

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXIII

Marzo-Abril 1957

Núms. 346-347

Los derechos reales administrativos

SUMARIO

- I. *Introducción.*
- II. *Nociones generales.* A. *Concepto.* 1. Derecho subjetivo. 2. Derecho real. 3. Sobre el dominio público. B. *Naturaleza jurídica.* 1. Son derechos reales. 2. Son administrativos. C. *Clasificación.* 1. Derechos de goce: a) Derechos de uso. b) Derechos de disfrute. c) Derechos que implican consumo de la cosa. 2. Derechos de adquisición.
- III. *Elementos del derecho real administrativo.* A. *Sujetos.* 1. Sujeto activo. 2. Sujeto pasivo. B. *Objeto.* C. *Contenido.*
- IV. *Nacimiento, comercio jurídico y extinción.* A. *Nacimiento.* 1. La ley. 2. La concesión. 3. Prescripción. B. *Comercio jurídico.* C. *Extinción.* 1. Modos relativos al sujeto: a) Respecto del titular del derecho real administrativo; b) Respecto de la Administración: a') Por incumplimiento del concesionario; b') Por exigirle el interés público. 2. Modos relativos al objeto: a) Desaparición de la cosa. b) Desafectación. 3. Modos relativos al título de constitución.

I. INTRODUCCIÓN

1. En 1908, al enfrentarse HAURIU con un *arrêt* del Conseil d'Etat, el *arrêt* de 25 de mayo de 1906 («Ministerio de Comercio c/ Ferrocarriles de Orleáns»), registraba el giro que se había producido en la jurisprudencia del alto Cuerpo consultivo al configurar las facultades del concesionario sobre los bienes de dominio público. En aquel *arrêt* se hablaba claramente del derecho exclusivo de goce del concesionario sobre los bienes de dominio público. Y el Decano de Toulouse no vaciló en proclamar que estábamos en pre-

sencia de un auténtico derecho real, que existía toda una categoría de derechos reales administrativos (1).

Ya en 1900, un civilista, PLANIOL, al publicar la primera edición de su Tratado (2), agudamente había observado que existía un grupo de derechos especiales conferidos a los particulares por la Autoridad administrativa sobre el dominio público, a los que damos el nombre de concesiones, y que ofrecían la más grande analogía con los derechos reales. Y con anterioridad, dos de los grandes nombres de la ciencia del Derecho administrativo—OTTO MAYER y SANTI ROMANO—habían intuído la figura (3). Pero fué HAURIOU quien le da su formulación más precisa, y, poco después, la nueva categoría jurídica va a lograr la consagración definitiva en una célebre mono-

(1) En *Recueil Sirey*, 1908, III part., pág. 65, y en *La jurisprudence administrative*, París, 1929, III, págs. 270-281.

(2) «Il existe tout un groupe de droits spéciaux conférés aux particuliers par l'autorité administrative et portant sur le domaine public: nous leur donnerons le nom de concessions. Ces concessions offrent la plus grande analogie avec les droits réels...». PLANIOL, *Traité de droit civil*, 1.^a ed., 1900, n.º 2.078. La frase fué adoptada por RIGAUD como lema de *La théorie des droits réels administratifs*. París, 1914.

Posteriormente, dirá: «La jurisprudencia más reciente y la doctrina reducen el derecho del concesionario a un derecho real inmobiliario con afectación especial». Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés* (ed. española), La Habana, 1946, III, pág. 141. Donde cita las posiciones contradictorias de LE BALLE, *De la nature du droit du concessionnaire de sepulture*, París, 1924, y PELAT, *Des concessions de terrains ou des sépultures privées dans les cimetières public communaux*, Poitiers, 1825.

(3) OTTO MAYER hablará de que la concesión crea a favor del concesionario el derecho de ejercer una posesión exclusiva sobre la cosa pública, de que se «constituye un poder jurídico sobre la cosa», de que la concesión crea «un derecho subjetivo públicos». Cfr., *Derecho administrativo alemán*, ed. española, Buenos Aires, 1951, III, págs. 248, 253 y 254.

ROMANO, en *La teoría dei diritti pubblici subbiettivi*, en *Primo Trattato*, de ORLANDO, 1897, I, págs. 111-121, al referirse a los derechos públicos patrimoniales, dice: «MEYER, en la recensión a la obra de JELLINEK (*Archiv. f. off. R.*, IX, pág. 283), notaba que la propiedad pública, las servidumbres de Derecho público, las concesiones especiales de derecho de uso sobre la cosa pública... eran derechos públicos patrimoniales» (Cfr. página 211). Y después añade (págs. 218-220), entre los derechos públicos patrimoniales del ciudadano, los más notables son, sin duda alguna, aquellos que se poseen sobre las cosas, o mejor sobre el dominio público. Reconoce que su naturaleza es muy discutida. Por ejemplo, al hablar de los derechos que gozan los propietarios sobre una calle, unos creen que es servidumbre fácil; otros, que *sui generis* (v. gr., LONGO, en *Anuario crítico de Cogliolo*, VIII, 1896, I, págs. 10 y ss.); otros, que se trata de concesiones administrativas. «Pero aun cuando no ofrece duda que el título del derecho es una autorización o concesión, queda siempre por examinar si se trata de un derecho de propiedad, de un derecho de uso o de una servidumbre».

grafía: la «Teoría de los derechos reales administrativos», de RIGAUD (4).

A partir de este momento, una acalorada polémica va a surgir en la doctrina de los principales países del continente europeo sobre la nueva categoría de la ciencia jurídica, que trasciende a nuestros días. Y así como PEQUIGNOT (5), siguiendo la línea de HAURIOU, va a admitir la figura en Francia, como en Alemania la admiten FORSTHOFF (6) y KOELREUTER (7), y en Italia FORTI (8), ZANOBINI (9) y RANELLETTI (10), en contra levantarán sus voces autores como DUGUIT (11), BERTHELEMY (12), BONNARD (13) y LAUBADERE, que cerrará las páginas de su Manual, en su edición de 1955, proclamando que trasladar la figura del derecho real al campo del Derecho administrativo supone, más que una simple trasposición, una desnaturalización (14).

La doctrina española e hispanoamericana también se ha hecho eco de la polémica, y, al lado de los defensores de la figura, como ALCALÁ-ZAMORA (15), ALVAREZ GENDÍN (16) y VILLAR PALASI (17),

(4) Cfr. nota 2. Poco antes había aparecido en Italia una sugestiva monografía de DANTE MAJORANA con el siguiente título: *La teoria dei diritti pubblici reali*, Catania, 1910.

(5) *Theorie generale du contrat administratif*, París, 1945, pág. 551. En análogo sentido, citando los antecedentes de LAUREN (*Principes du Droit civil*, T. VIII, pág. 118), PARDESSUS (*Traité des servitudes*, I, número 42) y COTELLE (*Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*), DIRUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives* (tesis), Montpellier, 1942, págs. 59 y ss. Vid., también PELLOUX, *Le probleme du domaine public*, París, 1932, págs. 311 y ss.; TROTABAS, *Manuel de Droit public et administratif*, París, 1953, págs. 144 y ss.

(6) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 2.ª ed., Munich y Berlín, 1951, I., págs. 282 y ss.

(7) Cit. por VILLAR PALASI, en *Concesiones administrativas*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, Barcelona, 1952, IV, pág. 702, en nota 57.

(8) *Diritto amministrativo*, Nápoles, 1947, II, pág. 137.

(9) *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Milán, 1948, IV, pág. 27.

(10) En *Faculté create della autorizzazioni e della concessioni amministrative*, «Riv. Italiana per la Scienza Giuridiche», 1897, pág. 251, ya se había referido al problema, insistiendo en otros trabajos posteriores. En el mismo sentido, GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 328 y ss., y bibliografía allí cit.

(11) *Droit constitutionnel*, T. III., pág. 357.

(12) *Traité elementaire de Droit administratif*, 10.ª ed., pág. 714.

(13) *Précis elementaire de Droit administratif*, 3.ª ed., pág. 732.

(14) *Manuel de Droit administratif*, 4.ª ed., París, 1955, pág. 316.

(15) *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918.

(16) *El dominio público. Su fundamento y naturaleza jurídica*, en «Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín», Madrid, 1952, págs. 297 y ss., y en *El dominio público*, Barcelona, 1956, págs. 53 y ss.

(17) En *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Administración Pública», núm. 1, pág. 109, y en *Concesiones administra-*

entre los españoles, y VILLEGAS BASALVIBASO (18), SARRIÁ (19), SPOTA (20), Díez (21) y MARIENHOFF (22), entre los americanos, es posible encontrar detractores, como FERNÁNDEZ DE VELASCO (23), GABINO FRAGA (24) y CHIGLIANI (25).

En esta situación, nuestra primera tarea será examinar la posible admisión de la figura en el Derecho administrativo.

2. Por lo pronto, existe una objeción rechazable *a limine*, Aquella que, por un prurito de autonomía científica, mira con recelo todo concepto elaborado en el seno del Derecho privado. Pues una cosa es la esclavitud a los conceptos de Derecho privado y otra muy distinta que si, al enfrentarnos con la realidad jurídica administrativa, nos encontramos con instituciones que encajan en conceptos elaborados antes por otra disciplina jurídica, utilicemos tales conceptos. Claro está que no será posible, sin más, trasplantar el concepto de una a otra esfera. Porque la realidad jurídico-administrativa ofrecerá peculiaridades acusadas que impondrán unas características determinadas a la figura. Por eso, cuando GARCÍA DE ENTERRÍA se enfrenta con el insistente ataque de los que niegan al llamado contrato administrativo su carácter contractual, aun reconociendo que el contrato administrativo no responde a los cánones clásicos de la figura, tal y como fué elaborada por el Derecho civil, concluye que la cuestión que debe analizarse no es otra que la siguiente: «si las

tivas, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Barcelona, 1952, IV, págs. 702 y ss.

En análogo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la ocupación en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, pág. 146., y GAY DE MONTILLA, *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, 2.^a ed., Barcelona, 1949, págs. 268 y ss.

(18) *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1952, IV, págs. 248 y ss.

(19) *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, Córdoba, 1943, páginas 33 y ss.

(20) *Tratado de Derecho de aguas*, Buenos Aires, 1941, núms. 1.156 y ss.

(21) *Dominio público*, Buenos Aires, 1940, págs. 417 y ss.

(22) *Dominio público (protección jurídica del usuario)*, Buenos Aires, 1955, págs. 123 y ss.

También admite la figura CAETANO en *Manual de Direito administrativo*, Coimbra, 1951, pág. 189, y en *Tratado de Derecho administrativo* (traducción de López Robó), Santiago de Compostela, 1946, pág. 222.

(23) *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas*, Madrid, 1935, págs. 228 y ss.

(24) *Derecho administrativo*, 5.^a ed., México, 1952, págs. 511 y ss., si bien lo único que hace es seguir la legislación mejicana, en la cual la Ley de Bienes Nacionales (art. 12) declara que «las concesiones sobre los bienes de dominio público no crean derechos reales».

(25) CHIGLIANI, *En torno a las concesiones de ocupación de bienes de dominio público*, en «La Ley», 29 de julio de 1945.

reglas particulares aplicables a los contratos administrativos son reglas comprensibles perfectamente en el seno del contrato o no» (26).

Análoga postura hay que adoptar cuando nos enfrentamos con el derecho real administrativo. Y esto lo reconocen incluso algunos de los que se mueven en la línea crítica. Concretamente, FERNÁNDEZ DE VELASCO, después de reseñar el reparo formulado por la doctrina, consistente en que, inventada la categoría de los derechos reales para aplicarla al régimen de propiedad privada, del cual es un elemento, se desvirtúa y pierde carácter al acomodarla a la propiedad pública, concluye que estos reparos no son convincentes, «porque surge la doctrina por analogía con la correspondiente del Derecho civil, y, naturalmente, siendo distintos los supuestos, han de ser distintas las consecuencias, aunque paralelas y análogas», y «no hay razón para que solamente puedan admitirse como derechos reales los de origen civil, pues, en último término, no tienen a su favor más que un motivo de precedencia histórica» (27).

Es necesario, por tanto, enfrentarnos con la realidad jurídico-administrativa y ver si en ella cabe encontrar la figura del derecho real. Claro está que es necesario tener un concepto claro de que sea el derecho real. Pero no se trata—como afirma RIGAUD—de partir de un concepto apriorístico y encerrar la realidad en esquemas abstractos, sino de observar atentamente la propia realidad, tal y como se nos presenta, tal y como se manifiesta en las propias decisiones jurisprudenciales, en los esfuerzos constantes hechos por la misma para reglamentar las situaciones que pretenden explicar (28).

Pues bien, ¿qué es el derecho real? La noción del derecho real, no propia del Derecho romano, pero ya acogida, a través del Derecho canónico, en el Derecho común, se puede considerar fundamental en la ciencia jurídica moderna (29). Pero como consecuencia del ataque de la tesis obligacionista, el concepto tradicional de poder inmediato sobre la cosa fué puesto en tela de juicio. Sin embargo, es necesario reconocer el valor de la vieja concepción. Porque el deber de exclusión general predicado por la tesis obligacionista como ca-

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, «Revista de Administración Pública», núm. 10, pág. 271.

(27) *Naturaleza jurídica de cementerios*, cit., pág. 234.

(28) *La théorie des droits réels administratifs*, cit., pág. 5.

(29) MANDRIOLI, *Diritti reali*, en «Nuovo Digesto», IV, pág. 879.

racterística de los derechos reales frente a los de obligación, no es peculiar de los derechos reales, sino que es el efecto normal producido por la creación de cualquier relación jurídica. Porque los derechos reales suponen algo más: el reconocimiento de un poder inmediato sobre un objeto, que, por ello, queda jurídicamente vinculado al sujeto (30). Como dice DE BUEN, «la objeción de que no cabe una relación jurídica directa de una persona sobre una cosa descansa en el error de confundir el papel del objeto con el del sujeto. Ciertamente que una cosa no entra, por definición, en relación jurídica; no se obliga, pero ningún obstáculo fundamental existe para que la relación entre una persona y una cosa sea una relación de Derecho» (31).

Esto supuesto, ¿cabe encontrar en las relaciones en que es parte la Administración pública, derechos atribuidos a un sujeto sobre una cosa? La respuesta afirmativa se impone. Basta asomarse a nuestra legislación para convencerse de la existencia de auténticos derechos reales, de que es titular la Administración pública o de que son titulares los administrados. Ahora bien, gran parte de estos derechos reales son verdaderos derechos reales privados. No existen diferencias apreciables entre los mismos y los que están sometidos al régimen jurídico privado. Así como la Administración pública ostenta derechos de propiedad privada sobre las cosas, también ostenta derechos reales limitados sobre las cosas de los particulares. Pensemos en los derechos reales de garantía—hipotecas legales—en favor de la Hacienda pública (32), en los derechos de tanteo o retracto que se reconocen a la Administración pública en defensa del Patrimonio artístico o de la riqueza forestal (33), en buen número de servidumbres a favor de la Administración, idénticas a las que

(30) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, pág. 659.

(31) *Derecho civil común*, 3.ª ed., 1935, págs. 138 y ss.

(32) Como existen hipotecas legales de que son titulares sujetos privados. Cfr. ROCA, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, IV, págs. 641 y ss.

