona de playa; la creación de unos títulos mediante dobles ventas que a través del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, consiguen un acceso anormal al Registro de la Propiedad, por lo que podría casi denominarse un acto realizado en fraude de la Ley, adquiriendo categoría hipotecaria titulares que en la realidad no tenían título alguno. Cuarto. Que posteriormente a la matricula inicial se realizan algunas enajenaciones con efectos puramente distributivos entre la misma familia H., no produciéndose por ello la creación de terceros hipotecarios, por cuanto una tercera parte de la finca seguía inmatriculada en favor de los primeros titulares y los dos tercios restantes en favor de familiares próximos de aquéllos, probablemente sobrinos; por consiguiente, no existía requisito de buena fe, que con carácter esencial se requería para disfrutar de la condición de tercero hipotecario y, consiguientemente, de principio de fe pública registral. Quinto. Que las dos parcelas descritas estaban íntegramente ubicadas en la zona legalmente denominada marítimo-terrestre, por ser su límite interior al límite, a la vez del máximo alcance de las aguas del mar y, por tanto, en virtud de esta simple circunstancia, eran terrenos de dominio público y, por ello, inalienables e imprescriptibles; que la expresada condición de zona marítimo-terrestre se probaba mediante las certificaciones que acompañaba (documentos números 2 al 6). Sexto. Que de lo actuado en el expediente de deslinde y averiguaciones posteriores se desprendía que la zona en litigio no sólo tenía por sí naturaleza y condición de marítimo-terrestre y, por tanto, de dominio público, sino que desde tiempo inmemorial venía siendo tenida como tal, no reconociéndose actos posesorios por parte de los demandados hasta el momento de las inmatriculaciones; que la repetida finca era tenida como playa de uso común por parte del Ayuntamiento y vecinos de Torredembarra, estaba catastrada a favor del Estado, no pagaba contribución y desde todos los aspectos posesorios no reconocía otro detentador que el común y general uso y disfrute; acompañando certificación parcial del expediente de deslinde y certificado del Catastro y plano (documentos números 7, 8 y 9). Séptimo. Que de los hechos expuestos se desprendía que la finca litigiosa reunía una doble circunstancia que determinaba en forma clara el carácter comunal de la misma, siendo cada una de las indicadas circunstancias suficientes por sí para mantener y lograr que prospere la pretensión de la demanda, y resultando inevitable la exposición de la consideración ofrecida reiteradamente por la actora en anteriores pleitos de significación similar, consistente en que la revalorización de la zona costera había inducido a numerosas personas a rehabilitar pretendidos títulos y lograr artificiosas situaciones registrales para adquirir fincas en la citada zona, que jamás fueron de su propiedad y, en caso de haberlo sido algún día, supuesto que negaban, habría dejado de serlo por el transcurso de periodo superior a treinta y muchos más años, en el abandono completo y definitivo, que habría producido un efecto de prescripción extintiva sobre sus pretendidos títulos. Octavo. Que era preciso hacer constar, por otra parte, que la zona señalada en el expediente de deslinde practicado, como terrenos ganados al mar y que se señala en los planos levantados, la cual debía ser adjudicada a Hacienda, como bien de propios del Estado, era también objeto de las acciones reivindicatorias que se ejercitaban, por cuanto aunque en el momento presente tuviesen carácter de bienes propios, siempre habían reunido la doble condición de uso público y general, como bien de dominio público, sin oposición ni obstáculo

de ningún propietario particular y carácter antiguamente de zona marítimo-terrestre, por cuanto las aguas marítimas alcanzaban el linde exterior de los repetidos terrenos ganados al mar. Noveno. Que, a efectos probatorios, designaba los archivos correspondientes. Décimo. Que, en resumen, se trataba de que una zona de playa objeto de un expediente de deslinde, concluido y aprobado, en el que se determinaban los lindes de lo que era zona marítimo-terrestre, usada desde tiempo inmemorial como dominio público, había sido objeto de una inscripción por parte de los demandados en su favor, usando de un procedimiento artificioso de dobles ventas, sin titulación ni posesión suficiente, que, asimismo, las enajenaciones reflejadas en el Registro de la Propiedad hasta el momento no creaban la figura del tercero hipotecario por la directa vinculación y parentesco entre compradores y vendedores, y por cuanto la finca, por su condición de bien de dominio público indescriptible e inalienable, ponía de manifiesto, por sí sola, los obstáculos insuperables a su transmisión, que no podían ignorar los adquirentes y que producía un defecto total de nulidad, en sus adquisiciones, que no pueden subsanar la existencia de una inscripción registral. Invocó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y suplicó se dictara sentencia, dando lugar a las siguientes peticiones: 1.ª Declarar la propiedad del Estado sobre la zona en litigio. 2.ª Condenar a los demandados a estar y pasar por la citada declaración y a la entrega de los mencionados terrenos. 3.ª Declarar la nulidad de los títulos de los demandados. 4.ª Ordenar la cancelación de los asientos registrales practicados en el Registro de la Propiedad en favor de los demandados y relativos a las fincas objeto de litis. 5.ª Declarar la condición de dominio público de los referidos bienes en la forma resultante del plano y acuerdo de deslinde, o sea, en parte, como zona ganada al mar y actualmente ya como bien de propios del Estado y el resto con la naturaleza de bien de dominio público. 6.ª Condenar en costas a los demandados por su manifiesta temeridad y mala fe.

Los demandados contestaron detallando todas las transmisiones dominicales de la finca desde el año 1842. Durante el período 1936-1939, añadieron, las villas de Vendrel' y Torredembarra estuvieron en zona roja, siendo destruido el Registro de la Propiedad y saqueada la casa solariega de la familia H., lo que motivó el otorgamiento de las dos escrituras de 1957, mediante las cuales los terrenos tuvieron de nuevo acceso al Registro de la Propiedad, con sus linderos actuales. La escritura de compraventa no constituía una teórica enajenación para consolidar con una tercera transmisión la falsa posesión de los demandados, sino el documento por el que se solventaron divergencias entre los miembros de la familia. Que la Ley de Puertos reconocía expresamente la existencia de propiedades particulares enclavadas dentro de la zona marítimo-terrestre, estableciendo sobre las mismas exclusivamente las servidumbres legales de salvamento y de vigilancia litoral, que el artículo 8º señala hasta dónde alcanza la servidumbre del salvamento, reconociendo a favor de los particulares propietarios el derecho de indemnización de los daños causados: que manifestaba el demandante que en el negado supuesto de que estos demandados hubiesen ostentado algún derecho sobre los terrenos, estos derechos eran actualmente inexistentes por el transcurso de más de treinta años en absoluto abandono. En relación con este extremo, manifiestan que no se piense que los actos realizados por los señores H consisten únicamente en el otorgamiento de una serie de documentos públicos y privados, sino que el derecho dominical ha sido ostentado y también ejercitado; así, con fecha 17

de febrero de 1897, don E. H. concedió a título de precario el derecho a favor de varios vecinos de Torredembarra de poder sacar barcas, redes y demás útiles de pesca en una determinada porción de los terrenos en cuestión (documento número 27), que la finca amojonada en su día por medio de hitos en los que figuraba esculpida la letra H., y aunque han desaparecido en su mayoría, algunos permanecen en su lugar (documento número 27); que por documento número 28 se probaba que el guarda jurado del Ayuntamiento, desde que desempeña su misión a partir de 1948, ha venido exigiendo a los propietarios de los rebaños vecinos de la localidad las pertinentes autorizaciones de los señores H., y el documento número 29 consiste en un requerimiento de fecha 28 de abril de 1960, en el que se recogen las manifestaciones libres y espontáneas de don F. P., propietario de terrenos de Torredembarra, lindante con los de los demandados acreditativos de varios extremos, justificando el ejercicio de los derechos dominicales, que los documentos acompañados a la demanda, consistentes en la certificación del acta de reconocimiento y amojonamiento provisional y el amojonamiento definitivo, levantadas por la Comisión nombrada para la delimitación de la zona, así como una certificación librada por el Abogado del Estado que contiene parte de la Orden ministerial de Obras Públicas de 25 de febrero de 1961, aprobatoria del deslinde, las dos primeras certificaciones no interesaban a los presentes fines, pero sí la que contiene el texto de la Orden ministerial, de su texto nada se desprendía en consecuencia alguna, tocante a la propiedad de los terrenos deslindados, antes al contrario. Ello era así porque, en primer lugar, la Ley de Puertos emplea la expresión, como se ha dicho, «de dominio nacional y público» y la salvedad «sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares», también porque la Orden se refiere a los ocupantes de parcelas de dominio público que hayan llevado a cabo obras sin autorización, y esto no era el caso de los demandados, que ni habían constituido obra alguna ni ocupaban otros terrenos que los que legalmente les pertenecen en plena propiedad, que en cuanto a la certificación extendida por el Perito agrícola, entendían que carecía de toda virtualidad, en primer término, se refiere a una cierta parcela y a un cierto polígono que en el término de Torredembarra figura a nombre del Estado y cuyos límites imprecisos no eran los de los terrenos de los demandados; seguía luego una certificación librada por el señor Abogado del Estado, informando que en el expediente de deslinde de los terrenos de Torredembarra obran las copias de las alegaciones presentadas por varios reclamantes propietarios de fincas colindantes con la playa, y que dicho lindero con la playa ya consta en sus respectivas titulaciones inscritas en el Registro de la Propiedad; con todo ello estaban conformes los demandados, pero preguntándose si esta playa, nombrada tan genéricamente, pertenecía a los demandados; que haciendo una referencia a la certificación relativa a las alegaciones del Ayuntamiento de Torredembarra, formulada en el expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre, y por lo que respecta a la manifestación de que la playa figura en el Catastro como propiedad del Estado, se remitían a lo expuesto al comentar la certificación de dicho servicio; que seguía diciéndole al Ayuntamiento que el agua del mar había alcanzado el muro construido por la Sociedad de Conductores Eléctricos, S. A., pero no decía que la finca, actualmente propiedad de esa Empresa, formaba parte de la mayor finca perteneciente a los demandados, y tampoco decía el Ayuntamiento que el muro construido por el señor P. C. lo fue con permiso del señor H., ni siendo ciertas las restantes manifestaciones; que corroboraban lo anteriormente expuesto

las cuatro escrituras públicas de compraventa (documentos 20, 31, 32 y 34) que los señores H. otorgaron a don A. G., don J. C., don José C. y don J. N. V.; que el señor N., queriendo edificar en la parcela adquirida, y por ser este terreno de propiedad particular, dentro de la zona marítimo-terrestre, solicitó la oportuna autorización del señor Gobernador Civil de la provincia, que la instancia dirigida por este señor, los informes de la Comandancia de Marina, de la Jefatura de Puertos y Obras Públicas y la Resolución del Gobierno Civil, accediendo a lo solicitado, todos estos documentos constan transcritos literalmente en la certificación librada por la Jefatura de Puertos de fecha 16 de octubre 1961, y se acompaña copia (documento número 74); que al igual había ocurrido con don A. G. S.; ya sólo quedaba ocuparse del procedimiento utilizado por los demandados para la reinscripción de sus fincas en el Registro de la Propiedad; que no debían olvidar que dichos terrenos constaron inscritos desde 1842 a 1936; que rechazan las alegaciones de la parte actora y que se puede calificar de acceso normal el establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que ha sido la utilizada por estas partes; que se han cumplido todos los requisitos legales, y habían transcurrido con exceso los dos años, dentro de los cuales nadie había interesado combatir la inscripción registral; ni el Ayuntamiento, que fue el primero en interesar. Que manifiesta el demandante que se ejercitaba la acción reivindicatoria, es decir la que asiste al propietario no poseedor frente al poseedor no propietario; que ello no obstante, el propio actor manifestaba que los terrenos habían prescrito a favor del Estado durante un período ininterrumpido de más de treinta años, o sea, que por sí y ante sí se atribuye la propiedad de los terrenos por prescripción.—lo que equivalía al menos a reconocer la virtualidad de unos remotos títulos dominicales en favor de los demandados—y ganado de tal forma la condición de dueño, y la utiliza como plataforma para el ejercicio de la acción reivindicatoria: que todo ello resultaba vago e impreciso. Para que tuviese éxito tal acción, el actor debía probar de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados, acreditando, no sólo el derecho a virtud del cual se adquirió la cosa, sino, además, el dominio actual de la finca; que la inexistencia de estos dos requisitos hacían ineficaz el ejercicio de la acción. Invocó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó con la súplica de que se dictara sentencia, desestimando totalmente la demanda y condenando al actor al pago de las costas procesales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria de la demanda sin hacer expresa condena en costas, La Audiencia la confirmó, también sin condena especial en costas de la alzada.

En el Tribunal Supremo no prosperó el recurso de casación. Son sus considerandos:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la interpretación errónea en la sentencia recurrida de los artículos 1.º, en su párrafo primero, y número 10, 7.º y párrafo primero del 8.º de la Ley de Puertos, así como del artículo 339, número 1.º, del Código Civil, basado en que siendo la zona marítimo-terrestre bienes de dominio nacional y de uso público, quedan afectos a una función administrativa y, por ende, de derecho público, de uso no exclusivo ni excluyente, salvo que exista una concesión administrativa, incapaces de crear un derecho de posesión privada y, en su consecuencia, sólo la Administración puede desafectar tal zona al uso público por medio de una concesión de aprovechamiento privado; y comoquiera que,

si bien es cierto que sería muy conveniente su ampliación en gran escala en beneficio no sólo del uso público, sino también en el de los Municipios a que pertenecen, para lograr el disfrute de las playas y su embellecimiento, evitando su monopolio por un número reducido de personas o una explotación abusiva, no lo es menos que la actual legislación no sólo la reduce al terreno limitado por el flujo y reflujo de las mareas o de los temporales donde aquéllas no son sensibles, *sino que, además, deja a salvo los derechos que correspondan a los particulares*; es evidente que, demostrado documentalmente en el caso concreto que se debate, los terrenos de autos son de propiedad privada, por lo menos desde el año 1842 y probado su tracto sucesivo y su inscripción como tales en el Registro de la Propiedad, aun cuando por la destrucción de éste fueron recientemente inmatriculados, están comprendidos en los casos excepcionales que la Ley admite, han sido correctamente interpretados los preceptos invocados y perece este primer motivo del recurso.

Considerando. Que con la misma sustentación procesal que el anterior se articula el segundo motivo del recurso para denunciar la violación en la Resolución impugnada del artículo 609 en relación a los 610, 1936, 1941, 1942 y párrafo primero del 1271, todos del Código Civil, sosteniendo que los terrenos debatidos no son susceptibles de ser adquiridos por ocupación ni por usurpación al tener un dueño, la Nación, y ser imprescriptibles, y tampoco pueden ser objeto de transmisión al estar fuera del comercio de los hombres; motivo que no puede prosperar por las propias razones consignadas en el razonamiento anterior, puesto que si tal es la regla general el caso contemplado recae en la excepción que la propia Ley señala y que tiene su arranque en actos y derechos anteriores no sólo a la vigente Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, sino también a la anterior de 7 de mayo de 1880, como queda expuesto.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina perece el tercero y último motivo del recurso por el mismo cauce procesal que los anteriores, alegando la violación del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, ya que, probado el dominio de los recurridos sobre los terrenos en cuestión, no cabe al actor la acción reivindicatoria esgrimida.

Recogemos esta sentencia con todo el detalle que queda expuesto porque la consideramos de importancia en la esfera jurídica y aun en la social-económica

En esta última, porque habiéndose revalorizado kilómetros y kilómetros de costa a consecuencia del fenómeno turístico, siendo confusas las situaciones dominicales de muchos predios limítrofes con el mar (lo que no valía, en poco se estimaba y no se titulaba o se titulaba mal), ahora se van a plantear (se están planteando) múltiples problemas análogos al resuelto por la sentencia.

En el ámbito jurídico tiene interés la sentencia, ya que es la única que conocemos en la que de manera clara y terminante se reconoce la posibilidad de propiedad particular dentro de la zona marítimo-terrestre.

Se han enfrentado en este litigio dos posiciones antagónicas: la que pudiéramos llamar civilista o jusprivatística y la que pudiera denominarse administrativista.

Antes de estudiarlas recordemos que el primer problema que se plantea en esta materia es el de la legislación vigente.

Teníamos la vieja Ley de Puertos de 1880. En 19 de enero de 1928 se dictó otra El Decreto-ley de 15 de abril de 1931, que convalidó la obra legislativa de la Dictadura, no la recogió. La mayoría de los tratadistas de Derecho admi-

nistrativo entienden que está vigente la de 1880. En realidad, el contenido viene a ser el mismo. Además, la de 1928, por imperativo del Decreto-ley de 1931, actuará de Reglamento. La sentencia que contemplamos le llama (un poco de pasada) "vigente" a la de 1928, y "anterior", a la 7 de mayo de 1880.

¿Es posible una propiedad particular o privada en la zona marítimo-terrestre?

Recordemos que se entiende por zona marítimo-terrestre, según la Ley, el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, en donde no lo sean. También se extiende la zona por las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles las mareas.

Como dice García de Enterría, la Ley es de terminología imperfecta y de conceptos imprecisos. No obstante, llega a la conclusión dicho autor de que la referida zona es de dominio público. Esta es la consideración que ya tuvo en Derecho Romano y en la primitiva Ley de Aguas de 1866.

Sin embargo, la Ley, al sentar en su artículo primero ser de dominio nacional la zona, deja a salvo los derechos que puedan asistir a los particulares ("sin perjuicio de los derechos que puedan asistir a los particulares") Y aquí, en este detalle, es donde se centra la discusión, pues los tratadistas de Derecho administrativo sostienen que estos derechos aludidos como excepcionales son distintos del de propiedad, son los derechos de aprovechamiento.

El argumento que encuentran definitivo los que niegan la posibilidad de propiedad privada, lo basan en el artículo 2.º, que regula las alteraciones naturales de dicha zona. Es el único supuesto de desafectación de la zona. El único en que se permite la propiedad privada, pero en terrenos ya desafectados, que han perdido, por tanto, el carácter de demaniales.

En favor de la existencia o de la posibilidad de existencia, mejor dicho, de la tan repetida propiedad privada, tenemos, además de la salvedad del artículo primero, los artículos 7, 8 y 9, que aluden a terrenos de propiedad particular colindantes con el mar o enclavados en la zona marítimo-terrestre. Bonet, en su Código Civil comentado (página 468), después de dar como vigente la Ley de 1928, alude a que los artículos 7 a 10 de la misma y su Reglamento de igual fecha someten los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar o enclavados en la zona marítimo-terrestre a las llamadas servidumbres de salvamento y vigilancia del litoral.

Esta sentencia ha declarado la posibilidad de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre de manera terminante. Es una, pero puede ser el comienzo de doctrina jurisprudencial de gran interés.

B. M. B.

Ili. Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central

POR JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de mayo de 1966.

LA LEY DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1941, FUNDACIONAL DEL INSTITUTO DE INDUSTRIA, DISPONE QUE LAS EMPRESAS QUE ÉL CREE GOZARÁN DE LAS VENTAJAS DE LA LEY DE 24 DE OCTUBRE DE 1939, Y EL DECRETO DE 22 DE ENERO DE 1942 ESTABLECE QUE LAS EMPRESAS QUE EL INSTITUTO CREE SERÁN AUTOMÁTICAMENTE CONSIDERADAS DE INTERÉS NACIONAL.

Antecedentes.—Como consecuencia de contrato entre el Ministerio del Aire con la Sociedad «Construcciones Aeronáuticas, S. A.», para revisión y reparación de aviones y fabricación de piezas para los mismos, la Oficina liquidadora giró liquidación por el concepto de contrato mixto sobre la base de siete millones de pesetas, la cual fue recurrida alegando el recurrente que disfrutaba de la bonificación del 50 por 100 por los actos y contratos por su condición de industria de interés nacional, según Decreto de 3 de julio de 1944, aclarado por el de 27 de mayo de 1959, y que, si bien el 4 de julio de 1958 había finalizado el plazo de la exención parcial, era lo cierto que por Orden de 5 de abril de 1959, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 del mismo mes, aprobada en Consejo de Ministros, se acordó, en uso de las atribuciones concedidas al Gobierno por el artículo 10 de la Ley de 24 de octubre de 1939, prorrogar durante un periodo de cinco años los beneficios concedidos; y en su consecuencia, pedía la anulación de la liquidación y la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas.

El Tribunal Provincial denegó el recurso, por estimar que el plazo para obtener la bonificación solicitada estaba caducado por haber transcurrido el plazo de quince años en que la Sociedad había obtenido el beneficio tributario cuestionado.

Enablada la alzada ante el Central, éste dice que la Ley de 25 de septiembre de 1941, fundacional del Instituto de Industria, dispone que las Empresas que él cree gozarán de las ventajas que establece la Ley de 24 de octubre de 1939, y el Decreto de 22 de enero de 1942 dispone en su artículo 3.º que las Empresas que el Instituto cree serán automáticamente consideradas de interés nacional; y autorizada por Decreto de 22 de junio de 1943 la participación mayoritaria del Instituto en el capital de la reclamante, le son, de consiguiente, aplicables las ventajas fiscales de las Empresas nacionales dependientes del Instituto por Decreto de 10 de enero de 1950, en el que se estableció que les corresponderían durante el período de quince años, señalado en el artículo 2.º de la Ley de 24 de octubre de 1939, y en su caso de las prórrogas que pudieran concederse, la reducción de un 50 por 100 de los impuestos de Derechos Reales y Timbre, en cuanto afecten a todos los actos y contratos de las Empresas obligadas al pago, entre otras, la de «Construcciones Aeronáuticas», por lo que el plazo de duración de que se trata finalizó en el año 1958.

Idéntica doctrina sentó el propio Tribunal Central en Resolución de la fecha de la reseñada y de 27 de mayo de 1966.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de junio de 1966.

EL CONTRATO DE OBRAS, A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, IMPLICA NECESARIAMENTE QUE UNA PERSONA EJECUTE POR OTRA MEDIANTE PRECIO UN SERVICIO U OBRA CREANDO, MODIFICANDO O TRANSFORMANDO BIENES PROPIOS DE QUIEN PAGA EL PRECIO, Y SI ESTAS CIRCUNSTANCIAS NO SE DAN, NO HA LUGAR A EXACCIÓN DEL IMPUESTO POR CONTRATO DE OBRAS. EL HECHO DE NO FORMULAR ESCRITO DE ALEGACIONES Y PRUEBAS AL ENTABLAR EL RECURSO NO ES OBSTÁCULO PARA QUE NO SEA RESUELTO EL RECURSO POR EL TRIBUNAL.

Antecedentes.—La Dirección General de Obras Hidráulicas formalizó la adjudicación a favor del Heredamiento de la Acequia de Alquíbar de las obras del proyecto de revestimiento de dicha acequia, por el precio de 43.175.000 pesetas, según subasta convocada al efecto, en la que se presentó como proponente dicha Entidad, a la que se adjudicaron las obras, haciéndose constar que del precio de la contrata corría a cargo del Estado la cantidad de 34.540.000 pesetas, y el resto, a cargo del Heredamiento.

Otorgada la correspondiente escritura, fue liquidada por el concepto de contratos mixtos sobre la base de la obra presupuestada para el primer año.

La Entidad dicha interpuso recurso contra la liquidación ante el Tribunal Provincial, y puesto de manifiesto el expediente para alegaciones y pruebas, no compareció la recurrente.

El Tribunal desestimó la reclamación, fundado en que se había incumplido

la obligación de formular el escrito de alegaciones y pruebas consignando en él los fundamentos de hecho y de derecho y formulando con claridad la pretensión deducida.

Recurrido el acuerdo, se alegó que las obras habían de realizarse por la Entidad propietaria de las mismas, y por ello era improcedente el pago del impuesto dada la inexistencia de contrato mixto, citando al efecto varias Resoluciones del Tribunal Central y suplicando la nulidad de la liquidación y la devolución del impuesto pagado.

El Central empieza por decir que en varias Resoluciones, como la de 22 de octubre de 1954, tiene mantenido el criterio de que la presentación del escrito de alegaciones es potestativo, por tratarse de un derecho, y la omisión del mismo no implica renuncia a la reclamación ni revela al Tribunal de entender y resolver sobre su contenido, máxime en casos como el presente, en que del expediente de gestión se desprenden las circunstancias indispensables para formar juicio sobre el caso, que no es otro que el de decidir si la ejecución de las obras de revestimiento de la acequia de Alquibla, realizadas por la Entidad beneficiaria y sufragadas en parte por el Estado, constituyen un verdadero contrato de obras en el que una de las partes, como interesada en la obra, encargó a la otra que la lleve a cabo en la forma determinada, a su propia costa, en la forma determinada por los artículos 1.544 y 1.588 del Código civil, y en el orden fiscal, por las artículos 16, 18 y 25 del Reglamento del Impuesto de 15 de enero de 1959.

Añade después el Central que el contrato de obras implica necesariamente que una persona ejecute para otra, mediante precio cierto, un servicio u obra, creando, modificando o transformando bienes propios de quien pague el precio, con aportación o no de los materiales precisos, si así se estipula; y estos requisitos no concurren cuando el dueño de las cosas objeto de las obras es al mismo tiempo contratista, sin que contradiga esta conclusión la circunstancia meramente formal de que el Estado, por motivos de interés general, sufrague parte de las obras, que al ser contratadas para que la comunidad las ejecute no puede decirse que existen en virtud de las obras contraprestaciones que determinen la existencia de servicios, trabajos y suministros, que son los determinantes de la obligación tributaria y, por tanto, no se trata típicamente de un contrato traslativo de dominio, ya que todo lo que es el objeto de la convención es en beneficio exclusivo de la comunidad y para materia de su propio fin.

En su consecuencia, al no producirse por las obras tráfico patrimonial, no se trata de un acto sujeto al impuesto, como sostiene el mismo Tribunal en Resoluciones, entre otras, de 17 de noviembre de 1961, 15 de mayo de 1963 y 18 de marzo de 1966.

COMENTARIOS.—Creemos perfectamente razonado el caso y perfectamente claro que no existe enriquecimiento por parte de la comunidad, que es la razón fundamental del impuesto. Sólo se nos ocurre una mera sugerencia, cual es la de si el caso encierra el acto de subvención como liquidable.

La misma doctrina sentó el Tribunal fuera de las Resoluciones antes citadas, en la de 26 de abril de 1960, comentada por nosotros en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en el número de enero-febrero de 1962.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de septiembre de 1966.

AUNQUE EL CONTRIBUYENTE NO PIDA LA TASACIÓN PERICIAL AL SERLE NOTIFICADO EL EXPEDIENTE DE COMPROBACIÓN DE VALORES, TAL OMISIÓN NO LE PRIVA DEL DERECHO RECONOCIDO A SU FAVOR, CUANDO LA PETICIÓN SE FORMULA EN VÍA JURISDICCIONAL, COMO PREVÉ EL PÁRRAFO 6) DEL ARTÍCULO 85 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO, PUESTO QUE ÉSTE FACULTA EXPRESAMENTE A LOS INTERESADOS PARA PROPONER EN LAS RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS LAS PRUEBAS ADECUADAS A LA DEFENSA DE SU DERECHO, «INCLUSO LA TASACIÓN PERICIAL».

Antecedentes.—Fallecido el causante, dejó diferentes valores industriales no cotizables en Bolsa, y en la correspondiente relación de bienes presentada a la liquidación del impuesto fueron valorados tasandolos por su valor nominal, más la correspondiente partida por muebles y ajuar doméstico

La Oficina liquidadora instruyó el pertinente expediente de comprobación, y a falta de la cotización en Bolsa, tomó como medio comprobatorio la valoración fijada por la Administración a los efectos del impuesto de negociación, con lo cual se elevó no sólo el importe de los valores, sino que también se obtuvo asimismo un fuerte aumento en el importe del ajuar doméstico, calculado, como el Reglamento previene, en el 2 por 100 del total caudal hereditario.

Una vez que los declarantes se dieron por notificados del expediente de comprobación, interpusieron recurso ante el Tribunal Provincial, alegando que para valorar las acciones de una de las Sociedades se había tomado el valor teórico del 124,64 por 100, y para las acciones de la otra Empresa, el también teórico del 2.380,04 por 100, con la consiguiente supervaloración del ajuar doméstico al aplicar el índice del 2 por 100 señalado en el artículo 31 del Reglamento del Impuesto y, en su consecuencia, expresaban su más absoluta disconformidad con tales valoraciones, según dictamen que acompañaban, y pidieron, conforme al artículo 81, número 4), la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación, junto con lo dispuesto en el artículo 85, 6), que autoriza el recurso económico-administrativo con petición de las pruebas conducentes, incluso la de la tasación pericial, y, en definitiva, suplicaron que el expediente volviese a la Oficina liquidadora para que se decrete la tasación pericial de las acciones en cuestión y, una vez realizada, se rectificasen las bases por lo que de ella resultase.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación fundado en que la valoración de los títulos de que se trata fue obtenida de conformidad con lo preceptuado en el número 2 del artículo 64 del Reglamento del Impuesto de 1959, y en que respecto de la tasación pericial al amparo del número 4) del artículo 81, para los casos en que los interesados la soliciten al no aceptar el valor que la Administración señale como resultado de la comprobación, era de notar que el artículo 64 formaba parte del capítulo V. referente a la base liquidable y, por tanto, no se había efectuado ninguna comprobación de las

regladas en el capítulo VI para que, frente a ella, pueda pedirse la tasación pericial, pero que, en cualquier caso, como ésta debía acordarse por la Abogacía del Estado, dicho medio extraordinario de comprobación debió solicitarse de la mencionada Oficina.