(33) Respecto del derecho de tanteo reconocido en defensa del patrimonio artístico, vid. ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, II, pág. 537. Respecto del derecho de tanteo en defensa de la riqueza forestal, vid., por ejemplo, art. 17, Ley de 10 de marzo de 1941, y arts. 63 y ss. del Reglamento de 30 de mayo de 1941.

Se ha discutido el carácter de estos derechos. En este sentido, por ejemplo, CHACÓN, *Retratos administrativos*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. V, 1950, págs. 173 y ss., el cual considera que tales «retratos» no son sino meros modos de expropiar. Pero como he señalado en otra ocasión («Revista de Administración Pública», núm. 4, páginas 355 y ss.), son claras las diferencias existentes entre una y otra institución.

dos a un régimen especial y que respeten la afectación del dominio público.

En nuestra jurisprudencia reciente existe una interesante Sentencia (de la que fué ponente ALVAREZ GENDÍN), la de 27 de febrero de 1956, en que se afirma que «cuando, según el artículo 44 de la Ley de Puertos de 1880, 41 del Decreto-ley de 19 de enero de 1928, se otorgan autorizaciones para construir en los puertos, sea con destino al servicio peculiar o público, muebles, embarcaciones, astilleros, diques flotantes, varaderos y demás obras análogas, lo son siempre con el carácter de complementarias o auxiliares de las que existan para el servicio de un puerto, sin que suponga nunca enajenación de dominio público o conversión de éste en dominio privado, por ser inalienable el dominio público en tanto estén destinados al uso general, y si dejase de estarlo, pasan a la propiedad del Estado (art. 341, Código civil), por lo que la autorización... tiene carácter de concesión administrativa de dominio público».

Esta distinción entre comercio jurídico privado y comercio jurídico público es fundamental para comprender e interpretar la contradictoria doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado sobre la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, como consecuencia del contrato de la Compañía Telefónica Nacional de España, bien estudiada en un logrado trabajo sobre el tema publicado en los «Estudios en honor del maestro García Oviedo» (41). Cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, está pensando en las servidumbres de Derecho privado, está pensando en que las servidumbres que se reconocen a favor de la Compañía Telefónica sobre el dominio público son de igual naturaleza que las que se crean sobre la propiedad privada (42). Por eso es rechazable. Porque el dominio público—como reconoce el Consejo de Estado en sus dictámenes—sólo es susceptible de tráfico jurídico público, sólo son

(41) MARTÍNEZ USEROS, *Improcedencia de servidumbres sobre el dominio público*, «Estudios dedicados al maestro García Oviedo», Sevilla, 1954, I, págs. 137 y ss.

(42) Cfr. las Sents. de 20 enero y 30 abril 1945, 25 febrero y 23 abril de 1946, 4 diciembre 1947 y 3 marzo 1948 (cits. por M. USEROS), donde se aplican los preceptos del Código civil relativos a servidumbres legales.

posibles derechos basados en títulos administrativos como es la concesión (43).

b) Los contradictores de la figura lo han hecho desde otra perspectiva. Aun admitiendo que los bienes de dominio público sean susceptibles de derechos a favor de los particulares, han negado que estos derechos puedan ser configurados como auténticos derechos reales. Porque si es característica esencial de los derechos reales su eficacia *erga omnes*, esta característica esencial quiebra en los llamados «derechos reales administrativos». Los derechos reales administrativos, los derechos del concesionario sobre los bienes de dominio público, son ejercitables frente a todos menos frente a la Administración pública concedente. Porque los concesionarios del dominio público no tienen sobre la dependencia concedida más que un *derecho de posesión precario y revocable* (44). Pero a estas ideas se ha opuesto:

a') En primer lugar, la nueva dirección observada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual—como ya afirmaba HAURIU—el concesionario del dominio público es titular de un derecho ejercitable frente a todos, incluso frente a la Administración concedente, *salvo en la línea de precariedad*; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades (45).

b') Pero se ha llegado a más. Se ha llegado a afirmar que no es posible invocar la precariedad para rechazar el carácter real,

(43) En dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1948 (aceptado en la Orden ministerial de 29 del mismo mes y año), se afirmó que «las pretendidas servidumbres de que habla el contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España sólo son efectivas servidumbres cuando recaen sobre predios de dominio privado y revisten plenamente la naturaleza de concesiones administrativas de dominio público cuando recaen sobre éste» (cit. por M. USEROS).

Esta correcta doctrina es la que se recoge en el Decreto de 10 de octubre de 1952, que «recoge el viejo e inconcuso principio de la in comerciabilidad jusprivativista de los bienes de dominio público; es decir, la inaptitud para ser objeto de actos y negocios jurídicos de Derecho privado». M. USEROS, «Imprudencia de servidumbres», cit., pág. 137.

(44) Una referencia a esta doctrina, con arreglo a la primitiva doctrina del Conseil d'Etat, puede encontrarse en cualquiera de las obras generales de Derecho administrativo francés, así como la rectificación de la jurisprudencia posterior. Cfr., por ejemplo, WALINE, *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 4.ª ed., París, 1946, págs. 453 y ss., y JANSSE, *Statut du domaine public et domaine privé*. «Juris-classeur-Administratif», fasc. 405, págs. 21 y ss.

(45) HAURIU, *La jurisprudence administrative*, cit., III, pág. 280.

puesto que el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público (46). Y hasta a negar la precariedad misma. No es exacto—se ha dicho—que el derecho real administrativo sea «precario», ni aún respecto del Estado concedente. Las razones que algunos juristas, como HAURIOU, invocan para sostener tal precariedad, consistentes en la naturaleza temporal revocable o rescatable que ellos le atribuyen a tales derechos, es equivocada e inaceptable. «Pues aun para dichos juristas, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo incluso a la Administración concedente. Si se desconociere la posibilidad de que el concesionario promueva acciones posesorias contra el concedente, el derecho de aquél quedaría prácticamente sin sentido, ya que resultaría privado de uno de sus efectos principales». «No es exacto que el derecho real administrativo sea diferente del derecho real civil, en que aquél sea precario y en que éste no lo sea. Lo que tiene de particular el derecho real administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél hállese disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de dominio público, esencialmente de Derecho administrativo, de características distintas al de Derecho privado. Los principios del Derecho administrativo regulan todo lo relacionado con el derecho real administrativo» (47).

Esto supuesto, podemos llegar a la conclusión de que es posible encontrar derechos reales administrativos, derechos sobre bienes de dominio público, que en ningún caso suponen la adquisición del mismo, sino simplemente su explotación con fines concretos, mientras la Administración no lo precise (Sent. 17 junio 1950), como así ha sido configurado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (48) y buena parte de nuestra doctrina (49).

4. No es nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de la

(46) DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 67 y ss.

(47) MARIENHOFF, *Dominio público*, cit., págs. 130 y ss.

(48) Cfr. VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, cit., pág. 702 y Sents. que allí se citan.

(49) Y en la doctrina hispanoamericana, como H. G. LOZANO, *Concesiones administrativas* (tesis), Bogotá, 1951, págs. 71 y ss., donde dice que «el derecho del concesionario sobre los bienes objeto de la concesión no es un derecho de propiedad».

Nuestra jurisprudencia ha empleado expresiones diversas, como la de cesión de usufructo (Sents. 9 diciembre 1925 y 8 julio 1931), cesión de dominio útil con reserva del dominio eminente (Sent. 6 diciembre 1911).

figura, sino ofrecer las líneas generales de lo que podría ser una teoría general del derecho real administrativo, en la que, después de ofrecer una definición e intento de clasificación de sus distintos tipos, se hace un resumen de los problemas generales que su estudio ofrece, tanto desde un punto de vista estático, esto es, sus elementos—sujetos, objeto y contenido—, como desde un punto de vista dinámico—nacimiento, comercio jurídico y extinción—.

II. NOCIONES GENERALES

A. Concepto.

Los derechos reales administrativos, o al menos los derechos reales administrativos que aquí interesan, son los *derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público*. El análisis del concepto nos permitirá precisar los supuestos de la realidad jurídico-administrativa que así pueden ser considerados. Para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den los tres elementos que integran la definición, a saber: primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real, y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público.

1. *Derecho subjetivo*. No es necesario insistir acerca de la imprecisión que rodea el concepto de derecho subjetivo en general, y concretamente cuando se refiere al Derecho público, confusión a la que han contribuido no poco su valor político y su valor técnico (50). Baste señalar como introducción que para nosotros es un concepto fundamental de la ciencia del Derecho, del que no puede prescindirse.

El derecho subjetivo es—en acertada definición de CASTRO—un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad. Su esencia se manifiesta en el doble valor de la titularidad: como poder sobre una situación jurídica (facultad de disposición) y por ser lí-

(50) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 638-639; y en el campo del Derecho administrativo, GARRIDO, *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, «Estudios dedicados al Profesor García Oviedo», Sevilla, 1954, I, pág. 177.

ritos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito) (51). Por tanto, no existe derecho subjetivo cuando el Ordenamiento jurídico no confía esa situación de poder concreto, sino que se limita a una reglamentación de la realidad que puede producir un efecto reflejo, en ventaja o beneficio de determinadas personas, que adquieren la condición de *interesados*.

Con esta base resulta fácil la exclusión del campo de los derechos reales administrativos de una serie de supuestos que la doctrina y la legislación administrativa engloban bajo la rúbrica de uso común de los bienes de dominio público. Es cierto que, también en estos casos, se ha hablado de un derecho a favor de los particulares, bien de un derecho de uso—como PROUDHON—, bien de un derecho de copropiedad—como MEUCCI—, bien de un derecho de servidumbre personal—como REDENTI—, bien como una manifestación de los derechos cívicos, concretamente, una manifestación de la libertad del ciudadano, que le faculta para desenvolverse dentro de la esfera de actividad que el Derecho le reconoce (52). Pero, como afirma ZANOBINI, la expresión «derechos cívicos» sólo es usada en sentido propio en aquellos casos en que, establecida una condición y cumplida por el particular, tiene éste un verdadero derecho a la prestación de un servicio, lo que no ocurre en el uso común de los bienes de dominio público. El interés cívico al uso de los bienes de dominio público tiene carácter de interés colectivo: es reconocido por igual a todos, como un bien de la generalidad, sin individualizarse en ningún sujeto determinado. Los particulares, como partícipes del interés colectivo, no tienen ningún medio para su actuación: no se trata, por tanto, de un interés ocasionalmente protegido, salvo en el caso de que una determinada persona añadida al interés que puede tener como partícipe de la colectividad otro interés personal y directo (53). A la misma conclusión cabe llegar en nuestro

(51) *Derecho civil de España*, cit., pág. 640.

(52) Un resumen de las distintas posiciones, en ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milán, 1953, págs. 398 y ss.; JEZE, *Nature juridique du pouvoir des individus sur les dépendances du domaine public*, «Revue de Droit public et de la Science politique», 1910, págs. 700 y ss.; SALEMI, *Natura giuridica dell'uso comune dei beni demaniali*, «Studii Sassasi», 1923; TROTABAS, *Des utilisations du domaine public par les particuliers*, 1924. Entre nosotros, GARCÍA OVIEDO, *Derecho administrativo*, 5.^a ed. (por M. USEROS), Madrid, 1955, I, págs. 356 y ss.

(53) *Corso di diritto amministrativo*, cit., IV, pág. 26. En análogo sentido, JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subietivi* (trad. italiana), 1912, pág. 84.

Derecho positivo, a la luz del art. 59, núm. 1.º, apartado a), del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, al definir el uso común general como «el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados... cuando no concurren circunstancias singulares».

No es tan fácil, sin embargo, la solución, cuando se trata de uso común especial, es decir, cuando concurriendo circunstancias singulares, «por la peligrosidad, intensidad del uso o cualesquiera otra semejante» (art. 59, 1.º, b), Reglamento de Bienes, cit.), el particular necesite un permiso o licencia para utilizar el bien de dominio público (art. 61, Reglamento de Bienes) (54). En estos casos, el permiso o licencia corresponde al concepto técnico de autorización, esto es, se trata de un acto administrativo que remueve un límite al ejercicio de una actividad por sí misma comprendida en la esfera jurídica individual. Para cierto sector doctrinal, otorgada la autorización, cabe hablar de un derecho a favor del particular a usar la cosa de dominio público, si bien de un derecho *affievolito* (en terminología italiana) (55). Pero, aun cuando pudiera hablarse de un derecho subjetivo—y existen argumentos de gran fuerza en contra (56)—, en modo alguno cabría hablar de un auténtico derecho real. Como afirma la doctrina francesa—al referirse a las *permissions de stationnement sur la voie public*—, el ocupante del dominio público no adquiere, en estos casos, un derecho real sobre el

(54) Según el párrafo 1.º de dicho artículo, «El uso especial normal de los bienes de dominio público podrá sujetarse a licencia, ajustada a la naturaleza del dominio, a los actos de su afectación y apertura, al uso público y a los preceptos de carácter general». Por el contrario, están sujetos a concesión administrativa—según el art. 62—, «el uso privativo de bienes de dominio público y el uso anormal de los mismos».

(55) ALESSI, *Sistema istituzionale*, cit., pág. 403. ZANOBINI, en *Corso*, cit., IV, pág. 27, dice: «Cuando el uso especial se basa en el cumplimiento de una condición, como el pago de una tasa, el particular tiene un verdadero derecho; cuando se funda en una autorización, que es acto por sí discrecional, tiene sólo un interés legítimo».

(56) Pues, como el mismo ZANOBINI reconoce (cfr. *Corso*, cit., IV, página 27), «el uso especial participa de la misma naturaleza que el uso común». Y entre nosotros, ALVAREZ GENDÍN, en *El dominio público*, cit., páginas 59 y ss., afirma: «el permisionario adquiere por el permiso el derecho a no encontrar obstáculos de parte de la Policía, que le impida el ejercicio de la actividad a que el permiso se refiere. Ahora bien, el ejercicio de esa actividad puede tener como medio la utilización del dominio público, produciéndose entonces una situación de *puro hecho*, constitutiva de un uso exclusivo o de un uso más intensificado que el ejercicio por la generalidad de los usuarios».

dominio público; no goza de las acciones posesorias que suponen el derecho real; no conciernen, en principio, más que a la policía de la circulación (57). De aquí que, si no por estimar que estamos en presencia de un derecho subjetivo, al menos por considerar que el derecho no sería en ningún caso de naturaleza real, habrá que excluir tales supuestos del campo de los derechos reales administrativos (58).

2. *Derecho real.* Los derechos reales administrativos no sólo son derechos subjetivos; son derechos reales, esto es, recaen sobre cosas. Esta segunda característica nos permitirá excluir del concepto aquellos casos en que, existiendo un derecho subjetivo, su titular no ostenta un poder concreto sobre la cosa, sino un derecho frente a la Administración pública, en virtud del cual ésta viene obligada a realizar alguna prestación o a abstenerse de llevar a cabo ciertas actividades en perjuicio de aquella situación jurídica reconocida a favor del particular.

Por lo general, es fácil la delimitación de unos y otros supuestos. Pero, como siempre que nos enfrentamos con una clasificación, no deja de haber casos límites respecto de los que surge la dificultad. Tal es el caso de los supuestos de «uso común especial», a los que me he referido.

3. *Sobre un bien de dominio público.* Por último, señalamos que son derechos reales, cuyo objeto es siempre un bien de dominio público. Es indudable que todos los derechos reales que recaigan

(57) RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, cit., págs. 85 y siguientes.