Este acuerdo fue recurrido en alzada ante el Tribunal Central, insistiendo en los anteriores razonamientos y suplicando que se acordase la práctica de la tasación pericial a fin de comprobar el verdadero valor de los antedichos valores mobiliarios.

El Central empieza por decir que el artículo 64 del Reglamento contiene las normas que servirán de base en las transmisiones de efectos públicos y valores comerciales e industriales, y que en el apartado 2) dice «que si se tratase de valores que no se hubiesen cotizado en el trimestre precedente a su transmisión o que no estuviesen admitidos a cotización en Bolsa, las Oficinas liquidadoras fijarán la base liquidable por los medios de valoración que la Administración tenga señalados a los efectos de cualquier impuesto que grave los títulos o que deba satisfacer la Entidad que los emitió...», y el artículo 80, apartado 4), del propio Reglamento fiscal dispone que se considerarán a «todos los efectos» como medios ordinarios de comprobación los que «al objeto de determinar la base liquidable» se establecen en los preceptos reglamentarios que a continuación señala, entre otros, el artículo 64: de todo lo cual se sigue que si bien el artículo 64 está comprendido en el capítulo V, referente a la «base liquidable», por expresa definición del citado apartado 4) del artículo 80, la determinación de tal base liquidable se considera como medio ordinario de comprobación «a todos los efectos».

Sentado lo anterior, añade que el artículo 81 del Reglamento establece que podrá acudirse a la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación, entre otros casos, cuando los interesados lo soliciten y no acepten el valor que la Administración señale como resultado de la comprobación, salvo lo que por excepción se dispone en el último apartado del artículo 85, supuesto que no concurre en el presente caso, en el que se utilizó el medio ordinario del valor que la Administración tuviese señalado para los títulos mobiliarios de que se trata a los efectos del impuesto de negociación.

Además, aunque es cierto que en el caso los recurrentes no solicitaron la tasación pericial de manera expresa al serles notificado el resultado del expediente de comprobación de valores, tal falta no puede privarles del ejercicio de un derecho reconocido a su favor cuando la petición la formulan en vía jurisdiccional, como admite el párrafo 6) del artículo 85 del Reglamento, que faculta expresamente a los contribuyentes para proponer en la reclamación económico-administrativa las pruebas conducentes a su derecho, «incluso la tasación pericial», que es, en definitiva, lo que hicieron los interesados al formalizar su reclamación económico-administrativa en primera instancia.

En definitiva, el Central revoca la Resolución del Provincial y ordena a la Oficina liquidadora que practique la tasación pericial propuesta por los trámites de los artículos 90 y siguientes del Reglamento del Impuesto.

COMENTARIOS.—Ante la claridad del caso y la de los razonamientos y textos invocados, nos parece que huelgan todos los comentarios.

J. M.^a R.-V.

LIBROS

BORRAJO, BROSETA, CANO, CARRETERO, DÍEZ PICAZO, FRAGUAS, PONS y RÍOS: *Problemática Jurídica actual de la Empresa*. Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, 1965 (444 páginas).

Introducción.

Este denso volumen contiene catorce interesantes trabajos que recogen las conferencias pronunciadas desde el día 10 de noviembre de 1964 al 4 de mayo de 1965 en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, «por el admirable equipo de estudiosos juristas que hicieron donación graciosa de su saber, con rigurosa técnica, a todos sus compañeros valencianos».

En el Prólogo, del Decano del Ilustre Colegio de Abogados, señor Attard Alonso, se dice que hoy no sobran abogados. Sobran voceros adocenados que no supieron intentar tan siquiera la adaptación del profesional a los nuevos tiempos. La Academia se ha sentido orgullosa de recibir en su seno a los compañeros que profesaron el Curso de Derecho Empresarial. Finalmente hace público el agradecimiento a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia por el espléndido mecenazgo que ha hecho posible la edición de esta obra.

Resumen.

La Empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos.—
MANUEL BROSETA PONT.

El tema del concepto de la Empresa está constantemente presente en nuestro ordenamiento positivo. El concepto no está suficientemente aclarado ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, ni aún por el legislador. La dificultad de la tarea se debe al hecho, apuntado por FERRARA, de que la Empresa pertenece a la categoría de las «organizaciones», que tienen difícil cabida en las

estructuras jurídicas romanas, inspiradoras—aún hoy—de nuestro Derecho privado.

En el punto de vista económico se citan las definiciones de JAMES, TRUCHY y WIELAND, y se concluye dando como sus notas esenciales: a) ser una unidad económica organizada, b) estar integrada por capital y por trabajo, y c) tener como «ratio» teológica: el producir o mediar en el mercado de bienes o de servicios.

Dilucidado así el pacífico concepto económico de empresa se aborda el problemático concepto jurídico y nos hallamos con dos sorpresas. La primera la procuran quienes afirman la imposibilidad de obtener un concepto jurídico de contornos precisos (PICARD, ESMEIN, VEDEL). La segunda, los que formulan un concepto distinto del económico y además diferente para cada disciplina jurídica (doctrina italiana y los alemanes GIESEKE y GIERKE). En nuestra opinión: 1. Existe un concepto jurídico unitario de Empresa; 2. Coincide necesariamente con el económico; y 3. Cada disciplina jurídica regula una parcela del total fenómeno económico que es la Empresa. Esta realidad fue intuita por la célebre sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1943 y ya había sido pronunciada en la de 4 de diciembre de 1933. AULETTA la ha definido como «un complejo de derechos reales y de crédito, así como de relaciones contractuales en curso de ejecución, mediante los cuales el titular de la Empresa se asegura la disponibilidad de los bienes y servicios organizados para el ejercicio de una actividad».

La Empresa es un ente complejo donde convergen distintos intereses, distintos sujetos, distintos elementos patrimoniales de muy varia naturaleza y además sobre sus elementos personales inciden derechos y deberes de clase y de naturaleza diversa. Por razón de su entidad económica se clasifican en pequeñas, medias y grandes empresas. Por la naturaleza de la actividad desarrollada se dividen en mercantiles, industriales, civiles y agrícolas. Según el tamaño o la actividad desarrollada, la Empresa interesa o no a diversas disciplinas.

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado no sólo el concepto de empresa, sino el de su naturaleza jurídica, porque como organización posee un valor económico superior a la suma de sus elementos integrantes; porque aparece como algo unitario y

porque es necesario resolver los problemas planteados por su tráfico. Los mejores juristas europeos han elaborado tres grupos de teorías. La «atomista», la «unitaria», la «eclectica». Una consideración superficial de nuestro ordenamiento puede inclinarnos a la unitaria, pero después de un análisis del verdadero significado de estos preceptos podemos sentar tres afirmaciones concretas: la empresa no es por sí misma objeto de derechos reales; puede ser unitariamente objeto de negocios jurídicos y existe cierta tendencia legislativa a reconocer la unidad funcional o instrumental de la Empresa.

El considerar a la Empresa como objeto de tráfico plantea tres graves problemas: subrogación de créditos y deudas, cesión de los contratos y prohibición de competencia.

Subrogación de créditos y deudas.—La solución es de gran interés práctico. Respecto de los créditos contraídos por el empresario antes de verificarse la transmisión, ante el silencio de nuestro Ordenamiento positivo, habremos de acudir al régimen general de la cesión de créditos previsto en nuestro Código de Comercio. La situación planteada respecto a las deudas nos obliga a resolver esta cuestión acudiendo al artículo 1.205 del Código civil.

Cesión de los contratos.—Los contratos de larga duración son indispensables para la subsistencia de la propia Empresa: cfr. arrendamiento del local de negocio, contrato de suministro, contrato de servicios y de agencia, etc. El silencio de nuestro sistema jurídico debe llenarse por el régimen que en nuestro derecho es propio en materia de cesión de contratos, aunque existan concretos supuestos de cesión automática.

Prohibición de competencia.—La transmisión de la Empresa implica la entrega de la clientela y las expectativas de lucro. Especialmente en el caso de los empresarios individuales se imponen dos obligaciones: 1. Comunicar a la clientela la transmisión efectuada; y 2. No ejercitar la misma actividad empresarial. Ante el silencio de nuestro Derecho positivo podemos encontrar fundamento suficiente en los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de comercio. Pero esta prohibición debe tener un doble

límite: temporal y espacial. El sistema óptimo, al respecto, es el seguido por el artículo 2.557 del Código civil italiano.

La compraventa de Empresa.—M. BROSETA PONT.

El primer problema planteado es dilucidar si la Empresa puede ser objeto del contrato de compraventa. La pregunta no es puramente académica. Si no es compraventa no le serán aplicables los artículos 325 y ss. del Código de Comercio y 1.445 y ss. del Código civil. Una consideración superficial parece conducirnos a concluir que no es compraventa el negocio traslativo que tiene por objeto la Empresa. Y ello por cuatro razones: por la complejidad de la Empresa; por la casi imposibilidad de configurar un único derecho real sobre la Empresa; por el tenor literal del 1.445 del Código civil y porque en la Empresa suelen existir bienes esenciales que no son propiedad del empresario. Por todo ello la doctrina clásica negó que se tratara de verdadera compraventa y se calificó esta nomenclatura de «cómoda expresión» (sic VAUCHER). Pero esta posición no parece correcta ni exacta. Lo que no siempre coinciden es «titularidad» y «propiedad» de la Empresa. Lo bien cierto es que la compraventa de Empresa es una compraventa especial, por razón de la especialidad del objeto transmitido. Al hablar de venta de Empresa pueden venderse tres cosas distintas: un local y algunos elementos inconexos; un conjunto de bienes organizados, sin elemento personal, que los haga funcionar y un conjunto de bienes y servicios organizados y en funcionamiento. El verdadero contrato de venta sólo existe en el tercer caso. Aparentemente puede calificarse de naturaleza civil, pero siendo admisible la compraventa mercantil de inmuebles y no existiendo criterio exclusivo y cerrado en cuanto a la calificación de los actos de comercio objetivos, podemos llegar a la calificación de mercantil.

En tema de perfección del contrato es necesario precisar si bastará un solo contrato o se requerirán tantos como elementos integran la Empresa. En nuestra opinión bastará un solo negocio traslativo y ello porque en nuestro derecho positivo existe una clara tendencia a reconocer una cierta unidad funcional a la Em-

presa y porque la compraventa en nuestro Derecho privado se basa en una concepción obligatoria. Admitida la eficacia del contrato único y dada la variedad de los elementos que integran la Empresa es necesario preguntarse si el negocio de compraventa deberá observar alguna formalidad constitutiva. La respuesta es negativa, por estimar que a este supuesto es íntegramente aplicable el mandato imperativo del artículo 51 del Código de comercio. Cosa distinta es si para la tradición de alguno de los elementos sea necesaria la escritura pública y sea por esto aconsejable otorgar la compraventa de Empresa en escritura pública. En tema de frutos medio tempore (entre la perfección del contrato y su ejecución) habrá que acudir a la norma general del artículo 1.095 del Código civil.

Por la especialidad del objeto, en la compraventa de Empresa el vendedor soporta ciertas obligaciones de dar, otras de hacer y se le impone la prohibición de competencia. Debe entregar todos los elementos que integran la Empresa, es decir, la «organización empresarial» (NAVARRINI); debe ser una cierta «sucesión» en la actividad de explotación (GARRIGUES). La determinación de los elementos será una cuestión de hecho in casu. Tanto si se formó inventario como si no se hizo, habrá que transmitir todos los elementos esenciales. El vendedor, al transmitir, debe respetar la ley de circulación de cada uno de los elementos de la Empresa (bienes muebles, inmuebles, derecho de propiedad industrial, derechos arrendaticios, el régimen de los contratos, de las deudas y de los créditos, etc., ...). En ciertos casos se imponen obligaciones económicamente esenciales, v. gr., comunicar secretos de fabricación, entrega de listas de clientes y asesoramiento en la producción, etc.

Finalmente en la prohibición de competencia se plantean varios supuestos especiales. El primero es el de la transmisión de una Empresa a consecuencia de la quiebra del titular (cfr. art. 928 Código de comercio). El problema se da al ser posteriormente rehabilitado y suscita un interesante conflicto de intereses. El tema no ha sido abordado por la doctrina. Parece más digno de tutela el interés del tercer adquirente de la Empresa y por tanto será aplicable la prohibición de competencia al titular rehabilitado. Si el transmitente ejerce empresas de actividades distintas, la enajenación de una de ellas no le impedirá el ejercicio de las demás, pero

nunca podrá ampliar la actividad (de alguna de las que posea) para interferirse en el campo de acción de la cedida.

Otro caso de interés puede surgir con motivo de la venta del paquete de acciones del socio único de una Sociedad Anónima. En nuestro derecho positivo el problema es formalmente de fácil resolución, porque el único socio no es empresario y a él no le alcanza la prohibición de competencia. Pero esta solución «formal» no tiene en cuenta los intereses de terceros y podemos fundamentar la solución distinta en el Derecho italiano. La actividad negocial de un empresario vendedor por medio de testaferro en Italia será punible por la vía del fraude a la ley; pero en nuestro derecho positivo es difícil de fundamentar, aunque podríamos intentarlo por el camino del 1.258 del Código civil y de la doctrina de la representación indirecta. En tema de saneamiento podemos afirmar que la evicción o el vicio de empresa o de sus elementos esenciales deben permitir la rescisión del contrato y que esta rescisión debe operar también cuando algún vicio o defecto afecte a la organización de la empresa e impida alcanzar la finalidad económica propuesta. Son casos claros la reivindicación de patente o declaración de su nulidad y la rescisión del arrendamiento de local, pero en la práctica pueden presentarse supuestos más problemáticos. Para resolver estos problemas la doctrina, e incluso el artículo 31 de L. S. A. viene a afirmar la aplicabilidad del 1.532 del Código civil. Este precepto debe ser aplicado con suma cautela a la compraventa de empresa (GARRIGUES). Y ello por establecer dicho artículo un criterio «cuantitativo».

El arrendamiento de empresa.—M. BROSETA PONT.

El análisis del tema plantea muchas dificultades, porque la especial naturaleza de la empresa hace difícilmente aplicable a su arrendamiento las normas del arrendamiento de cosas del Código civil; porque falta en este Código una conveniente regulación del arrendamiento de cosas productivas; porque la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha complicado innecesariamente el tema y casi exclusivamente ha diferenciado el arrendamiento de

empresa y el de local de negocio sin preocuparse de regular el régimen jurídico del primero.

El arrendamiento de empresa es aquel negocio jurídico en virtud del cual se cede la explotación de una empresa a persona distinta de su titular por precio y tiempo determinado. Se disocian la titularidad y el ejercicio de ella para conseguir una inversión para el capital o el ahorro y obtener una rentabilidad mayor que la que pueda procurar la inversión mobiliaria; para obviar ciertas circunstancias que de modo temporal puedan impedir la explotación de una empresa por su titular en nombre propio; para evitar la aplicación de la prórroga forzosa del arrendamiento del local de negocio o para crear alguna forma de concentración de empresas de signo capitalista. De los criterios que se desprenden de la declaración contenida en el artículo 3 de la LAU se infiere que para que el objeto del arrendamiento sea una empresa debe integrarse por todos los elementos esenciales para su funcionamiento; que todos ellos estén debidamente organizados; que tal empresa haya sido previamente explotada aunque transitoriamente haya cesado la explotación y que el arrendatario la reciba para continuar la actividad del arrendador. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido verdadero arrendamiento de empresa aunque la explotación se hubiera interrumpido o nunca hubiera sido efectivamente explotada.

No se aplica la LAU. Las causas de la diferencia de régimen han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina. Tiene por objeto impedir la aplicación al contrato de arrendamiento de empresa de los beneficios de prórroga forzosa y de traspaso. Con estos beneficios se instauró una protección bien ganada por el arrendatario del local de negocio y hoy se mantiene la misma línea, pero no deben extenderse estos beneficios al arrendatario de una empresa que recibió la riqueza ya creada.

La voluntad de las partes al establecer el régimen pactado ha de tener como límite inderogable ciertas normas de carácter imperativo: debe pactarse un precio cierto para el arrendamiento y no un porcentaje en los beneficios obtenidos y debe necesariamente pactarse por tiempo determinado. No se comprende, desde ningún punto de vista, la remisión al derecho foral en materia arrendaticia. Por la difícil acomodación de los preceptos del Có-

digo civil se debe prever el régimen especial para este contrato, acomodándose a la especial naturaleza del objeto arrendado.

A la vista de la normativa del Código civil en materia arrendaticia (cfr. 1.545) la doctrina duda que nos hallemos ante un verdadero contrato de arrendamiento y por eso FERRARA ha dicho que se confería el uso o goce no de cosas, sino de utilidades y que el arrendatario se convierte en gerente, factor o administrador. ROTONDI y CALVO ALFAGEME se opusieron a lo dicho y el último calificó este arrendamiento como de servicios. Cossío lo califica de mixto o de *sui generis*. Podemos concluir que se trata de un arrendamiento de cosa pero especial, por ser productiva, cuyo régimen jurídico debe ser establecido por las partes y acomodándose, en lo posible, a las disposiciones imperativas del Código civil.

La obligaciones del arrendador se modalizan por la especial naturaleza de la empresa. El arrendador debe conferir al arrendatario un especial poder de disposición sobre las materias primas, enseres o mercancías que sea necesario transformar o enajenar.

El arrendamiento se extiende a las cosas fungibles y el arrendatario deberá restituir «el tantundem». WIELAND llamó a esto «capacidad regenerativa» de la empresa arrendada. El arrendador está obligado a prestar al arrendatario una especial colaboración (comunicarle la lista de la clientela, prestarle asesoramiento técnico...). La obligación de mantener al arrendatario en el pacífico goce de la cosa arrendada comprende dos supuestos: la prohibición de competencia y la prestación de la evicción, debiendo aplicarse con especial cautela el artículo 1.532 del Código civil.

El arrendatario no sólo tiene derecho al goce de la empresa, sino la obligación de explotarla, para no depreciar la empresa y poderla restituir como la recibió. La infracción de esta obligación autoriza el deshaucio. En la explotación deben observarse las normas de diligencia de un ordenado comerciante (cfr: art. 1.552 - 2.º, Código civil). Muy especiales problemas se plantean en tema de restitución. Se deberá restituir la organización empresarial como se recibió, los bienes fungibles por su equivalente y en cuanto al acrecimiento de valor en opinión de CALVO el arrendatario deberá ser resarcido de los gastos hechos y según Cossío no estará obligado a entregar los elementos añadidos, opinión esta última que parece la más fundada.

Problemas especiales. Cuando el empresario que quiere arrendar una empresa es arrendatario del local de negocios. Pese a algunas razones de peso (esencial temporalidad del arrendamiento de empresa; evitar la solución «atomista» para la empresa y una recta interpretación del artículo 3), el Tribunal Supremo ha reconocido en estos casos la presencia de un subarriendo inconsentido y con todas las consecuencias derivadas de la LAU. Con la empresa el arrendatario adquiere la condición de comerciante a la vista de las disposiciones del Código de comercio, pero esto nos conduce a un nuevo problema. Si el arrendatario llega a una situación de insolvencia, la empresa arrendada ¿debe o no integrarse en la masa de la quiebra? A la vista de los artículos 908 y 909-3.º del Código de comercio una respuesta negativa parece clara; pero esta solución no protege de modo suficiente a los terceros de buena fe. Todo ello nos lleva a postular un régimen especial para el arrendamiento de empresa y una debida publicidad registral para estos contratos. El arrendatario puede subarrendar, en defecto de pacto prohibitivo expreso, y se deduce del 1.550 del Código civil. Pero la empresa es una organización de gran valor y se requieren condiciones personales específicas en el arrendatario, por lo que al arrendador, verdadero titular de la empresa, no le es indiferente la persona del titular del disfrute.

El usufructo de empresa.—RAMÓN FRAGUAS MASSIP.

El derecho de usufructo se modaliza al ponerse en contacto con la empresa. La doctrina española y extranjera, muy especialmente la italiana, se muestran concordes en conceder al usufructuario la posesión y gestión de la empresa. Una teoría muy difundida escinde el derecho en usufructo propiamente dicho, en lo referente al capital fijo de la empresa, y quasi-usufructo en cuanto a los elementos consumibles o enajenables. Otros consideran la total relación jurídica como cuasiusufructo. KÖHLER lo califica de usufructo con poder de disposición. FERRARA padre y DE MARTINI apuntan en buena dirección, aunque unilateralmente, y hablan además de usufructo de mandato institorio «in rem propriam» y de poder gerencial del usufructuario. Junto al caso normal del

usufructo de empresa no gerencial, puede configurarse éste por voluntad expresa del constituyente y junto a éstos el usufructo impropio del párrafo 2 del artículo 475 del Código civil. Las bases de la distinción se hallan en la profesionalidad del empresario y en la conservación del aviamiento. Es aconsejable al amparo del 470 del Código civil configurar un usufructo no gerencial delimitando perfectamente el contenido del derecho y obligaciones del usufructuario. Los artículos 41 LSA y 24 LSRL eliminan del contenido del derecho de usufructo el ejercicio de los derechos políticos. El gerente está sometido siempre al control del empresario que señala los límites iniciales y genéricos de su actuación, revisa y valora posteriormente su gestión y lo remueve si lo estima conveniente. En el supuesto de usufructo no gerencial se revisa y valora la actuación del gerente, se trazan las líneas generales con arreglo a las que deberá actuar el gerente en el futuro y se le remueve, designando otro nuevo. El usufructo de empresa impropio del 475 del Código civil resulta extraordinariamente práctico en los supuestos de usufructo vidual, universal o no, recayente sobre una empresa. Su importancia práctica se aprecia a la luz del artículo 60, párrafo 3, de la LAU y de la deformación fiscal del concepto de extinción de usufructo.

Frente a la venta de empresa, su usufructo es una situación de tracto sucesivo. Se impone la obligación de transmitir la empresa como un todo, con su aviamiento. El efectivo cumplimiento de tal obligación implica la insinuación en la clientela, la transmisión implica además la prohibición de concurrencia y requiere una publicidad que no siempre será real y que falla en lo formal por falta de un registro de empresas, aunque algo se inicia ya en la Ley de asociaciones y uniones de empresas de 28 de diciembre de 1963. En definitiva, la publicidad sólo puede lograrse por cartas, circulares o anuncios. La transmisión a título de usufructo supone más una «sucesio» que una «adquisitio». La doctrina fundamenta con diversas razones la transmisión de los elementos accesorios, de las pertenencias, de la organización y de las relaciones. DE MARTINI distingue los elementos que se transmiten en capital fijo y circulante, créditos y deudas y cesión de contratos en curso. En capital fijo (las llamadas inmovilizaciones) la norma general es su intangibilidad por respeto al «salva rerum substan-

tia». La doctrina moderna admite un poder de disposición del usufructuario sobre el capital circulante que se funda en un tras-paso de propiedad, un cuasiusufructo, o un usufructo irregular. El usufructuario está legitimado por su poder de administración para disponer o consumir los bienes de dicho capital. Resulta expresamente la sucesión en las relaciones laborales. El problema se plantea en cuanto a los créditos y deudas pendientes. La solución no puede ser distinta en materia de compraventa, arrendamiento o de usufructo. En cuanto a los créditos no se exige el consentimiento del deudor; son muy claros al respecto los artículos 1.164 y 507 del Código civil. En cuanto a las deudas entiendo aplicable el artículo 506. Problema más dificultoso es el de la cesión de contrato en curso que carece de toda norma especial en materia de usufructo, por lo que doy aquí por reproducidas las conclusiones del profesor BROSETA. Los contratos pasan al titular de la empresa como «obligaciones propter rem».

Si todo derecho es un problema de límites mucho más el del usufructo, que llega a absorber todas las utilidades del objeto sobre que recae, por eso son frecuentes los conflictos entre usufructuario y nudo propietario. El concepto de fruto deberá determinarse «in casu». En la empresa coincide con el de beneficios líquidos del ejercicio. El principio «salva rerum substantia», muy discutido en la doctrina, no ofrece dudas en el usufructo de empresa. La sustancia es el aviamiento. A través del juego paralelo de los conceptos de fruto y sustancia en el usufructo de empresa pueden resolverse la totalidad de las situaciones conflictivas planteadas entre usufructuario y nudo propietario. La actuación de la empresa es determinada de una parte por los planes gerenciales y de la otra por la coyuntura ambiental. Con estos criterios resultará más fácil resolver los problemas planteados por la autofinanciación o por la descapitalización, etc. El concepto actual de amortización en nada se parece al tradicional, pero hoy, como ayer, la amortización constituye una exigencia ineludible impuesta por el principio «salva rerum substantia», que debe ser atendida por el usufructuario para evitar la desvitalización de la empresa. Cuando se trata de amortizaciones ordinarias no existe problema, pero en caso de las extraordinarias la financiación no puede ser soportada por el usufructuario y a ello se opone el criterio de los

artículos 500, 501 y 502 del Código civil. Al fijar los beneficios líquidos de ejercicios siguientes se detraerá una suma para dotar los fondos de amortización. Los fondos de previsión coadyuvan a mantener la sustancia de la empresa. La cuantía de la dotación es un problema a resolver «in casu» por los economistas de la empresa, atendiendo exclusivamente a factores objetivos.

La quiebra durante el usufructo no tiene solución única, dependerá de que el usufructo empresarial sea voluntario o legal; gerencial o no gerencial o con derecho exclusivamente a percibir los beneficios de la explotación.

La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil.—LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Las normas del Derecho mercantil no piensan en lo que puede ocurrir cuando el empresario muere y las normas civiles de la sucesión no piensan que el objeto de la sucesión puede ser una empresa mercantil. Las normas del Derecho civil sucesorio, como ya observaron ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, están formadas por sucesivas abstracciones de decisiones muy antiguas (quizá de los siglos xv y xvi, o aún anteriores), y presuponen a la herencia una infraestructura agraria. Para solucionar el problema que nos ocupa necesitamos, pues, una cierta dosis de buena voluntad y echar mano de todos los recursos hermenéuticos. Al hablar de la sucesión por causa de muerte de la empresa mercantil nos estamos refiriendo a un empresario individual; en otro caso, la problemática será de simple transmisión hereditaria de los derechos sociales. Los problemas que hemos de afrontar son dos: la continuidad y la conservación de la empresa. El completo logro de ambas finalidades sólo es posible cuando las disposiciones han sido establecidas por el propio empresario. La ley, como norma supletoria en este punto, tiene un mecanismo bastante defectuoso. Se puede extraer como consecuencia práctica la inconveniencia de dejar la empresa a los azares de un abintestato y la conveniencia de que el empresario configure un claro estatuto jurídico para su empresa constituyéndola como empresa social u otorgando un serio y meditado testamento.

Que la empresa continúe funcionando es algo en lo que existe siempre un interés general (del sucesor, de los trabajadores, de los clientes, de los proveedores). La sucesión en la empresa es como la sucesión en una jefatura. Aunque nos encontremos ante una sucesión testamentaria hay una serie de espacios en blanco que son muy difíciles de cubrir (publicidad del testamento, protocolización, «*spatium deliberandi*»...). La perfecta continuidad sólo se logra por el empresario previsor que nombre un factor o gerente (cfr. 290 del Código de comercio). En otro caso no parece que la tarea compita a los albaceas, cuya función primordial es velar por la ejecución del testamento y con facultades legales de «conservación y custodia». Sólo los llamados a la herencia pueden y deben asumir el papel de empresarios. Conceptualmente los actos gerenciales de la empresa exceden con mucho a lo que el artículo 999 llama «administración provisional», pero podemos llegar a esta solución por vía de jurisprudencia de intereses. El deber de realizar los actos de conservación no existe cuando el llamado es el único posible destinatario de la empresa, pero sí en otro caso, por el juego de los artículos 440 y 1.094 del Código civil. La situación de comunidad sólo puede resolverse acudiendo al mecanismo de la unanimidad. Si hay acuerdo expreso o tácito se confiará a uno o algunos la misión gerencial, en otro caso no habrá más solución que el juicio universal de testamentaria o abintestato y obtener el nombramiento de administrador judicial.

En tema de conservación de la empresa las soluciones vendrán por la vía del heredero único o la atribución de la empresa por legado. La admisibilidad del legado de empresa me parece indiscutible si partimos de la idea de empresa como unidad en el tráfico jurídico. El legado de empresa plantea dos problemas, respecto a las deudas y respecto a los contratos pendientes de ejecución. Las deudas pasan al heredero o herederos, en este último caso con responsabilidad solidaria (cfr. 1.084 del C. c.). Si el testador impuso al legatario la obligación de pagar las deudas, habrá asunción de deudas y liberación del heredero si el acreedor consiente en ello, o en otro caso el heredero que pague tendrá una acción de repetición contra el legatario. Los contratos pendientes de ejecución no pueden escindirse de los elementos objetivos de la empresa. La solución no se halla por la vía del 1.257, sino por el me-

canismo de la cesión de los contratos. Hay una especie de novación que puede ser consentida, por consentimiento expreso o tácito. Otra solución es el nombramiento de un heredero único, con el grave inconveniente que surgirá en el caso de ser varios legítimos, aunque en este caso el artículo 1.056 brinda un camino pero suscita varios problemas de interpretación. No hay duda que la interpretación extensiva permite incluir la explotación mercantil. La clave del artículo tenemos que ligarla con el interés en la conservación de la empresa. En el fondo del problema subyace el de la naturaleza jurídica de la legítima. La tesis más exacta es considerarla un derecho familiar que atribuye una porción patrimonial cuya medida es una cuota de valor de la herencia, siendo indiferente el título por el que se atribuya. Con esto el ámbito de nuestro artículo 1.056 se amplía extraordinariamente.

Cabe pensar en un empresario poco previsor y que en su muerte nos encontremos con una pluralidad de herederos testamentarios o abintestato. La comunidad hereditaria se regiría por las normas de la comunidad de bienes en caso de coherederos mal avenidos, yugulando la vida social y por el juego del 398 puede hacerse la continuidad de la empresa prácticamente imposible. La única solución es llegar lo más rápidamente posible a la partición y obtener mientras el nombramiento de un administrador judicial. La comunidad hereditaria es una «communio incidens» pero la indivisión puede advenir por voluntad expresa o tácita de los comuneros y por voluntad del testador. Algún sector doctrinal ha preconizado que entonces nos hallamos ante un cambio de naturaleza jurídica. La conversión de la comunidad en sociedad. Esta conversión automática no está prevista en nuestro derecho positivo, pero podemos llegar a ello por el consentimiento de los coherederos o por la declaración de voluntad del testador y las sucesivas aceptaciones de la herencia. Por otra parte, el comportamiento concluyente implica, en definitiva, un verdadero contrato de sociedad. La constitución tácita implica como limitaciones: que no podrá erigirse en persona jurídica independiente de los socios y que no se limitara la responsabilidad de los herederos (seguirá siendo solidaria). La pretendida sociedad mira más «ad intra» que «ad extra», pero el ejercicio de una empresa por un grupo es fenómeno frecuente y digno de alguna protección. En la

división del caudal no hay otra solución que poner en marcha el artículo 1.062. La venta final de la empresa es, sin embargo, mejor solución que su desaparición por vía de las adjudicaciones parciales. La consideración de la empresa como un bien indivisible nos permite resolver un problema que plantea el legado de empresa, hallando la solución por la vía analógica del artículo 821.

Los acreedores con créditos anteriores al momento de la apertura de la sucesión son acreedores del causante y su deudor debe ser el heredero o los herederos solidariamente ex artículo 1.084. Los acreedores pueden accionar contra los llamados a la herencia para sacarla de su fase de herencia yacente; efectivar sus créditos contra los bienes hereditarios y promover la quiebra de la testamentaria. El heredero «in bonis» frente a una herencia endeudada puede valerse del beneficio de inventario. En la doctrina se ha cuestionado si puede compaginarse la aceptación a beneficio de inventario si de la herencia forma parte una empresa mercantil, porque no se compagina bien un patrimonio de administración y en liquidación con el principio de conservación de la empresa y porque la aceptación a beneficio de inventario constituye un medio para autolimitar la responsabilidad de la propia empresa. Los únicos problemas serios a mi juicio son el acomodar las reglas del Código civil al supuesto, ya que el Código civil prevé un patrimonio estático y hay que matizar mucho la regla del 1.024 y si la continuación del negocio presupone la creación de nuevos acreedores la única solución se nos brinda por la vía del 1.014.

La empresa como objeto de garantía.—ANTONIO CARRETERO PÉREZ.

Se observa que la solvencia de la empresa es inferior a la responsabilidad de la misma en un momento dado, lo que no quiere decir que la empresa viva en cuadro de iliquidez o insolvencia. Tales situaciones no se producen en tanto la empresa atienda el pago corriente de sus obligaciones y porque, de todos modos, el activo de una empresa funcionando normalmente es superior a su pasivo. La empresa tiene unos bienes de fácil realización (locales, maquinaria...); otros de realización más problemática (propiedad industrial e intelectual, derecho de crédito...) y bienes no reali-

zables o de muy difícil realización (organización, clientela...). Todos estos bienes son valorables, aunque el método para hacerlo no sea claro. Normalmente se ha de llevar a cabo una valoración global basada en el precio de venta que responda a una demanda real o que se deduzca de unos datos estadísticos tomados de enajenaciones de otras empresas o de «tests» de valoración. La responsabilidad del 1.911 del Código civil puede hacerse efectiva en la empresa como unidad patrimonial o en sus bienes particulares, quedando, salvo pacto, a elección del acreedor.

Dentro de la garantía, que es un tema de mayor generalidad y que se ha hecho clásico, podemos, siguiendo las orientaciones de RUGGIERO, distinguir: medidas de conservación, de garantía y de ejecución. En las conservatorias: notificaciones, publicidad, protestas, reservas y acciones, y especialmente la subrogatoria y la pauliana. En orden a protestas, reservas y notificaciones, el Código de comercio contiene muchas normas (3-16-25-27-30-33-52-68-268-327...). A efectos de publicidad basta citar el valor que tiene en la iniciación de una actividad mercantil, el valor de la inscripción pública en el Registro Mercantil y el valor de los libros de comercio. Normalmente esta regulación se encuentra en el Código de comercio, pero no debemos olvidar que en la LEC, Libro III, segunda parte, se contienen las normas generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio. Estas medidas no ofrecen particularidades en su aspecto activo, pero hay que insistir en el cuidado con que se ha de estudiar siempre la legitimación pasiva y la utilidad de pedir las anotaciones de demanda en el Registro Mercantil. En tema de acciones subrogatoria y pauliana de integración patrimonial y reconstitución patrimonial respectivamente existe un principio de base doctrinal, legal y jurisprudencial que se dirige al mantenimiento de la integridad patrimonial unitaria de la empresa y a la claridad de la situación de bienes.

Medidas de garantía. La gestión de una empresa puede ser garantizada mediante fianza (cfr. 442 C. Co.). De hecho, es frecuente el afianzamiento de la empresa por los empresarios, sobre todo en los casos en que la empresa está constituida bajo una forma de limitación de responsabilidad. Hacemos las mismas observaciones respecto al aval, añadiendo que es muy frecuente que

una persona entre como socio en una empresa por el hecho simplemente de avalar los giros cambiarios y a veces como socio mayoritario. La empresa puede aparecer como fiadora o avalista. Es muy frecuente la constitución defectuosa de las sociedades con limitación de responsabilidad o la gestión de estas sociedades no ajustada a sus normas constitutivas; en ambos casos la garantía de los terceros se refuerza por la solidaridad. Entre los derechos contractuales de garantía pueden citarse la cláusula penal, las cláusulas «*rebus sic stantibus*» y las de estabilización, el pacto de reserva de dominio, la de transmisión con ciertas facultades de control de uso y disfrute y la del acreedor de una sociedad que, al tiempo de su fundación, impone en la misma un gerente de su confianza de carácter irrevocable. Frente a la empresa como unidad sólo parece tener aplicación el privilegio que corresponde al vendedor impagado y al acreedor pignoraticio. Las difíciles cuestiones de prelación se resuelven por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General en el orden siguiente: prioridad de inscripción, prioridad de grado y prioridad de tiempo con muy pocas excepciones. El derecho de retención puede referirse a la empresa como unidad. La fiducia, si puede tener algún beneficio fiscal lo pierde en cuanto hay discusión y tienen que aparecer las doctrinas verdaderas y llegarse a una sentencia. Cabe perfectamente la prenda de la empresa como unidad, con desplazamiento de la posesión y puede ser útil esta forma de garantía. El valor privilegiado de esta prenda dependerá de la publicidad que se le pueda dar. La prenda con desplazamiento de posesión de bienes particulares de la empresa es posible, lo que no es posible es la coexistencia de una y otra especie de prenda sobre los mismos bienes. En cuanto a la prenda sin desplazamiento de la empresa como unidad no cabe legalmente y si se pactara no estaría amparada por el sistema registral. La prenda sin desplazamiento ha sido regulada pensando en la empresa agrícola, pecuaria, en la empresa corriente y en las colecciones artísticas y objetos de arte, y siempre se dirige a bienes concretos de la empresa. La hipoteca inmobiliaria puede afectar bienes inmuebles de la empresa y no hemos de olvidar el 111 de la L.H. La anticresis puede tener interés en caso de empresa agrícola, ya que puede pactarse una anticresis sin desplazamiento. HEDEMANN señala como otros derechos

de garantía las pignoraciones de inventario y de créditos concretos y la pignoración de existencias en almacén. PUIG BRUTAU indica la posible constitución de derechos de adquisición preferente en favor del acreedor y no se agotan con todo lo expuesto las posibilidades de buscar garantías frente a la empresa (cfr. T. S. 16 de diciembre de 1960).

Medidas cautelares en vista de una ejecución singular. El embargo de la empresa como unidad es posible (cfr. T. S., 26 de febrero de 1960) y su utilidad indiscutible. El problema más importante es el de la publicidad de la traba, que se resolverá acudiendo a la aplicación de las normas propias de su régimen jurídico. En cuanto al embargo de los bienes particulares de la empresa: el de inmuebles entra en el R. P. a través de la anotación preventiva y los muebles al Registro de Hipoteca Mobiliaria, y entonces no hay que constituir depósito ni cambios de depositario pues la anotación en el Registro es garantía bastante que suple a la posesión de hecho. La intervención se traduce en una especie de coherencia y es una medida muy adecuada, aplicable en reclamaciones acerca del dominio de la empresa o establecimiento. Las medidas atípicas se basan en el artículo 1.428 LEC y pueden ir desde el simple control a la intervención. Basta que se fundamenten bien y que sean proporcionadas. Conviene hallar en cada caso la medida que puede servir de garantía y evitar, salvo para casos extremos, las medidas que tienen un carácter desmembrador, lo que redundará en beneficio de la empresa y por lo mismo en beneficio del acreedor.

La situación de iliquidez en la empresa.—A. CARRETERO PÉREZ.

La situación de iliquidez se caracteriza por una nota negativa (imposibilidad de atender futuros pagos) y otra positiva (sacrificio de los acreedores en vista de una esperada mejoría). Frente a esta situación existe la de insolvencia. Ambos son conceptos económico-contables, con repercusiones jurídicas. Su determinación es un problema económico-financiero muy importante que debe hacerse en el seno de la empresa y que ha de establecer si la crisis es pasajera o definitiva, sus causas y sus remedios. Procede estudiar

el activo y sus componentes: bienes inventariables en todo momento (bienes materiales, derechos de participación y crédito, metálico y valores monetarios y valores incorporales); inventariables en cierto plazo (gastos acreditados por la empresa), conceptos no inventariables (aviamiento o «goodwill», clientela y coyuntura e incluso riesgo comercial) y valores que no son de la empresa pero deben inventariarse (patrimonio del empresario si no hay limitación de responsabilidad). Clasificadas estas partidas dentro del activo fluido, circulante y fijo, estableceremos el grado de disponibilidad de los bienes del activo y su valoración (determinando el criterio oportuno). Se impone el análisis del pasivo que sea circulante, fijo o propio y el del empresario (cuando no haya limitación de responsabilidad) Lo que importa es su grado de exigibilidad. Una comparación de carácter estático nos lleva a varios índices, siendo el básico el de solvencia. El coeficiente ideal es el 1,50. Para conocer la gravedad de estos índices sólo hallaremos la solución en un estudio dinámico, a base de un cuadro de futuros vencimientos, futuros ingresos y riesgos de impagos. Los factores deben ser considerados para hallar las causas y posibles remedios de la crisis.

La iliquidez, por muy pasajera que sea, puede desencadenar la actividad de los acreedores en cuanto puede llevar al empresario al sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones. La suspensión de pagos es el remedio de la iliquidez y preferible a los convenios privados, fuente de confabulaciones y hasta de responsabilidades penales. La suspensión de pagos es preferible a la quiebra, aunque ésta sea impropia. La iniciación del empresario sólo es aconsejable cuando tenga la seguridad de que no se producirá el sobreseimiento o que la generosidad colectiva hará aplicación espontánea del antiguo «beneficium competentiae».

La suspensión de pagos con su precedente, ya en tiempos del rey don Jaime, totalmente perfilado por Carlos V, cuajó en las disposiciones de nuestro Código de comercio. La ley de 26 de julio de 1922 ha enturbiado los claros perfiles de la institución y ha sido muy criticada por la doctrina. La Jurisprudencia establece que no hay límites para acudir a la suspensión de pagos y que goza de prioridad sobre la quiebra; pero a la suspensión solamente debe acudir en situaciones de iliquidez y no de insolvencia. Los artícu-

los 870 y 871 no están en el Código de comercio «de cuerpo presente», como dice BENITO Y ENDARA.

Procesalmente tiene notas de la jurisdicción voluntaria y otras que le caracterizan como un proceso universal en vista de una ejecución. Es acertada la posición de GUASP, que se fija en su carácter procesal. La informan los principios de rogación, contradicción, preclusión y eventualidad, escritura, publicidad, inmediatez, oficialidad y celeridad. El trámite es más bien simplista y se traduce en: presentación de la solicitud y documentos; reseña de los libros por el secretario y providencia del juez teniendo por pedida la suspensión; estudio y crítica por los interventores de los antecedentes presentados por el peticionario; formación de los estados de acreedores; auto declarando la insolvencia y calificándola; convocatoria y celebración de la Junta. Todas estas actuaciones están sujetas a plazos breves y en la duda habrá que atender al artículo 301 de la LEC.

En la fase de bloqueo de la situación se trata de liberar al deudor momentáneamente de todo agobio y su traducción más característica es la suspensión de ejecuciones particulares (el efecto no es absoluto, cfr. art. 9 LSP). Es cuestión independiente la de la justificación del cierre del local de ingreso (a efectos del artículo 62-3 de la LAU). El juez debe hacer un estudio análogo al que realiza sobre el título ejecutivo, basado en el principio de la apariencia. Los libros de comercio pueden originar problemas, pues es muy frecuente que el comerciante no los lleve.

Fase de análisis y saneamiento. El deudor no está inhabilitado, ni incapacitado, sólo se interviene su actividad. Al principio el juez interviene y debe asesorarse por los técnicos necesarios y conocer de inmediato el negocio; después el juez seguirá en contacto con los interventores, peritos y deudor. La elección de los interventores técnicos es importantísima; se debe crear un clima mezcla de confianza y vigilancia. Los interventores vigilan al deudor y el juez los vigila a todos. El interventor acreedor es conveniente elegirlo una persona física y que no sea de los mejores acreedores. En esta fase la empresa no ha de interrumpir necesariamente su actividad (cfr. 931 Código de comercio). El determinar la suspensión de actividades típicamente empresariales dependerá de la situación económica. Cabe la autorización de ciertos pagos (v. gr. el

alquiler del local de negocio o a los acreedores especiales) y el acudir a los organismos competentes para poder seguir prestando el servicio con el apoyo de la Administración. Todo lo que ocurra dentro de esta fase es muy importante y tiene un carácter de contenido económico.

Constitución de la masa de la suspensión. No tiene fisonomía propia, es como la masa de la quiebra. Se trata de excluir del patrimonio del suspenso los bienes con los que no se ha de contar, integrar en él los derechos y discriminar las clases de acreedores, quizá más que en la quiebra interesan los datos de la empresa en lo más característico: su producción de beneficios. Hay un claro interés que a la suspensión vengan todos los acreedores y se sujeten al convenio. Es recomendable con respecto a los acreedores privilegiados pagarles lo que es legal, posible y lógico. Creemos que el interés de la masa no tiene representación típica. No hay ninguna razón para que en la masa no se conceptúe a la empresa como unidad.

Calificación de la suspensión. El análisis de la situación calificará la insolvencia como provisional o definitiva. La Ley se fija para ello en el activo y en el pasivo nada más. El criterio básico es la posibilidad de salir de la situación contando con una razonable benevolencia de los acreedores. Quizá, por ello, la ley permite que el insolvente definitivo preste fianza para equilibrar activo y pasivo. El efecto típico de calificar la insolvencia como definitiva es modificar el sistema de mayorías para la aprobación del convenio y el origen de las piezas de retroacción y calificación y responsabilidad.

El convenio excede de los conceptos de derecho privado. La base es la veracidad de las alegaciones y documentos presentados. El contenido es, en principio, ilimitado (cfr. arts. 14 LPS y 928 Código de comercio: transmisión de la empresa). Las garantías de cumplimiento del convenio pueden ser todas las conocidas en derecho y especialmente la cogerencia por el interventor. Los efectos son la obligación de cumplimiento por parte de todos. La impugnación siempre está determinada por defectos en la presunción.

La Ley prevé diversos supuestos en que los acreedores obtendrán la declaración de quiebra, que es una figura monstruosa

que no sabemos si es sanción del suspenso o se comunica a sus probablemente exasperados acreedores.

La situación de insolvencia en la empresa.—A. CARRETERO PÉREZ.

La situación se produce cuando el estudio económico de la empresa refleja un déficit que las perspectivas de futuro no mejoran, ni aun contando con la razonable benevolencia de los acreedores. Esta situación puede ponerse de manifiesto por la propia empresa, por los acreedores e incluso a consecuencia de actuaciones de oficio, por ser una situación que afecta al interés público. La consecuencia jurídica es la quiebra o el concurso. La doctrina (v. gr. GARRIGUES) critica la existencia de dos procesos diferentes de ejecución universal. Lo importante es distinguir la iliquidez de la insolvencia.

La quiebra es una institución tan complicada que su solo nombre produce un cierto espanto. En naturaleza jurídica seguiremos la opinión de GARRIGUES, afirmando que tiene un carácter preferentemente procesal. Participa de las notas características de los procesos de ejecución y de los procesos universales, pero tiene también ciertas notas que corresponden al proceso cautelar e incluso al declarativo. Su regulación se halla en la LEC con remisiones a los Códigos, del de comercio de 1829 y actual, y con algunas al Código civil y LH. De todas formas creemos que el jurista debe realizar una seria labor personal de estudio «in casu».

La jurisdicción corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria. La competencia funcional a los juzgados de Primera Instancia y a las Salas civiles de Audiencia la apelación. La territorial al lugar donde se produce la ejecución infructuosa si la promovió el acreedor y al domicilio del quebrado si la inicia éste. En casos de duda al domicilio del deudor. Complementa lo dicho el requisito de la imparcialidad. En tema de capacidad, si la pretende el deudor deberá tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Caben situaciones anormales en casos de menores o incapacitados. En cuanto a la legitimación, aunque no sea lo normal, existen numerosos supuestos de titularidades disociadas que significan otros tantos problemas nada fáciles. La norma general en cuanto a la

postulación procesal es la intervención en el proceso con la representación del procurador y dirección del letrado. En tema de acreedores la legitimación suscita alguna cuestión en lo que se refiere a la iniciación de la quiebra en donde el problema guarda relación con el título aparente y la cuestión se complica en cuanto a la permanencia del acreedor en la quiebra por el crédito y calidad alegado inicialmente. Los acreedores no pierden su individualidad en relación con su interés, pero éste sufre una especie de deformación por el fenómeno de la masa, de tal forma, que determina el nacimiento de la Sindicatura, cuyas funciones de representación lo son del interés de los acreedores y también de todos los intereses que se contraponen en la quiebra. Las figuras del depositario, administrador y comisario han de enfocarse dentro de su carácter de colaboradores del órgano jurisdiccional y en este plano la figura del comisario es la de mayor relieve.

La comprobación inicial constituye una cuestión de hecho que solamente se puede proclamar después de un examen de la situación económica con toda la extensión que haga falta. El juez podrá ordenar la incoación de sumarios por toda clase de delitos no subordinados en su perseguibilidad a la terminación de la pieza de calificación y podrá promover la nulidad de lo actuado por decaimiento de la causa. En el establecimiento de la masa cuenta la empresa y pueden contar sus bienes no realizables, sobre todo en contemplación del posible convenio. La quiebra se tramita en el juzgado competente, pero puede tener repercusiones incluso en el extranjero y en este caso se requerirá un estudio minucioso de las normas correspondientes del Derecho Internacional Privado. La sede del quebrado debe ser conocida de inmediato por el juez, lo que le proporcionará la clave para solucionar muchos de los problemas planteados. El tiempo es en la quiebra legalmente demasiado largo, pero el juez debe vigilarla y dirigirla y aplicar en los casos dudosos las soluciones que impongan los principios de eficacia, economía procesal y oficialidad.

El proceso de quiebra era calificado por PLAZA como una verdadera frontera procesal, una jungla diríamos mejor, en cuya intrincada maraña puede cobijarse alguna desagradable sorpresa.

Pieza de declaración. No es una pieza separada, sino el volumen principal de las actuaciones de la quiebra. Se inicia con la pe-

tición de declaración por el propio quebrado o uno o varios acreedores. El Juez examinará la documentación aportada y podrá disponer la práctica de alguna diligencia para mejor proveer. El juez puede realizar la petición de declaración en auto recurrible en apelación, pero no en casación. Si la declara a este auto se puede formular oposición, sin perjuicio de su ejecución; la impugnación se tramita como un incidente. En esta fase el análisis de la empresa es de un extraordinario valor. Como consecuencia de esta oposición se sostiene la declaración de quiebra o se deja sin efecto. La primera resolución es recurrible en casación. La segunda no, porque tienen los acreedores la posibilidad de ejecutar el patrimonio de su deudor. Desde la declaración formal se producen diversos efectos: nombramiento del comisario y un conjunto de medidas cautelares dirigidas a congelar la empresa, poniendo al propio quebrado en una situación análoga al sometido a libertad provisional (regulada en la LECr), con la sola excepción del artículo 931 del Código de comercio. Pero toda esta paralización es el preámbulo de la organización de una administración razonable. Tomadas las medidas cautelares y dada a la declaración de quiebra la adecuada publicidad se ha de convocar la Junta de Acreedores, cuya primera función es nombrar los tres síndicos (acreedores y personas físicas), quienes representan a la masa y con ellos termina la pieza, a no ser que se produzca un convenio entre acreedor y quebrado.

Pieza de administración. Comienza con el testimonio del auto declarando la quiebra, con las medidas cautelares adoptadas de oficio y en ella se reflejan muchas de las actuaciones de la pieza de declaración, pero su temática está constituida por su fin de expropiación de los bienes al deudor y la realización de los mismos. Las disposiciones de esta pieza pueden estar orientadas a la conservación de la empresa. En esta pieza tienen también lugar las actuaciones encaminadas a la acumulación de procesos dispersos contra el quebrado, una vez firme la declaración de quiebra, para que los síndicos tengan a la vista un panorama total del estado patrimonial del quebrado. La pieza termina con la rendición de cuentas de los síndicos y posibles impugnaciones sobre el particular.

Pieza de retroacción. El auto declarando la quiebra fijará su

fecha de retroacción. A los síndicos corresponde establecer los supuestos de retroacción, aun cuando los acreedores pueden enmendar posibles omisiones a través del comisario. Deben excluirse de la masa de la quiebra aquellos bienes que no sean propios del deudor o que no sean ejecutables. Se tramitarán en esta pieza los procedimientos de reconstitución del patrimonio del deudor en cuanto a los bienes de que se hubiere desprendido en fraude de acreedores por sus diversos cauces procesales (proceso especial abreviado, interdicto de recobrar o proceso declarativo).

Pieza de examen, graduación y pago de créditos. Comienza por el estado de acreedores, que debió presentar el deudor o que se formó por encargo del juez al comisario, completado por los síndicos. En la quiebra caben créditos de origen distinto de los mercantiles. La cuestión consiste en ordenar a los acreedores en relación a su calidad, conforme los artículos 913 y ss. del Código de comercio. Deben tenerse en cuenta los privilegios que afectan a la empresa como unidad y aquellas normas de carácter concursal que conviven con las de la quiebra. Los pagos se van efectuando de grado en grado, pasando los de grado anterior al posterior por su porción insatisfecha y conservando todos, sus créditos, por la porción no cobrada.

Pieza de calificación. Interviene, además de los órganos de la quiebra, el Ministerio Fiscal. Su finalidad es averiguar si la quiebra es fortuita, culpable o fraudulenta. El resultado de esta pieza no prejuzga de la responsabilidad penal ni impide que se deduzcan, durante su trámite, actuaciones criminales por delitos distintos a los descritos en los artículos 521 y 522 del C. P. Está prohibido convenir a quien sea declarado quebrado fraudulento. En todos los casos que no coincidan la personalidad del quebrado y del responsable penal creemos que se podía llegar al convenio, cualquiera que sea la calificación de la quiebra. En esta pieza figurarán las actuaciones que corresponden a la rehabilitación.

Efectos. Desde dos años anteriores a la fecha en que se fija la situación real de quiebra todo acto jurídico del quebrado tiene una eficacia muy limitada, en cuanto tenga un contenido económico importante. Si no se declara la quiebra inicialmente nace el derecho en el quebrado de exigir daños y perjuicios al acreedor que la promovió injustamente. Si se declara, se produce la inha-

bilitación del quebrado, el vencimiento de las deudas a plazo, el cese del devengo de intereses, la retroacción, la acumulación y las cautelas procesales. En tal caso la empresa continuará o no, según decidan los administradores de la quiebra. Como terminación normal de la quiebra el convenio cumplido origina la rehabilitación del quebrado y su incumplimiento la continuación de la quiebra. También es conclusión normal el pago a los acreedores, que si es total produce la rehabilitación y si es parcial no la produce y mantiene el crédito de los acreedores por el resto impagado. Como terminación anormal cabe citar la caducidad de instancia, la transacción y el compromiso, siempre que no se haya abierto la pieza de calificación. La caducidad no debía admitirse, pues es uno de los exponentes que demuestran el triunfo del tiempo en favor de quien ha hecho desfallecer la paciencia de todos.

Aspectos fiscales de la empresa.—SERAFÍN RÍOS MINGARRO.

No se concibe una empresa sin una planificación más o menos elaborada. La actividad organizada al servicio de un fin determinado explica que la empresa tenga un valor distinto y superior a sus elementos integrantes. La planificación empresarial se mueve en un marco político y se ve afectada por la política tributaria nacional correspondiente. La primera consecuencia de la existencia del impuesto en la actividad empresarial es la aparición de un coste de producción dado por la cuota que se abona como impuesto. Según los supuestos será coste fijo o variable y en ambos casos se producirá lo que, en frase de la L. G. T., calificaremos de «obligación principal de sujeto pasivo tributario». Importa distinguir los conceptos de sujeto pasivo tributario (concepto más bien jurídico, cfr. 30, LGT) y de contribuyente (concepto más bien económico, cfr. 31 LGT). La empresa puede ser contribuyente o mero sujeto pasivo. Sólo en el primer caso el impuesto será un verdadero coste de producción. Las obligaciones complementarias son fundamentalmente de colaboración con la Administración (artículos 102 y 111 LGT) y pueden llegar a convertirse en verdaderos costes indirectos. El impuesto es un encauzamiento de la inversión

y (más aún) un incentivo de invertir por medios positivos o formas de carácter negativo.

La empresa puede trasladar su carga fiscal «hacia adelante» (incremento de precios) o «hacia atrás» (reducción de costos). La mayor o menor posibilidad de repercusión del impuesto se halla en función de dos variables: la elasticidad de la demanda y la estructura de la curva de costes. El empresario, al examinar el conjunto de los impuestos que gravan su actividad deberá examinar hasta qué punto es el verdadero pagador o puede repercutirlos en proveedores o consumidores.

En este estudio se prescinde del gravamen no estrictamente impositivo (tasas y exacciones parafiscales) y de los que no tienen carácter estatal (abundante tributación provincial y municipal).

Contribución Territorial Rústica y Pecuaria. Sólo en el caso de empresa que se dedique fundamentalmente a actividades ajenas a lo agrícola o ganadero y que cuente en su activo con elementos patrimoniales sujetos a esta imposición podemos decir que esta contribución será un coste fijo e independiente del volumen de producción.

En la cuota fija, considerada como coste constante, se estudian como particulares más destacados: empresa que tenga fincas directamente explotadas por ella; empresa arrendadora de estas fincas; empresa arrendataria de ellas; actividades forestales y actividades ganaderas independientes. La cuota proporcional como impuesto típico del empresario agrícola. El primer problema es la delimitación de la empresa agrícola, forestal o ganadera. Fiscalmente hablando, el criterio más importante es el cuantitativo. El segundo complementario es el de la «empresarialidad efectiva».

Delimitado proximativamente el ámbito de este impuesto podemos decir que se trata de un impuesto directo de los llamados de producción, que grava los beneficios reales o presuntos de la empresa sobre la que recae. La determinación del «ingreso» es relativamente sencilla. Más complejo es el problema de los gastos de explotación. Por esto la significación fiscal de gastos adopta una doble vertiente: amplia admisión de todo cuanto en un orden económico debe calificarse de gasto y posibilidad de deducir las pérdidas comprobadas dentro de los ejercicios siguientes. Para el

mayor realismo en la determinación de los beneficios se atenderá a un régimen de estimación directa o de fijación objetiva.