(58) La naturaleza jurídica ha sido discutida. Para algunos, el permiso da lugar a un derecho subjetivo (v. gr., LINARES, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, 1946, pág. 119), llegando a afirmarse que da lugar a un verdadero derecho real administrativo (v. gr., SPOTA, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. IV, 5.º, Buenos Aires, 1953, pág. 652, y JANSSE, *Les traits principaux des régime des biens du domaine public*, París, 1938, número 318). Pero la tendencia dominante es la que entiende que el permiso no crea derecho subjetivo alguno. Cfr. VILLEGAS BASALVILBASO, *Derecho administrativo*, IV, Buenos Aires, 1952, pág. 218, y MARIENHOFF, *Domínio público*, cit., pág. 95 y ss.

En la doctrina francesa suelen distinguirse dos tipos fundamentales: el primero (que es el que coincide exactamente con el permiso de que se habla en el texto), es el *permis de stationnement temporaire ou de depot ou de placage*. El segundo, la *permission de voirie*, comprende supuestos muy distintos, algunos de los cuales vienen a suponer auténticas concesiones, y, en consecuencia, la creación de derechos. Cfr. HAURIU, *Précis élémentaire de Droit administratif*, París, 1925, págs. 325 y ss.

sobre dominio público han de ser administrativos, pues los derechos reales civiles son incompatibles con el dominio público. Ahora bien, ¿únicamente existen derechos reales administrativos sobre el dominio público? ¿No es posible concebir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada? Si a favor de los particulares se reconoce la existencia de derechos reales administrativos sobre el dominio público, ¿por qué no van a existir derechos reales administrativos sobre bienes de propiedad privada?

Es indiscutible que, a favor de las Entidades públicas, se reconocen derechos reales sobre bienes de propiedad privada; existen derechos de goce—v. gr., servidumbres—, derechos de garantía—v. gr., hipotecas legales a favor de la Hacienda pública—, derechos de adquisición—v. gr., tanteos y retractos legales—. Ahora bien, el problema está en si en estos casos se da realmente el régimen exorbitante del Derecho común característico de los derechos reales administrativos o si, por el contrario, estamos en presencia, lisa y llanamente, de derechos reales privados. En mi opinión, al menos en la mayoría de los casos, tales derechos son derechos privados; no existe régimen especial administrativo; la hipoteca legal, por ejemplo, creada a favor del Estado, no ofrece en su régimen jurídico diferencias esenciales respecto de otras hipotecas legales.

Sin embargo, existe un grupo de derechos reales a favor de la Administración pública que ofrece ciertas especialidades. Son aquellos que se establecen en razón del dominio público, cuando el dominio público aparece en escena como predio dominante en una servidumbre real. Porque resulta indudable que si el dominio público puede aparecer como predio sirviente en una servidumbre de naturaleza administrativa, también puede ser predio dominante (59). Lo pone de manifiesto, en nuestro Derecho, el art. 109 de la Ley de Obras Públicas, al decir: «También se necesita autorización para la ejecución o explotación de una obra que altere servidumbres establecidas sobre propiedad privada en beneficio del dominio público».

(59) DIRUDE, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 31-37.

B. *Naturaleza jurídica.*

La naturaleza jurídica de los derechos reales administrativos viene dada por las dos notas fundamentales que integran el concepto: son derechos reales, pero no privados; son derechos reales *administrativos*. Una y otra característica comportan importantes consecuencias en su régimen jurídico.

1. *Son derechos reales.* Al ser derechos reales participan, en principio, de las características propias de esta figura jurídica; recaen sobre la cosa, su titular puede hacer uso de los medios de protección jurídica inherentes a los derechos reales, su eficacia se despliega *erga omnes*, etc.

2. *Son administrativos.* Ahora bien, no se trata de los derechos tradicionales del Derecho privado. Se trata de una figura propia del Derecho administrativo. El hecho de que recaigan sobre un bien de dominio público implica su sometimiento al régimen jurídico especial propio del dominio público, que no es más que una manifestación especial del régimen administrativo. ¿Qué quiere decir esto? Sencillamente, la aparición, frente al titular del derecho real administrativo, de un sujeto cualificado, investido de prerrogativa: la Administración pública, titular del dominio. El titular del dominio limitado por el derecho sobre cosa ajena no es un propietario común, con las facultades que al mismo reconocen las leyes civiles. Es una entidad pública que actúa, no como una persona jurídica privada, no como los demás sujetos de derecho, sino en un plano superior, adoptando una posición «exorbitante del Derecho común». «Un principio del Derecho administrativo—dirá, en la doctrina argentina, MARIENHOFF—regula todo lo relacionado con el derecho real administrativo; así, por ejemplo, este derecho real no podría ser opuesto a la Administración concedente cuando ésta, actuando válidamente, revocase o caducase la concesión o desafectase la respectiva dependencia del dominio público: los *principios* sobre presunción de legitimidad del acto administrativo, y sobre su ejecutoriedad obstarían a ello. Tal conclusión no sería concebible en el ámbito del Derecho privado. La diferencia entre el derecho real administrativo y el civil radica, pues, en que aquél hállese regido por los principios propios del Derecho administrativo» (60).

(60) *Dominio público*, cit., pág. 133.

C. *Clasificación.*

Es difícil clasificar los derechos reales administrativos, dada la profunda variedad existente entre ellos. Tanta, que FERNÁNDEZ DE VELASCO creyó que el reparo fundamental que podía oponerse al intento de construir una teoría de los derechos reales administrativos consistía en la imposibilidad de someter a uniformidad de normas todos los derechos que pueden constituirse a favor de los particulares sobre el dominio público (61). Sin pretender desconocer la peculiaridad de cada uno de tales derechos, es posible afirmar que existen en los mismos unas notas comunes, que permiten intentar la construcción de una teoría general del derecho real administrativo, así como una clasificación, utilizando como criterio básico las facultades que confieren al sujeto.

Como es de sobra sabido, tres son las categorías de derecho real que se vienen admitiendo por la doctrina: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y derechos reales de adquisición. ¿Es posible la admisión de estos tipos tradicionales de derecho real cuando tienen por objeto el dominio público? Por lo pronto, existen unos—los derechos reales de garantía—que son en absoluto incompatibles con la naturaleza del dominio público. Si para que sea posible la constitución de un derecho real administrativo es necesario que esté en armonía con el fin público a que está afectado el bien sobre que recae, resulta obvio que no existe fin público compatible con un derecho real cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación y cuyo ejercicio desembocará en la venta de la cosa sobre que recae para lograr la efectividad del derecho a que está afectado. Tan es así, que entre las notas esenciales que tradicionalmente vienen siendo consideradas como inherentes al régimen jurídico propio del dominio público, está la inembargabilidad y el no ser susceptible de gravamen. Ahora bien, si es inadmisibles la figura del derecho real de garantía sobre un bien de dominio público, nada se opone a la admisión de los restantes tipos de derecho real que nos ofrece el Derecho privado: los llamados derechos de goce y los de adquisición.

(61) *Naturaleza jurídica de cementerios*, cit., pág. 234.

1. *Derechos de goce*. Constituyen, sin duda alguna, el núcleo más importante de los derechos reales administrativos. Casi podría decirse que los derechos reales administrativos son derechos de goce sobre bienes de dominio público. Ahora bien, lo discutible es hasta qué punto es admisible la clasificación de los derechos privados de goce en temporales y perpetuos, clasificación que, en principio, no puede aceptarse en Derecho administrativo, porque los derechos reales administrativos suelen ser temporales. Debe partirse, por tanto, de otro criterio de clasificación: los derechos de goce implican el aprovechamiento del bien de dominio público objeto de los mismos; luego si las facultades de aprovechamiento inherentes al dominio consisten en usar, disfrutar y abusar o consumir la cosa, es posible una clasificación de los derechos reales administrativos de goce, según se refieren a una de estas facultades.

a) *Derecho de uso*. Existe, por lo pronto, un grupo de derechos reales que implica utilización de la cosa misma. Sobre el dominio público se crea, a favor de un tercero, un derecho a utilizar la cosa, derecho que, a su vez, puede revestir diversas modalidades.

a') A veces se trata meramente de una utilización del dominio público, sin que exista ocupación. Tal es el caso de las llamadas *aisances de voirie* del Derecho francés, y que, al decir de HAURIU, constituyen «una especie de derecho de servidumbre» (62), derecho en el que insistió la doctrina posterior, que no dudó en calificarles de verdaderas servidumbres administrativas (63), aun cuando tal conclusión sea muy discutible.

b') Otras, el derecho de uso implica algo más; implica una ocupación del dominio público. Tal es el caso de lo que el Reglamento de Bienes de las Entidades locales llama «uso privativo del dominio público», que es «el constituido por la ocupación de una porción de dominio público, de modo que limite o excluya la utilización de los demás interesados» (art. 59, 2.º). Y en la legislación estatal pueden encontrarse no pocos ejemplos de este tipo de derechos, que sin duda constituyen una de las especies más comunes de derechos reales administrativos (64).

(62) *La jurisprudence administrative*, cit., III, pág. 280.

(63) DEUDE, *Etude juridique des servitudes administratives*, cit., páginas 69-74.

(64) Pensemos en el derecho de los concesionarios de los servicios de

c') Y a veces el derecho reconocido al concesionario es de tal naturaleza, que viene a constituir casi una propiedad. La concesión perpetua en los cementerios es el ejemplo que cita HAURIOU de este tipo de derecho real administrativo (65).

b) *Derechos de disfrute*. La facultad de disfrutar los bienes consiste en obtener «todo lo que ellos producen» (art. 353 del Código civil). Si los autores del pasado siglo—como recuerda ALVAREZ GENDÍN—consideraban los bienes de dominio público improductivos, o la improductividad o no rendimiento de frutos como una de sus características, ya BATBIE hacía observar la consideración especial de los ferrocarriles, que eran objeto del cobro de derechos por servicios, y PELLOUX, después, considerará el dominio público como fuente apreciable de ingresos para el Estado y las colectividades locales (66). Y es indudable que la facultad de obtener los frutos y productos de un bien de dominio público puede reconocerse a persona distinta del titular del dominio, creando, al desmembrar esta facultad dominical, un derecho real administrativo a su favor. Con carácter general, el art. 96 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, al enumerar las cláusulas generales de la concesión, señala (art. 5.º) «la fijación del máximo de las tarifas que se designen para el uso y aprovechamiento de la obra». Por consiguiente, en estos casos el concesionario, durante el plazo de la concesión, tiene un derecho a obtener los rendimientos que se obtengan de la explotación. Y en análogo sentido, disposiciones análogas se contienen en la regulación de servicios especiales.

Ahora bien, no hay que olvidar que, al menos en muchos casos, los productos se obtienen de la explotación del servicio público y no de la obra en sí. Por ello, la figura del derecho real sobre el dominio público aparece como inherente a la concesión del servicio; los productos se obtienen de la explotación del servicio; sobre el dominio público se tiene únicamente un derecho de uso (v. gr., tranvías, trolebuses).

Problema interesante es el de determinar si el derecho otorgado

tranvías y trolebuses, que implican «un uso privativo o excepcional del dominio público a través de la ocupación permanente y exclusiva de ciertas instalaciones fijas (railes, cables)», que GARCIA DE ENTERRIA no duda en calificar de «manifestación de un derecho real administrativo». Cfr. *La ordenación jurídica de los transportes madrileños*, Madrid, 1954, pág. 27.

(65) *La jurisprudence administrative*, cit., III, pág. 280.

(66) *El dominio público*, cit., pág. 53.

por las concesiones mineras puede ser considerado como un derecho de disfrute, lo que está íntimamente ligado a si los minerales pueden ser considerados frutos de las minas. Ciertamente que en alguna ocasión el Tribunal Supremo (v. gr., Sentencia de la Sala Primera, de 30 de junio de 1950) ha afirmado que «el producto de las minas... no puede considerarse fruto de las mismas». Sin embargo, no parece que exista inconveniente en considerar a los minerales como frutos y al derecho real del concesionario como un derecho real administrativo de disfrute (67).

También entre los derechos reales de disfrute quizá pueda ser incluido el derecho creado por las concesiones de pesca para el establecimiento en aguas públicas de cotos fluviales, que reconoce a su titular el derecho a pescar «con caña o con reteles y lamparillas, en la forma y época conceptuadas en este texto legal y las especiales que se establezcan en el pliego de posiciones» (art. 42 de la Ley de Pesca Fluvial, de 20 de febrero de 1942), pues la pesca puede ser considerada fruto natural de aquellas dependencias del dominio público que son las aguas continentales públicas (art. 1.º, Ley de Pesca Fluvial).

Por último, aun cuando la solución es discutible, quizá pueda ser considerado derecho real de disfrute el que ostentan los vecinos de un Municipio sobre los bienes comunales, regulado en el art. 61 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales. El que, en modo alguno, es imposible considerar derecho real de disfrute, es el derecho de corta que se otorga a un tercero sobre un monte público, aun cuando se tratase de bienes de dominio público—lo que respecto de los montes provinciales catalogados es indudable, según el art. 282, 2, del texto refundido de la Ley de Régimen local de 1955—, pues en tal caso lo que se da es un contrato de venta de los productos, teniendo el comprador que proceder a la extracción de los productos comprados.

c) *Derechos que implican consumo de la cosa.* Por último, respecto de aquellas cosas que sean consumibles, se da el *ius abutendi*, el consumo de las mismas. Podría encontrarse un ejemplo de este tipo en ciertos derechos de aprovechamiento de aguas públicas (abas-

(67) Sobre el problema, Díez-PICAZO, *Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de frutos?* «Anuario de Derecho Civil», VII, fasc. 2 (1954), págs. 355-376; MARTÍN BERTORTILLO, *Los frutos de las minas*, «Anuario de Derecho Civil», V, fasc. 3 (1952), págs. 1.019-1.046.

tecimiento de poblaciones, de ferrocarriles, riegos) (68), en cuanto los mismos implican un consumo del agua dentro de los límites de la concesión, al hacer imposibles otros aprovechamientos aguas abajo. Y éste fué uno de los criterios utilizados por la Ley de Aguas de 1866 para distinguir el uso del aprovechamiento, y decir, en su Exposición de Motivos, que son aprovechamientos «los que, *consumiendo el agua* o impidiendo que otros la aprovechen en el mismo punto y de la misma manera, exigen concesiones especiales» (69). Pues si bien es cierto que el agua *corriente* es pasajera y distinta en cada momento, el caudal, masa o volumen que integra un río o curso de agua es perenne (70), y el derecho de aprovechamiento implica un reconocimiento—en ciertos casos—a consumir parte de ese caudal. Por eso, aun cuando nuestra Ley de Aguas hable, en ocasiones, de disfrute (v. gr., art. 149), en realidad no puede hablarse de un derecho análogo a los catalogados en aquel grupo. Pues el caudal de agua concedido no es un fruto o producto de la corriente, sino una parte integrante de la misma, que se consume.

2. *Derechos de adquisición.* Constituyen, sin duda alguna, la categoría más discutida de los derechos reales en general (71). Sus figuras típicas las constituyen el tanteo y el retracto, que confieren a su titular la facultad de adquirir la propiedad de una cosa ajena. Es indudable que, en las relaciones jurídicas en que es parte la Administración pública, encontramos en ocasiones auténticos derechos de tanteo y retracto. Tales son los conferidos al Estado sobre monumentos histórico-artísticos, antigüedades y objetos de arte (72),

(68) Pues existen otros aprovechamientos de aguas públicas—enumerados como tales en la Ley de Aguas—que en ningún caso podrán ser considerados derechos que impliquen consumo de aguas públicas. Por ejemplo, los aprovechamientos para canales de navegación (art. 160, núm. 4.º), pues «el Estado no concede al usuario más que la disponibilidad de la corriente al objetivo concreto del transporte y no puede negar a los ciudadanos el derecho de utilizar tales aguas para tener en ellas una embarcación y disfrutarlas para el objetivo de la navegación». GAY DE MONTELLA, *Tratado de la legitimación de aguas públicas y privadas*, 2.ª ed., Barcelona, 1949, pág. 346.

(69) ROYO-VILLANOVA (A. y S.), *Elementos de Derecho administrativo*, 24.ª ed., Valladolid, 1955, II, págs. 599-560.

(70) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 5.ª ed., Madrid, 1941, II, pág. 87.

(71) Cfr. ROCA, *Derecho hipotecario*, cit., III, págs. 5-24.

(72) ROYO-VILLANOVA, *Elementos*, cit., II, págs. 534-537. La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en su art. 81, insiste en el derecho de tanteo, que reconoce la legislación especial sobre patri-

y el reconocido a favor del Patrimonio Forestal del Estado en los casos de venta de fincas forestales (73). Pero en estos, como en otros casos de derecho de adquisición (74), muy difícilmente puede considerarse que estamos en presencia del régimen exorbitante del Derecho común propio del derecho administrativo: en realidad estamos en presencia de derechos reales comunes.

Cuando del dominio público se trata, es imposible, en principio, la admisión del derecho real de adquisición a favor de tercero; lo impide una de las características esenciales del dominio público: la inalienabilidad. Si el dominio público no puede enajenarse, ¿cómo van a existir unos derechos que parten del supuesto de una enajenación e implican la adquisición de la cosa? Pero si es inadmisibles la categoría jurídica de los derechos reales de adquisición en su pureza, cabe encontrar figuras afines dentro del derecho administrativo. No se trata de derechos a adquirir la propiedad de un bien de dominio público, pero sí a adquirir un derecho real que permita su utilización, o un bien desafectado. Ejemplo de los primeros sería el derecho a obtener una concesión administrativa; de los segundos, el derecho de reversión sobre bienes expropiados.

a) El derecho de tanteo a obtener una concesión administrativa se reconoce, por ejemplo, en las disposiciones transitorias 2, 4 y 6 del Reglamento de la Ley sobre Transporte Mecánico por Carretera, de 9 de diciembre de 1949, a favor de los concesionarios de antiguas líneas en exclusiva (Sent. 24 enero 1956) (75). Y en Sent. de

monio artístico, a fin de regular el abono del precio, así como el de retracto. El artículo citado dice:

«1. En los casos de expropiación, venta pública, subasta o liquidación de los bienes a que se refiere el presente capítulo, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de tanteo, obligándose al pago del precio en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo que el particular interesado acepte otras formas de pago.

«2. Igualmente, el Estado podrá ejercer, para sí o para otra persona pública, el derecho de retracto en un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la transmisión, en las condiciones de pago señaladas en el párrafo anterior».

(73) Art. 17, Ley 10 marzo 1941; arts. 63-66, Reglamento de 30 de mayo de 1941.

(74) Sobre el problema general de los retractos administrativos, vid. CHACÓN, *Retratos administrativos*, cit., donde llega a conclusiones teóricas muy discutibles.

(75) Sin embargo, es discutible la admisión del ejemplo, pues muy difícilmente puede ser considerado de naturaleza real el derecho a explotar el servicio público de transporte mecánico por carretera, pues el uso de la carretera por el concesionario no puede considerarse un uso privativo o

20 diciembre 1950, se contempla otro supuesto del derecho de tanteo al decir: «los concesionarios de quiosco tendrán el derecho de tanteo y, en consecuencia, si no hubiere sido el concursante que mayor cánon hubiera ofrecido, podrá quedarse con la concesión comprometiéndose a satisfacer el mismo cánon que el concursante a quien se le haya hecho la adjudicación provisional».

b) El derecho de reversión se reconoce a favor del expropiado, entre otros casos, cuando «desapareciese la afectación» (art. 54, Ley Expropiación Forzosa). Esto es, no se reconoce la facultad de adquirir un bien de dominio público, pero sí la propiedad de una cosa, adquirida por razones de interés público, una vez que ha desaparecido la afectación, por lo cual se trata de un derecho típicamente administrativo sometido al régimen jurídico especial propio de esta rama del Derecho.

III. ELEMENTOS DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO

A. *Sujetos.*

1. *Sujeto activo.* En los derechos reales administrativos existe un sujeto activo específicamente determinado: es la persona, física o jurídica—pública o privada—, a la que se confía la situación de poder concreto en que el mismo consiste. En principio, se aplican las normas jurídicas comunes sobre la aptitud para ser titular de derechos reales (76). Sin embargo, en atención a la naturaleza de los bienes objeto de los mismos, la legislación administrativa establece algunas limitaciones al excluir, en ocasiones, a los extranjeros de la posibilidad de ser titulares de aquéllos. Por ejemplo, nuestra legislación minera exige nacionalidad española, si el titular es persona física, o que el 75 por 100, como mínimo, de su capital, sea propiedad de españoles si es una Sociedad, a no ser que el Consejo de Ministros, en casos excepcionales, cuando lo aconseje el interés

excepcional (como puede ser considerado el uso del concesionario de un servicio de tranvías o trolebuses), ya que no se diferencia grandemente del uso que, de la misma vía, puede hacer cualquier otro particular.

(76) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., I, págs. 646-647.

nacional, autorice proporción menor, que en ningún caso será inferior al 51 por 100, pudiendo exigirse que pertenezcan en su totalidad a españoles cuando se trate de minerales de especial interés para la defensa nacional (art. 28, en relación con el art. 9.º de la Ley de Minas). Y en otro tipo de concesiones, la Ley de 5 de octubre de 1940, sobre transporte de trolebuses, señala que podrán ser concesionarios los particulares y sociedades nacionales y las sociedades extranjeras autorizadas en España, pero en este último caso, a precario, pudiendo anularlas el Estado en cualquier momento, sin indemnización industrial (77).

2. *Sujeto pasivo.* A diferencia del sujeto activo, en los derechos reales administrativos, como en los demás derechos reales, no existe un sujeto pasivo determinado. Es sujeto pasivo cualquiera. El derecho real despliega su eficacia *erga omnes*. Y en este punto concreto surge una de las especialidades más importantes del derecho real administrativo respecto de los derechos reales privados. Porque el derecho real administrativo—se ha dicho insistentemente—no puede ejercitarse frente a todos. Esta eficacia típica de los derechos reales quiebra cuando estamos en presencia de los derechos reales administrativos. Los derechos reales administrativos pueden ser ejercitados frente a todos menos frente a la Administración. Y así, al quebrar una de las características consideradas esenciales del derecho real, se llegó a negar la posibilidad de derechos reales administrativos.

Es cierto que durante bastante tiempo la jurisprudencia francesa, si bien reconoció que el derecho del concesionario sobre los bienes de dominio público podía oponerse frente a todos, lo negaba frente a la entidad concedente. Frente a ésta, el concesionario era un poseedor en precario, en el sentido que tenía la expresión en el Derecho romano. Era un derecho revocable o resoluble, previa la correspondiente indemnización. Pero el *arrêt* de 25 de mayo de 1906 va a suponer un importante cambio en la doctrina jurisprudencial.

(77) VILLAR PALASI, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., págs. 94-95, y *Concesiones administrativas*, N.º IV, pág. 743.

El hecho de que, en ciertas disposiciones, se señale el carácter precario de la concesión, es un argumento a favor de la tesis expuesta *ut supra* acerca de que, en los demás casos (en que así no se prevé), no puede hablarse de precariedad como nota característica del derecho real administrativo.

Con arreglo al mismo, el derecho del concesionario va a poderse ejercitar frente a todos, incluso frente a la Administración, salvo en la línea de precariedad; pero en esta línea de precariedad, muy restringida, deja el Derecho una esfera enorme de utilidad (78).

¿Qué es lo que supone, en realidad, esta «línea de precariedad»? Sencillamente lo siguiente: que la Administración concedente puede, cuando lo exija el interés público a que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho sobre el mismo constituido, aun antes del plazo señalado. Tal facultad se encuentra reconocida expresamente en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, cuando, en el art. 63, al enumerar las cláusulas que deben contener las concesiones sobre bienes del dominio público, en su apartado 10, señala: «facultad de la Corporación de dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificaren circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere».

Ahora bien, mientras la Administración pública no declare extinguido el derecho en aquellos casos en que sea posible—y con la exigencia de la indemnización—, su titular puede ejercitarle frente a todos, incluso frente a la Administración pública. Por ello se ha llegado hasta a negar que la precariedad sea consustancial al derecho real administrativo. Pues lo que tiene de particular el derecho real administrativo es que está sometido a un régimen jurídico especial, exorbitante del Derecho común, dominado por los principios de la ejecutoriedad y de la acción de oficio, en el que la Administración puede, como intérprete del interés público, declarar por sí extinguido el derecho y llevar a cabo la ejecución forzosa de esta declaración en los casos de resistencia de los titulares del derecho extinguido (79). Ahora bien, en tanto no exista el acto ejecutivo, toda perturbación de la Administración pública en el ejercicio del derecho real administrativo implicaría una vía de hecho que permitiría al particular perturbado el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias frente a la Administración pública (80).

(78) Cfr. *ut supra*, I, 3, b).

(79) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1954, págs. 706-724, y bibl. que allí se cita.

(80) Pues para que no sea posible el ejercicio de interdictos frente a la Administración pública, se requiere la existencia de la decisión ejecutiva, investida de presunción de legitimidad; en otro caso, caben inter-

B. Objeto.

Es objeto de cualquier derecho subjetivo—en definición de DE CASTRO—la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se confía al sujeto (81). Cuando se trata de derechos reales administrativos, esta realidad sobre la que recae el haz de facultades reconocidas al concesionario no es otra que una cosa de dominio público. Si se considera el dominio público como una propiedad administrativa, el objeto de los derechos reales administrativos será siempre la misma cosa que es objeto del dominio público. A él se refiere buena parte de nuestra legislación administrativa (82).

Ahora bien, para que pueda constituirse un derecho real sobre un bien de dominio público es necesario que concurran ciertos requisitos. Principalmente, en orden a la naturaleza de los bienes. Existe, por lo pronto, un grupo de bienes de dominio público que, por su carácter, son incompatibles con la utilización de los mismos por los particulares (por ejemplo, las fortificaciones) (83). Por otro lado, respecto de aquellos otros bienes cuyo destino consiste en la utilización por los particulares, para que pueda constituirse sobre los mismos un derecho real administrativo es necesario que la Administración no haya acordado la retención de los mismos para sí con fines de estudio, investigación o explotación (84).

dictos, como he destacado al comentar varios Decretos resolutorios de conflictos jurisdiccionales desde las páginas de la «Revista de Administración Pública» y señala GARCÍA DE ENTERRÍA en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 100 y ss.

(81) *Derecho civil*, cit., I, pág. 651.

(82) Por ejemplo, en la Ley de Obras Públicas se habla de «concesiones... para la ejecución de obras que hayan de ocupar o aprovechar constantemente una parte de dominio público...» (art. 94), de «... los derechos establecidos sobre el dominio público que se intente ocupar» (artículo 95, párrafo 2.º), de que «la obra de que se trata no menoscabe ni estorbe el disfrute del dominio público a que afecta» (art. 96). En la Ley de Ferrocarriles de 1877, art. 31, se dice que «se concede, desde luego, a las Empresas de Ferrocarriles de interés general... los terrenos de dominio público que hayan de ocupar el camino y sus dependencias». La Ley de Puertos de 1928, arts. 41, 45 y 57, emplea términos análogos, etc.

(83) Cfr. BALLBE, *Concepto del dominio público*, Barcelona, 1945, páginas 47 y ss.

(84) BALLBE, *Las reservas dominicales*, «Revista de Administración Pública», núm. 4, págs. 76 y ss.

C. *Contenido.*

Contenido de un derecho real administrativo será el conjunto de facultades que se reconoce a su titular sobre un bien de dominio público. Es muy difícil precisar, en una teoría general de los derechos reales administrativos, su contenido, pues—como ya señalaba RIGAUD—el contenido de estos derechos es mucho más variado que el de los derechos civiles ordinarios, porque al recaer sobre dependencias de dominio público, están sometidos a la reglamentación y a la acción de policía.

Sin embargo, es posible dar algunas normas generales. Por lo pronto, una: que cuando la legislación administrativa regula las cláusulas de la concesión, suele incluir una o varias relativas a la necesidad de especificar el objeto y límite de la concesión y las facultades del concesionario, por lo que habrá que estar, en cada caso, a los términos de la concesión. Además, conviene señalar, con HAURIU, que habrá que estar a la categoría de derechos de que se trate, no siendo difícil encontrar ejemplos de derechos referentes al uso, al disfrute, etc., respecto de lo cual me remito a la clasificación hecha en páginas anteriores.

IV. NACIMIENTO, COMERCIO JURÍDICO Y EXTINCIÓN

Estudiados los elementos del derecho real administrativo, o si se quiere, el derecho real en su aspecto estático, vamos ahora a estudiar el derecho real administrativo en su aspecto dinámico, la vida del derecho real administrativo; esto es, su nacimiento, su vida jurídica y su extinción.

A. *Nacimiento.*

¿Cómo nace el derecho real administrativo? Una afirmación elemental se impone: como el derecho real administrativo recae sobre

una cosa de dominio público, sustraída al comercio jurídico privado, su nacimiento es incompatible con cualquiera de los modos que tradicionalmente se han reconocido en el Derecho privado. El derecho real administrativo no puede nacer, su creación no puede tener lugar por los modos típicos del Derecho privado. Nace por un acto típicamente administrativo: la concesión. Pero al lado de este modo normal, cabe reconocer otros especiales, como la propia Ley y la prescripción.

1. *La Ley.* Cabe, en primer lugar, que la Ley—o una disposición general—cree directamente el derecho real administrativo. Es la disposición general la que crea el derecho administrativo sin necesidad de acto alguno posterior o del transcurso del tiempo por prescripción. De admitirse la categoría de los derechos reales de adquisición, éste es el modo normal de nacimiento. La Ley o una disposición general crean estos derechos cuando se den los supuestos de hecho contemplados en la norma, sin necesidad de una declaración de voluntad ulterior, si bien tales derechos caducarán una vez transcurra el plazo señalado por la Ley.