La LRT, para estimular el incentivo de invertir, confiere bonificaciones del 95 por 100 y desgravaciones de hasta un 50 por 100 «in casu», a los terrenos destinados a la enseñanza, concentración parcelaria o inversiones en mejoras o gastos destinados a mayor productividad

Contribución Urbana. Del mismo carácter que la cuota fija de la contribución rústica. Son gravámenes que afectan a la estática de la empresa. La estructura de esta contribución y su influencia económica en cada caso es conocida por todos. El futuro régimen de esta contribución se perfila bajo las siguientes directrices: 1. Sistematización del objeto tributario. 2. Realismo en la tributación. 3. Simplificación de la contribución. 4. Intensificación de la colaboración municipal.

Impuesto sobre rendimientos de trabajo personal y las rentas de capital. El impuesto sobre rendimientos de trabajo personal no es un impuesto empresarial, pero no es ajeno a la empresa, porque recae sobre servicios prestados en la misma y sobre todo porque las empresas tienen una participación directa en la exacción del impuesto. Pero puede ocurrir que el trabajo personal sujeto a este impuesto desemboque en definitiva en una actividad empresarial o casi empresarial. Entonces no es ya que la empresa tenga unas obligaciones genéricas de colaboración, sino que el impuesto grava su misma dinámica de actuación. El caso más típico es el que podríamos denominar «empresas artísticas».

El mismo carácter de sustituto del contribuyente tienen las empresas en relación con el impuesto sobre las rentas del capital que retienen y pagan a los perceptores. La influencia de este impuesto en la dinámica empresarial es mucho más profunda que la existente en relación con el anterior, particularmente en las empresas colectivas o sociedades. La LRT, al establecer un tipo único de exacción y suprimir el gravamen progresivo espera contribuir al desarrollo económico de las sociedades haciendo más realista su postura fiscal. Como facetas importantes de la nueva legislación hay que destacar un sistema de determinación presuntiva de rentas de capital (cfr. 51 LRT) y la nueva regulación

para gravar los rendimientos derivados de los contratos de asistencia técnica de cualquier clase o naturaleza.

Impuestos Industrial y de Sociedades. Son los impuestos más típicamente empresariales y gravan los beneficios reales o presuntos obtenidos en la dinámica de actuación de las empresas. En el Industrial, la cuota fija o de licencia se destina a los Ayuntamientos en su 90 por 100 desde la Ley de 24 de diciembre de 1962. La cuota por beneficios es un coste variable y la LRT establece el principio de compensación de beneficios y pérdidas comprobadas en el quinquenio, lo que no contradice el especial sistema de evaluación global utilizado por la mayoría de las empresas. Desde el punto de vista empresarial el problema principal que plantea el impuesto industrial, aparte la mayor o menor sinceridad en la determinación de las bases, es el de su integración en la programación de la empresa. El impuesto sobre la renta de sociedades engloba todas las actividades de la persona jurídica. El matiz social imprime importantes características al impuesto. La determinación del beneficio neto es más compleja. Se permite al empresario colectivo detraer parte de beneficios para crear un fondo de previsión para inversiones que se desgravan en ciertas condiciones. Se establece un gravamen mayor que el del empresario individual y se subdistingue entre sociedad anónima y limitada, creando para las anónimas un gravamen especial que sustituye al antiguo impuesto de negociación. Dos importantes novedades de la LRT son la facultad de compensar las pérdidas de un ejercicio con los beneficios obtenidos en los cinco siguientes y la desgravación de reservas destinadas a inversiones de exportación.

Impuesto sobre la renta. Resulta para el empresario individual lo que el impuesto de sociedades para el colectivo, pero la actividad empresarial suele ser la única o la más importante de la sociedad (y ello lo es menos en los individuos), y además en nuestro Derecho la empresa individual no está admitida como patrimonio separado y por ello sus rendimientos deben sumarse a los demás del individuo para determinar la base imponible. El nuevo derecho fiscal debe favorecer la claridad de los cálculos empresariales, toda vez que persigue un creciente automatismo para determinar la base imponible, lo que aliviará la presión fiscal indirecta, tan característica hasta ahora de este impuesto-sorpresa

(el más temido por el contribuyente, por ser el menos conocido).

Impuesto de tráfico de empresas. De toda la legislación fiscal reformada, este impuesto, por su novedad, es el que mayor interés ha despertado entre los empresarios. Es la modalidad española de la moderna forma de tributación sobre cifra de negocios que no grava realmente a la empresa, sino al adquirente de los bienes o servicios (salvo determinadas operaciones bancarias en las que se prohíbe expresamente la repercusión). La empresa, pese a lo dicho, tiene unas obligaciones de colaboración con la Administración. La problemática concreta de este impuesto es muy compleja y variada; destacaremos solamente algunos aspectos. El problema de la habitualidad que deslinda el campo entre este impuesto y el de transmisiones. Las ventas a prueba o ensayo y las entregas que no impliquen consumación total de la operación (v. gr., la consignación o depósito). Declaraciones de obra nueva. Especialidades bancarias de empresas de seguros, transportes y empresas de publicidad, hostelería y espectáculos. El sistema de exenciones doble: el general y los especiales de cada actividad y la especialidad tributaria de las empresas que realicen actividades de tracto sucesivo.

En tema de impuestos de lujo y especiales sólo hay que observar ligeros retoques de cuya consideración prescindimos.

Tributación de la transmisión «inter vivos» de una empresa. En muchos casos los contratos calificados por las partes como venta de empresa son transmisión de una serie de elementos, más o menos diversificados, cuya problemática fiscal es sencilla, ya que se impone la oportuna comprobación y liquidación por el tipo correspondiente, generalmente el de transmisiones de muebles. Si se pacta la transmisión de la empresa «uno actu» y en el inventario no hay ningún inmueble se gravará su transmisión por el tipo de muebles. Si se pacta en un solo acto y existen bienes de ambas clases se practicarán dos liquidaciones diferenciadas. Si no hay un convenio único se liquidarán las transmisiones parciales al tipo correspondiente. El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales dedica un precepto especial a la comprobación de valores en caso de transmisión total o parcial de empresas o establecimientos mercantiles o industriales. El legislador fiscal ha considerado implícitamente que lo llamado a tributar es justamente

el haber líquido que con la empresa se transmite. La afirmación pierde en la práctica mucha de su importancia al relacionarla con los preceptos relativos a las liquidaciones por adjudicación en pago de deudas, de su asunción o para pago de ellas. En la transmisión de una parte indivisa de la empresa se ve con mayor claridad la cesión unitaria del activo y del pasivo y, por lo demás, son aplicables los extremos señalados para la total.

El impuesto de transmisiones no contempla sólo la figura que indica su nombre, sino otros supuestos de tributación. De estos actos jurídicos el que mayor relación puede tener con el tema que nos ocupa es el del arrendamiento de empresa, en el que se destaca otro importante vestigio del concepto unitario de empresa. No se encuentran preceptos que permitan sostener la existencia de Derechos Reales liquidables sobre la empresa constituida como unidad. Sobre sus elementos pueden constituirse toda clase de Derechos Reales, especialmente el de hipoteca mobiliaria. Mayores problemas plantea la aportación de una empresa a una sociedad o la adjudicación de ésta a un socio en el momento de la disolución.

La sucesión de la empresa desde el punto de vista fiscal. Estudiaremos aquí los problemas de la transmisión «mortis causa» de una pequeña empresa. La empresa como tal no es susceptible de cargas reales; debemos centrar el problema en las deudas «stricti sensu». La existencia de deudas deducibles y su liquidación por diversos tipos no es contrario a la idea de unidad de la empresa y por este principio (de unidad de la empresa) hay que entender en principio deducibles las deudas que figuren en el pasivo de la empresa, dejando a salvo la más amplia facultad calificadora del liquidador.

El artículo 155-20 de la vigente LRT plantea graves y numerosos problemas de interpretación. Los excesos de adjudicación producidos con la adjudicación de una empresa a uno solo de los llamados a ella estarán exentos si partimos de la concepción unitaria que venimos sosteniendo, pero no desde una concepción atomista (tesis de Bas y Riva).

Los impuestos sobre beneficios extraordinarios y tráfico exterior. Hay que diferenciar los monopolios fiscales; los beneficios de situaciones específicas coyunturales gravados por los tipos de

tributación de la plus valia; los llamados impuestos de compensación de gravámenes interiores y la Renta de Aduanas.

El empresario colectivo.—R. FRAGUAS MASSIP.

Al tratar del empresario colectivo es siempre necesario mantener la diferencia esencial entre sociedad y empresa social, lo que no siempre se consigue, e incluso la L. S. A., en su capítulo VI, regula materias relativas a la empresa social y no a la estructura del ente. La sociedad es una persona jurídica que asume la condición de empresario individual o colectivo.

El quehacer del empresario es doble, según el profesor GARRIGUES: la concepción y planificación de la empresa y la aportación de los medios necesarios para ponerla en práctica. Por el complejo y progresivo desarrollo social se diferencian dos sectores: el gestor, estable y fundamental, y el grupo aportador, más o menos fungible. Desde este enfoque se comprenden perfectamente los diferentes tipos sociales: Sociedad regular colectiva, comanditaria, anónima y de responsabilidad limitada.

Es fácil constatar que en nuestro tiempo el empresario colectivo desplaza progresivamente al individual por varias razones, entre las que debemos destacar: la limitación de responsabilidad; el refuerzo del crédito y la realización de una empresa colectiva. Respecto a la primera existe una fuerte corriente doctrinal favorable a que el empresario individual responda únicamente con la empresa, creándose un patrimonio especial que ya tiene precedentes en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la masa concursal, en los patrimonios en fideicomiso y en el patrimonio naval. Aunque para amplios sectores la estructura social tiene fuerza carismática, en realidad el cambio de naturaleza del empresario en nada afecta a la empresa, y su crédito no solamente no se verá reforzado por la transformación, sino que sufrirá una disminución por virtud de la limitación de responsabilidad.

La Sociedad, como el matrimonio, crea un «status» que requiere de modo imprescindible la «affectio societatis», tan olvidada en la práctica. El fin primario de la empresa no es ganar dinero, sino la producción o distribución de bienes y servicios en óptimas con-

diciones de mercado, y como consecuencia de esta realización se obtiene un lucro. En la anónima y limitada la única obligación del socio no es realizar la aportación prometida, sino el correcto ejercicio de los derechos políticos, en especial la asistencia y voto en las juntas generales.

Para la elección de tipo social habrá que atender a los factores determinantes: personales, económicos y fiscales. El número de socios, más de tres y menos de cincuenta, condicionará el tipo social. También afectan a la tipología social la masa de capital (cinco millones de pesetas), la fluidez en la circulación de los títulos y la suscripción y el mayor o menor desembolso del capital social. Los tipos de tributación son de un 2,70 por 100 (si el capital social está representado por títulos valores) y de un 1,70 (en otro caso). El tipo del 2 por 100 se aplica a la transmisión de participaciones sociales en todo caso y de acciones cuando no intervenga agente de Cambio y Bolsa o corredor de Comercio. Las Sociedades anónimas tributan además por un gravamen especial del 4 por 100 sobre la renta neta de cada ejercicio, que sustituye al antiguo timbre de emisión y negociación.

En el acto constitutivo, desde un punto de vista formal, la escritura es el acta de nacimiento de la Sociedad, y los estatutos, la carta magna de la Sociedad nacida, y pueden incluirse en la escritura o protocolizarse con ella. Las Leyes reguladoras de las Sociedades anónimas y de las limitadas contienen una normación exhaustiva de la estructura social, pudiendo clasificarse sus preceptos en tres grandes grupos: circunstancias del nuevo ente social, normas de derecho necesario y normas de derecho voluntario. Los estatutos deben reducirse a su verdadera dimensión, abandonando corruptelas que los convierten en voluminosos. Los relativos a las circunstancias del nuevo ente son de inexcusable determinación. Las normas de derecho necesario no son de necesaria reproducción. En cuanto a las de derecho voluntario, sólo se recogerán los pactos que las deroguen.

Se estudian como puntos a precisar: el objeto social; el capital social; las acciones; las restricciones a la transmisibilidad de los títulos; los órganos sociales, y las prestaciones accesorias en la S. R. L. La correcta concreción del objeto social tiene suma importancia, porque determina la vida misma de la Sociedad. **El**

cambio o ampliación constituye modificación estatutaria y supone acto liquidable sujeto a la ley general sobre transmisiones patrimoniales. La función de la cifra del capital exige el criterio de veracidad, incluso como garantía a terceros. Las diferencias entre acciones nominativas y al portador tienden a esfumarse, como dice URÍA, y hoy se concretan en la notificación a la Sociedad de la transmisión de acciones nominativas, en la necesaria inscripción o depósito para asistir a las Juntas generales, en la diversa manera de computar el *quorum* de asistencia en las Juntas generales y en que la acción será forzosamente nominativa mientras no se desembolse íntegramente. No hay que olvidar que en la sociedad de responsabilidad limitada, el capital se integrará por participaciones sociales. Se admite la restricción a la libre transmisibilidad del título, pero no la prohibición de transmitir. Las restricciones pueden ser legales, convencionales y estatutarias. La voluntad social se forma en la Junta de socios, a la que todos tienen el derecho y el deber de asistir, deliberar y votar. Se admite legalmente que el administrador puede no ser socio, criterio desacertado que arranca de confundir sociedad, empresario y empresa social. El administrador es un órgano social y debe tener la condición de socio. El gerente o director de la empresa no tiene por qué ser socio, y su designación debe hacerse por su idoneidad técnica y profesional. La enumeración de facultades de los administradores o del Consejo de Administración siempre será incompleta e inútil, porque el administrador es un representante orgánico y sus facultades tienen un contenido legal e inderogable. Las prestaciones accesorias en la S. R. L. son una institución nueva en nuestro Derecho y que aparece por vez primera en la Ley alemana de 1892. Pueden consistir en todo lo que puede constituir el contenido de una obligación. Nunca pueden integrar el capital social; siempre han de establecerse en la escritura social y pueden ser retribuidas, incluso con cargo a beneficios. El problema fundamental se plantea cuando el socio obligado transmite todas o alguna de sus participaciones sociales. En estos supuestos, ¿qué ocurre con la prestación accesoria? En caso de incumplimiento, la sociedad puede excluirle unilateralmente, como en cualquier otro supuesto de quebrantamiento de sus deberes sociales.

El letrado tiene una importante intervención en la etapa cons-

titutiva de la sociedad; pero mucho más importante llega a ser durante la vida social conformando la actuación societaria a las normas jurídicas, para evitar que por incumplimiento de la ordenación aplicable se convierta la sociedad constituida en una pura situación de hecho con mera apariencia de ente social.

La sociedad unipersonal es una contradicción terminológica, porque la sociedad supone pluralidad de personas vinculadas y organizadas entre sí para la consecución de un fin. Después de esbozar las soluciones del Derecho comparado, se trata de la posición jurisprudencial española. En nuestro Derecho no se considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano mientras subsista la posibilidad de restablecer la pluralidad de socios. Esta razón de la exposición de motivos de la L. S. A es aplicable, por analogía, a la sociedad de responsabilidad limitada.

Las sociedades mercantiles sólo en época muy reciente se personalizan como medio técnico de expresar su autonomía patrimonial, su limitación de responsabilidad y la separación entre sociedad y socios. El contrato de sociedad y la personalidad son conceptos distintos que no se implican mutuamente. Para la existencia del contrato de sociedad es suficiente el concurso de los requisitos esenciales del Derecho (artículo 117 del C. Co.). El cumplimiento de las formalidades del mismo Código determina su personificación (119). La sociedad constituida en la forma establecida en el artículo 117 que no cumpla los requisitos del 119 será una sociedad mercantil irregular, que en la esfera interna no podrá adoptar otra estructura que la de sociedad colectiva y que, frente a terceros, planteará varios problemas, en tema de responsabilidad, de validez de los contratos y posición de los gestores. En resumen, la sociedad irregular es una sociedad mercantil perfectamente válida en la que los socios responden ilimitadamente, que puede actuar en el tráfico siempre que manifiesten con pulcritud su regularidad y que puede resultar en muchos casos la estructura ideal que encauce los intereses y fines de las partes, con una mayor sencillez y economía que si acudieran a la sociedad regular.

El contrato de cuentas en participación, rara vez utilizado y cuya estructura y efectos son poco conocidos, puede resultar muy adecuado para la consecución de los fines perseguidos por quie-

nes más o menos desorientados pretenden constituir una sociedad. Al configurar el contrato, que es aconsejable celebrar por escrito, deben regularse: el plazo o causas de extinción del contrato, las operaciones objeto del contrato, el módulo de participación en los resultados y los derechos y obligaciones del empresario y del cuen-tapartícipe.

Sociedades de régimen particular.—R. FRAGUAS MASSIP.

El Estado no puede inhibirse de la ordenación de la economía, porque ésta influye decisivamente en el bienestar de la comunidad social. De una etapa de política abstencionista (sistema de la economía liberal) se pasa al extremo opuesto (intervencionismo estatal, que reviste formas de actuación muy variables y se manifiesta en sistemas políticos casi antitéticos). Ambas posiciones resultan inaceptables. Para lograr el equilibrio entre el respeto a la libertad humana y los prevalentes intereses de la comunidad se produce la intervención del Estado a través de la disciplina que LEVI denominó por vez primera *Derecho Económico*. La intervención del Estado puede adoptar alguna de estas formas: intervención directa (a través de empresas estatales o paraestatales) o dirección de la economía (normas de rango superior de restricción o control, de tutela de intereses de terceros por medio de ciertas garantías o por normas de estímulo o fomento).

En el campo de la economía conviene distinguir entre promotores y aportadores. Los primeros conciben la idea. Los segundos suministran el capital. El capital tiene dos notas fundamentales: la timidez y la rutina. Ante esta situación, el Estado dicta una serie de normas de estímulo: positivas y negativas. Fórmulas de financiación, procedimientos expropiatorios, convertibilidad y disponibilidad de divisas, beneficios fiscales... Estos estímulos requieren un condicionamiento, es decir, unos presupuestos para su concesión (predeterminación del objeto social y realización efectiva, estructura preestablecida, establecimiento de mínimos o máximos...). Este condicionamiento supone un régimen complementario de comprobación previa, simultánea o posterior. Como

consecuencia de estas disposiciones y medidas se establece para determinadas actividades y empresas un régimen particular.

I. SOCIEDADES INMOBILIARIAS.

Existen desde que aparece la «sociedad», pero adquieren especial fisonomía a partir de la L. R. T. de 1940. A través de las disposiciones estatales de estímulo y de intervención se configuran tres tipos de sociedad inmobiliaria. Las que tienen por objeto exclusivo la adquisición y construcción de fincas urbanas no sujetas a régimen proteccionista para su explotación en arrendamiento. Las que tienen por objeto exclusivo la construcción de viviendas de protección oficial para su posterior venta o arrendamiento. Las que tienen por objeto exclusivo la construcción de viviendas de protección oficial para su explotación en forma exclusiva de arrendamiento. Recientemente se ha producido una importante alteración en el Régimen Jurídico de estas sociedades en el aspecto sustantivo y en el fiscal por el Decreto de 24 de julio de 1963 y L. R. T. de 11 de junio de 1964.

II. INDUSTRIAS DE INTERÉS PREFERENTE

El Estado inició el proceso de industrialización español en momentos muy difíciles para nuestra economía. Al servicio de esta política se promulgaron las Leyes sobre industrias de interés nacional, ordenación y defensa de la industria y la fundamental del I. N. I. La puesta en marcha del Plan de Desarrollo aconsejó la revisión de criterios para adecuarlos a las exigencias de esta economía actual y a los postulados del sistema de libre mercado. Fruto de esta revisión es la Ley fundamental de 2 de diciembre de 1963, desarrollada en el Decreto de la Presidencia de Gobierno de 2 de diciembre de 1964 y en la Orden de Hacienda de 27 de marzo de 1965, sobre procedimiento para la aplicación de los beneficios fiscales. En el sector agrícola, la Ley de 2 de diciembre de 1963 se complementa con los Decretos del 11 de septiembre de 1964, desarrollado por las Ordenes de 16 de diciembre de 1964 y 5 de marzo de 1965, y la resolución de 24 de abril de 1965 de la Dirección General de Economía de la Producción Agraria, que desarrolla la Orden de 16 de diciembre de 1964, para unificar y facilitar trámites y lograr la máxima rapidez en la promoción industrial del campo.

III. SOCIEDADES DE PROMOCIÓN TURÍSTICA.

La Ley de 28 de diciembre de 1963 y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964, desarrollado en Ordenes de 21 de enero, 3 de julio y 15 de agosto de 1965, y adaptadas en su aspecto fiscal a la vigente L. R. T. por Orden de Hacienda de 27 de marzo y Decreto de Hacienda de 20 de mayo, ambos de 1965, persiguen la ordenación turística del territorio nacional mediante la planificación y desarrollo de zonas y centros de interés turístico nacional, cuya creación implica la instauración de un régimen jurídico especial elaborado mediante los llamados Planes de Promoción Turística y de Ordenación Urbana.

IV. CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS.

Desaparecidas las circunstancias impuestas por el colapso de nuestra guerra, subsiguiente contienda mundial y posterior cerco económico a nuestra Patria, nuestra política económica se orientó hacia el régimen de mercado libre. El Gobierno comprendió la necesidad de que las minúsculas empresas casi artesanales, se transformaran en empresas de dimensiones óptimas para superar el clima de competencia que se avecinaba.

Al servicio de esta idea se promulgan dos series de Disposiciones: legislación sobre «concentración de empresas» y sobre asociaciones y uniones de empresas.

En la L. R. T. de 1957 se concedieron determinadas exenciones fiscales a los actos de constitución de sociedades o de integración de empresas que, sin tener carácter de monopolio, benefician a la economía nacional. Este precepto fue desarrollado, sustituido y complementado por disposiciones posteriores. La L. R. T. de 11 de junio de 1964 establece determinadas ventajas fiscales en relación con las plus valías que pueden manifestarse con ocasión de la concentración o integración de empresas y se prevé la disposición jurídica especial respecto a las Concentraciones y Uniones de Empresas. En cumplimiento de este mandato legal se dictó la Orden de Hacienda de 5 de abril de 1965 determinando el procedimiento para obtener los beneficios fiscales aplicables a las concentraciones de empresas.

V. ASOCIACIONES Y UNIONES DE EMPRESAS.

La Ley de 28 de diciembre de 1963, desarrollada por la Orden de 25 de enero de 1964, viene a establecer una serie de medidas financieras y de asistencia para facilitar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa y favorecer las uniones y asociaciones de empresas que sean beneficiosas para la economía nacional.

Inversiones de capital extranjero.—R. FRAGUAS MASSIP.

La política gubernativa en cuanto a las inversiones de capital extranjero ha sufrido en España una evolución al compás del proceso de liberalización de nuestra economía. El proceso ha sido retardado, de una parte, por prejuicios de nacionalismo económico, hoy casi totalmente superados, y por otra, por unas precauciones indispensables al reincorporarse España al mercado internacional de capitales.

No era suficiente derogar el régimen prohibitivo de las inversiones extranjeras, sino que se precisaba, además, ofrecer al capital extranjero las garantías necesarias, lo que se consiguió unificando el cambio de moneda adoptando una política arancelaria, un programa de liberación de transacciones y consagrando el principio de conversibilidad externa de la peseta.

La industria española se hallaba descapitalizada frente a un ahorro nacional insuficiente para financiar su despegue. Y no era sólo un problema de capital, sino que se necesitaba aumentar la productividad y eficacia de las empresas.

La evolución legislativa hacia la política de atracción de capital extranjero se inicia con el Decreto de 27 de julio de 1959, complementado y desarrollado con abundante legislación posterior.

Los principios orientadores de la legislación vigente son la defensa de la economía nacional en ciertos sectores, para evitar un peligroso «colonialismo económico», y la consideración por el legislador, como base de sus disposiciones y limitaciones, no de un elemento objetivo (nacionalidad del inversor), sino subjetivo (procedencia del capital invertido). El Decreto de 17 de mayo de 1962 da un paso más en la liberalización al autorizar la transferencia

al exterior en divisas de beneficios y dividendos. El Decreto de la Presidencia del Gobierno de 18 de abril de 1963 enumera determinados sectores económicos para los que se autoriza con carácter general las inversiones extranjeras sin limitación en la participación, excepto en caso de aportaciones materializadas en equipo capital cuya importación no esté liberalizada. El Instituto Español de Moneda Extranjera y la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno reiteradamente han manifestado que las exportaciones realizadas en pesetas interiores no quedan sujetas al régimen establecido para las inversiones del capital extranjero.

Adquisición de fincas rústicas o urbanas.—La adquisición por extranjeros o por españoles residentes en el extranjero de fincas rústicas tropieza con las limitaciones establecidas para determinadas zonas geográficas, en interés de la defensa nacional, y con el tope cuantitativo de cuatro hectáreas en regadío o veinte en secano, o cabidas inferiores que, sumadas a las que les pertenecen, completan extensiones superiores a las expresadas, y la constitución o cesión de derechos reales sobre tales fincas. Para la adquisición por cualquier título *inter vivos* será necesaria previa autorización de la Presidencia del Gobierno, sin la que no se inscribirán en el Registro de la Propiedad. La inscripción será constitutiva y sin ella no se admitirán estos documentos por los Juzgados, Tribunales, Oficinas Públicas y Notarías, salvo en estas últimas para lograr su previa inscripción. En cuanto a las urbanas, sólo existe la prohibición de reservar o disfrutar más de una vivienda de protección oficial. Tanto respecto a fincas rústicas como urbanas, ya sea la adquisición con pesetas convertibles o con pesetas interiores, serán necesarias las certificaciones bancarias correspondientes. En cuanto a las ventas por los extranjeros de las fincas que adquirieron en España, no requiere permiso alguno, aunque es necesaria la previa autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera para la repatriación en divisas del importe de la venta, rentas y plus valías.

Adquisición de títulos-valores.—El Decreto de la Presidencia del Gobierno de 15 de marzo de 1962 establece la libre adquisición de títulos mobiliarios y títulos de la Deuda Pública, mediante pago en pesetas convertibles, y tratándose de personas físicas extranje-

ras residentes en España podrán realizar tales adquisiciones con pesetas interiores, pero sin derecho de transferencia de beneficios y capital.

En las adquisiciones de títulos de renta variable emitidos por empresas directamente relacionadas con la defensa nacional, información pública, prestación de servicios públicos, mineras extractivas, cinematográficas, de investigación y explotación de hidrocarburos, Banca, Seguros y navieras tendrán, en cuanto al porcentaje de capital en poder de extranjeros, las mismas limitaciones que para las inversiones directas establece el Decreto-ley de 27 de julio de 1959. En los emitidos por las sociedades comprendidas en la lista de liberalización establecida por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 18 de abril de 1963 no existe limitación alguna. En los restantes supuestos el porcentaje de títulos en poder del capital extranjero no puede exceder del 50 por 100 (del capital social), salvo autorización del Consejo de Ministros solicitada de la Presidencia del Gobierno.

Las inversiones así realizadas gozan del derecho de transferencia al exterior en divisas. Estas inversiones deben declararse a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio, y hasta que se efectúe la declaración no nacerá a favor del propietario el derecho de transferencia, que probará por el duplicado de la declaración debidamente diligenciado.

Inversión en empresas.—El primer problema es la interpretación que deba darse al término «empresas españolas». Lo único que está claro es que se hallan cerradas a las inversiones de capital extranjero: las relacionadas con la defensa nacional y la información pública; las de prestación de servicios públicos, salvo aquellas que el Gobierno acuerde incluir por razones de interés general, y las cinematográficas, salvo casos excepcionales.

En ciertas empresas existen topes de participación que no pueden rebasarse en un 25 o un 50 por 100, y para realizar las inversiones es suficiente comunicarlo previamente a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio. Las aportaciones podrán consistir en la transferencia de divisas para aportar directamente su contravalor en pesetas; en la aportación directa de pesetas procedentes de beneficios o capitales que tengan la condición de

transferibles al exterior; en la aportación directa de pesetas que tengan la consideración de convertibles; en la aportación directa de equipo capital de origen extranjero, cuya valoración será la que se fije a efectos arancelarios, y la aportación directa de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación (previa autorización y valoración por el Ministerio competente).

Operaciones de crédito o préstamo.—Tales préstamos deberán estar previamente autorizados por el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, cuando adopten la forma de títulos mobiliarios de interés preestablecido y su cuantía exceda de cinco millones de pesetas. El Instituto solicitará del I. E. M. E. informe específico. Se establecen determinadas reducciones fiscales cuando los fondos se destinan a financiación en sectores de preferente interés económico.

La empresa ante los problemas de la afiliación a los Seguros Sociales.—EFRÉN BORRAJO DACRUZ.

La delimitación de los Seguros Sociales se hace mediante dos grupos: los Seguros Sociales Unificados y el Mutualismo Laboral.

La afiliación efectiva es requisito *sine qua non* para que el trabajador pueda tener derecho a las prestaciones. «El trabajador sólo es asegurado en tanto en cuanto está afiliado». En el Mutualismo Laboral aparentemente se da una excepción a la doctrina que estamos exponiendo, pero en realidad el Mutualismo tiene un régimen especial de inscripción que se concreta en las relaciones mensuales y nominales de cotizantes, y mes a mes lo que es una afiliación, un acto único en el I. N. P., se realiza y se repite en el Mutualismo Laboral.