2. *La concesión.* No es el momento de hacer un estudio completo de la concesión administrativa. Pero sí de estudiar la concesión como modo de crear un derecho real administrativo. En este sentido, alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo ha acertado a definir su carácter. Por ejemplo, en Sentencia de 20 de diciembre de 1954, se dice: «Si la concesión en general es un acto de Derecho público realizado por el Estado en concepto de poder, y la concesión administrativa de aprovechamiento de aguas públicas en particular constituye una transferencia del poder jurídico que originariamente corresponde a la Administración sobre las aguas de uso público, y que otorga en virtud de un acto de soberanía, es incuestionable que pertenece a las facultades discrecionales de aquélla». Y otras muchas han insistido acerca de su carácter discrecional. Ahora bien, ¿a quién corresponde otorgar la concesión? Si se aplicaran sin excepción las normas jurídicas comunes sobre el problema, una sola respuesta sería admisible: la competencia correspondería en todo caso a la entidad titular del dominio público sobre el que recaería el derecho real. Pero en Derecho administrativo es imposible, sin más, ofrecer tan simplista solución. Se impone una distin-

ción elemental: que el derecho real se otorgue o no en función de un servicio público.

a) Cuando no se otorga en función de un servicio público, la solución general puede admitirse sin salvedad alguna. Cuando la finalidad del derecho real se limita a conferir a su titular la facultad de utilizar el dominio público sin estar subordinado a otra finalidad pública, ninguna razón impide que sea la propia entidad titular del dominio la que, a través del órgano competente en cada caso, otorgue la concesión.

b) Pero ¿es admisible la misma solución en aquellos casos en que la relación jurídica real se crea en función de un servicio público? El problema ha preocupado en España al tratar de los transportes. Y por lo general existen ideas poco claras. Las distintas posiciones sobre el problema pueden reducirse a dos:

Primera.—Una, que coloca en primer plano la relación jurídica real y llega a delimitar la competencia para otorgar la concesión del servicio de transporte a la misma entidad titular del dominio. Es la solución que sigue nuestra legislación general, por ejemplo, al regular los tranvías (art. 69, Ley de 23 noviembre 1847) y trolebuses (Ley de 5 de octubre de 1940). Ahora bien, como aplicando este criterio puede darse el caso de que los transportes discurran sobre el dominio público de entidades distintas, se impone la necesidad de determinar a cuál de estas entidades corresponde la competencia para otorgar la concesión del servicio, problema resuelto en las disposiciones citadas mediante una sustitución jerárquica en favor de los organismos superiores.

Segunda.—Una segunda posición es la que distingue cuidadosamente ambas cuestiones: el servicio público y los derechos reales sobre el dominio público necesarios para su explotación. Esto último es lo que ha defendido entre nosotros, con acierto, G. DE ENTERRÍA; porque «la relación con la vía pública es para la calificación jurídica de la organización del transporte absolutamente indiferente; refiere un mero presupuesto técnico para que el transporte pueda realizarse, pero no es una perspectiva válida para comprender jurídicamente la totalidad de la regulación del transporte» (85).

Pues bien, cuando se parte de esta diferencia, la cuestión es la

(85) GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ordenación jurídica de los transportes*, cit., pág. 27.

siguiente: si la concesión de un servicio público crea, sin más, el derecho real administrativo necesario para su explotación, o si, por el contrario, cuando la competencia para conceder el servicio corresponde a entidad distinta del titular del dominio, ¿debe ser ésta la que cree los derechos reales administrativos? Sobre el problema existe una reciente disposición, que parece partir de la distinción entre ambas competencias: el Reglamento del servicio público de suministro de gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, en cuyo art. 6.º exige: «la concesión otorgada por el Ministerio de Industria, conforme a lo establecido en el apartado h) del art. 4.º de la Ley sobre Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939..., sin perjuicio e independientemente de las autorizaciones de competencia municipal para la relación de las obras precisas en calles y subsuelo de la ciudad afectadas por el servicio». Es decir, este precepto distingue:

— Por un lado, la competencia para la concesión del servicio público de suministro de gas. Corresponde al Estado; concretamente, al Ministerio de Industria.

— Por otro, la competencia para conceder derechos o utilizar el suelo o subsuelo. Aun cuando la terminología del precepto reglamentario no es muy correcta, del mismo se desprende que la misma corresponde a la Entidad municipal titular del dominio público (86).

3. *Prescripción.* Pero al lado de la concesión existen otros modos de adquirir un derecho real administrativo. Merece destacarse la prescripción. Todos conocemos el precepto de la Ley de Aguas, que reconoce la prescripción de veinte años entre los modos de adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas públicas (87).

(86) Se ajustará a lo dispuesto en los arts. 58 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 27 mayo 1955.

(87) Según el art. 149 de la Ley de Aguas, «el que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la Autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización».

En estos casos, el título para inscribir en el Registro especial de aprovechamientos de aguas públicas, primero, y en el Registro de la Propiedad, después, ha sido tradicionalmente la información posesoria. En este sentido existe una copiosa jurisprudencia, que ha establecido «que la Real orden de 12 de marzo de 1902, completada por la de 2 de enero de 1906, dispuso que para la inscripción definitiva de tales aprovechamientos serviría no sólo la concesión administrativa, sino cualquier título de derecho civil, prescribiendo expresamente que deberían inscribirse con arreglo al art. 409 del Código civil los aprovechamientos que se justifican venían uti-

Pero es que la prescripción no sólo juega como modo de adquirir un derecho de aprovechamiento sobre las aguas públicas. Existen algunos ejemplos más en que la prescripción es modo de adquirir un derecho a utilizar bienes de dominio público. Concretamente, en la Ley de Puertos existe un artículo poco conocido, que contempla uno de estos casos, el art. 57, que dice: «el que durante veinte años hubiera disfrutado de un aprovechamiento del dominio público para industria marítima sin oposición de la Autoridad ni de tercero, continuará disfrutándolo, aun cuando no puede acreditar que obtuvo la correspondiente autorización, entendiéndose este derecho mientras la clase de industria o aplicación del espacio ocupado no haya sufrido variaciones ni alteraciones en los veinte años referidos».

B. Comercio jurídico.

Una vez que ha nacido el derecho real administrativo, surge un nuevo bien susceptible de tráfico jurídico privado. El hecho de que el dominio público esté sustraído al tráfico jurídico ordinario no impide que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios jurídicos típicos del Derecho civil. Esto explica que, si bien el art. 5.º del Reglamento Hipotecario exceptúa de la inscripción en el Registro de la Propiedad a los bienes de do-

lizándose veinte o más años». (S. 30 septiembre 1931). «Que si para la inscripción de estos aprovechamientos de aguas públicas basta, a falta de concesión administrativa o de otros documentos fehacientes, presentar información posesoria, y si estas informaciones han de versar únicamente sobre el hecho de la posesión y tiempo de la misma, no inferior a veinte años, y no serán válidos en cuanto a la cantidad de agua utilizada, según todo ello previene en sus arts. 1.º, 2.º y 4.º la R. O. de 12 de marzo de 1902, no cabe duda que cuanto el título que ofrezca el peticionario para la inscripción consista, como en el caso de autos, en una información posesoria en la que no puede constar, ni aquí consta, ni produciría eficacia a estos fines, la dotación del agua, sólo a la Administración incumbe fijarlo, previa determinación y propuesta del Ingeniero» (S. de 5 de julio de 1946 y de 30 de junio de 1944).

Sobre el problema, vid. VILLAMIL DE CÓRDOBA, *Inscripción de aprovechamientos de aguas*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1927, páginas 808 y ss. Hoy, además de la... acta notarial de posesión de aprovechamientos de las aguas públicas, pueden servir en este caso como títulos inmatriculadores el expediente de dominio y la Sentencia emanada de la jurisdicción ordinaria», ROCA, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, II, página 135.

Al Registro de aprovechamientos especiales de aguas públicas me refiero con la debida extensión en un trabajo en preparación.

Cf. LANCIS, *La zona marítimo-terrestre. Su naturaleza y alcance*. La Habana, 1956, p. 20.

minio público, el art. 31 prevea la inscripción de «las concesiones administrativas, en cuanto se refieran a bienes inmuebles o derechos reales», y que el Código civil, al enumerar los bienes inmuebles en su art. 334, incluya en su número 10: «las concesiones administrativas de obras públicas» (88).

Porque el Registro de la Propiedad, como servicio público cuya finalidad es la seguridad del tráfico jurídico, no tiene por qué acoger en sus libros unos bienes—los de dominio público—excluidos del mismo. Pero sí a unos derechos—los derechos reales administrativos—que, una vez nacidos, viven en el tráfico jurídico. El hecho de que la cosa sobre que recaigan esté fuera de la realidad registral y sean inmatriculables los derechos reales sobre los mismos, lo explican los hipotecaristas diciendo—con expresión poco afortunada—que la concesión es la finca registral. Pero el hecho es incuestionable.

Ahora bien, en seguida surge una cuestión: ¿es aplicable íntegramente el régimen jurídico privado al comercio de estos derechos? Porque es indudable que los mismos pueden ser objeto de contrato de arrendamiento, cesión, usufructo, etc. Pero ¿no existen limitaciones administrativas? En efecto. La naturaleza especial de estos derechos reales postula un régimen especial. La legislación

(88) A. GENDÍN se pronuncia en contra de la inscripción. «Realmente —dice—, la inscripción concesionaria no creo fuera necesaria ni que pudiera perjudicar a tercero, dado que figura ello anotado en las oficinas públicas del Departamento ministerial concedente y cualquier acto o negocio jurídico de transmisión o de constitución de derechos reales deben ser intervenidos o autorizados por el órgano concedente, y esto no sólo en el dominio público común (canales, ferrocarriles, etc.), sino del especial, como las minas (art. 13, Ley de Minas, de 19 de febrero de 1944), dado el carácter dominical público; por lo que es fácilmente cognoscible la transmisión o la constitución de un derecho real civil sobre la concesión, la que, a su vez, constituye un derecho real administrativo sobre el dominio público». Cfr. *El dominio público*, cit., pág. 67. Sin embargo, la conveniencia de la inscripción es indiscutible, porque:

a) No siempre se da la necesidad de que la autoridad concedente tenga que intervenir (previamente o con posterioridad) los actos jurídico-privados que recaigan sobre el derecho real administrativo.

b) Aun en el supuesto de que así fuera y se llevasen Registros en las oficinas administrativas sobre el comercio jurídico de los derechos reales administrativos, estos Registros, dado su carácter administrativo, por su organización y sistema, no tienen como finalidad la seguridad del tráfico jurídico, de aquí que la publicidad de los mismos no satisfaga las exigencias del tráfico.

c) Al ser el Registro de la Propiedad el instrumento idóneo de la publicidad, sólo en él podrá encontrar el titular de un derecho real administrativo la auténtica seguridad jurídica que la institución registral confiere.

administrativa exige que se cumplan ciertos requisitos al realizar actos jurídicos privados referentes a aquéllos. Unas veces meramente se exige dar cuenta de los actos realizados, como así lo prevé el artículo 103 de la Ley de Obras Públicas (art. 139 de su Reglamento) al establecer que «de la enajenación o transferencia se dará cuenta al Ministerio de Fomento o a la Corporación que hubiere otorgado la concesión». Otras veces se exige algo más, y la legislación prevé la necesidad de la autorización previa (así, art. 21 de la Ley de Ferrocarriles y art. 10 de la Ley de Trolebuses de 1940). Y por último, a veces se llega a la prohibición expresa de toda la transmisión (89).

C. Extinción.

1. Modos relativos al sujeto

a) *Respecto del titular del derecho real administrativo.* Cabe señalar, entre los modos de extinción de los derechos reales administrativos referentes a su titular, la renuncia y el no ejercicio del derecho, si bien no sean admisibles respecto de todos ellos. Cabe distinguir dos tipos fundamentales, a los que ya nos referimos al hablar de la constitución de los mismos: aquellos derechos sobre bienes de dominio público otorgados en función de un servicio público y aquellos otros que no se otorgan con dicha finalidad. Si respecto de estos últimos ninguna razón impide la renuncia, respecto de aquéllos es difícil admitir sin salvedad la posibilidad de renuncia (parece no admitir la renuncia de los derechos nacidos en virtud de concesión una Sentencia de 24 de enero de 1956) (90).

(89) En Sentencia de 24 de enero de 1956 se dice que «constituyen normas de obligada observancia, además del art. 12 de la Ley de 27 de diciembre de 1947, que no incluye la transferencia de concesiones de servicios otorgados a precario, la Orden circular de 9 de mayo de 1945, dictada expresamente para declarar intransmisibles esta clase de servicios, como reiteró la de 11 de marzo de 1950, disponiendo que en todos aquellos servicios que actualmente se encuentran en precario con arreglo a la disposición transitoria 2.ª del Reglamento, no se autorizarán transferencias en tanto no se haya otorgado la concesión definitiva del servicio con sujeción a los términos del mismo».

Sobre el problema del comercio jurídico de los derechos reales administrativos y sus limitaciones, vid. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, cit., págs. 311 y ss.

(90) VILLAR PALASI, en *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Administración Pública», núm. 1, pág. 115, dice: «El

b) *Respecto de la Administración.* La Administración que otorgó la concesión administrativa, o en su caso, la titular del dominio público sobre que recae el derecho real administrativo, puede unilateralmente extinguir el derecho en los casos siguientes:

a') *Por incumplimiento del concesionario.* En principio, corresponde a la Administración vigilar el exacto cumplimiento de las cláusulas estipuladas, pudiendo en caso de incumplimiento declarar la caducidad de la concesión (arts. 96, núm. 4, 104 y 105, Ley de Obras Públicas; art. 36, Ley de Ferrocarriles; art. 16, Ley de Trolebuses; art. 158, Ley de Aguas). A primera vista parece que la extinción del derecho real por incumplimiento de su titular se debe a su voluntad y no a la de la Administración; pero, dice VILLAR PALASI, «es preciso escindir dos fases—material y formal—de la caducidad, de la que se deriva la justeza de la inclusión de esta causa de extinción en las derivadas de la voluntad de la Administración. En efecto, es diferente el que la concesión esté incurso en caducidad (caducidad material) de que esté declarada en caducidad (caducidad formal). Corresponde a la facultad discrecional de la Administración el paso de la caducidad material a la formal; y por ende, la caducidad formal proviene directamente de una declaración de voluntad de la Administración» (91).

b') *Por exigirlo el interés público.* Resulta obvio que cuando una causa de utilidad pública exija la extinción del derecho real administrativo, ninguna razón impide la posibilidad de expropia-

artículo 4.º del Código civil condiciona la renunciabilidad a que ésta no vaya contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero. Dado el interés público—evidente en cuestiones mineras—, podría parecer irrenunciable la concesión *a fortiori*, cuando la Administración se reserva el derecho de ampliar el objeto de aquélla *ex officio*. Ahora bien, la propia Ley admite (art. 66) la posibilidad del abandono, y por otra parte, la posibilidad de dejar caducar la concesión por incumplimiento (art. 59), y la falta de una requisición de prestaciones hacen evidente la existencia de esta forma de extinción de la concesión. También existe un abandono tácito por *facta concludentia*. El art. 31 del Decreto de 4 de julio de 1825 establecía que las oficinas de beneficio se entenderían abandonadas cuando se hayan arruinado sus techos de modo que no puedan servir para los usos y operaciones a que estaban destinadas».

(91) *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., pág. 115, y *Concesiones administrativas*, cit., págs. 746 y ss y 573 y ss. Como dice G. DE ENTERRÍA, es equívoca la afirmación de que corresponda a la facultad discrecional la no declaración de la caducidad. Cfr. *El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas*, en «Revista de Administración Pública», núm. 17, pág. 272.

ción forzosa, posibilidad reconocida expresamente, aparte de la legislación general expropiatoria, en algunas disposiciones especiales (por ejemplo, art. 161 de la Ley de Aguas) (92).

La Administración pública puede, cuando lo exija el interés público al que está afectado el dominio, declarar extinguido el derecho real administrativo, aun antes de transcurrir el plazo durante el cual se otorgó. Cuando el derecho real es inherente a un servicio público, estamos en presencia del rescate de la concesión (art. 25 del Reglamento de Trolebuses, aprobado por Orden de 4 de diciembre de 1944; base primera, Ley de Ordenación Ferroviaria, de 24 de enero de 1941, etc.). Cuando se trata de un derecho real a usar un bien del dominio público, su extinción es una consecuencia del carácter de precariedad típico del dominio: en unos casos, la Administración se reserva expresamente esta facultad y puede extinguir el dominio sin indemnizar a su titular (por ejemplo, art. 72 del Reglamento de Pesca Fluvial, de 6 de abril de 1943) (93); en otros, la extinción no puede declararse sin indemnizar a su titular. A este supuesto se ha referido alguna Sentencia del Tribunal Supremo, como la de 27 de febrero de 1956 (de que fué ponente ALVAREZ GENDÍN), en la que se afirma que «la autorización a que se refiere el art. 44, puesto en relación con el 50 de la Ley de Puertos de 1880, tiene carácter de concesión administrativa de dominio público, sin plazo limitado, susceptible por su carácter de precario de caducidad—salvo que fuese concedida la zona análoga en que esté

(92) Que los derechos reales administrativos son susceptibles de expropiación es algo que no ofrece duda. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 56.

Es más, la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, artículo 41, da normas sobre fijación del justo precio cuando el objeto de la expropiación sean «concesiones».

(93) En dicho artículo se dice: «La Administración se reserva en todo caso la facultad de rescindir y declarar caducas las concesiones en cualquier momento, cuando el interés público lo aconseje, sin que el concesionario tenga derecho por ello a indemnización alguna». Luego, en aquellos casos en que no existe esta reserva expresa, la conclusión—como se señala en el texto—es evidente: la Administración tiene que indemnizar. He aquí cómo la famosa línea de precariedad, que durante años se ha considerado característica de los derechos reales administrativos es sumamente restringida, poniendo de manifiesto cómo entre los derechos reales administrativos y los demás derechos reales no existen profundas diferencias desde el momento en que, cuando la Administración, en aquella línea de precariedad, acuerda la extinción del derecho real administrativo por exigencias del interés público, tiene que indemnizar al particular, viniendo a constituir esta extinción anticipada del derecho una expropiación.

situado en plazo determinado, pues según el art. 30 de la Ley de 1880—48 del Decreto-ley citado de 1928—, si fuera preciso utilizar o destruir las obras construídas por particulares, en virtud de concesiones que les hubieran sido otorgadas, tendrán derecho los concesionarios a ser indemnizados del valor material de dichas obras, previa tasación ejecutada conforme a las prescripciones del Reglamento general para la concesión de la Ley».

2. *Modos relativos al objeto.*

a) *Desaparición de la cosa.* Si el derecho real administrativo, como todo derecho real, recae sobre una cosa—en este caso de dominio público—, es indudable que la desaparición de la cosa implicará la extinción del derecho real sobre la misma constituido. Por ejemplo, si se produce la desaparición de un caudal de aguas públicas, es obvio que quedarán extinguidos los derechos de aprovechamiento existentes sobre el mismo—y la Administración no será responsable de tal falta, según el art. 154. Ley de Aguas—; si se agota una mina, se extinguirá el derecho otorgado por la correspondiente concesión minera (94), etc.

b) *Desafectación.* Ahora bien, si no ofrece duda la extinción del derecho cuando desaparece la cosa objeto del mismo, ¿puede llegarse a la misma conclusión cuando lo que se produce no es la desaparición física de la cosa, sino su condición de pública? Para RIGAUD, así es. La desafectación—afirma—es un hecho equivalente a la desaparición de la cosa. Así como para las propiedades privadas sometidas a servidumbres administrativas en provecho de una dependencia de dominio público, la desafectación de esta dependencia equivale a la desaparición del fondo dominante, en lo que concierne a las «*aisances de voirie*», que benefician a los mismos propietarios, la desafectación equivale a la desaparición del fondo sirviente. Los derechos se extinguen. La extinción tiene lugar con o sin indemnización (95). Ahora bien, conviene tener en cuenta que, respecto de ciertas cosas públicas, la desafectación de la cosa no impedirá que el

(94) VILLAR PALASI, *Naturaleza y regulación de la concesión minera*, cit., pág. 114.

(95) *La théorie*, cit., págs. 310-311.

titular del derecho real administrativo pueda seguir ejercitando las facultades típicas de aquel derecho (pensemos, por ejemplo, en las servidumbres a favor de la Compañía Telefónica, constituidas sobre una carretera). El hecho de que se produzca la desafectación no impedirá que siga utilizándose la cosa. Lo único que habrá ocurrido es que, al no existir dominio público, desaparecerá el régimen exorbitante del Derecho común propio del Derecho administrativo, y el derecho real administrativo habrá dejado de ser «administrativo» y se habrá transformado en derecho real privado.

Sin embargo, en ocasiones, la solución no es tan fácil. Tal es el caso de aquellos derechos reales administrativos constituidos sobre una dependencia del dominio público, no ya porque aquel derecho no sea incompatible con la afectación (lo que siempre se exigirá), sino por la esencia misma del dominio (por ejemplo, las llamadas *aisances de voiris* en la doctrina francesa). Si la calle pública es desafectada y convertida en propiedad privada, que es vendida por la Entidad pública titular del dominio, ¿cabe entenderse que los derechos reales administrativos han quedado extinguidos por la desafectación?

3. *Modos relativos al título de constitución.*

Los derechos reales administrativos se extinguen al vencimiento del plazo fijado en el título de constitución, esto es, la concesión administrativa, plazo que, a su vez, viene determinado en la legislación correspondiente. Pues si bien es cierto que existen casos de concesiones que se otorgan a perpetuidad (por ejemplo, las concesiones de Marismas, según el art. 51 de la Ley de Puertos de 1928 y las de aprovechamientos de aguas públicas para riegos y para establecimientos industriales, según los arts. 188 y 220 de la Ley de Aguas), es principio tradicional en las concesiones administrativas la fijación de un plazo, transcurrido el cual se extingue el derecho creado a favor del particular. Dicho plazo varía según las concesiones de que se trate (96); de noventa y nueve años, según el artículo 101 de la Ley de Obras Públicas; art. 22 de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877; arts. 169, 170, 188 y 206

(96) VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, cit., págs. 756 y ss.

de la Ley de Aguas; de sesenta años, según el art. 76 de la Ley de 23 de noviembre de 1877, respecto de las concesiones de Tranvías; de treinta, según el art. 7.º de la Ley de Trolebuses de 5 de octubre de 1940, etc. (97).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Registrador de la Propiedad
Catedrático de Derecho administrativo.

(97) Como ha dicho G. DE ENTERRÍA, «hay una excepción única al dogma de la reversión concesional, instrumentado de tal forma, y es el caso de las concesiones demaniales puras; en concreto, aguas (a regantes y pueblos) y minas, en que las concesiones se otorgan a perpetuidad. No hay aquí, contra lo que parece, una excepción flagrante al régimen histórico que venimos exponiendo, sino, por el contrario, como ha puesto de relieve agudamente VILLAR PALASI, una particularidad singular del mismo. Por su base estrictamente real, estas concesiones pudieron concebirse en la antigua dogmática como *census fictus*, salvándose, por ende, en origen, el dogma de la inalienabilidad a través del arbitrio de los cánones censuales, aquí concesionales, que como en el caso de la enfiteusis, y a imagen de la misma, significan justamente el reconocimiento del dominio directo, impidiendo toda suerte de prescripción, no obstante su perpetuidad». Cfr. *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 78-79, donde reacciona frente al dogma de la reversión de la concesión, afirmando: «En unos casos, la concesión deberá afirmarse indefinida (el término perpetuo es equívoco en Derecho); en otros, limitadamente temporal, pero sin una reversión del establecimiento: en otros, finalmente, construir esta reversión en conexión con el concepto y las necesidades de la amortización industrial. Para expresar en una fórmula común estos criterios bastará con decir que la reversión no es ya ni puede ser hoy otra cosa en las concesiones que una cláusula económica, instrumentable según las realidades relativas de este signo, pero en modo alguno como se concibió en el Derecho antiguo y ha continuado hasta nuestros días, una cláusula política que pueda sacrificar por sus altas exigencias absolutas aquellas realidades». Cfr., págs. 89-90.

Temas hipotecarios:

La legitimación del derecho inscrito *

Bajo este epígrafe se exponen, sistematizadas, ideas y conceptos de sobra conocidos. Sobre todo del jurista profesional y especializado. Y anteriormente desenvueltos y explicados con amplitud y perfección por autorizadas plumas que honran el Derecho científico español.

Más séale permitido al autor de este trabajo una ilusionada aunque ambiciosa pretensión: la exposición breve, sencilla y compendiada de estos temas de Derecho Inmobiliario Registral, con el objeto de hacerlos asequibles a quienes se inician en el cultivo de su estudio. Algo que aspira a ser, con la ayuda de Dios—y salvando las distancias, claro está—, continuación de la labor pedagógica interrumpida al morir FERNANDO CAMPUZANO. Quienes, como el firmante de este trabajo, nos honramos con su magisterio y con su amistad, no podemos sentir, al recordarle, sino la noble ambición de procurar imitarle. Que no es poco.

(*) El presente trabajo comprende dos capítulos de un tratado de Derecho Inmobiliario Registral, en preparación y adaptado al programa de las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad.

CAPITULO XI

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD : PUBLICIDAD MATERIAL Y FORMAL.—LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL ; SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA.—CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS DEL PRINCIPIO : PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO Y PRESUNCIÓN DE POSESIÓN

I

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD : PUBLICIDAD MATERIAL Y FORMAL

A) En el llamado *principio de publicidad* se inspiran todos los modernos sistemas registrales. Pues viene a constituir el eje en torno al cual gira la técnica de sus respectivos desenvolvimientos. De ahí la capital importancia de este «principio hipotecario», que la doctrina valora con rango «superior» y fundamental.

La publicidad, como principio inspirador de los regímenes jurídicos de la propiedad inmueble, no es un producto convencional o teórico, sino que viene impuesto por las necesidades del propio tráfico inmobiliario. Pues la realidad práctica enseña que un régimen de reserva, de secreto o de clandestinidad de los actos del comercio inmobiliario no conduce más que a la inseguridad e incertidumbre de las adquisiciones y a la consiguiente depreciación de la propiedad y consunción del crédito territorial. Y aun cuando esta realidad no

se valore técnicamente del mismo modo ni con iguales efectos por el Derecho de todos los países, *la publicidad del tráfico como principio* se acepta con clara y decidida unanimidad (1)

La circulación de la riqueza inmueble, los actos y negocios que integran su comercio, resultan incompatibles con los modos secretos u ocultos de su transmisión y gravamen. La seguridad del comercio y el equilibrio de la vida jurídica de un país exigen certidumbre y precisión en las relaciones jurídicas de propiedad, firmeza en las transacciones, identificación de la finca y de su propietario en el momento deseado y efectos de oponibilidad absoluta en los actos del tráfico. Y todo esto se logra cuando el movimiento comercial de la propiedad inmueble se hace público, manifiesto y notorio. Y cuando la certidumbre y firmeza de las transmisiones las garantiza el propio Estado.

En ambos objetivos —*notoriedad y legitimidad*— se centra, pues, el fin *jurídico de la publicidad*. Que, como recuerda SANZ FERNÁNDEZ (2), han pretendido lograr los diferentes ordenamientos jurídicos por un doble medio, a saber: el de la *posesión*, seguido por los ordenamientos antiguos y reservado por las modernas legislaciones para los bienes de naturaleza *mueble*, y el de la *inscripción registral*, aceptado por casi todos los pueblos modernos para la *propiedad inmueble*, y para algunos bienes muebles de carácter registrable (3), es decir, identificables individualmente.

Con base en el significado germánico atribuido a la *posesión* —*Gewere*— para hacer visibles o exteriorizar los derechos reales, pudo valorarse el señorío ejercido de hecho como *aparente existencia del derecho*. Y hasta reconocer a los cambios en la posesión efectos traslativos de propiedad. Mas la realidad práctica ha demostrado la insuficiencia e ineficacia de la posesión a tales fines. Pues, como dice WOLFF (4), en la mayoría de los casos *sólo es visible la existencia del señorío de hecho sobre la cosa, pero no el sujeto a quien corresponde el derecho de señorío*. Y un cambio de posesión, no resulta «*reconoscible*» para cualquier tercero.

(1) Como dice J. GONZÁLEZ, con bella frase: «No es el verdadero Derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala ante los compañeros y conciudadanos.»

(2) Ob. cit., T. I, pág. 39.

(3) Véase a MARÍN PÉREZ, en *Introducción al Derecho registral*, páginas 43 y ss.

(4) *Derecho de cosas*. T. III, vol. I, págs. 21 y ss.

La posesión es equívoca por naturaleza, no siempre se tiene en concepto de dueño, ni identifica por sí misma al propietario. Y en los derechos reales que no requieren contacto posesorio su inutilidad resulta manifiesta. De ahí que en el moderno Derecho Inmobiliario, confirma el citado civilista, la posesión haya perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida, a este efecto, por la *inscripción en el Registro*.

Se habla por los autores de un proceso histórico de evolución de la publicidad en la transferencia y gravamen de los bienes inmuebles, cuyo comienzo se sitúa por algunos en las civilizaciones del Oriente Medio (5). Y así, para BONFANTE (6) y BESSON (7), la publicidad de las transmisiones inmobiliarias es un hecho tan antiguo como la misma propiedad inmueble, aunque entre el formalismo de las primeras edades y el de los tiempos modernos se advierta una sensible oposición de principios y de finalidad. Pues los medios de publicidad comienzan con los pregones, edictos y demás instrumentos publicitarios hasta llegar a los modernos sistemas registrales en los que la inscripción desempeña una importante y variada función constitutiva y legitimadora de los derechos reales.

En nuestro Derecho patrio también se suele admitir la existencia de precedentes históricos del principio de publicidad en las transmisiones. Y hasta se aprecian por los autores (8) en la evolución del principio fases o etapas bien diferenciadas, a saber :

Primera etapa o de solemnidad en las transmisiones. Corresponde a la época histórica anterior a la recepción del Derecho romano. Y se nutre de costumbres y leyes indígenas, de muy probable coincidencia con las primitivas formas germánicas, según las cuales la transferencia de los inmuebles se verificaba a través de ritos y formalidades solemnes a las que se reconoce cierto valor publicitario.

Entre las formas de publicidad en esta época, son de destacar, como admite ROCA SASTRE (9), la fórmula de la *robración o roboratio*, combinada en el predominio de la *carta* o tradición documentada

(5) Ver a RAMOS FOIQUES, en *La tradición y el modo*, antes cit., páginas 41 y 42.

(6) Notas a WHINSCHIED, versión italiana, Turín, 1930. V. págs. 667 y ss.

(7) *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, pág. 11.

(8) ROCA SASTRE, ob. cit., T. I, pág. ..., y también SANZ FERNÁNDEZ, ob. cit., T. I, pág. ...