La afiliación es también importante para el ente asegurador, porque a través de ella tiene conocimiento de que existe una persona que debe estar asegurada y por la cual se debe cotizar. La obligación de cotizar es independiente del cumplimiento de la obligación de afiliación. El ente asegurador tiene también interés en conocer que el trabajador existe, que por él se debe cotizar para poder, en su día, exigir esa cotización y transformarla en cotización efectiva.

La afiliación como acto administrativo es de la competencia

del ente asegurador, y la obligación de solicitar la afiliación es la obligación que gravita sobre el empresario. La afiliación es un acto administrativo, formal, de efectos constitutivos, por virtud del cual el trabajador es declarado e inscrito como asegurado social de acuerdo con la Ley del Seguro Social en cuestión. Es el acto que cierra un procedimiento que se inició con una solicitud de declaración. Si acudiéramos al Derecho civil podríamos decir que se trata de una declaración unilateral de voluntad, pero en Derecho administrativo podemos decir que se trata de un deber de denuncia o de dar noticia a la Administración de los trabajadores que pueden o deben ser afiliados; esta obligación es una obligación legal.

La falta de afiliación produce como perjuicios: para el ente asegurador, el desconocimiento de que tiene un crédito de carácter tributario frente a la empresa, con el consiguiente peligro de la prescripción de cuota en el plazo legal de cinco años, y en cuanto al trabajador, la pérdida del derecho a las prestaciones.

Pendiente, evento el daño, sólo podía producirse en algunos casos, pero a partir de la vigencia de la Ley de Bases de Seguridad Social la afiliación oportuna va a ser de capital importancia, porque la cuantía de la pensión será proporcional a la antigüedad en la afiliación.

El verdadero problema para el trabajador surge cuando descubre la falta de afiliación después de producido el siniestro. La responsabilidad de la empresa frente al ente asegurador es efectiva en cuanto queda obligada al pago de las cuotas debidas y no prescritas, al recargo correspondiente y a las multas que sancionan el mal cumplimiento de la obligación de dar la noticia a la Administración pública. El verdadero problema se plantea de cara al trabajador. La empresa es responsable de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador que por falta de afiliación ve que sus derechos posibles no son reconocidos por el ente asegurador. En tema de imputación de responsabilidad por la no afiliación se estudian los criterios jurisprudenciales, los doctrinales y el criterio legal, y aunque la compensación de culpas iba a tener consecuencias notabilísimas, el Decreto de 4 de junio de 1959 da la razón a la doctrina científica y fija que el responsable frente al trabajador de la indemnización de daños y perjuicios es única y exclusivamente el empresario.

Pero aun declarando responsable civil al empresario por la falta de afiliación, no hemos garantizado que el trabajador vaya a obtener las prestaciones a las que tiene derecho. Si las obtiene, será al final de un procedimiento judicial. En 1961, con el Seguro Nacional de Desempleo, el legislador español toma conciencia de este problema y aplica por vez primera el principio de la automaticidad de las prestaciones que es el principio socialmente eficaz en esta materia. Poco después, en 1963, se abre un debate de dimensión nacional en torno al proyecto de la Ley de Bases de Seguridad Social. El proyecto y la misma Ley son, sin embargo, inexpressivos al respecto. En los textos sólo cabe encontrar las siguientes referencias al problema y su posible solución: exclusión de la teoría de compensación de culpas, responsabilidad civil del empresario y privilegio del trabajador en paro.

En fin, la materia resulta altamente compleja y no es conveniente su regulación legal, sino que se impone su remisión a un Reglamento. El Mutualismo Laboral en España marca la orientación, lo mismo que el Código civil italiano con su flexible fórmula abierta. En resumen, el texto articulado de la Ley de Bases deberá dar entrada al principio de automaticidad de prestaciones, al menos en todas las prestaciones distintas de las de invalidez y supervivencia no causadas por enfermedad profesional o accidente del trabajo y vejez, y en todo caso su fórmula debería ser abierta, remitiendo la regulación pormenorizada a los Reglamentos de aplicación.

En tema de jurisdicción competente respecto a la afiliación, cuando el que discrepa es el empresario, después de agotada la vía gubernativa se acudirá a la contencioso-administrativa. Si la discrepancia es del trabajador, aunque puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque no es una solución práctica, debe el trabajador mantener siempre que se pueda su fuero de acudir a su jurisdicción especial, y la solución se hallará en ventilarse la cuestión ante la jurisdicción del trabajo.

La financiación de la empresa.—SIMÓN CANO DENIA.

En las últimas décadas se ha superado la interpretación excesivamente mecanicista del fenómeno económico y se considera que mediante ciertas medidas puede incrementarse el ritmo de desarrollo, aumentar la renta nacional y, en definitiva, elevar el nivel de vida de la colectividad. Pero un programa de desarrollo es un plan acelerado de inversiones que plantea necesariamente el problema de su financiación. Todo problema de financiación presupone un problema de tiempo. En tema del tiempo, surge una triple interpretación del tiempo en el análisis económico: un tiempo físico cuantitativo, la unión histórica del tiempo y la subjetiva o psicológica.

Todo proceso de producción es un proceso temporal, pero tan pronto contemplamos su funcionamiento nos damos cuenta que existe una falta de sincronización entre salidas y entradas de dinero, es decir, entre los gastos y los ingresos de la empresa. La empresa en nuestro sistema de producción tiene una misión múltiple, y es el empresario quien soporta la demora en la percepción de los ingresos.

En el tiempo histórico o tiempo fechado, los avances de la técnica han implicado mayores necesidades de financiación, porque cada vez los procesos productivos exigían mayores inversiones. Ello ha implicado la transformación de la producción artesana en fabril y la aparición de formas de empresa; pero, por otra parte, se origina el fraccionamiento del proceso productivo a través de la división del trabajo. Las fuentes de financiación han variado según las nuevas exigencias de las inversiones y se pasa de la financiación privada a la pública. De las 40.000 instituciones bancarias en el mundo sólo subsisten 25 Bancos fundados antes de 1800; de los 40.000, algo más de un tercio corresponden a Estados Unidos.

La interpretación subjetiva del tiempo ofrece especial importancia en los problemas de financiación de la empresa. Lo que la empresa haya sido durante su pasado quedará reflejado en su propio patrimonio, y este patrimonio va a condicionar sus inversiones futuras. El pasado es el punto de partida, que difícilmente podrá alterar el empresario y que condicionará su conducta futura. En

nuestro sistema de producción el patrimonio determina la solvencia del empresario, y esta solvencia, a su vez, influirá en su posibilidad de obtener créditos. Al empresario al planear su producción lo que le importa es el futuro. Todo futuro presupone incertidumbre y riesgo, y esto influye no sólo sobre los planes de producción, sino sobre la actuación de las instituciones crediticias. El empresario actúa cara al futuro y las instituciones de crédito están dominadas por el pasado: sus disponibilidades dependerán de lo no gastado por la colectividad en periodos precedentes. La concesión de créditos dependerá también del patrimonio del solicitante, otro condicionamiento del pasado.

La solución de las necesidades de la empresa individual no es la solución del conjunto nacional. Si todos los empresarios pudieran cubrir todas sus solicitudes de créditos, el mecanismo de los precios originaría tal alza, que nadie tendría dinero suficiente para atender a sus propios planes de financiación. No puede procederse ilimitadamente a la creación de dinero para financiación de las inversiones del sector privado, porque se originaría un proceso inflacionista. Se ha de guardar relación con las disponibilidades del ahorro. Pero la limitación en las disponibilidades de ahorro plantea un grave problema en los denominados procesos de desarrollo. NUSKE, refiriéndose a este fenómeno, hablaba del «círculo vicioso de la pobreza». Nuestro problema no es insoluble, pero requiere una adecuación perfecta entre consumo, ahorro e inversiones, de forma que sea factible promover, estimular el crecimiento de la renta nacional y el incremento futuro del bienestar de la propia población. Una de las cuestiones más importantes consiste en determinar el tiempo en que se ha de alcanzar cada uno de los objetivos propuestos. Todo plan de expansión de la producción se produce para incrementar el bienestar de la colectividad. Es necesario que las generaciones decidan si quieren vivir ellos mejor o si pretenden que vivan mejor sus hijos; lo que ofrece mayores dificultades es tratar de conseguir a la vez ambas cosas.

El problema de la financiación no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, en el sentido de determinar quién va a disponer de los medios de financiación. Los planes de financiación de las instituciones crediticias no están montados sobre las mismas bases que los planes de inversión de las empresas privadas. Esto origina

una fricción entre lo que uno quisiera y lo que otro puede ofrecer. Si dejamos el sistema en condiciones de libertad, la selección de los beneficiarios suele conducirse a través de los criterios de la solvencia. En la práctica, la magnitud de la empresa influye poderosamente sobre el proceso de financiación. Pero la distribución del crédito de acuerdo con la solvencia no garantiza la óptima utilización de los recursos financieros. Ante la falta de adaptación automática del mecanismo crediticio a las condiciones óptimas requeridas han surgido multitud de disposiciones que tienden a modificar la distribución de los medios financieros: redistribución a determinados sectores o redistribución de orden geográfico. Estos criterios de redistribución han sido eficaces, pero hasta el momento presente no se ha encontrado solución al problema que plantea la distribución del crédito entre las distintas empresas. Las medidas adoptadas han tratado de conseguir la neutralidad de la Banca y de estimular la asociación de empresas, pero es necesario buscar nuevas soluciones, y es posible que el camino se encuentre en una mejora de las condiciones técnicas bajo las que actúan las instituciones bancarias y las empresas. Es necesario que la distribución de los créditos no se efectúe solamente por el resultado del pasado, sino que deben tenerse en cuenta con más detención los planes de inversión de cada empresario. Es necesario que la empresa proporcione información minuciosa y verídica de sus propios planes de inversión. Cualquier otro sistema no puede solucionar el problema.

El abogado y la empresa.—VICENTE PONS FRANCO.

En el orden práctico actual, un elevado porcentaje de asuntos (no creemos baje del 80 por 100) que llegan al despacho del letrado afectan directa o indirectamente a empresas y empresarios. En lo que respecta al mantenimiento de la personalidad profesional y subsiguiente eficiencia, dice COUTURE en el primero de sus diez mandamientos del abogado: «I. Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado» Hay valores eternos, pero es también necesario captar y valorar los fenómenos sociales, técnicos y económicos, y

que el ordenamiento no se convierta en aparato ortopédico y el Derecho en espejo deformante, según cita de FRAGUAS. Hemos de admitir, pues, el dualismo de la estructura formal (normativa jurídica permanente) y la realidad sobrevenida (fenómeno social circunstancial).

La relevancia del fenómeno empresarial es muy grande, hasta el punto que para muchos autores el concepto empresa coordina, estructura y polariza los Derechos mercantil, agrario y laboral. El abogado de empresa debe especializarse en estos Derechos, pero sobre la sólida base de nuestro viejo Derecho común, porque antes que al empresario, al comerciante, al industrial, al agricultor, al trabajador, ha de ver siempre al hombre.

En tema del sistema de estudios vigente en España se hace una breve y densa exposición, citando, entre otras, las declaraciones del profesor BRAGA DA CRUZ de que la Universidad tanto será más ella misma cuanto sepa mejor conjugar sus tres fines esenciales: el cultural, el profesional y el de investigación, y por ello el Rector de Coimbra propugna la unidad y simultáneamente la especialización. Se alude a la línea jurídica predominante, pero no exclusiva; a la estructuración de tres cursos comunes y dos especiales y a una mayor osmosis entre Facultad de Derecho y Corporación Colegial. El estudio y aprendizaje de una técnica no debe entenderse como práctica de la práctica, sino como teoría de la práctica. Esa viene a ser la finalidad asignada a las Escuelas de Práctica Jurídica, a través de las que se hace una rápida incursión. El último escalón del ejercicio profesional debe ser la misma Sección de Práctica Jurídica, y en una segunda etapa, la Pasantía. Pero la formación del abogado no termina nunca; su gimnasia mental ha de ser diaria y debe nutrirse por cursos especiales monográficos, Secciones de estudios especiales, etc...

En el aspecto concreto de la actuación del abogado en las empresas, nosotros no excluimos la colaboración con ningún profesional de los llamados «técnicos» en las empresas; la misión asesora es la más trascendente por su carácter configurador y preventivo, y de aquí viene a postularse, por similitud con el problema médico asistencial, que las empresas que excedieran de cierto número de obreros, o cierta cifra de capital o cierta potencialidad de

operación deberán ser obligadas a contratar los servicios de un abogado asesor estable.

En cuanto a las relaciones jurídicas del binomio abogado-empresa, se concreta el carácter liberal de la profesión y sus notas dominantes de profesionalidad, exclusividad, libertad y colegialidad.

La naturaleza del vínculo contractual se sitúa en la clásica doctrina del mandato y de la paga honoraria, de las formas locativas o indistintamente se acepta la figura del mandato o del arrendamiento de servicios (según la naturaleza de las prestaciones que comprendan). Más exacta parece la teoría del «contrato de prestación de servicios profesionales» del Código portugués. Nuestro Tribunal Supremo sostiene una u otra de las tesis expuestas, pero la sentencia de 4 de febrero de 1950 parece constituir la suma y compendio de todas. En resumen, estimamos digna de tener en cuenta la línea del Código portugués, y después se propone como conclusión el estudiar la naturaleza, definición y constitución del contrato tipo de prestación de servicios profesionales y en general, de manera concreta, el relativo a los abogados de empresa. En ámbito forense, podemos concluir diciendo que se trata de «ejercicio privado de funciones públicas» (ZANOBINI).

Juicio crítico.

Con palabras del prólogo podemos emitir nuestro juicio crítico diciendo que nos hallamos ante «un volumen de excepcional interés sobre el Derecho empresarial en la aurora naciente de su concepción jurídica» y que «la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación se ha sentido orgullosa de recibir en su seno a los compañeros que profesaron el Curso de Derecho Empresarial».

Cerremos estas ya largas líneas con el mejor mérito, en nuestra opinión, de este volumen denso en ciencia: el campo que nos abre a la reflexión y a la investigación sobre los varios problemas planteados. Si es estupendo por lo que dice, es mucho mejor todavía por lo que nos sugiere «Con reiteración, pues, porque así lo sentimos, constatamos de una vez y para siempre nuestro más vivo reconocimiento».

ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.

Abogado.

El derecho de superficie.—GUILARTE ZAPATERO, Vicente. Ed. Aranzadi. Por TERESA PUENTE MUÑOZ, Profesor Adjunto de Derecho Civil.

Una vez más, Guilarte nos ofrece el estudio de una institución jurídica, en esta ocasión el derecho de superficie, a través de una sistemática exposición de la materia, en un intento de presentar su problemática fundamental en términos actuales del tema.

Impuesto por una necesidad socio-económica, la construcción de viviendas, el derecho de superficie, que tan poca atención mereciera a nuestro legislador, adquiere una importancia de la que es resultado el régimen jurídico aparecido en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en la que se recogen los principios que en Derecho comparado son inspiradores de un derecho de superficie que obedece a una concepción resultado de un largo desarrollo histórico y de unas condiciones económicas concretas. El Reglamento hipotecario de 17 de marzo de 1959, en el artículo 16, 1.º, y en el artículo 30, 3.º, a su vez, se hace eco de este reconocimiento del derecho de superficie en unos términos que superan su concepción clásica.

La primera parte de la obra es una cuidada introducción histórica en la que, a través de un detenido análisis de su devenir en el tiempo, se intenta establecer el concepto clásico del derecho de superficie, su régimen en los diversos sistemas jurídicos que de algún modo han podido influir en el nuestro.

En primer término, la consideración que el derecho de superficie merece en Roma. Parte en la exposición de la diferencia fundamental entre el derecho de superficie romano—por derecho de superficie se entiende el amplio derecho de goce que corresponde al facultado por el dueño de un terreno para elevar una construcción o para ocupar los bienes que haya en la superficie—y el derecho de superficie moderno: facultad de elevar o mantener una edificación en suelo ajeno como propia.

Apoyada en una doctrina cuidadosamente seleccionada, se describe la evolución que sufre la institución en el Derecho romano

hasta su configuración como derecho real. En su origen, señala DEGENKELB, responde a la necesidad de introducir un criterio transaccional entre el principio clásico de «superficies solo cedit» y las exigencias de la inalienabilidad del suelo y el goce privado de los edificios.

Su origen incierto. En tanto que el Pretor no conceda al derecho de superficie tutela real permanecerá en el campo de las relaciones personales. En la evolución dogmática de la institución son hechos determinantes: la intervención del Pretor en su configuración definitiva, hasta venir calificada de institución pretoria y las atenuaciones al principio de accesión, que tenía plena vigencia y vitalidad en cualquier periodo del Derecho romano.

La doctrina se cuestiona si es una excepción al principio «superficies solo cedit». Para Guilarte «la conceptualización romana del derecho de superficie es una consecuencia más de tal principio de accesión y no una excepción al mismo. Por lo menos hasta el Derecho justinianeo. Luego la cuestión se torna opinable.

BRAGA DA CRUZ pone de relieve cómo la evolución de la figura dará lugar en último término a un claro supuesto de «ius in re aliena», que no se confunde ni con las servidumbres prediales ni con la enfiteusis. Desde la primera obligación que a través de un contrato de venta o de arrendamiento atribuye al superficiario un goce de la superficie, la evolución conduce a una relación jurídico-real que toma relieve como supuesto de propiedad separada. Conclusión que rebate cierto sector de la doctrina.

El derecho de superficie adquiere su naturaleza real a través de las acciones que el Pretor concederá al superficiario: «interdicto de superficiebus», «actio utilis in rem». Recoge la polémica doctrinal en torno a este punto, BRONDI, MASCHI. La concesión de la acción reivindicatoria, las acciones útiles para la protección de su derecho, confesoria, negatoria, «comuni dividundo».

Posteriormente se destaca por LEVY que el derecho de superficie está ausente de las fuentes del último Imperio por las razones que se recogen en la obra de Guilarte. Pero lo que sí parece ser cierto es que hay una tendencia a la construcción del derecho de superficie como un derecho de propiedad de lo edificado, lo que está en abierta contradicción con el Derecho clásico. Tendencia

que no está muy clara en el Derecho justiniano. Por otra parte, Justiniano dispensa poco interés a la institución.

El Derecho romano desconoció la propiedad superficiaria independiente de la propiedad del suelo. Al ponerse en contacto el sistema romano con otros en los que no era tan fuerte el principio de la accesoriedad, se proclama como posibles instituciones desconocidas en aquél, concretamente la propiedad separada. El régimen germánico deroga francamente el romano en tema de superficie. El Derecho intermedio, en el que en parte se quiebra la concepción romana de la superficie al admitirse la propiedad de la construcción Concepción del dominio dividido. Dominio útil del superficiario. La admisión del dominio dividido supone un rudo golpe para la accesión.

Es también objeto de análisis en la obra el régimen romano del derecho de superficie en punto a su constitución, objeto, contenido, extinción, que en cuanto a la concepción clásica de la accesión todavía importa en Derecho de nuestros días.

Aún en tema de Derecho histórico se estudian los derechos eclesiásticos. germánico, en el que, como consecuencia del principio del reconocimiento del trabajo frente a la accesión, se ofrece una concepción del derecho de superficie distinta a la romana: franca derogación del principio «superficies solo cedit». De manera que el superficiario es un verdadero propietario titular de la superficie.

Derecho de los Estados italianos. Derecho consuetudinario francés, en el que a través de distintas figuras—así, el «bail à congé»—se proclama la derogación del principio de la accesión. El Derecho inglés y, finalmente, de manera especial, nuestro Derecho histórico. Señala dentro de éste la carencia de instituciones concretas que a la manera del Derecho francés y el italiano puedan considerarse como manifestaciones del derecho de superficie. Recogiéndose por Guilarte las conclusiones de Jerónimo GONZÁLEZ en su obra clásica sobre el derecho de superficie: régimen romanista de las Partidas, pero en base a las modificaciones de los glossadores. No se le menciona expresamente. Se encuentra absorbido por el arrendamiento y la enfiteusis (J. GONZÁLEZ). Analiza también el régimen del derecho de superficie en la Ley 74 del Toro. Recogiendo la interpretación del difícil texto que diera Antonio

GÓMEZ. En esta Ley aparece la concepción del dominio dividido, sancionada de nuevo en la Novísima Recopilación, a cuyo amparo se consagrará por los juristas del siglo XIX su absoluta equiparación a la enfiteusis.

En nuestro Derecho histórico la figura no presenta un desenvolvimiento autónomo. La amplia difusión y desarrollo, lo que tuvo la enfiteusis, absorbió la relación superficiaria en algunos supuestos. Y así la doctrina anterior al Código sanciona la equiparación de la superficie a la enfiteusis.

Para finalizar, Guillarte realiza un detenido estudio de la codificación y el derecho de superficie. Destacando la enemiga de los juristas al derecho de superficie, viendo en él una manifestación del dominio dividido. Merece, como consecuencia, escaso interés a los legisladores. Se sanciona el principio de la accesoriedad, pero con menos rigidez que en el régimen romano. En general, se admite la propiedad de lo construido en suelo ajeno si así se acredita. Algunos Códigos lo recogen bajo las formas censales, otros lo asimilan a la servidumbre, los menos lo regulan expresamente.

La consideración del derecho de superficie en la codificación la resume Guillarte agrupando los sistemas en Códigos que consagran expresa o tácitamente la propiedad superficiaria como independiente o distinta de la del suelo; Códigos que siguen la tradición medievalista: propiedad dividida, que suele asimilar el derecho de superficie a la enfiteusis. Legislaciones que consagran el derecho de superficie, a la manera del Derecho romano, como «ius in re aliena».

Se detiene en el examen del Derecho francés, cuyo Código silencia el derecho de superficie, que viene reconocido por la doctrina y jurisprudencia que lo construye a través de los artículos 551 y 553, que modifican el rigor de la accesión. Se le concibe como un supuesto de propiedad separada.

El Código civil prusiano. El régimen austriaco de superficie, en el que la Ley de 24 de abril de 1912, frente a la concepción del Código, que concibe el derecho de superficie como una manifestación del dominio dividido, lo construye como un derecho real enajenable, transmisible por herencia, que lo mismo puede recaer sobre lo ya construido que sobre la elevación del edificio futuro. Se le considera una carga real (artículo 1). Un régimen interesan-

te por lo que supuso de novedad, por ser antecedente de la Ordenanza alemana sobre el derecho de superficie, por contener un régimen bastante completo del mismo. Resumiendo, en el Derecho austriaco coexisten dos modalidades superficiarias: la del Código civil y la de la Ley de 1912.

Código holandés y Ley belga de 1824, con análoga regulación: configuración del derecho de superficie como derecho real en cosa ajena. Código suizo, en el que, no obstante lo conciso de su regulación, se recoge con toda precisión la dualidad de relaciones que el derecho de superficie presenta: derecho sobre el suelo de otro y derecho de superficie.

Derecho alemán de superficie, Ordenanza de 15 de enero de 1919, que sustituye al B. G. B. Reconocida la importancia del derecho de superficie, tiene éste un gran desarrollo en Alemania.

Técnicamente el contenido del derecho de superficie se integra por la facultad de tener una edificación en suelo ajeno. La Ordenanza consagra un régimen nuevo en punto al tratamiento y consideración de lo construido sobre la superficie. Analiza detenidamente Guilarte un régimen que tiene un evidente interés por lo que tuvo de innovación y ha podido influir en regímenes posteriores, como nuestra Ley del Suelo. Dentro de la Ordenanza, el derecho de superficie es necesariamente enajenable y transmisible por herencia, sin que las partes puedan excluir estas notas. Es hipotecable. Viene considerado como una entidad autónoma distinta del suelo. La Ordenanza se ocupa cuidadosamente del problema trascendental de la dogmática de la institución, del destino de las construcciones una vez extinguido el derecho de superficie, estableciendo unos principios generales que pueden ser completados con los pactos privados de las partes.

Guilarte se permite un juicio crítico de este régimen preciso y técnico, al que tacha de oscuro, como en su día hiciera J. GONZÁLEZ. Considerándolo inadaptable a nuestro Derecho.

Hace una extensa referencia al régimen italiano del Código civil de 1942, que consagra, apartándose del régimen anterior, el derecho de superficie expresamente (artículos 952 a 956). Recoge la interpretación de la doctrina italiana del artículo 952, del que infiere dos supuestos jurídicos distintos: por una parte, el derecho que tiene el superficiario de hacer y mantener sobre el suelo de

otro una construcción. Por otra parte, se determina el derecho que tiene el superficiario sobre la construcción como una propiedad. Se consagra como novedad el derecho de tener y mantener, de hacer y mantener la propiedad.

Guilarte, tras analizar el régimen italiano de la superficie, concluye cómo ha llevado al desarrollo de la institución y a su empleo. Pero censura a este régimen el exceso de libertad para determinar el contenido obligacional del mismo en cada caso concreto, lo que puede llevar a situaciones confusas.

Todavía se hace en la obra mención de la Ley portuguesa de 22 de junio de 1948 sobre el tema.

La segunda parte del libro está dedicada, en primer lugar, a la consideración de la naturaleza jurídica del derecho de superficie. Dificultades que supone. Concepción general como derecho de naturaleza real o personal.

Si se le reconoce naturaleza real, precisar si tiene o no, dentro de la categoría, substantividad propia. O si debe de catalogarse entre las figuras consideradas como reales, como una de ellas. En cuanto al Derecho español, problemas derivados del valor que ha de concederse a las referencias del Código civil, artículos 1.611 y 1.655, y su posible armonización con el régimen nuevo de la Ley urbanística y Reglamento hipotecario.

La doctrina se inclina por el carácter real de la institución. Los Códigos insisten en esta apreciación. En nuestro Derecho, su concepción como gravamen, su posible inscripción registral y su hipotecabilidad determinan incuestionablemente su naturaleza real. Lo mismo en la modalidad urbanística. Aceptada como real, es más difícil determinar el segundo punto planteado.

Para ello examina Guilarte el Derecho romano en primer término. En éste, dice, estamos ante una regla excepcional que no modifica el concepto absoluto de propiedad. Sólo en el último período de la evolución alcanzará la categoría de entidad autónoma, aun cuando la duda sigue persistiendo entre los intérpretes. A diferencia de la enfiteusis, el derecho de superficie no llega a alcanzar categoría autónoma, ya que no llega a rechazarse el principio de la accesión.

Guilarte concluye la imposibilidad de sostener, ni siquiera en

la última fase del Derecho romano, una concepción jurídica clara del derecho de superficie.

Después hace una síntesis minuciosa de la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la superficie, agrupando las distintas teorías en aquellas de los que mantienen una concepción unitaria de la relación superficiaria. Y las de los que, partiendo de la admisión de la propiedad del edificio como distinta de la del suelo, señalan la existencia de dos relaciones: la que une al superficiario con la edificación y la que surge entre el superficiario y el dueño del suelo sobre el que se levanta el edificio o se lleva a cabo la plantación.

Entre los primeros cabe todavía distinguir los que conciben la superficie equiparándola al arrendamiento como manifestación del dominio dividido. Como enfiteusis. como usufructo, como derecho de propiedad de la construcción superficiaria con facultad de utilizar el suelo. Como propiedad del espacio aéreo.

Entre los segundos, los que mantienen la teoría de la propiedad superficiaria como propiedad distinta del suelo, que parece pone de relieve Guillarte exigencia de los sistemas modernos del derecho de superficie. Y que tiene una evidente consagración legislativa en el Código civil italiano vigente y en la Ordenanza alemana de 1919. Apareciendo también en la modalidad urbanística de nuestra Ley del Suelo.

Mas como la consagración de la propiedad superficiaria como una de las partes en que puede dividirse horizontalmente el fundo no explica nada más que un aspecto del fenómeno superficiario, hay todavía que fundamentar la relación entre el suelo y la superficie. A lo que acude la técnica moderna a través de diversas teorías que Guillarte sintetiza en su obra: relación entre el suelo y superficie explicada por equiparación a la servidumbre (Código suizo, arts. 675 y 779).

Relación entre suelo y superficie como usufructo o enfiteusis. Superficiario considerado como copropietario del suelo, defendida por algún sector de la doctrina—FERRARA, FUNAIOLI—y combatida enérgicamente.

Relación entre suelo y superficie como limitación legal, formulada por COVIELLO, con gran eco en la doctrina italiana anterior al Código del 42.

Finalmente, la doctrina que la considera como un derecho real sobre cosa ajena *sui generis*, que supone la transformación, en último estudio evolutivo, del *ius superficiei* romano. Tal la consideración del Erbbaurecht del Código germánico, sobre todo después de la vigencia de la Ordenanza del 1919. Para Guilarte, esta construcción tiene evidentes dificultades, especialmente en sistemas como el nuestro.

De todo ello concluye Guilarte la insuficiencia de las teorías recogidas para explicar el fenómeno superficiario. Bien porque las instituciones a que pretende asimilarse tengan un contenido claramente distinto, bien porque sólo sirvan para justificar ciertos aspectos de la institución. Para Guilarte, una conclusión es cierta: la necesidad de admitir la duplicidad de relaciones o el doble aspecto que se deriva de la constitución de un derecho de superficie que, sin embargo, deben de considerarse—escribe—no de naturaleza distinta, sino idéntica, al surgir de un mismo fenómeno jurídico en base al cual deben explicarse.

La constitución de un derecho de superficie da lugar, suspendiendo o dejando sin efectos temporalmente las consecuencias de la accesión, a una propiedad superficiaria y, al mismo tiempo, faculta al titular de la relación para construir y mantener la construcción en el suelo ajeno. Cabe pensar al derecho de superficie, como consecuencia, como un derecho real autónomo y substantivo. La autonomía y substantividad son consecuencias de su propio contenido. Del que hace una síntesis. Su contenido es específico, no cabe equipararlo a otro derecho real típico. Derecho real de goce parcial o limitado sobre el suelo propiedad de otro, que al propio tiempo limita, al disminuir su contenido, la propiedad del dueño de dicho suelo.

Hace referencia especial a la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de superficie en Derecho español, analizándolo en cuanto a la modalidad superficiaria común y a la urbanística. Aporta la doctrina de J. GONZÁLEZ, SÁNCHEZ ROMÁN, PUIG BRUTAU, BONET...

Concluye su vigencia en nuestro Derecho, su autonomía y substantividad, su consideración como supuesto de dominio dividido, gravamen real de marcada analogía con la enfiteusis. Para Guilarte, no obstante el art. 1.611, existe base en el art. 350 para ad-

mitir el derecho de superficie como un derecho real limitado de goce. Se refiere después a la modalidad urbanística, que tiene especial interés. Del régimen de la Ley del Suelo se infiere una concepción distinta. Se aceptan en este nuevo régimen las concepciones del Derecho comparado, que no son sino el final de una evolución que conduce hasta un derecho real autónomo y típico.

De su régimen se infiere la atribución al superficiario de un derecho de carácter real. Y en él se manifiestan claramente los dos aspectos típicos de la relación, nacimiento de una propiedad temporal en favor del superficiario; una limitación en la propiedad del suelo, escribe Guilarte, al aplazar el principio de accesión. Y la facultad de utilización del suelo por el superficiario que le permite edificar y mantener lo edificado.

La facultad de construcción tiene una estricta finalidad, reconocida en la misma: favorecer la construcción de viviendas y otras edificaciones en los planes de ordenación. Es un derecho urbanístico que conserva en todo momento este carácter. No cabrá considerar dentro de la hipótesis la constitución de un derecho de superficie sobre edificaciones ya construídas.

A continuación examina la cuestión de la propiedad separada y la propiedad superficiaria, si son dos modalidades distintas de propiedad. Si es posible hablar de una propiedad separada que no tenga su fundamento en el derecho de superficie.

Recoge la doctrina comparada y la de ROCA SASTRE y GULLÓN BALLESTEROS, que se han ocupado del tema. Guilarte entiende que son sustancialmente idénticas. Sólo su origen es distinto. Ahora bien, la propiedad superficiaria urbanística, que regula la Ley del Suelo, tiene algunos matices específicos. La modalidad urbanística del derecho de superficie es un derecho real limitativo del dominio del suelo y que concede a su titular un derecho también limitado de goce, de inscripción constitutiva y duración determinada, que da lugar a la suspensión de los efectos de la accesión, concediendo la facultad de realizar la construcción, originando sobre ésta una propiedad superficiaria. Finalmente, se hace referencia al régimen de la accesión en el Reglamento Hipotecario.

Se estudia a continuación el régimen de normas aplicables al derecho de superficie, disposiciones aplicables en su consideración de institución de Derecho común y disposiciones de éste que deben

ser consideradas como subsidiarias de la Ley del Suelo para su aplicación a la modalidad urbanística. Para Guilarte, la cuestión está estrechamente enlazada con el tema de su naturaleza jurídica. Es ésta una de las partes más interesantes de la obra. El Profesor Guilarte, de acuerdo con la posición dogmática que ha ido trazándose a lo largo del tema, construye la solución del problema dentro de los términos de nuestro Derecho positivo. Especial relieve tiene la cuestión de las normas aplicables a la modalidad superficiaria urbanística, derivadas del propio contenido del artículo 157, 3.º, de la Ley, normas de directa aplicación y normas de Derecho privado aplicables en vía subsidiaria. Así como el valor de la regulación especial como fuente normativa supletoria de la superficie ordinaria. Según Guilarte, es posible sostener que la regulación contenida en la Ley especial es susceptible de ser considerada como fuente supletoria para el Derecho de superficie común, siempre y cuando su aplicación se limite a ser complementario y en ningún caso modificativa de la misma. Así viene sostenido por Cossío al hacer referencia a las disposiciones de esta naturaleza y su aplicación analógica.

La tercera parte de la obra viene dedicada al contenido del derecho de superficie y su problemática. Constitución. Elementos personales, problema de la posible legitimación del enfiteuta. Cuestión de si el superficiario está legitimado para constituir un derecho de superficie sobre el edificio por él construido en base a la concesión, tanto en la modalidad común como en la urbanística. Objeto del derecho de superficie. Modos de constitución y forma. Problema del artículo 16 del Reglamento hipotecario. Y siempre, en cada caso, analizando paralelamente el régimen del Código y de la Ley del Suelo.

Efectos de la relación superficiaria. Derechos del superficiario, alcance de la facultad de goce del suelo ajeno; examen del contenido de la facultad de disposición. Problemática de la facultad de hipotecar el derecho de superficie. Obligaciones del superficiario, especialmente la de utilizar el suelo dentro de los fines pactados. Derechos y obligaciones del concedente. Derechos y obligaciones comunes al concedente y al superficiario.

Y finalmente, el tema de la duración del derecho de superficie y la problemática de su extinción. Efectos de la extinción, conse-

cuencias en relación con el principio de la accesión. Efectos de la extinción en orden a los derechos reales concedidos por el dueño del suelo. Efectos de la extinción en cuanto a los derechos reales concedidos por el dueño de la edificación o superficiario. Efectos de la extinción respecto de algunas obligaciones que surgen para concedente y superficiario.

El Profesor Guilarte hace gala, una vez más, de una cuidadosa investigación en torno a un tema de creciente interés, aunque en nuestra Patria no tenga todavía el instituto de la modalidad urbanística de la superficie todo el desarrollo que sería conveniente, quizá por no ser suficientemente conocido. El legislador, sin embargo, sigue interesado por el derecho de superficie como procedimiento jurídico para facilitar la construcción de viviendas, y buena prueba de ello es la pretendida elaboración de un Reglamento a él dedicado.

P. S. LEICHT: *Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo*. Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (Firenze). Con una introducción de C. G. MOR. Milano, Giuffrè, 1964. XVIII, 296 páginas (reimpresión).

Como «Partes I y II» de este volumen, cuyo título resulta demasiado amplio y pretencioso, se han editado juntos dos pequeños estudios de LEICHT no excesivamente relacionados entre sí. El primero tiene por título «La *curtis* y el feudo en la Italia superior (hasta el siglo XII)», y apareció por vez primera en 1902. El segundo, «Cargas públicas y derechos señoriales», que data de 1907, se refiere a los diferentes tipos de cargas que pesaban sobre los propietarios y trabajadores de la tierra en las épocas romana y longobarda.

En las páginas introductorias, escritas en 1964 por quien tuvo el cuidado de la edición, no se da razón alguna en favor de la conveniencia de acercamiento de ambos trabajos hasta hacer de ellos partes de una unidad; ni siquiera de la reimpresión de ambos. Quizá pueda ser explicación suficiente el tratarse de dos obras

«clásicas» de la historia agraria, punto de partida de varias otras investigaciones de su autor sobre la misma materia.

Sobre P. S. LEICHT, uno de los grandes historiadores del Derecho italiano, fallecido en 1957, sería ocioso hablar aquí. Sobre su preocupación inteligente y vocacional por los problemas y la historia de las relaciones del hombre con la tierra, en especial en la comarca del Friul (y la Lombardia en general), y en aquella época clave de la Edad Media en que dos ordenamientos, el romano de los conquistados y el germánico de los invasores, entraban en contacto y convivencia, dice bastante y bien MOR en su introducción, útil para el establecimiento de la bibliografía de LEICHT sobre el tema.

Sobre estos dos trabajos, dada la fecha lejana de su primera aparición, lo que hace suponer que serán conocidos por el interesado en estas cuestiones de historia del Derecho, poco he de decir. Lo suficiente para situarlos e indicar brevemente su contenido.

Ambos pertenecen a la primera época de la producción científica de su autor. Presentan en forma de conclusiones y sin gran aparato el resultado de su investigación directa sobre documentos medievales de la comarca del Friul. Sobre muchos de sus aspectos volvería luego y en ocasiones cambiaría ligeramente de punto de vista, como ocurre, por ejemplo, por lo que se refiere al derecho de los *livellarios* y su relación con la enfiteusis. Pero la nota más característica de estos trabajos es la de estar basados en el estudio personal de unos datos diplomáticos concretos, referidos a un tiempo y a un espacio restringidos; la limitación permite aquí profundizar en cuestiones discutidas, difícilmente resolubles en un planteamiento demasiado general, simplificador y polémico (v. gr. el tipo de relación que mantuvieron los Derechos romano y germánico en la historia jurídica italiana, problema apasionante—a nivel de especialistas, se entiende—en la Italia de principios del XIX, contemplado con perspectiva y juicios contrarios por TAMASSIA y SCHUPFER); por otra parte, la solidez de los datos aportados en la paciente lectura, cotejo y sistematización de documentos le permitió posteriormente ampliar el campo de estudio sin necesidad de abandonar en sustancia anteriores conclusiones.

La «Parte I» (páginas 1 a 153), con el título y el origen indicados, está dividida en dos capítulos, relativos a dos épocas his-

tóricas sucesivas: la del bajo Imperio romano y la dominación longobarda, el primero, y la franca, feudal, el segundo. Ambos tienen una estructura similar, algo más desarrollada en el último, que es también el más extenso: una referencia a las distintas divisiones y denominaciones territoriales, en primer lugar; después, el estudio de las distintas formas de relación del hombre con la tierra, desde la propiedad, pasando por todos los tipos, múltiples y polifacéticos, de derechos que hoy—o ayer quizá—llamaríamos reales, hasta las formas más claramente—nunca, sin embargo, con toda pureza—obligacionales. La organización económica de la tierra (latifundios y pequeña propiedad, colonato, censos, precarios, feudos...). los diferentes contratos agrarios que se desarrollan en cada época reciben particular atención.

Por separado, en uno y otro capítulo, estudia el «patrimonio del culto», la propiedad eclesiástica. Termina con breves conclusiones desde el punto de vista de la situación económica, social y jurídica de los agricultores—«al final del siglo XIII esta lenta evolución económica había liberado buena parte de Italia de la funesta herencia de la decadencia romana y del mundo germánico, es decir, de la acción deletérea de la dependencia económica sobre la libertad personal», son sus últimas palabras—; añade como apéndice un par de documentos sin mayor importancia, relativos a bienes eclesiásticos, de hacia 1062 el uno y sobre 1200 el otro.

En la segunda parte (páginas 155 a 294) el tema es marcadamente de Derecho Público si bien el interés del autor se dirige, a través de esta consideración pública, a la configuración de la propiedad rústica y el cultivo de la misma, condicionados e interrelacionados estrechamente con las cargas fiscales que el campo y los agricultores como tales soportan. Su índice es el siguiente: Capítulo I: Cargas y privilegios de los propietarios en la edad romana; impuestos fundiarios; obligaciones militares que gravan sobre la propiedad. Capítulo II: Longobardos y romanos; gravámenes financieros; gravámenes militares; derechos señoriales; exenciones y privilegios.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

LIPARI, Nicolò: *Il negozio fiduciario*. Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza. Studi di Diritto Civile, dirigidos por Rosario NICOLÒ y Francesco SANTORO-PASSARELLI, núm. 2. Milano, Giuffrè, 1964, 465 páginas.

La misma naturaleza de la ciencia jurídica exige que sus proposiciones, cualquiera que sea la solidez de las mismas en el momento en que fueron formuladas, sean puestas en tela de juicio de tiempo en tiempo. Y esta revisión de las doctrinas adquiridas resulta necesaria, en términos generales, al menos por dos razones, que aparecen claras cuando consideramos los términos en que se plantea la interpretación jurídica. Esta se realiza en un difícil equilibrio entre la letra de la ley, necesariamente (o al menos tendencialmente) estática, y la constante evolución económica y política de la sociedad, que es un elemento sustancialmente innovador y creador. La norma regula comportamientos sociales y éstos se mueven por causas propias. Alterada la estructura o la dinámica sociales, el significado de la norma, llamada a disciplinar sectores de la vida humana, se ha alterado correlativamente, y ésta es la primera razón que exige repensar el resultado de toda investigación jurídica cuando el paso del tiempo ha modificado los supuestos sociales en que la norma opera; cuando el Derecho realmente se ha transformado ya, por más que la ley sea literalmente la misma. Por otro lado, los supuestos mentales con que el intérprete se acerca a la realidad jurídica sufren mutaciones, a veces radicales; juicios o prejuicios sobre la forma y la finalidad con que han de manejarse los datos jurídicos pierden vigencia y otros nuevos los sustituyen; puede suceder que adquieran relevancia jurídica a ojos del intérprete; realidades, datos fácticos que antes permanecían apartados de su campo de observación y que ahora le hacen variar de actitud respecto al Derecho; cambia el método, cambian los supuestos mentales desde los que se realiza la investigación jurídica.

Cualquiera que sea el valor de la tradición doctrinal, de la doctrina recibida, de la interpretación transmitida de generaciones en generaciones de juristas, nunca puede admitirse que la última

palabra esté ya dicha. La misión del jurista no consiste en clasificar fósiles ni en transmitir secretos gremiales, sino en dar explicación racional de la norma en su incidencia sobre la vida, en un intento consciente y sistemático de realizar al máximo los valores de justicia en las relaciones entre los hombres.

Todo esto viene a cuento porque, olvidándolo, podría ponerse en duda la oportunidad de una investigación como la del Profesor LIPARI, dedicada a un sector de la realidad jurídica que parece singularmente privilegiado en cuanto a cantidad y calidad de aportaciones doctrinales. (Véase la recensión de la obra de LIPARI que hace FAIREN en *R. D. N.*, julio-diciembre 1964, pág. 502; puede compararse con la de A. LUNA en *Temis* [Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza], núm. 19, pág. 176.) El propio autor es consciente de la posible objeción de inutilidad y sale al paso de la misma en su introducción (págs. 1 a 59). Su defensa se monta, sobre todo, en la cuestión del método: a cambio de método en el quehacer jurídico, alteración de las conclusiones en todos los sectores del Derecho y, por tanto, también en éste del negocio fiduciario; incluso de forma especial en este campo concreto, ya que el negocio fiduciario está colocado tendencialmente en el límite de lo que el Ordenamiento es en un momento histórico y lo que debiera ser, y a menudo, lo que será en un momento posterior. Es conocido el papel que el negocio fiduciario suele desempeñar desde el punto de vista de las transformaciones del Ordenamiento, en la adaptación del mismo a necesidades anteriormente negligidas.

En la misma introducción, dedicada toda ella a problemas metodológicos, encontramos valiosas sugerencias sobre la teoría del negocio jurídico y su crisis; autorregulación y supuesto de hecho en el negocio; estructura y función del mismo; la actividad del intérprete y la clasificación de los datos de la experiencia; el problema de la determinación de los elementos fácticos del negocio fiduciario; la «construcción jurídica» y la habitual ocultación que con ella se realiza de los datos morfológicos del fenómeno práctico.

La crítica de los puntos de vista clásicos se hace temáticamente en el capítulo I de la primera parte (págs. 56 a 106). La opinión, generalmente aceptada, que hace residir la esencia de la fiducia en el contraste entre medio jurídico empleado y finalidad pre-

tendida, así como otras fórmulas más o menos relacionadas con esta, anteponen una construcción dogmática a la consideración morfológica del fenómeno práctico de la fiducia; en el desarrollo de esta idea y de la crítica de las diferentes teorías ofrece consideraciones históricas y de Derecho comparado, en especial sobre la contraposición entre fiducia de tipo romano y fiducia de tipo germánico y sobre el *trust* anglosajón.

En el capítulo II de la misma parte (págs. 157 a 208) pretende realizar la descripción morfológica del fenómeno, recogiendo cuanto hay de válido en las opiniones anteriormente sometidas a crítica. Aplica de forma particularmente penetrante los conceptos de estructura y función.

Realizada en la primera parte la individualización de los comportamientos que producen el fenómeno de la fiducia, el objeto de la segunda es la calificación formal de tales comportamientos; calificación fundada sobre los supuestos fácticos anteriormente iluminados, pero que, en sus conclusiones, debe permanecer desvinculada de las direcciones específicas de las finalidades subjetivas de los contratantes; ya que el problema de fondo del negocio fiduciario, en cuanto problema de interpretación del sistema normativo, es el de la determinación de los límites dentro de los que un determinado comportamiento, que pretende operar en la intención de las partes en un plano metajurídico, viene a ser jurídico y produce efectos jurídicamente coercibles.

A esta luz realiza la «construcción jurídica» de la fiducia en el capítulo I (págs. 212 a 310), con particular atención a la *causa fiduciae*, para pasar en el capítulo II (págs. 311 a 456) a la exposición de la particular disciplina de los negocios fiduciarios en el Derecho italiano. Estudia sistemáticamente los diferentes supuestos de hecho: aquéllos en que la situación creada está destinada a desaparecer por repristinación de la anterior (venta con finalidad de garantía, cesión de créditos con el mismo fin); los casos en que el Ordenamiento niega toda forma de tutela al intento fiduciario (ilicitud, fraude a la ley, fiducia testamentaria, el llamado matrimonio fiduciario, la llamada adopción fiduciaria); la fiducia estática; los supuestos en que el fiduciario debe utilizar su situación de poder de una manera o con una finalidad determinada (quizá entre ellos estén los más importantes y plantean los ma-

yores problemas en cuanto a los límites y modalidad de la protección que el Ordenamiento acuerda al comportamiento de las partes).

El tema es atractivo; el planteamiento y el método, rigurosos; la crítica de las opiniones recibidas, digna de consideración; las sugerencias, múltiples y fecundas.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

NATOLI, Ugo: *Il conflitto dei diritti e l'art. 1.380 del Codice Civile*. Milano, 1950 (Dott. A. Giuffrè Editore).

Ugo NATOLI, a quien conocerán muchos lectores de esta Revista por su obra *Della tutela dei diritti* (1), publicó ya hace años (2) esta documentada monografía sobre el artículo 1.380 del Código italiano (3). Es éste uno de los más interesantes y discutidos entre aquéllos con los que la doctrina italiana modernizó la fachada del Código de 1865.

Este artículo, según la Relación al Rey del Ministro de Justicia, regula la hipótesis de conflicto entre personas que derivan el mismo derecho de un mismo sujeto—materia también regulada en los artículos 1.155 y 2.644—, cuando el conflicto se da entre varios derechos personales de goce concedidos por sucesivos contratos a diversos contratantes. Según ella, la situación se regula en base a tres criterios:

— Para los derechos derivados de relaciones para las que está prescrita la transcripción, los principios que regulan ésta servirán para establecer la preferencia (párrafo último).

(1) Ugo NATOLI, *Della tutela dei diritti*. Trascrizione. U. T. E. T. Torino, 1959.

(2) Puede parecer trasnochada esta recensión, habida cuenta de la fecha de la monografía, pero se ha considerado útil porque su tema es una laguna de nuestro Código poco tratada por los autores españoles, y es interesante para nuestros lectores porque se inserta en el deslinde de los derechos personales y reales y los efectos de la tradición y la inscripción en unos y otros.

(3) *Artículo 1.380 Si con sucesivos contratos una persona concede a diversos contratantes un derecho personal de goce relativo a la misma cosa, el goce pertenece al contratante que primero lo ha conseguido. Si ninguno de los contratantes ha conseguido el goce, es preferido aquel que tiene el título de fecha cierta anterior. Quedan a salvo las normas relativas a los efectos de la transcripción.*

— Para todo derecho real de goce no sujeto a transcripción: la colisión se resuelve con el criterio de la «prevención», que, si se ha obtenido el cumplimiento, se establece con la aplicación del *melior est condicic possidentis* (párrafo primero).

— Y si el cumplimiento no se ha verificado, se determina por el principio de la prioridad del título (*prior in tempore potior in jure*) (segundo párrafo).

Como vemos, hay en la Relación al Rey una explícita referencia a los principios que sirven para dirimir la situación creada por la doble enajenación, que son la adquisición de la posesión en muebles, conforme al 1.155 (4), y la transcripción en el Registro en inmuebles o muebles registrables, conforme a los artículos 2.644 (5) y concordantes.

Las críticas de la doctrina italiana al artículo 1.380 parten de la imposibilidad de invocar principios válidos en materia de derechos reales para una hipótesis referente a derechos de crédito, como son los derechos personales de goce. La doctrina y la jurisprudencia se han dividido en dos campos, principalmente en torno a un supuesto frecuente: dos arrendatarios de la misma cosa derivados de un mismo arrendador, cuando los dos, sucesivamente, consiguen entrar en el goce. Estos dos campos son:

a) Interpretando literalmente el 1.280, resuelven el conflicto a favor del que primero obtuvo el goce, aunque lo haya perdido y haya pasado a otro arrendatario CAPRANI, TRABUCCHI, MONGIARDO, SCONAMIGLIO y ELIO. También el Tribunal Supremo, y es la posición de NATOLI.

b) Entienden otros que debe darse preferencia al que se encuentre en el efectivo goce o posesión de la cosa en el momento (a salvo el resarcimiento del arrendador al arrendatario precedente). Dicen que el caso no está comprendido en el 1.380, que

(4) Artículo 1.155. Si alguien con sucesivos contratos enajena a varias personas un bien mueble, aquella de ellas que ha adquirido de buena fe la posesión es preferida a las otras, aunque su título sea de fecha posterior.

(5) Artículo 2.644. Los actos enunciados en el artículo precedente (que contiene la lista de actos sujetos a transcripción) no tienen efecto respecto de terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre inmuebles en base a un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de los mismos actos. Verificada la transcripción, no puede tener efecto, contra el que ha transcrito, ninguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos de su transmitente, aunque la adquisición tenga fecha anterior.

contiene una laguna a llenar con los principios generales de las relaciones obligatorias, de las cuales es una inútil aplicación el párrafo primero, que sólo contempla el caso de que uno solo de los varios arrendatarios obtenga el goce. Fue largo tiempo la opinión dominante: DEIANA, ANDREOLI, GIORDANO, MENGONI, BARBERO, etc.

Para NATOLI, la doctrina dominante es simple y precipitada, al creer que no se trata de un caso de conflicto de derechos, porque en los personales hay validez de todos y no se agota ninguna facultad dispositiva con el primero y mantener que la solución se deduce de los principios generales de la relación obligatoria. Considera necesario analizar previamente: a) Si el artículo 1.380 es o no es resolutivo de un verdadero conflicto de derechos. b) Si los derechos personales de goce son puros y simples derechos de crédito o presentan caracteres particulares, porque, obtenida su actuación, adquieren una especie de exclusividad o fuerza externa parecida a la de los derechos reales.

Dedica el capítulo I a demostrar que el artículo 1.380 (y sus tres reglas) tiene por función resolver una típica situación de conflicto de derechos. Comienza por establecer los presupuestos para que exista una tal situación, y dice que en sentido estricto sólo cabe hablar de conflicto de derechos cuando hay una falta inicial de una norma de coordinación o de subordinación de los derechos coexistentes.

Quedan, pues, fuera del concepto algunas hipótesis donde no debe verse conflicto, como son: el caso en que los varios derechos pertenecen a un mismo titular (conurrencia de acciones) o a sujetos distintos, pero tienden a un resultado común, y los casos en que la existencia de uno de los derechos impide el nacimiento del otro, o el nacimiento de uno lleva consigo necesariamente la extinción del otro. Este último supuesto se da en el Derecho italiano en la importante hipótesis de la doble enajenación de un mismo bien o de la doble constitución de derechos reales limitados sobre un mismo bien (6).

(6) Los artículos 1.155 y 2.644 (ver notas 4 y 5), que regulan este supuesto en muebles e inmuebles, respectivamente, son incluidos generalmente entre las normas resolutivas de conflictos de derechos considerando en el mismo plano las posiciones de los dos sucesivos adquirentes y afirmándose que el conflicto se resuelve a favor del que adquiere primero la posesión (con buena fe) o de

Crítica después aquellas opiniones que niegan la posibilidad de conflictos entre derechos de crédito porque la simple comunidad de deudor no pone en relación los varios créditos, que quedan independientes y sin posibilidad de interferencia ni de conflicto, y porque el ejercicio de uno no puede impedir el ejercicio del otro, incluso cuando el cumplimiento del primero agote la posibilidad de la realización en forma específica del otro. Esta argumentación parte de un error, porque la coexistencia de los derechos no es una relación jurídica, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos coexistentes. Se opone también a construcciones, como la de TENDSCH, que niegan la coexistencia partiendo de la invalidez de uno de los negocios, tanto en obligaciones como en actos de disposición incompatibles.

Analiza la posibilidad o imposibilidad de coexistencia, creadora de conflicto, entre derechos reales y derechos de crédito; entre derechos potestativos y entre éstos y derechos de otro tipo y en materia de derechos de la personalidad, y luego de precisar la necesidad de que la coincidencia en el contenido del derecho se refiera a un mismo bien, particularizado dentro del patrimonio del

quien transcribe primero su título, respectivamente (MESSINEO, PUGLIATTI). NATOLI, en contra, cree que no hay conflicto de derechos, porque: a) Si el primer adquirente es el que adquiere también primero la posesión o efectúa la transcripción, éstas no hacen sino confirmar el derecho del primer adquirente frente a los terceros, derecho que es el único que existe; y b) Cuando prevalece el segundo adquirente, por actuación de dichos artículos, su derecho surge en el momento en que adquiere la posesión (de buena fe) o cuando transcribe su título y simultáneamente se extingue el derecho del primer adquirente, por lo que no hay la coexistencia necesaria para el conflicto. Otros autores (VENZI y STOLFI) niegan también la existencia de conflicto (aun construyendo el fenómeno según la doctrina tradicional), por mantener que no existen dos derechos, sino sólo el de quien ha adquirido la posesión o ha transcrito antes su título.

La conclusión debe ser diversa en los Ordenamientos en que la *traditio* o la inscripción en el Registro son elementos integrantes de la transferencia (B. G. B. Parágrafos 873 y sigs., 925 y sigs. y 929). Entonces los dos adquirentes están en el mismo plano en tanto que no sea realizada la tradición o la inscripción a favor de alguno de los dos. En el Derecho italiano, con su principio *consensus parit proprietatem* (art. 1376), el primer acto de disposición transfiere el derecho sin más, y el disponente, habiéndose consumado su facultad de disposición—como diría RIEZLER—, no puede disponer ya válidamente del mismo derecho, y si lo hace, lo hace como *non dominus*, y si el segundo adquirente adquiere por haber obtenido la posesión primero (con buena fe) o por haber transcrito antes, lo hace a título originario y matando el derecho del primer adquirente. Esta conclusión es generalmente admitida en cuanto a muebles (1155) (últimamente, MENGONI); pero no en materia de transcripción (2644). NATOLI cree que esta disparidad de trato es injustificada y se remite a su trabajo *Doble enajenación inmobiliaria y acción revocatoria*.

deudor, y de valorar la distinción entre contenido-tipo y contenido concreto de los derechos a los efectos de la determinación de la coexistencia con conflicto, termina por encuadrar la norma que estudia en sus tres apartados como norma resolutive de un conflicto de derechos.

En el capítulo II, para determinar el campo de aplicación del artículo 1.380, analiza la estructura de los derechos personales de goce, distinguiendo en su contenido dos partes o fases: una pretensión dirigida a la puesta a disposición de la cosa y una facultad de goce característica de todos los derechos de goce, tanto personales como reales. En la controversia sobre la naturaleza de los derechos personales de goce (principalmente del arrendamiento), las posturas son fundamentalmente:

a) La tradicional y dominante que afirma que son típicos derechos de crédito (SCUTO, BARASSI)

b) La que considera que son derechos reales (FRANZI).

c) Entre ellas se va haciendo cada vez más frecuente el negar diferencias entre los derechos personales y los reales de goce. Así, BARBERO, que primeramente afirmó la realidad del derecho del arrendatario, considera ahora necesario crear una categoría por sí contrapuesta tanto a los personales como a los reales. Frente al argumento de la tesis tradicional, consistente en que el *far godere* del Código, como obligación *quotidie ac singulis momentis* del arrendador impide el poder inmediato del arrendatario sobre la cosa, NATOLI opone que—además de ser discutible que el poder inmediato sea, en todo caso, constitutivo del contenido del derecho real—si se analiza el contenido concreto de esta obligación continuada de *far godere*, realmente se esfuma, y agotado el momento inicial con la entrega, el *far godere* sólo tiene el contenido negativo de abstenerse de todo comportamiento impeditivo del goce. El carácter de poseedor o de simple detentador del arrendatario siempre surge en la polémica. El Código italiano define la posesión como «poder sobre la cosa que se manifiesta en una autoridad correspondiente al ejercicio de la propiedad u otro derecho real». Si el arrendamiento no es derecho real, el arrendatario será mero detentador sin acción de reintegración posesoria; pero la doctrina y la Jurisprudencia dominante reconocen la autonomía de la facul-

tad de goce del arrendatario en forma sustancialmente idéntica a la que representa el contenido de los derechos reales, lo que demuestra que en la práctica la naturaleza personal o de derecho de crédito de los llamados derechos personales de goce es solamente parcial y puramente inicial, y que agotada con la puesta a disposición, el goce se explica autónomamente y como expresión de una facultad como la que se encuentra en los derechos reales. Lo que no autoriza a considerarlo como un derecho real por la falta del requisito típico de la «inherencia» o «adherencia» al bien (absolutividad).