(9) Ob. cit., T. I, pág. 37.

y la pública ratificación de las transmisiones, recogida en multitud de Fueros municipales y territoriales (10).

Segunda etapa o de influencia romana. Coincide con la época de la recepción del Derecho romano en nuestras Instituciones y Cuerpos legislativos y se caracteriza por el criterio de eliminar las antiguas formas solemnes y públicas de transmisión, salvo la *insinuatio en las donaciones*. Exponente de esta fase es la legislación de Partidas que impone el sistema privado y clandestino de la traditio para la transmisión de inmuebles.

Tercera etapa o de las Contadurías de Hipotecas. Representa una progresiva mejora del sistema romanista de la etapa anterior, de manifestos inconvenientes para garantizar un tráfico inmobiliario que iba adquiriendo relativa importancia económica. Y que pretende ofrecer seguridad en las adquisiciones y constitución de gravámenes sobre los bienes inmuebles, estableciendo, al efecto, un Registro para la toma de razón de aquellos derechos reales sin contacto posesorio con la finca y por ende de fácil ocultación a terceros, como los censos, rentas, tributos e hipotecas.

Se inicia este período con la petición de las Cortes de Toledo al Rey-Emperador en 1539 para crear un Registro que publicase los censos, tributos e hipotecas; se continúa con la Real Pragmática de Don Carlos y Doña Juana de 1768, creadora de los Oficios de hipotecas, y culmina en las leyes fiscales de 1829 y 1845 para dejar paso a los trabajos legislativos preparatorios de la Ley Hipotecaria de 1861.

En realidad, toda esta evolución histórica de la publicidad en las transmisiones y gravámenes de la propiedad inmueble no se corresponde con la valoración técnica del «principio de publicidad» en el moderno Derecho Inmobiliario Registral (11). Las formas más o menos solemnes exigidas a los actos del tráfico y hasta la relativa notoriedad que llevan en sí pueden responder, quizá, a fines meramente publicitarios. Mas su verdadera trascendencia jurídica es producto del moderno Derecho científico, que valora la publicidad del tráfico inmobiliario atribuyendo una característica y especial sustantividad a sus efectos promulgadores.

(10) Ver el Cap. III de este mismo tomo.

(11) En tal sentido, GIANTURCO («Studi e ricerche sulla trascrizione», 1.ª parte, Nápoles, 1890, págs. 7 y ss.), y COVIELLO («Della trascrizione», Nápoles-Turín, I, 1924, págs. 15 y ss.). Y también en España, MARÍN PÉREZ, ob. cit., págs. 126 y ss.

B) *La publicidad se configura y manifiesta, ante todo y sobre todo, en actos de autoridad que promulgan relaciones jurídicas de tráfico inmobiliario por medio de su inscripción en el Registro de la Propiedad.* El contenido de la inscripción es el propio texto promulgado. Y su notificación y conocimiento por el libro registral crea la llamada *publicidad formal*, que proclama el artículo 221 de nuestra vigente Ley Hipotecaria, según el cual los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos inscritos.

La publicidad se valora por su eficacia sustantiva o material. Que la técnica hace coincidir con los efectos presuntivos de la inscripción registral que constata la relación jurídica promulgada. Así lo proclama en nuestro Derecho el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, a tenor del cual *la inscripción hace fe de la exactitud e integridad del texto promulgado por ella frente a todos.*

Como vemos, tanto en el aspecto formal como en el material se aprecia una íntima conexión y recíproca influencia entre *publicidad e inscripción*, conceptos técnicos distintos, pero que permanecen siempre unidos en una perfecta simbiosis. Y ambos, complementándose, vienen a definir el mismo postulado jurídico. Pues si la *publicidad* es acción y autoridad promulgadora del derecho real, la *inscripción* —texto promulgado— es efecto y garantía de que lo no inscrito no puede perjudicar a tercero.

Ello nos lleva a concluir la formulación técnica del moderno «principio de publicidad registral», según el cual, el valor absoluto de los derechos reales inmobiliarios y su consecuente eficacia *erga omnes* exige la pública notificación de su existencia a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad. De ahí que sus efectos jurídicos se proyecten en un doble sentido: *en el presente*, hacia el titular de los derechos inscritos —*legitimación*—; y *para el futuro*, hacia el mundo inconcreto de los terceros que puedan interesarse por el inmueble registrado, *fe pública-registral*.

Estudiaremos en primer término los efectos legitimantes de la publicidad registral.

II

LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL: SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA

A) La *legitimación* del titular registral es el efecto primario de la *publicidad*. Pues *por la inscripción* —que es tanto como decir desde su promulgación— los derechos reales inmobiliarios despliegan su natural eficacia con efectos absolutos o *erga omnes*.

La legitimación es un concepto de origen procesal, introducido en el campo del Derecho privado por influencia de CARNELUTTI para quien la legitimación es «requisito subjetivo» de todo acto jurídico (12). Y complemento de una concreta capacidad de obrar. Pues por la legitimación se reconoce al sujeto la posibilidad de obrar válidamente dentro de una esfera jurídica determinada, v. gr., la de los actos de disposición sobre bienes inmuebles. Y así la define el citado autor como «idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto» (13).

Si la capacidad de obrar es una cualidad del sujeto, la legitimación, según acabamos de ver, es una posición del mismo con respecto a un objeto determinado. Lo que no permite confundir la legitimación con el poder dispositivo, verdadero fundamento de aquélla. Pues el poder de disposición forma parte del contenido de un derecho subjetivo y pertenece, normalmente, a su titular. Quien, por ello, puede producir mediante actos jurídicos la modificación real del propio derecho.

La *legitimación*, en cambio, no es elemento ni atributo del derecho subjetivo, aunque sí un «presupuesto de eficacia» en su ejercicio (14). Es un mero reconocimiento o garantía legal de la idoneidad de su titular. Pues cuando la norma reconoce a una persona la posibilidad de realizar con eficacia un determinado acto jurídico, se dice que está *legitimada para actuar* (15). En definitiva y como dice

(12) *Sistema de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1944, traducción de ALCALÁ-ZAMORA, T. I, pág. 65. Y también *Teoria giurídica della circolazione*. Padua, 1933, pág. 78.

(13) *Sistema...*, T. II, pág. 25.

(14) Véase a J. LADARIA CALDENTEX, en *Legitimación y apariencia jurídica*. Bochs, Barcelona, 1952, págs. 17 y ss.

(15) LADARIA, ob. cit., pág. 11.

GARRIGUES, *la legitimación «es un signo justificativo del poder de disposición suficiente para el tráfico»* (16).

En el Derecho Procesal la legitimación se atribuye por la norma a quien justifica, cumplidamente, ante el órgano judicial su personalidad para accionar. En el Derecho Inmobiliario Registral la legitimación se atribuye por la Ley a quien inscribe en el Registro. Pues el previo control de legalidad de los actos y negocios inscribibles, realizado por el órgano registral, es para el derecho objetivo circunstancia que justifica la legitimación atribuída al titular inscrito por y desde la inscripción de su derecho.

La legitimación registral es, en suma, *un reconocimiento o sanción legal de legitimidad de las relaciones jurídicas inscritas. Que atribuye a su titular, con presunción juris tantum, idoneidad para ejercitar los derechos subjetivos que de ellas emanan, con eficacia plena y absoluta. Y que se inspira en los efectos de la antigua Gewere germánica, verdadera expresión o apariencia del Derecho en cuyo ejercicio se poseía. Los cuales, al verse trasplantados a la moderna inscripción registral, se traducen en presunciones sustantivas, de las que hablaremos luego.*

La legitimación registral tiene un campo funcional *subjetiva y objetivamente* determinado.

En el *aspecto subjetivo*, la legitimación es *activa y pasiva*. Pues tanto ampara al titular registral en el ejercicio de sus facultades dispositivas (arts. 38 y 20, L. H.), cuanto en la organización defensiva del derecho subjetivo (arts. 1.º, 34 y 41, L. H.), verdadera cobertura procesal de inmunidad frente a los ataques de extraños perturbadores.

En el *aspecto objetivo*, el área protectora de la legitimación viene delimitada por la propia norma. Pues, siendo la legitimación del titular inscrito base y presupuesto de la fe pública registral, ya que el natural desarrollo del tráfico impone un orden sucesivo en las transmisiones, el amparo legitimante tan solo habrá de alcanzar, por tanto, a las relaciones jurídicas protegidas por la fe pública registral (arts. 29, 32, 34 y 38, L. H.).

B) Como dice ROCA SASTRE (17), «resulta inútil buscar precedentes del principio de legitimación registral en el régimen de las

(16) *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1936, T. I, pág. 419.

(17) *Ob. cit.*, T. I, pág. 226.

antiguas Contadurías de Hipotecas que precedió al sistema instaurado por la Ley Hipotecaria de 1861». Pues, en aquel sistema —como en el antiguo de la transcripción francesa— la toma de razón no era más que un requisito necesario para la admisión de documentos registrables por los Tribunales y para la constitución de hipotecas. La legitimación registral, con la valoración técnica que el moderno Derecho Inmobiliario la regula, se introduce en nuestro Ordenamiento legislativo con la Ley Hipotecaria de 1861. Y aunque su formulación y desarrollo actuales responden a un proceso de evolución y perfeccionamiento técnico, no cabe duda que la legitimación del titular del derecho por la inscripción fué uno de los postulados jurídicos sobre los cuales se organizó el régimen registral de 1861.

Pues si bien es verdad que la Ley Hipotecaria de 1861 no formuló el principio de legitimación registral, no es menos cierto que sus efectos y consecuencias técnicas sí fueron objeto de regulación. Y así, en su artículo 25 se decía que «los títulos inscritos surtirán su efecto, en cuanto a tercero, desde la fecha de la inscripción». Y a sensu contrario, en el artículo 23, que «los títulos inscribibles que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero» (18). Con lo que, si bien se orientaba la protección registral hacia la masa anónima de terceros adquirentes de la propiedad inscrita, los pronunciamientos de la inscripción se estimaban base y fundamento de las facultades dispositivas del titular, consagradas en el artículo 20 del propio texto legal.

Las contradicciones de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, que explicaba los efectos jurídicos de la publicidad registral, no según la técnica germánica que la inspiraba, sino al modo doctrinal francés (19) —mezcla de *publicación* y *prescripción*, que la Reforma Hipotecaria de 1869 hizo patente en la redacción del artículo 34—, y la equivocada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, con base en tales desorientaciones, tan sólo valoraba la inscripción como corroboración o garantía de existencia de los títulos inscritos, prueban que la legitimación registral, como principio técnico del

(18) Como dice OLIVER, para el Ministro de Gracia y Justicia que defendía el proyecto de Ley Hipotecaria de 1861 no había otro modo de asegurar la propiedad que la *inscripción* de las transmisiones e imposiciones de cargas sobre inmuebles en un Registro organizado al efecto y en forma tan esencial como que de ella, de la *inscripción*, nace el derecho, según el artículo 25 (ob. cit., págs. 344 y 345).

(19) Véase a OLIVER, ob. cit., págs. 341 y 342.

nuevo régimen inmobiliario español, fué desenvuelta por el legislador de 1861, aunque con evidente deficiencia.

Por la Reforma Hipotecaria de 1909 se logra un indudable adelanto en «la cristalización normativa del principio de legitimación registral» (20). Pero insuficiente. Pues a través del artículo 41 de la nueva Ley se reconocía al titular inscrito el goce de los derechos y facultades que concede el Código al propietario y poseedor de buena fe con base en la presunción de su ejercicio, según los términos de la inscripción. De ahí la declaración de que sería mantenido por los Tribunales y reintegrado, en su caso, judicialmente en la posesión. Esto unido a determinadas medidas procesales, como las contenidas, v. gr., en los artículos 24 y 131 de la propia Ley, contribuyeron a revalorizar la titularidad inscrita, con independencia de toda protección a terceros adquirentes.

El Reglamento Hipotecario de 1915 contribuyó, asimismo, al perfeccionamiento técnico del principio de legitimación, atribuyendo cierta sustantividad a los asientos registrales. Y así, en su artículo 51 —que con alguna modificación ha pasado al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria vigente— se declaraba que «los asientos de registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos *mientras no se declare su nulidad*». Con lo que venía a reconocerse una presunción sustantiva de concordancia entre el contenido de la inscripción y la realidad jurídica que justificaba el precepto.

El Real decreto-ley de 13 de junio de 1927 retocó la redacción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909 en términos un tanto alentadores. Pues, al proclamar con su nueva redacción que la presunción posesoria y el goce de los derechos que el Código civil atribuye al propietario y al poseedor de buena fe se operaban en favor del titular inscrito mientras los Tribunales no declarasen la inexactitud registral, se pretendió dar una configuración más técnica a los iniciales efectos legitimantes de la inscripción según la Ley de 1909. Como dicen PÉREZ y ALGUER (21), en vez de la defensa posesoria del titular inscrito, la nueva redacción del artículo 41 en la Reforma de 1927 procura destacar la *presunción de propiedad y posesión de buena fe que la inscripción atribuye a su titular «mientras*

(20) ROCA SASTRE, ob. cit., T. I, pág. 230.

(21) Ob. cit., T. III, vol. I, págs. 243 y 244.

los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerden con la realidad jurídica».

Mas la insuficiencia de la Reforma de 1927 y su desfavorable acogida por un gran sector de la doctrina (22) justificaron una fuerte corriente de opinión favorable a una más precisa y clara formulación técnica del principio de legitimación. Que, al fin, cristaliza y se hace realidad en la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944. Y más tarde, en la Ley Hipotecaria de 1946.

Se dice al respecto, en la E. de M. de la Ley de Reforma de 1944, que «el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y corresponde a su titular. De este modo, la presunción *jus tantum*, de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconoce por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios». Y se concreta el ámbito sustantivo de la legitimación, en la vigente Ley Hipotecaria, en las dos presunciones legales de *existencia del derecho inscrito* y del *jus possidendi* que asiste a su titular, complementadas procesalmente para lograr sus efectividad.

III

CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO Y PRESUNCIÓN POSESORIA

Los efectos de la publicidad material y en primer término la legitimación del titular inscrito, descansan sobre dos fuertes *presunciones legales*, a saber: *la veracidad del contenido del Registro y el goce posesorio del titular registral*, en los derechos de contacto material.

Ambas consecuencias sustantivas del principio de publicidad son propias de los regímenes de inspiración germánica. Pues constituyen

(22) C. LÓPEZ DE HARO, en *La reforma del art. 41 de la Ley Hipotecaria*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1927, pág. 267; J. NAVARRO CARBONELL, en *El art. 41 de la Ley Hipotecaria*, y MON Y PASCUAL, en *La nueva reforma de la Ley Hipotecaria*, de la misma Revista, 1927, págs. 401 y 502. Y también VILLARES PICÓ, en *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario*, pág. 99.

la versión actual de los efectos jurídicos de la antigua Gewere, que a más de señorío de hecho constituía una apariencia legitimadora del derecho en cuyo ejercicio se poseía.

A) *La presunción de veracidad o exactitud.*

En el moderno Derecho germánico, como dicen PÉREZ y ALGUER (23), la inscripción es apariencia de derecho como lo era la Gewere. De ahí, que —a tenor del art. 891, del B. G. B.— donde media apariencia de existir el derecho (inscripción), se presume que el derecho existe. Y donde media apariencia de haberse extinguido el derecho (cancelación) se presume que el derecho no existe.