El capítulo III estudia la actuación del artículo 1.380 partiendo de que contiene tres disposiciones dirigidas a resolver un conflicto de derechos en el campo específico de los derechos personales de goce de bienes de cualquier naturaleza, provenientes de un mismo causante—el sujeto legitimado para constituirle—, ya se trate de derechos idénticos o simplemente tengan un punto de coincidencia en el contenido del goce que produzca incompatibilidad.

a) El apartado I excluye la trascendencia de la anterioridad de la constitución y afirma la de la anterioridad de la actuación. En lo primero no hay disenso sustancial y es lógica aplicación de los principios generales, según los cuales todas las pretensiones relativas tienen igual derecho al cumplimiento y la prioridad de constitución no implica ninguna subordinación de las demás capaz de evitar el conflicto.

La tesis a la que se opone NATOLI sostiene que no es la prioridad del goce lo decisivo, sino la actualidad del mismo goce. Los que así opinan traducen, sin más, goce por tenencia o detentación, cosa no admisible en cuanto el conflicto se dé entre derechos cuyo ejercicio no presuponga la tenencia. La doctrina que NATOLI critica gira sobre la inutilidad de la palabra «primero» (*per primo*) en el artículo.

El primer argumento de la doctrina criticada es el histórico, y afirma que el precepto ha sancionado un *jus receptum*. Pero esto es erróneo, ya que ni había unanimidad en la doctrina anterior ni ésta se planteaba el problema de que ambos arrendatarios, en épocas sucesivas, obtengan la entrega. La doctrina anterior nada

ayuda para demostrar que la frase *per primo* es un inútil pleonasmo y que el supuesto dicho queda sin regular en el precepto, por lo que hay que acudir a los principios generales.

La tesis contraria se apoya en la Relación al Rey cuando se refiere al principio *melior conditio possidentis*, para deducir que el contratante que primero (*per primo*) ha conseguido el goce no es otro que el que se encuentra actualmente en el goce; pero para NATOLI esto es arbitrario, porque, prescindiendo de la oportunidad de traer a colación dicho principio, la misma Relación, más adelante, dice que debe ser preferido el que se encuentra «ya» en el goce. Con mayor claridad la Relación al Proyecto preliminar decía que se quiere excluir al *prior in tempore* y afirmar la permanencia de los efectos de la realización de un derecho protegiendo al que primero ha obtenido tal realización.

Aunque se estime que no vinculan al intérprete los trabajos preparatorios, ni la Relación, la interpretación lógica también está conforme con ellos. La doctrina contraria argumenta que, derogada la preferencia del *prior tempore* del apartado II por la obtención primera del goce por el segundo contratante, es claro que el legislador afirma que no hay aquí el derecho de persecución (*de suite*), signo distintivo de los derechos reales, y esto tanto en el apartado II como en el I. De aquí a la laguna legal no hay más que un paso. Pero NATOLI no cree que la regla esté en el apartado II limitada por la norma del I, sino viceversa.

Otro argumento manejado es el de la irrevocabilidad del cumplimiento para demostrar la imposibilidad de la acción del que primero ha conseguido el goce contra el que actualmente lo tiene. Como la tenencia del primero es un simple impedimento material del cumplimiento al segundo, perdida aquélla el segundo, podrá obtener o pedir la entrega jugando la irrevocabilidad del cumplimiento. Pero el argumento se vuelve a favor de NATOLI, si vemos que tal irrevocabilidad juega a favor del que primero ha conseguido el cumplimiento, y la conclusión de la tesis contraria parte del presupuesto de no existir el 1.380 y no es procedimiento de interpretación ignorar la norma interpretada.

Otro argumento vecino se basa en la función publicitaria del goce y en apoyar el 1.380, I, en el 1.155, cosa no admisible, ya

que el 1.155 gira sobre la buena fe irrelevante en el 1.380 y prescindiendo del valor del 1.155, que difícilmente puede considerarse expresivo de un principio general (7).

Critica la objeción más importante de sus contrarios: la tutela definitiva del primero que obtiene el cumplimiento no encaja con la naturaleza personal del derecho—carente de la absolutividad de los reales—, por lo que queda sin explicar qué es lo que legitima a aquél para obtener la reintegración del sucesivo y actual. La crítica de NATOLI descansa fundamentalmente: a) En que no se pretende absolutividad, ya que la tutela es definitiva sólo frente a otros derechos personales de goce y no frente a eventuales derechos reales. b) En el concepto de ineficacia relativa, que otros (BETTI y CARIOTA FERRARA) prefieren llamar inoponibilidad de los actos jurídicos.

Analiza a continuación el momento en que surge la preferencia (entrada en el goce, puesta a disposición), su duración y otros interesantes extremos en torno a la reintegración en el goce al amparo del precepto.

b) En relación con el apartado II, que en general no ha originado dudas por sí, sino en su relación con el I, NATOLI, frente a la opinión de considerar el II la norma primaria y general, cree que sería inútil en cuanto no se la interprete como limitativa de la del I a través de la demanda judicial del primer contratante dirigida a obtener el goce como momento determinante de su preferencia sobre el que obtenga el goce y siempre que obtenga sentencia favorable. Recurre para ello al texto del Proyecto preliminar, según el cual el contratante posterior no consigue válidamente el goce de la cosa si su contrato no tiene fecha anterior a la demanda de cumplimiento del primer contratante.

Termina la monografía con unas breves consideraciones sobre la actuación del párrafo tercero del artículo 1.380, que deja a salvo las normas relativas a la transcripción. Sobre este párrafo, los autores (Mosco y MENGONI) son muy parcos, limitándose a men-

(7) La llamada función publicitaria de la posesión con carácter general ha sido negada por PUGLIATI *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale*. 1944; págs. 53 y sigs.

cionarle como una limitación para la aplicación del apartado I. **CARIOTA-FERRARA** es el único que se extiende algo más y lo considera limitación también del apartado II.

NATOLI, por el contrario, cree que los límites de actuación del párrafo no son del todo claros, porque para los derechos a los que se refiere el artículo 1.380 la transcripción es excepcional y exigida en consideración de una determinada duración del derecho, con la particularidad de que si la transcripción se efectúa, el derecho se impondrá a los terceros por toda la duración prevista, y si no, sólo por el tiempo por el que se concede oponibilidad a los terceros sin transcripción (ver artículo 1.599, apartado 3.º).

La aplicación de las normas relativas a la transcripción no es, pues, tan clara si el conflicto se plantea entre derechos transcribibles y otros no transcribibles.

Como cuestión previa se plantea la de si la transcripción tiene una pura y simple función declarativa, como se ha afirmado, y que cree que debe resolverse negativamente (8).

Despejada así la cuestión previa concluye **NATOLI** afirmando que:

Los únicos casos en los que actúa la norma del párrafo final

(8) Tratándose de derechos reales, la transcripción del primer adquirente es declarativa, porque crea no la preferencia del derecho anterior—como algunos afirman—, sino la posibilidad y la presunción legal de conocimiento por todos del negocio, que impide que los terceros se puedan valer de la presunción legal contraria. Pero cuando la transcripción opera en favor del tercero, o sea, del segundo adquirente, tiene valor constitutivo, porque representa un elemento del supuesto de hecho del que deriva no la preferencia, sino la adquisición del derecho por el tercero con perjuicio del primer adquirente.

Tratándose de derechos personales de goce, la función de su transcripción es algo distinta: en todo caso, no pretende salvar la falta de legitimación del transmitente en gracia del segundo adquirente, porque la precedente concesión de un derecho personal de goce no afecta a la facultad de disposición del transmitente. Pero hay que distinguir: si el negocio sucesivo tiene por objeto un derecho real, la transcripción determina la sucesión *ex lege* del tercer adquirente al causante en la relación con el titular del derecho personal de goce, impidiendo la extinción de éste, o bien sirve para eliminar la prevalencia natural del derecho real cuando la constitución de éste no lleve consigo la extinción del personal de goce; pero en un caso u otro, la transcripción no resuelve un verdadero y propio conflicto, porque falta la inicial igualdad de los derechos, esencial para la existencia de conflicto. Lo contrario ocurre si el negocio sucesivo tiene por objeto otro derecho personal de goce. Aquí si hay conflicto de derechos y cuando la ley, para su solución, remite a las normas relativas a la transcripción, atribuye a ésta la función de hecho constitutivo de la preferencia de uno de los derechos y de la imposibilidad de que el otro actúe en perjuicio de aquél.

del artículo 1.380 son los de derechos personales de la lista de actos sujetos a transcripción del 2.643 (9).

La remisión no actuará cuando la transcripción no esté igualmente exigida para los dos derechos en conflicto.

Resuelve la duda del caso en que la transcripción de uno de los negocios se exija sólo por razón de la duración prevista del derecho (locación ultranovenal no inscrita ¿puede valer como infranovenal frente a otro derecho inscrito?), en el sentido de que el primer transcribiente no puede valerse del apartado tercero y de los efectos de la transcripción. Lo contrario estima cuando la locación prevista como «ultranovenal» entre en colisión con otro derecho sujeto a transcripción. Aquí no basta la anterioridad de la fecha o del goce para resolver el conflicto, porque se da a la transcripción la función de hecho resolutorio del conflicto. En otro caso, la aplicación del apartado tercero quedaría reducida al único caso de conflicto entre dos derechos de «anticresis, únicos personales de goce (en el Derecho italiano) para los que la transcripción está prevista sin tener en cuenta su duración.

Y por último, la regla del apartado tercero vale para todos los conflictos entre derechos cuyos títulos estén sujetos a transcripción, ya tengan por objeto bienes inmuebles o bienes muebles transcribibles conforme al artículo 2.683 (naves, aeronaves y automóviles).

TIRSO CARRETERO.

POGLIANI, Mario: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*.

Con un prólogo de Guido GENTILE. Milano, Giuffrè, 1964.

XXVI + 459 páginas.

«POGLIANI ha elegido el momento justo para una obra de sistematización de nuestro conocimiento sobre la materia, eliminando

(9) Arrendamientos de inmuebles de duración superior a nueve años. Los actos o sentencias de liberación o cesión de alquileres o rentas no vencidas por término mayor de tres años. Los contratos de sociedad y asociación por los que se transfiera el goce de inmuebles o derechos reales inmobiliarios, cuando su duración exceda de nueve años o sea indeterminada. Los actos de constitución de los consorcios que tengan los mismos efectos del párrafo anterior.

errores, aclarando dudas, planteando tesis», nos dice GENTILE en su prólogo, francamente laudatorio. Y también: «Se trata de un trabajo de primer orden que será igualmente grato a los que se inician en el estudio de la materia que a sus cultivadores experimentados: para unos, con fin didáctico; para otros, para el encuadramiento ideológico de figuras e institutos palpitantes de actualidad; para todos, para la necesaria clarificación de conceptos en un campo cuyo interés creciente va recabando una penetrante profundización, adecuada a su progresiva importancia económica y jurídica.

La labor de sistematización realizada por el autor tiene una finalidad primordial de tipo práctico, de forma que el libro puede servir de *vademécum* a todo aquel que necesite ocuparse del tema: encontrará en cada uno de sus apartados amplísimas notas bibliográficas (en su inmensa mayoría, de doctrina italiana), así como una casi abrumadora cita de decisiones jurisprudenciales, y no sólo de la *Corte di Cassazione*, sino incluso de los Tribunales *del merito*.

Los problemas en ocasiones están deliberadamente simplificados, sobre todo cuando se trata de temas de discusión teórica, haciendo prevalecer en todo momento el ideal de la claridad. El método, de acuerdo con la finalidad de la obra, es el exegético; sigue el autor el orden del articulado del Código italiano, explicando el sentido de cada una de sus disposiciones, con referencia constante a la doctrina y, sobre todo, a la interpretación jurisprudencial.

En el capítulo I (páginas 3 a 28) delimita, siguiendo a la doctrina más irradicional, el concepto de responsabilidad civil procedente de hecho ilícito; señala del mismo modo sus elementos (acción, producción del daño y nexo de causalidad), y resume las orientaciones y discusiones doctrinales sobre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, señalando que, en su opinión, esta última sólo de forma muy excepcional viene admitida en el Derecho italiano. Tendremos ocasión de advertir que el autor restringe el ámbito de la responsabilidad objetiva a muy escasos supuestos, dejando fuera algunos otros que la doctrina dominante—no así, en general, la jurisprudencia—considera tales.

En el capítulo II (páginas 29 a 66) presenta un elenco de cau-

sas de exclusión de la responsabilidad, y en primer lugar, la imputabilidad. La capacidad, presupuesto de la imputabilidad del hecho ilícito, es la capacidad natural, distinta de la negocial y de la penal. La menor edad, la demencia y el estado de ebriedad (supuestos a los que dedica una consideración especial) tienen relevancia en cuanto que excluyen la capacidad natural de entender y de querer. Tras tratar de la legítima defensa, considerada expresamente como causa de exclusión de la responsabilidad en el artículo 2.044, Código civil, pasa a considerar el caso fortuito y la fuerza mayor; el primero es «aquel evento natural o a él asimilado, independiente de la voluntad humana, que escapa de la racional previsibilidad y no se puede evitar sin cautelas superiores a las de la normal diligencia», de manera que, en cuanto a su naturaleza, no debe confundirse con la fuerza mayor (*vis quae resisti non potest*), ya que ésta no es un evento natural; si bien en el terreno de las consecuencias que uno y otra producen puedan indudablemente asimilarse, ya que ambos producen idéntico efecto de exclusión de la responsabilidad. En cuanto al problema de la limitación del daño resarcible, se atiene al criterio de la teoría de la causalidad regular o adecuada, de manera que el daño será resarcible cuando resulta conectado mediante una relación de causalidad regular o típica al hecho ilícito; en consecuencia, los daños indirectos serán resarcibles dentro de estos límites.

Tras referirse a la llamada *compensatio lucri cum danno*, pasa en el capítulo III (páginas 67 a 96) a considerar las limitaciones de la responsabilidad: el estado de necesidad (un supuesto de responsabilidad objetiva, según POGLIANI, ya que el hecho dañoso es consecuencia de una constricción necesaria, no siendo culpable su autor, y, sin embargo, está obligado a indemnizar en una medida que el Código deja a la apreciación equitativa del juez); el concurso de culpa por parte del dañado (según el autor, la provocación es instituto que sale del ámbito de la norma expresa del Código civil sobre este tema), y el daño debido a negligencia del acreedor. En estos dos últimos supuestos son aplicables a la obligación nacida *ex quasi delictu* las disposiciones que el Código civil dicta en materia de obligaciones contractuales.

La segunda parte (capítulos IV y VI, páginas 97 a 226) tiene por título *Los sujetos obligados al resarcimiento*, y sigue por su

orden los artículos 2.047 a 2.055 del Código italiano. Para nosotros, más interesante que la exposición misma realizada por el comentarista resultan las disposiciones del Código, que también en este aspecto supera al español. En materia de daño causado por el incapaz, el artículo 2.047 de aquél dispone que «si la persona es incapaz de entender o de querer, el resarcimiento es debido por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho» (el autor considera la responsabilidad del vigilante no como objetiva, sino como culpable, por culpa *in vigilando*, ya que se le permite la prueba, aunque difícil, de su ausencia de culpa; en el caso de que el dañado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia—sigue diciendo el artículo—, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

La misma prueba de no haber podido impedir el hecho se admite a los padres, tutores, preceptores y maestros de arte, que de otro modo son responsables de los daños causados por los hijos menores no emancipados o las personas sujetas a su tutela que habiten con ellos, o por los alumnos o aprendices en el tiempo en que estén bajo su vigilancia. El autor hace notar que en este caso se trata de menores con capacidad natural, por lo que éstos son también responsables. Por lo que respecta a los padres, etc., considera que su responsabilidad es culpable, por culpa *in vigilando* e *in educando*, y no objetiva, puesto que se le admite la prueba de no haber podido impedir el hecho. Por el contrario, la responsabilidad de los patronos y principales por los daños causados por hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de sus atribuciones es considerada objetiva, ya que, según el texto de la Ley, al que se atiene con preferencia el autor, no les está permitida tal prueba exoneratoria. Es culpable, y no objetiva, la responsabilidad de quien tiene bajo su custodia una cosa por los daños causados por ésta, ya que puede probar el caso fortuito. Del mismo modo, por lo que se refiere a la responsabilidad del propietario o de quien se sirve de un animal, por los daños causados por éste.

Una disposición del Código italiano, que no tiene paralelo en el español, es aquella por la que se establece la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, cuando quien la ejerce no

prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño; el autor ve también en éste un caso de culpa *in vigilando*. También resulta de interés el artículo 2.054, relativo a daños producidos en la circulación de vehículos, que establece, entre otras cosas, la responsabilidad, solidaria con la del conductor, del propietario del vehículo o, en su lugar, del usufructuario o el adquirente con pacto de reserva de dominio, si no prueba que la circulación del vehículo se ha realizado contra su voluntad; en esta materia ha de completarse la disposición del Código acudiendo a la regulación especial de la circulación por carretera. El Código italiano señala también que la responsabilidad por el hecho dañoso imputable a varias personas es solidaria a todas ellas, aplicando al supuesto de responsabilidad excontractual la norma que de modo general y para toda clase de obligaciones recoge el artículo 1.294 del mismo Código.

En la tercera parte (capítulos VII a IX, páginas 227 a 272) considera la relación obligacional desde el punto de vista de los titulares del resarcimiento estableciendo una regla general muy simple: sólo dan lugar a una pretensión de resarcimiento las lesiones de los derechos subjetivos absolutos, es decir, derechos de la personalidad, derivantes de un *status* familiar, y derechos reales; excluyendo tajantemente que la lesión de un derecho de crédito por parte de un tercero pueda hacer nacer una pretensión de indemnización. Procede luego a una individualización casuística, de alcance fundamentalmente práctico, de aquellos sujetos de que puede discutirse su titularidad de un derecho al resarcimiento: en especial señala aquellos casos en que una persona es titular *iure proprio* del derecho al resarcimiento por la muerte de otra persona, distinguiendo aquellas otras situaciones en que la legitimación se produce *iure successionis*. Niega que se encuentren en ninguno de ambos casos los afiliantes y afiliados, madrastra e hijastro, el acogido sin adopción, los que conviven *more uxorio*, el socio de hecho, la comunidad religiosa por la muerte de uno de sus miembros y el empresario por la del trabajador que tiene contratado.

En la parte cuarta (capítulos X a XII, páginas 273 a 441) dedica un capítulo al ejercicio de la pretensión, planteando problemas de índole procesal; así, el de la legitimación, la competen-

cia territorial, la carga de la prueba, la prescripción de la acción (que en el Derecho italiano es en general de cinco años y las relaciones entre el juicio penal y la acción civil. Mayor interés, si bien casi exclusivamente práctico, tiene el capítulo XI, en el que señala diversos criterios para la determinación del daño, primero cuando éste es de lesiones (disminución de la capacidad de trabajo, invalidez permanente, etc., con una referencia al daño en la vida de relación), cuando este es de muerte y cuando es no patrimonial; el Código italiano sólo admite el resarcimiento del daño no patrimonial en los casos expresamente señalados por la ley, entre los que destaca el supuesto en que el hecho ilícito tenga caracteres de delito. Por último, señala los criterios de evaluación de los daños sobre las cosas, con especial consideración del problema de la privación del uso del vehículo accidentado durante la reparación del mismo. En cuanto a la modalidad del resarcimiento, tema del capítulo XII, recoge la norma que permite al acreedor exigir la reparación de forma específica, salvo cuando ésta sea excesivamente onerosa, señalando que en la práctica es casi exclusivamente conocido el resarcimiento por equivalente. Por último, señala como momento de valoración del daño el de la producción del mismo, con referencia, entre otros, al problema de la revisión de la indemnización cuando, después de la sentencia condenatoria o de la transacción entre las partes, se advierten nuevos daños procedentes del mismo hecho ilícito, así como el de la devaluación de la moneda y su influencia en la fijación de la indemnización.

Termina con varios Apéndices con tablas para la constitución de rentas vitalicias, etc., un índice de autores y otro analítico de materias.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

RODOTÀ. Stefano: *Il problema della responsabilità civile*. Università di Roma-Facoltà di Giurisprudenza. Studi di Diritto civile, dirigidos por Rosario NICOLÒ y Francesco SANTORO-PASSARELLI, número 1. Milano, Giuffrè, 1964. 210 páginas.

Por el título parecería una obra del mismo corte que la que acabamos de comentar (Mario POGLIANI. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*). Pero si aquella era un prudente comentario exegético de los artículos 2.043 a 2.054 del Código civil italiano (paralelo al del artículo 612, 1.º, del Código español), que de una monografía apasionada (*cum ira et studio* lo que no significa en absoluto arbitrariedad en el pensamiento), de método e intención muy distintos. La responsabilidad civil es aquí problema; se hace el autor problema de la naturaleza de la misma y del método de su estudio y sistematización. En este planteamiento problemático del libro reside, a mi juicio, su máximo interés, cualquiera que sea en último término nuestra opinión sobre sus conclusiones.

El argumento principal es fácil de indicar en pocas palabras: el punto de vista con respecto a la responsabilidad civil ha de trasladarse desde la consideración del agente a la de la víctima o, mejor aún, al hecho dañoso: «El problema de la responsabilidad civil no consiste en el descubrimiento del verdadero autor del hecho dañoso, sino en la fijación de un criterio gracias al cual se pueda sustituir la atribución automática del daño por una jurídica» (página 74) «Como fundamento de la responsabilidad está un hecho jurídico, el hecho dañoso» (página 78). Ahora bien, los criterios para proceder a la imputación de tal hecho a un sujeto determinado son múltiples, y entre ellos el de la culpa no tiene hoy en el Derecho italiano una entidad tal que lo constituya en regla, sino que todos los criterios recogidos en el Código civil están en el mismo plano de igualdad y todos tienen las mismas posibilidades de expansión. Por último, el área de daño resarcible debe establecerse con referencia al concepto de situación jurídica relevante.

Ahora bien, no creo que esta apretada síntesis de las conclu-

siones principales haga justicia al interés de la obra. Por su índole y forma de exposición (actitud polémica, revisión de métodos, amplia elaboración discursiva de los temas, libremente desarrollados en capítulos de docenas de páginas sin apenas subdivisiones) resulta a la vez muy difícil y de escasa utilidad un resumen que pretenda dar cuenta de todos sus detalles. Por lo demás, las ricas sugerencias que en ella se contienen sólo pueden apreciarse con la lectura de la obra.

La originalidad de ésta se manifiesta, sobre todo, en el planteamiento y en el método de la investigación, que quiere presentar un nuevo punto de partida y una pases de sistematización de la materia en oposición a la mentalidad tradicional, aferrada al criterio de la culpa. «Verdaderamente no sabemos—dice en una ocasión—si toman más a pecho los derechos de la persona quienes, insistiendo en la defensa de los viejos esquemas, en realidad le abandonan a la mutación inestable de las disposiciones legales, o no mas bien los otros, preocupados de reconducir a una estructura mas general lo que puede parecer fruto de la ocasión o de la arbitrariedad» (página 83). No hay que decirlo, el autor toma partido decididamente por estos últimos.

Exige el autor una nueva actitud a quien se enfrente con talante crítico y constructivo con el problema de la responsabilidad civil. Actitud que ha de basarse en la toma en consideración de los verdaderos datos históricos o, mejor aún, en la asunción de una «conciencia histórica». Aunque no llega a utilizar la expresión «razón histórica», en más de un momento sus consideraciones sugieren las tesis gnoseológicas que en España mantuvo ORTEGA Y GASSET.

Se conduce siempre con talante crítico y desmitificador (hasta poder parecer a algunos iconoclasta) ante todas las manifestaciones de un dogmatismo abstracto y apriorista. Sirva como ejemplo su posición ante aquellas doctrinas que hacen del concepto de derecho subjetivo absoluto el criterio para la determinación del daño resarcible: «Cualquiera que sea, en efecto, el concepto de derecho subjetivo que se crea deber admitir, es cierto que hacer de él el momento central del sistema de la responsabilidad civil tiene el riesgo de llevar a una hipertrofia del concepto mismo, por la obvia necesidad de reconducir al derecho subjetivo absoluto

todas las nuevas situaciones a las cuales el Ordenamiento atribuye relevancia y respecto a las cuales se perfila la posibilidad de un daño injusto. Tal orientación, por lo demás, es, sin duda, discutible desde el punto de vista teórico, ya que el concepto de derecho subjetivo se desvanece en puro *nomen*, pudiendo, sin más, ser adoptado para designar situaciones totalmente distintas entre sí, unificables únicamente bajo un perfil extrínseco, cual es la común posibilidad de fundar una acción en el caso de daño injusto. Y el error metodológico se convierte en un inconveniente de carácter práctico desde el momento en que la indiscriminada ampliación de los derechos subjetivos absolutos, realizada *a posteriori* a través del momento de la protección contra los daños, hace desaparecer precisamente la utilidad de la referencia a la noción de derecho subjetivo absoluto, que consistía precisamente en circunscribir la operatividad de la disciplina de la responsabilidad civil únicamente a los casos en que ya se hubiese reconocido por el Ordenamiento un derecho subjetivo absoluto» (página 188). «En realidad, al hablar de derechos subjetivos absolutos se recurre a menudo a una expresión enfática para decir más simplemente que el área del resarcimiento debe limitarse a la lesión de los derechos reales y de la persona (o de aquellos derechos históricamente modelados sobre su esquema, como los derechos sobre los llamados bienes inmateriales)» (página 196). Esta conclusión le parece, con justicia inaceptable, y hace notar que incluso la jurisprudencia ha declarado protegidas situaciones que no pueden considerarse derechos absolutos en ningún sentido; todo ello le lleva a proponer, para determinar el área del daño resarcible, el criterio de «situación jurídica relevante», es decir, aquellas situaciones susceptibles de ser injustamente dañadas: esta susceptibilidad objetiva falta evidentemente en las situaciones jurídicas de desventaja (deber, obligación), así como en aquellos casos en que la situación jurídica se agota completamente en la esfera del titular del interés (por ejemplo, derecho potestativo); otras veces la relevancia de la situación se manifiesta hacia un sujeto determinado: en este último aspecto hace notar que hay casos en que una situación obligatoria se manifiesta no sólo como relación individualizada, sino como situación inserta en un contexto más amplio que justifica su relevancia hacia el exterior, como, por ejemplo, en las relaciones

que entran en el ámbito familiar y aquéllas referibles a la empresa; por último, la relevancia de la situación se manifiesta en otros casos de manera clara con referencia a una multiplicidad indeterminada de sujetos (en el derecho de propiedad, por ejemplo), situaciones que no han sido nunca discutidas en este aspecto.

Para terminar, hagamos una referencia a las amplísimas e interesantes notas a pie de página, utilizadas en este caso, no como es usual, para apoyar la opinión propia en la cita de un autor consagrado, sino para realizar en síntesis el contraste y crítica de las numerosas opiniones que, con su referencia bibliográfica, tienen cabida en cada nota.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

DE SEMO, Giorgio: *Elementi di Diritto privato. Compreso il Diritto della navigazione*. Manuale per gli Istituti Tecnici Commerciali. 2.^a edizione, aggiornata da Celso TABET e Giovannella TESTA MENDICI. Milano. Giuffrè Ed. 1966. (Rústica, IV + 648 págs.)

Esta obra, desenvuelta en 16 capítulos. constituye, como explica el propio autor, un compendio y, a la vez, una actualización de sus *Instituciones de Derecho privado* de 1955. Trata en ella de lograr un conjunto armónico, difícil tarea dada la diversidad de materiales legislativos que convergen en el tema; no se han evitado completamente los puntos críticos sobre doctrina y jurisprudencia, pero sí se han reducido, con el fin de ofrecer claramente las líneas maestras del Derecho privado.

La finalidad que con ella se busca es esencialmente práctica no sólo a efectos docentes, sino también como material de preparación para los aspirantes a puestos administrativos, que no tienen por qué estar totalmente inmersos en cuestiones técnico-jurídicas. Esta finalidad práctica queda aún más acentuada por la presencia de dos tipos de letra en el texto para destacar lo más sustancial.

Novedad importante de la obra la constituye el último capítulo, respecto a la primera edición de 1960. Dedicase al Derecho de la

navegación, y en él han participado los dos colaboradores arriba apuntados.

Distribúyense las materias en una parte general y una especial. Ocúpase la primera del concepto de Derecho en general y del Derecho objetivo en particular; de las fuentes del Derecho, interpretación de las normas jurídicas, eficacia de la ley en el tiempo y eficacia en el espacio (Derecho internacional privado); el derecho subjetivo; el sujeto de derecho y sus distintas clases; el objeto; los hechos y negocios jurídicos.

La parte especial estudia el Derecho de familia personal y patrimonial, las sucesiones y donaciones, los derechos reales; el trabajo y la empresa (con las cuestiones mercantiles e industriales y también agrarias); la tutela de los derechos (incluyendo la registral, jurisdiccional, etc.), y por último, la navegación marítima y aérea.

La actualidad e importancia de los temas resulta evidente. Y el prestigio que supone su tratamiento por tan notable maestro hace innecesario cualquier otro comentario acerca de la justeza del método y caracteres de la exposición.

Valencia, enero de 1967.

Pedro Antonio FERRER SANCHÍS
Profesor de la Facultad de Derecho de Valencia.

TORREGROSA, Giovanni: *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Università di Palermo. Pubblicazioni a cura della Facoltà di Giurisprudenza, núm. 14. Milano, Giuffrè, 1964. 212 páginas.

En la doctrina italiana algunos autores—entre los que hay nombres tan conocidos como los de RUBINO, DE CUPIS o ALESSI—vienen manteniendo la necesidad de construir una teoría general de la responsabilidad por actos lícitos, al lado de aquella tradicionalmente considerada como dependiente de acto ilícito, y esto tanto en el Derecho público como en el privado. En este último se presentan como ejemplos de esta categoría el acto dañoso producido en estado de necesidad y algunos otros supuestos, entre

los que parece relevante el del artículo 924 del Código civil italiano, apoyado en la interpretación jurisprudencial, tratase ésta permite al propietario de un enjambre de abejas perseguirlo sobre fundo ajeno, pero poniendo a su cargo el deber de indemnizar por el daño causado en el fundo, así como la hipótesis similar en el caso de animales domésticos en general.

En esta monografía, que bien podría titularse «de cómo en ningún caso puede admitirse una situación de responsabilidad por acto lícito», el autor examina estas y otras varias hipótesis que la doctrina a que nos hemos referido considera como demostrativas de la existencia de una obligación de resarcimiento de daños producidos por un acto lícito, para llegar inexorablemente a la negación de que las hipótesis propuestas deban interpretarse en el sentido pretendido.

No resulta demasiado grata una obra cuya intención es marcadamente negativa y su lectura muestra que es considerablemente más fácil atacar los puntos débiles de cualquier construcción doctrinal que lograr una interpretación de la norma tal que dé cuenta de nuevos aspectos que la realidad hace más acuciantes y alcance consecuencias más justas en la regulación de los intereses. Sin embargo, la obra que comentamos no es nada desdeñable. Su autor, Magistrado y Profesor Asistente en la Universidad de Palermo, que con anterioridad había ofrecido a la estampa algunos artículos sobre temas conexos con el de la responsabilidad extracontractual, tiene más que sobrados conocimientos teóricos y experiencia práctica para realizar una obra de buena técnica y segura argumentación. La seriedad de su crítica queda de manifiesto por la respetuosa atención que concede a las doctrinas que juzga equivocadas e inaceptables. Su sensibilidad para hacerse eco de toda aportación doctrinal sobre el tema puede observarse incluso en un pequeño detalle anecdótico: algunas afirmaciones de la obra de Stefano Rodotà que antes hemos comentado son criticadas por TORREGROSSA; observemos que ambas obras llevan la fecha de 1964.

El capítulo I (páginas 8 a 71) está dividido en dos secciones. En la primera, tras presentar de manera breve el objeto de su investigación, señalando las opiniones que va a criticar, presenta algunas consideraciones sobre la naturaleza del Ordenamiento

jurídico desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, a la que se mantiene metodológicamente fiel a lo largo de toda la obra. Hace referencia asimismo a problemas tales como el de la relación entre la violación de la norma y la violación de los intereses protegidos, así como al tema de la distinción de la responsabilidad contractual y la extracontractual, y la distinción entre responsabilidad civil y penal (considerando ambas nociones dentro del concepto de sanción en su sentido más amplio).

El tema desarrollado en la sección II es, sin duda, atractivo e importante: individualización del objeto de la tutela actuada con el resarcimiento. ¿Puede realizarse esta individualización mediante el principio *alterum non laedere* o cualquiera otra norma general de comportamiento, como la de diligencia, la corrección, la solidaridad social, etc.? Responde negativamente, haciendo notar que «las tentativas hasta ahora realizadas por la doctrina para demostrar la existencia de un principio general de cuya violación resultaría el carácter de ilícito de un comportamiento son infundadas» (página 41); por el contrario, «la antijuridicidad objetiva de un comportamiento se resuelve siempre en la lesión de un interés protegido». Ahora bien, ¿resultan protegidos con la imposición del resarcimiento por su lesión otros intereses que aquéllos reconocidos como derechos subjetivos, Responde igualmente de manera negativa, después de analizar los casos que la doctrina ha querido considerar como prueba de la existencia de un derecho al resarcimiento por la lesión de un interés no protegido como derecho subjetivo: en particular, la responsabilidad del notario por nulidad del acto que autoriza, cuando ésta le sea imputable; la responsabilidad, frente a otros particulares, por la inobservancia de las normas de urbanismo concernientes a las distancias entre edificios; la responsabilidad del perito que interviene en el juicio por los daños que cause a una de las partes, y la responsabilidad de los conservadores de hipotecas por la omisión de transcripciones e inscripciones, cancelaciones indebidas, etc. En todos estos casos cree que el acreedor al resarcimiento es titular de un verdadero derecho subjetivo, argumentando pura y simplemente sobre la base de que de otro modo no podría ser tampoco titular del resarcimiento. La argumentación me parece una pura petición de principio, por las razones que alega Rodotà y que antes he transcrito

en la reseña de su obra; de todas maneras, tampoco parece que las hipótesis consideradas puedan servir en último término de base a las tesis combatidas por TORREGROSSA.

El capítulo II (páginas 71 a 128) se titula «La responsabilidad por acto lícito en la doctrina del Derecho público», y por su objeto pertenece al Derecho administrativo. Quizá su aspecto más interesante sea el intento de considerar de una forma hasta cierto punto unitaria supuestos que generalmente son objeto de estudio especializado, unos por los civilistas, por estar contenidos en el Código civil; otros, por los administrativistas, ya que la Administración aparece en ellos como sujeto. Parece claro que, al menos ciertas categorías de una teoría general del Derecho, deben construirse sobre supuestos pertenecientes a todas las ramas en que el saber jurídico se diferencia, de forma que puedan resultar aplicables, siquiera con las limitaciones que resulten en cada campo particular, en todas ellas.

Niega en primer lugar que pueda hablarse de responsabilidad en todos aquellos supuestos en que la actuación legítima de la Administración comporta la conversión coactiva de los derechos de los particulares en una indemnización; el acto será en verdad lícito, pero no puede hablarse de responsabilidad. (En el pensamiento del autor, según parece, precisamente por tratarse de acto lícito: otra petición de principio.) Todo este capítulo está dominado por la consideración de un solo supuesto de gran importancia, según resulta, en la doctrina italiana: el artículo 46 de la Ley de 25 de mayo de 1865, número 2.359, según el cual: «Es debida una indemnización a los propietarios de los fundos que por la ejecución de la obra pública sean gravados por servidumbres o sufran un daño permanente derivado de la pérdida o de la disminución de un derecho.» Esta norma presenta numerosos problemas en la doctrina italiana, entre ellos el de su constitucionalidad, que, como es obvio, no tienen paralelo en la española. La situación legislativa española es excepcional por lo que se refiere a responsabilidad de Administración, a partir, como es notorio, de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, reafirmada y completada a este respecto por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En consecuencia, los intentos realizados en Italia

para lograr cierta claridad en el tema de la responsabilidad de la Administración Pública, siempre discutibles y discutidos en el propio país, carecen de interés directo de cara a la teoría y la «praxis» españolas, por lo que son innecesarias mayores precisiones sobre esta parte de la obra.

Mayor interés tiene para nosotros el capítulo III (páginas 128 a 201), centrado en la discusión de algunos supuestos de responsabilidad por acto lícito en el Derecho privado. Ya hemos avanzado que TORREGROSSA se muestra opuesto a la admisión de esta forma de responsabilidad en cualquier caso. Y así, en el muy relevante del daño producido en el estado de necesidad. Para el autor, la concepción del acto dañoso necesitado como acto lícito lleva a consecuencias absurdas. La concepción del acto necesitado como un supuesto de expropiación en interés privado es objeto asimismo de su crítica y, en definitiva, considera que estamos ante un supuesto de ilicitud en el que el Ordenamiento impone consecuencias limitadas en orden al resarcimiento del daño, en atención a circunstancias subjetivas de quien se encuentra en el estado de necesidad. La indemnización equitativa que el Código civil italiano pone a cargo de quien actúa por necesidad, en lugar del resarcimiento que correspondería en otro caso, no muestra que el daño sea lícito. En general, y resolviendo un problema discutido de terminología en el Código civil italiano, cuando el legislador utiliza el término indemnización no quiere indicar con ello que excluye la ilicitud del acto que la produce, sino únicamente que en aquellos supuestos no puede procederse al resarcimiento en forma específica. En el mismo sentido, se inclina por la ilicitud del enriquecimiento sin causa, así como la del daño producido por incapaz.

Consideración aparte merece el supuesto de revocación de la oferta de contrato: señala la naturaleza receptiva de dicha revocación en el Derecho italiano vigente, y tras algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual y la norma de la corrección en los tratos previos, concluye que en el supuesto de revocación hay una actuación ilícita y un derecho subjetivo lesionado: el derecho a la libertad de contraer.

Por último, resuelve del siguiente modo el problema a que nos referíamos al principio sobre la persecución del enjambre de abejas

y de los animales domésticos escapados sobre fundo ajeno. La actividad del propietario del enjambre o del animal, que consiste en penetrar en fundo ajeno y sacar del mismo el enjambre o animal propio, es lícita (lo que viene a significar que en la colisión del interés del propietario del fundo a no ser molestado con la entrada de otra persona ajena y el interés del propietario del animal a recuperarlo, el Ordenamiento se inclina a favor de este último, negando su protección al primero); ahora bien, son los daños ocasionados en el fundo ajeno con ocasión de esta actividad lícita los que producen la obligación de indemnizar; pero estos daños son ilícitos en cuanto que no vienen exigidos funcionalmente, para la realización de aquella actividad lícita.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

ZILLETTI, Ugo: *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*. Fondazione Guglielmo Castelli, núm. 29. Milano, Giuffrè, 1961. XVI-511 páginas

Es conocido el cambio de perspectiva y de métodos operado en el estudio del Derecho romano. Se considera que en el momento presente no es oportuna una actividad de reconstrucción lógico-formal tendente a dotar de unidad el variado material de las fuentes; por supuesto, tampoco se considera pertinente la mera exégesis de éstas. La finalidad de alcanzar un «sistema» puede ser legítima en aquellos estudios que se proponen, a través de la consideración de cualquier Derecho no vigente, la elaboración y perfeccionamiento de los instrumentos cognoscitivos de la actual teoría general del Derecho. Pero hoy la ciencia romanista vive en un nuevo clima intelectual y es movida ante todo por preocupaciones historicistas. Clima que se corresponde con un cambio de exigencias metodológicas.

A este género de investigaciones romanistas con rigurosa finalidad histórica viene a sumarse la obra de Ugo ZILLETTI, que en su aspecto sustancial pretende averiguar cómo se ha planteado históricamente el problema del error: error en su sentido más amplio,

referido a supuestos de hecho de cualquier tipo: declaraciones, supuestos de naturaleza penal, etc., es decir, esquemáticamente, error-vicio de la voluntad y error-presupuesto de un comportamiento cualquiera, de cuya presencia hace derivar el Ordenamiento consecuencias favorables o desfavorables para el agente. La elección de este sector de investigación viene justificada, según nos dice el autor, por su dirección metodológica, ya que la obra quiere ser considerada como un ensayo de valoración crítica del *Corpus Iuris* a través de la consideración específica de un tema característico, es decir, el del error. «Un tema perteneciente a la problemática de la elaboración de los elementos subjetivos del comportamiento jurídicamente relevante ofrece por sí mismo un ámbito ilimitado de experimentación a una investigación que se propone como objetivo esencial la averiguación de las tendencias que se manifiestan a lo largo de la historia del Derecho romano, en orden al sector elegido. En efecto, es opinión común y tradicional que precisamente en relación a los problemas de valoración del elemento subjetivo la dogmática bizantina había realizado una decisiva contribución de desarrollo, de clarificación y de alteración de los datos ofrecidos por la jurisprudencia clásica; del mismo modo ha dejado profunda y vital huella la polémica concerniente al desarrollo interno del Derecho clásico, precisamente a propósito de los elementos subjetivos.»

La intención precisa del autor consiste en individualizar las tendencias presentes en la Compilación (varias, y a menudo contradictorias, para una visión sin perjuicios dogmáticos), tratando de establecer cuál sea la aportación peculiar justinianeas sobre el tema del error.

Precisamente porque el interés del autor se dirige a la obra de los maestros justinianeos, es decir, al momento final de un largo desarrollo histórico, debe partir del momento inicial, el llamado Derecho clásico. Ahora bien, en el desarrollo del tema del error encuentra una prueba de la deficiente periodización de la historia del Derecho romano cuando se contraponen simplemente a una época clásica un período o desarrollo postclásico, entendiendo como vulgarización del Derecho y que incluiría también la obra justinianeas. Por el contrario, mantiene que debe considerarse con entidad propia el período postclásico prejustiniano (desde Dio-

cleciano a Justiniano), periodo en el que la elaboración legislativa y doctrinal del tema del error, tanto del error-presupuesto como del error-vicio del consentimiento negocial, se distingue netamente de las épocas anteriores o posteriores. Sólo así resultan comprensibles las contradicciones patentes en la Compilación, y resalta la originalidad de ésta especialmente en tema del error negocial. «Si se quiere recurrir a las contraposiciones generales, se debe decir que entre el Derecho de la edad comprendida entre Diocleciano y Justiniano, por una parte, y la Compilación justinianeas, por otra, la antítesis no es menos profunda que la existencia entre el Derecho clásico y las concepciones justinianeas.»

Con este planteamiento la estructura de la obra resulta clara y convincente. Tras una introducción en la que se indica la finalidad de la obra y el método de la misma, se dedican los capítulos I a III (páginas 11 a 215) al Derecho clásico. Los capítulos I y II llevan el mismo título: «Error y voluntad negocial en el Derecho clásico», y constituyen una sola unidad dividida únicamente por exigencias de agilidad expositiva. La jurisprudencia clásica no consideró el error como vicio de la voluntad manifestada; manteniendo una concepción unitaria del negocio jurídico (síntesis de voluntad y de declaración), se planteó el tema del error en términos de inteligibilidad del tenor del negocio mismo; en consecuencia, desde el punto de vista de la jurisprudencia clásica, el error es de por sí inidóneo para hacer inválido el negocio: la decisión de la validez o de la invalidez deriva de la aplicación de las reglas estructurales que regulan el supuesto de hecho; con la utilización de las reglas generales de hermeneútica negocial, y sin elaborar un *corpus* especial de reglas y de criterios de relevancia del error, alcanzó soluciones concretas plenamente satisfactorias, atendidas con notable flexibilidad al tipo de negocio concretamente considerado. Para llegar a estas conclusiones dedica el autor atención específica a los negocios formales, a los contratos consensuales, a los contratos reales, a la *traditio* y a los negocios *mortis causa*.

También por lo que respecta al error-presupuesto, la jurisprudencia clásica se movió al mismo tiempo con rigor y ductibilidad (capítulo III, «El error como presupuesto de calificación del comportamiento del Derecho clásico», páginas 163 a 213). La dicotomía

error iuris-error facti no fue propuesta con carácter general y axiomático, de manera que pudo alcanzarse una respuesta racional y al mismo tiempo equitativa ante todo supuesto de error.

En la época media entre Diocleciano y Justiniano, caracterizada por la pobreza técnica en la elaboración del Derecho y por la preponderancia de los intereses estatales centralistas, así como por la toma en consideración del valor de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, el *error iuris* aparece como irrelevante o, mejor, como antijurídico, ya que es considerado como error sobre la norma, que entonces no es otra cosa que la *lex* que emana del Emperador. En cuanto a la relación entre error y voluntad negociada, el error aparece inidóneo para fundar la impugnatividad del negocio, en razón de la concepción negativa de la voluntariedad (ausencia de coacción y de engaño). Sólo a particulares categorías de sujetos se les consiente entonces impugnar el negocio concluido por error: se trata en general de hipótesis que, aparte de estar expresamente previstas con límites bien precisos en vía legislativa, consideran siempre el error como ligado a un presupuesto de orden objetivo, naturalístico (menor de edad, sexo, etc.) que justifica su relevancia (capítulo IV: «El problema del error en las fuentes postclásicas», páginas 215 a 252).

Con el capítulo IV («El tratamiento del error en la sistemática de la Compilación», páginas 254 a 345) entramos en el Derecho justiniano. A través de un análisis orgánico del tratamiento del error en el Digesto y en el Código muestra la orientación general de la Compilación, sus innovaciones y su dependencia de las construcciones de tiempos anteriores, y en particular muestra las relaciones del título *de iuris et de facti ignorantia* (cap. 1, 18) con las tendencias de la época inmediatamente anterior respecto del error-presupuesto: en la Compilación se verifica la definitiva afirmación de la antítesis rigurosa *ignorantia iuris-ignorantia facti*; la regla de la antijuridicidad de la *ignorantia iuris* deriva de la naturaleza propia de la *lex* y, en definitiva, es un principio basado en la preeminente exigencia estatal.

En los capítulos VI y VII («El error como causa de invalidez del negocio en la Compilación», páginas 346 a 442, y «El error en el sistema de los vicios de la voluntad», páginas 443 a 494) pone de manifiesto la neta ruptura con todo el pasado que se realiza

en el plano de la patología del negocio. En coherencia con los nuevos puntos de vista negociales centrados sobre la voluntad, y por efecto de éstos, el error es considerado como vicio de la voluntad manifestada e idóneo para fundar la impugnación del negocio que esté afectado del mismo; es más, el error se coloca al lado de la violencia y del dolo, en una tripartición sistemática de los vicios de la voluntad. En este ámbito se asiste a una nueva interpretación, de orden técnico, de la exigencia de estabilidad de las relaciones, que ahora se expresa en la determinación de las categorías funcionales de error relevante. En estos capítulos realiza la historia e interpretación de aquellos principios que cristalizaron en los brocardos *errantis voluntas nulla est, falsa causa non nocet*, así como de las categorías de *error in nomine, error in corpore* y *error in substantia*.

En todo momento puede hacer notar el autor los contrastes, adaptaciones, condicionamientos debidos a la variedad de tendencias y la múltiple finalidad e intereses divergentes que en el intento legislativo confluían y que nunca llegaron a soldarse en una unidad. Las simplificadoras construcciones unitarias no son ya aceptables.

En definitiva, una obra notable en el campo de estudio del Derecho romano.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre de 1966.

La causalidad en la responsabilidad civil, por Alfonso de Cossio, páginas 527 a 554.

Estudio teórico-jurisprudencial sobre el tema. El autor apunta los criterios distintivos de los dos tipos de responsabilidad civil y penal y sus conexiones con la doctrina de la causalidad. Se extiende seguidamente en los conceptos de causa natural y causa jurídica: causa directa y causa remota; previsibilidad del daño y relación de causalidad. Analiza los diversos casos de responsabilidad dolosa, culposa y objetiva. Estudia finalmente los supuestos de concurrencia de causas y culpa del perjudicado, para terminar con una somera referencia al enriquecimiento indebido.

La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español, por Luis Díez-Picazo, págs. 555 a 573.

Estima el autor que el tema de la transmisión del dominio está, como tantos otros puntos del Derecho civil, tejido de lugares comunes y residuos históricos, y que bajo el

nombre genérico de «traditio» refundimos dos tipos de fenómenos traslativos que no tienen nada o casi nada en común: el traspaso posesorio o tradición genérica y los simples acuerdos traslativos.

El nombre de tradición debe reservarse para los casos en que la transmisión del dominio se opera mediante la creación de un signo exterior de reconocibilidad, que consiste en la toma de posesión por el adquirente. En cambio, los casos en que la transmisión ocurre sin necesidad de aquel traspaso de posesión deben ser comprendidos bajo la rúbrica de «acuerdos traslativos». Esta distinción mediatiza, a juicio del autor, cuestiones tan importantes como son el carácter abstracto o causal de la «traditio» y su naturaleza. El puro acuerdo traslativo reclama un tratamiento rigurosamente causal; la genuina «traditio» no es abstracta, si con ello quiere significarse que el transmitente sin causa sólo dispone de una acción pecuniaría de enriquecimiento, pero tampoco es causal, en el sentido de que la falta de causa mantenga el dominio en el tradente y le atribuya una acción real reivindicatoria. A pesar de la falta de causa, el dominio se transmite y el tradente dispone sólo de una «condictio restitutoria» de la cosa

o de su valor, según que ésta continúe o no en poder del adquirente. En cuanto a la segunda cuestión, estima que en los acuerdos traslativos hay un evidente negocio jurídico, pues se establece una reglamentación autónoma para una situación de intereses. La «traditio» genuina es un acto solutorio, un pago en sentido estricto carente de naturaleza negocial.

Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento, por Ramón López Vilas, págs. 575 a 615.

La doctrina tradicional, a la hora de distinguir legados y disposiciones testamentarias modales, esgrime una serie de criterios inaplicables a determinados supuestos concretos. La distinción dice el autor, resulta fácil cuando la carga modal beneficia al testador o a la propia persona a quien grava. No así cuando se constituye a favor de terceros. En estos casos límite, la solución ha de buscarse en la voluntad del testador y, vista la pobreza normativa del Código en orden a posibles instituciones modales, aplicando por analogía las disposiciones que dedica a los legados.

Estima admitida por nuestra legislación hipotecaria la trascendencia registral de estas cláusulas, cuya constatación deberá hacerse en el cuerpo del asiento de inscripción del derecho transmitido o constituido «submodo».

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Números 53-54, julio-diciembre de 1966.

El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto, por Federico de Castro y Bravo.

Texto de la conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de noviembre de 1966. (Ver resumen en el número 453 de esta misma Revista, páginas 83 a 86.)

El matrimonio civil en España después del Concilio Vaticano II, por Aurelio Díez Gómez, páginas 41 a 63.

Sintetiza el autor su opinión sobre el tema del siguiente modo:

Todo español debe celebrar su matrimonio en forma canónica, pero bastará la simple declaración de no profesar la Religión Católica para poder contraerlo en otra forma, indicando al encargado del Registro, además de la hora y lugar de celebración, el nombre y carácter del representante de la comunidad religiosa que haya de officiar.

El matrimonio civil debe quedar sólo para quienes declaren no profesar religión, profesen alguna distinta de la católica o no deseen revelarla.

Debe admitirse la revalidación religiosa del matrimonio civil y viceversa. El impedimento de ligamen

debe conservarse en todo tipo de matrimonio y el de celibato sólo en el religioso que lo reconozca como tal impedimento.

En las causas de nulidad y separación debe admitirse la competencia de las autoridades civil y religiosa, con ciertos condicionamientos recíprocos.

Sociedades de régimen particular, por Ramón Fraguas Massip, páginas 65 a 108.

Dentro del amplio panorama que ofrece nuestro ordenamiento en este campo, el autor se concreta a los supuestos que motivan más frecuentemente la intervención notarial: sociedades inmobiliarias y de promoción turística; industrias de interés preferente; concentración, asociación y unión de empresas

Crítica de un privilegio: el beneficio de separación, por Alfredo García-Bernardo Landeta, páginas 109 a 180.

Expuesta la disciplina del Código civil sobre el tema (cfr. nuestra reseña en el número 455 de esta Revista), concluida en esta segunda parte del trabajo con el examen del fraude de acreedores; ocupa ahora al autor el estudio de los preceptos hipotecarios relativos a anotaciones preventivas de legado y embargo de acreedores del difunto y del heredero y las conexiones procesales del problema. En su opinión, el beneficio de separación es, para la conciencia jurídica de hoy, un privi-

legio incompatible con la carga de la documentación pública que nuestro Código valora en su justo momento (aquel en que se contrae el crédito), repudiando así la moda francesa de las preferencias acogida por el Proyecto de 1851.

La tutela: principios y órganos, por Blas Piñar, págs 181 a 217.

El Código civil vigente incidió, al reglamentar la tutela, en defectos y omisiones que la doctrina viene denunciando reiteradamente. El autor apunta con criterio constructivo las posibilidades que ofrece la actual normativa legal de paliar unos y otras y las ideas matrices que, a su juicio, deben presidir una futura reforma.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1967.

La tradición como modo de adquirir la propiedad, por Pablo Beltrán de Heredia, págs. 103 a 116.

Comprende el examen de los antecedentes, elementos, naturaleza y función de esta figura jurídica. En orden a las dos últimas cuestiones, es de interés acotar que la función de la tradición consiste, según el autor, en traspasar la posesión (no la propiedad) de la cosa entregada, de modo que la intención de transmitir y adquirir va referida al señorío de hecho y no al dominio, y que su naturaleza es la de un

acto jurídico causal, pues a diferencia de los negocios abstractos en los que la sola forma o mera materialidad bastan aquí la transmisión del dominio sólo se produce cuando el hecho «incolore y equivoco», en que la tradición parece consistir, se legitima en una justa causa.

Antecedentes forales del Derecho agrario, por José Paz Ares, páginas 117 a 129.

El autor extrae del derecho vigente en las regiones forales los preceptos al servicio de fines agrarios, para poner de manifiesto el esfuerzo de aquéllas por lograr la persistencia y florecimiento de las explotaciones agrícolas familiares y destacar el papel primordial que a su juicio han de jugar las normas forales en el moderno Derecho agrario español.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 268-269, enero-febrero de 1967.

Analogías y diferencias entre la Administración Pública y la empresa privada en razón a sus fines, medios y procedimientos, por Camilo Dorla Martí, págs. 3 a 13.

Entre Administración y empresa privada existen importantes diferencias de medios y fines, pero ello no es obstáculo, a juicio del autor, para acomodar las estructuras de

una y otra. Autonomía, normalización e inspección han de ser las palancas que permitan situar en el mismo nivel de productividad a ambas.

REVISTA INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Número 64, primer semestre de 1966.

Junto a sus habituales secciones relativas a actividades de la Unión Internacional del Notariado Latino, informaciones de los países adheridos y notas bibliográficas, es novedad de este número la destinada a publicar grandes extractos o compendios de obras notariales modernas y antiguas que se inicia con el libro de Giménez Arnau «Derecho notarial español».

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre de 1966.

El proceso de defensa social y la protección de los derechos humanos, por Francisco Talón Martínez, págs. 903 a 947.

La autorización de derribo de finca urbana, por Jesús González Pérez, págs. 953 a 978.

El fenómeno de la escasez de viviendas dió origen a una legislación proteccionista del arrendatario urbano que por fuerza tenía que in-

cidir en una de las facultades normalmente integrantes del Derecho de propiedad: la de derribar el inmueble, supeditada en estos casos a rigurosas exigencias administrativas, entre las que destaca con prevalencia la autorización de derribo. El examen de la naturaleza de ésta, sus requisitos, procedimiento y efectos, es objeto del presente trabajo.

La distinción Estado-régimen político y la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo por J. A. González Casanova, págs. 979 a 1016.

TEMIS

Número 20, año 1966.

Servicio militar y objeción de conciencia, por Luis García Arias, páginas 11 a 44.

El papel de la condición de manos limpias de la persona lesionada en las reclamaciones ante los Tribunales internacionales, por Adolfo Miaja de la Muela, páginas 45 a 68.

La jurisdicción internacional del Tribunal de las comunidades europeas, por Jesús Agustín Pelli-cer Valero, págs. 69 a 92.

La cotización en la Seguridad Social, por Enrique Mut Remolá, páginas 93 a 106.

CUADERNOS DE LOS SERVICIOS JURIDICOS SINDICALES

Número 2, año 1966.

El sindicato como institución jurídico-positiva, por Jesús López Medel, págs. 85 a 144.

En su vigente estructura, el sindicato español es una institución jurídica a la que el Estado y la sociedad encomiendan la instrumentación intermediaria, integradora y comunitaria del mundo económico-social y del trabajo. Sin penetrar en este carácter institucionalista tradicional (fiel a la línea iniciada por Hauriou), difícilmente podrá comprenderse su esquema jurídico, insertado dentro de las organizaciones profesionales de Derecho público y, autónomo, en base a su legalidad. En el examen de la compleja normativa que forma el citado esquema, separa el autor dos etapas: anterior y posterior a 1965. En el primer grupo distingue normas creadoras o de organización; las de integración; las instrumentales, de carácter patrimonial y de procedimiento u orgánicas; las de garantías; de acción socio-económica y de participación pública. En el segundo separa las disposiciones estrictamente sindicales y aquellas otras más o menos relacionadas. Recoge, finalmente, sus reflexiones sobre las normas que en el futuro han de adecuar la Organización Sindical a las nuevas realidades socio-económicas y socio-políticas, sin desvirtuar sus principios básicos.

F. M. C.