En nuestra vigente Ley Hipotecaria la presunción se formula en términos análogos a los del Código civil alemán. Y así, a través de los artículos 1.º, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, se declara :

1) *Que a todos los efectos legales se presume* que el dominio y los demás derechos reales inscritos en el Registro *existen y pertenecen a su titular registral*, en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38, L. H.).

2) *Que cancelado un asiento se presume extinguido el derecho* a que dicho asiento se refiere (art. 97, L. H.).

3) *Que los asientos del Registro*, en cuanto se refiera a los derechos inscribibles, *están bajo la salvaguardia de los Tribunales* y producen todos sus efectos, *mientras no se declare su inexactitud* en los términos establecidos en la propia Ley (art. 1.º, párrf. 3.º, L. H.).

Veamos, pues, cuál es el contenido y el alcance de la presunción de veracidad y cuáles son sus efectos en la técnica registral.

a) *Contenido y alcance de la presunción.*

Como los propios textos legales reconocen, la presunción de exactitud registral es objetiva y subjetiva al mismo tiempo. Pues, de un lado, se presume que el *derecho existe*, tiene una concreta *realidad y vigencia*, o que no existe por efecto de su cancelación. Y de otro, que *pertenece a su titular según el Registro*. Quien, por tanto, viene legitimado para el ejercicio de las facultades que integran el derecho subjetivo.

El contenido de la presunción viene delimitado, pues, por la pro-

(23) Ob. cit., T. III, vol. I, pág. 242.

pia relación jurídica inscrita. Que a tenor del artículo 21 de la Ley Hipotecaria habrá de comprender lo relativo a las *personas*, a las *fincas* y a los *derechos* que emanan de la relación jurídica.

Se advierte por los autores que quedan excluidos de la presunción de exactitud los datos que contiene la inscripción relativos al estado civil y *capacidad de las personas*, a las *circunstancias de hecho* (cultivo de las fincas, estado de los edificios, etc.) y a las *relaciones meramente obligacionales*. Sin embargo, de tales exclusiones se aprecia en la moderna jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo una saludable tendencia a revalorizar la fuerza expansiva de la legitimación registral en términos que han merecido las unánimes alabanzas de la crítica doctrinal, por su innegable tecnicismo y valor práctico.

Y así, en la Sentencia de 20 de octubre de 1949 se dice que «a toda superficie comprendida dentro de su perímetro se extienden los efectos de la protección concedida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria». Y en la Sentencia de 21 de marzo de 1953, con evidente acierto, que resuelve las dudas y vacilaciones de la doctrina (24), se declara que aun siendo de menor intensidad la protección del Registro a las circunstancias de hecho, materiales o físicas, que a las situaciones jurídicas que contiene el asiento registral, «lo que *no se puede afirmar sin incurrir en confusionismos*, que debilitan la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, es que la inscripción *nada vale ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregona*; pues por virtud del principio de legitimación registral la descripción ampara al titular... con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a situación jurídica como a circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resultan del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular "secundum tabulas" de la obligación de probar la concordancia con la realidad extra hipotecaria...» que incumbe a «la parte que contradiga la presunción mencionada...»

El alcance de la presunción legitimadora tiene también sus justos límites.

(24) Debe consultarse el documentado trabajo de JOSÉ AZPIAZU, *La legitimación registral en la jurisprudencia del T. S.*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1953, págs. 401 y ss., con ocasión del comentario a esta Sentencia del T. S.

Pues *de una parte*, se mide por su extensión en el propio texto de la inscripción, esto es, en «la forma determinada por el asiento respectivo», según dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Y ello, tanto en lo que afecta a la *existencia del derecho* como a su *titularidad* o pertenencia a un sujeto determinado. Y a sus herederos o sucesores universales, como sostiene WOLF (25). Pues como una sola personalidad se cuentan la del causante y la de su heredero, según se desprende del artículo 34, párrafo último, de la propia Ley Hipotecaria.

De otra parte, por la naturaleza del «asiento respectivo». Pues aun cuando el artículo 38 de la Ley solamente habla de los derechos *inscritos*, habrá de entenderse el concepto en su más amplio sentido de *asiento legalmente procedente* o adecuado, a la naturaleza y clase del derecho respectivo, a tenor del artículo 587 del R. H. De ahí que se reconozca operante la legitimación cuando deriva de los asientos de *inscripción*; de las *anotaciones preventivas* que desempeñan funciones de una inscripción provisional de derechos reales, v. gr., las de suspensión por defecto subsanable, de crédito refaccionario, de legado específico de un inmueble o del derecho hereditario; a las *mentiones* admitidas por la L. H. (art. 15) y a las *notas marginales* que por su contenido desempeñan el papel de verdaderas inscripciones, v. gr., las de hipotecas en favor del Estado para garantizar el aplazamiento o fraccionamiento de pago del Impuesto de Derechos reales.

Y de otra parte, en fin, por su *valor probatorio relativo o condicional*. Pues la fuerza legitimadora de la inscripción actúa en tanto la inexactitud registral no se produzca; mejor dicho, «*mientras no se declare* —la inexactitud— y en los términos establecidos en la Ley», según previene el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria. Por ello se afirma y con razón, que tal presunción es de naturaleza *juris tantum*, de las que admiten prueba en contrario que la desvirtúe, a tenor de lo establecido en el artículo 1.251 del Código civil.

b) Efectos de la presunción

La presunción de veracidad de los asientos registrales opera «a todos los efectos legales», como dice el artículo 38 de la Ley Hipo-

(25) Ob. cit., T. III, vol. 1, pág. 240, nota 3, y pág. 253, nota 19.

tecaria. Es decir, con un valor absoluto y *en forma activa y pasiva*. Pues por efecto de la presunción, el titular registral queda exonerado de probar la existencia de su derecho inscrito. La inscripción le ampara como investidura legal en el ejercicio del mismo. Y, en cambio, quien pretenda oponerse a su ejercicio vendrá obligado a probar, necesariamente, la inexactitud del Registro.

Asimismo, la presunción de veracidad legitima *pasivamente* al titular para sufrir o soportar el ejercicio de acciones contra su titularidad subjetiva-real. Y aun cuando podría ejercitar oposición alegando la inexactitud del asiento a su favor, la prueba de esta circunstancia, ajena a la esfera registral de la presunción legitimadora, habría de estar a su cargo en tal supuesto.

En términos más concretos, es de advertir que la presunción de veracidad produce *dos clases de efectos*: unos de *derecho material* o sustantivo, y otros que operan en la *esfera procesal*. De estos últimos nos ocuparemos en el capítulo siguiente, por lo que ahora tan sólo hablaremos de los efectos de naturaleza sustantiva, que prácticamente se reducen a dos:

1) A valorar *la inscripción como justo título* en los supuestos de prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito (art. 35, L. H.), y de los cuales se trata en el capítulo XIII.

2) A reconocer, tan sólo, en favor del *titular registral* el *ejercicio eficaz del poder dispositivo* sobre el inmueble (art. 20, L. H.).

Sabido es que el llamado *poder de disposición* define y concreta la capacidad de un sujeto para provocar, con relación a un inmueble determinado, situaciones jurídicas de modificación real. Forma parte integrante del derecho subjetivo y supone en el titular del mismo una *facultad de ejercitarlo* mediante actos jurídicos. De ahí que, como dicen PÉREZ Y ALGUER, el poder jurídico de disponer sobre un derecho junto con la capacidad del sujeto, sea un requisito necesario de los negocios de disposición (26).

Mas la conjunción de *capacidad* para disponer y *poder dispositivo* no es bastante para garantizar la eficacia de los actos de disposición ya realizados. Para ello se precisa de un complemento legal necesario, que es la *legitimación*. Es decir, un reconocimiento de su suficiencia otorgado por la norma positiva, que atribuye al titular del

derecho subjetivo la idoneidad precisa para *realizar eficazmente un acto jurídico determinado*.

Y tal reconocimiento legal de idoneidad en favor del titular inscrito lo atribuye el asiento registral. Lo que resulta perfectamente lógico. Ya que, si, por ministerio de la Ley, *los derechos inscritos se presumen existentes y su titularidad vigente*, según los términos del asiento que los contiene, lógica es la *consecuencia de presumir*, también, *que el titular registral está legitimado para ejercitar las facultades integrantes del derecho inscrito* y entre ellas la de disponer. Lo que equivale a *presumir, asimismo, la preexistencia del derecho subjetivo en el patrimonio del disponente*.

Así parece entenderlo nuestra Ley Hipotecaria cuando establece en su artículo 20 que para inscribir en el Registro las declaraciones, transmisiones, modificaciones y extinciones del dominio y demás derechos reales inmobiliarios—que es tanto como convalidarlos legalmente—, *«deberá constar previamente inscrito... el derecho de la persona que otorgue... los actos referidos»*. De ahí la conclusión a que llega en su artículo 34 al proclamar la *inmunidad que la inscripción concede a quien adquiere algún derecho, onerosamente y con buena fe, «de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo»*, es decir, de quien estuviera legitimado por la inscripción.

Sin embargo, los efectos legitimantes de la presunción de veracidad y más concretamente los que se refieren a la facultad de disponer, no pueden valorarse en términos tan absolutos, pues evidentemente *la facultad dispositiva tan sólo es propia del verdadero dueño*, tenga o no inscrito su derecho. Y la inscripción no es más que instrumento legitimador de una titularidad que la ley presume existente en el momento de disponer.

Bien es verdad que el supuesto de hecho sobre el cual descansa el precepto del art. 38 de la Ley Hipotecaria prejuzga la coincidencia en una misma persona de las cualidades jurídicas que definen al dueño y al titular registral. Presupone tan sólo titularidades inscritas, que son las normales y corrientes (27). Por ello se sostiene como innegable que el titular inscrito ostenta la facultad de disponer del derecho registrado (28). Y de ahí el alcance interpretativo de los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria.

(27) Véase a ROCA SASTRE, ob. cit., T. I, pág. 249.

(28) CASO ROMERO, ob. cit., pág. 163.

Mas, sin embargo, la propia Ley Hipotecaria, en su art. 39, prevé supuestos de «*inexactitud registral*», esto es, discordancias o desacuerdos del contenido del Registro con la realidad jurídica extrarregistral. Y por virtud de cuya inexactitud puede darse la anomalía de figurar «promulgado» como vigente un derecho ya caducado e inoperante. Y su titularidad, atribuida por la ley a quien no es dueño. Lo que obliga a reconocer la posible—aunque nada frecuente—existencia de actos dispositivos de un titular registral siendo «*nom domino*» (29). Y a considerar el alcance de sus efectos jurídicos a tenor de lo que previene el art. 1.537 del Código civil. Tanto respecto del adquirente como del verdadero dueño del inmueble, titular no inscrito.

Tales situaciones jurídicas de excepción se deciden en el moderno Derecho Inmobiliario por efecto de la legitimación registral, cuya base y fundamento es la *apariencia* de titularidad que proclama el Registro, pues la «*investidura formal*» de la inscripción—concuere o no con la realidad jurídica—se valora objetivamente como un índice, real o aparente, de facultad dispositiva. Y aunque el derecho subjetivo no exista realmente en el patrimonio del titular registral, *la fuerza operante de la apariencia jurídica* en que la inscripción consiste *es tan fuerte, que la transmisión se estima realizada* en beneficio del que contrata amparado en el contenido del Registro.

El detentador de una titularidad registral impropia disfruta, mientras no sea cancelada (art. 97 de la Ley Hipotecaria), de una *legitimación extraordinaria o aparente* para realizar con eficacia actos de disposición sobre el patrimonio ajeno. Como dice LADARIA (30), esta legitimación no implica un verdadero «poder de disposición», sino un específico poder jurídico que es apto para operar la transmisión del derecho real ajeno en favor de quien adquiere con los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria (31). Por ello se reconoce a la inscripción, en este supuesto, un valor constitutivo sanante: que suple la falta de legitimación directa del transferente, pero sin extender sus efectos a los demás presupuestos civiles del acto adquisitivo.

Semejante solución técnica, de neta inspiración germánica, *pro-*

(29) La doctrina civilista llama *nom domino* al sujeto que actúa como *dominus*, sin estar directa o indirectamente legitimado para ello.

(30) Ob. cit., págs. 150 y ss.

(31) Por razones semejantes, ENNECERUS atribuye valor *originario* a estas adquisiciones, ob. cit., Título I, vol. II, pág. 28.

tege la buena fe del adquirente. Y sobre la concreta y específica seguridad del derecho subjetivo hace prevalecer la más importante y general seguridad del tráfico, de evidente interés público (32). Por ello sacrifica (33) al verdadero dueño que no quiso ampararse en el sistema de garantías y defensas registrales que la ley le ofrece (artículo 40 de la Ley Hipotecaria). Quien, sin embargo, aun perdiendo la finca, nunca perderá su precio o valor, que siempre podrá exigir con acción personal (art. 1.902 del Código civil y 37, párrafo último, de la Ley Hipotecaria). E incluso por la vía penal, cauce adecuado para exigir responsabilidades a quien haciendo uso ilícito de la apariencia registral se arroga la facultad dispositiva perteneciente al verdadero dueño (art. 531 y 104 del Código Penal) (34).

De subrayar es, en definitiva, que por efecto de la presunción de exactitud registral tan sólo se reconoce al titular inscrito la facultad dispositiva, idónea y suficiente, para transmitir con eficacia.

Y que el alcance de la legitimación registral lo delimitan los artículos 20 y 34 de la Ley Hipotecaria. Si bien sea de tener en cuenta, como dice ROCA SASTRE al glosar la Resolución de 4 de febrero de 1929 (35), que la *previa inscripción del derecho a favor del*

(32) Véase a CORRADO, en *Publicita nel Diritto privato*, Torino, pág. 5.

(33) Como dice NÚÑEZ LAGOS, «El Derecho no tiene por misión realizar una equidad al milímetro, que sería incompatible con la seguridad del tráfico» («Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato», Conferencia Colegio Notarial de Barcelona, curso 1942, pág. 180).

(34) Las posibilidades técnicas de adquirir de un *nom domino*, en los sistemas inmobiliarios basados en la legitimación registral, se suelen exagerar mucho en nuestra doctrina. Pues ni el número de estas delictuales adquisiciones tiene volumen perceptible, ni las circunstancias y requisitos anteriores o simultáneos a las mismas suelen coincidir tan fácilmente.

Afortunadamente, el titular registral en España es un sujeto honesto. Y el número de los posiblemente dispuestos a especular con su «aparente investidura» en ilícitas y fraudulentas aventuras es tan mínimo como el de adquirentes por prescripción o el de renunciantes al dominio sobre bienes inmuebles. Las adquisiciones inmobiliarias a *nom domino* y las logradas por prescripción se pueden contar con los dedos de la mano, como en cierta ocasión recordara jurista tan fino y destacado como LÓPEZ PALOP.

Tal vez alguno pueda creer que «las adquisiciones a *nom domino*» es el común denominador de una picaresca y frecuente especie de enajenaciones. Mas no conviene impresionarse por un enunciado que tiene más de especulativo que de práctico. Pues aunque la posibilidad legal de las denunciadas situaciones jurídicas pueda ser un hecho, no es de admitir su frecuencia. Ni mucho menos que impliquen un fallo en la técnica registral. También son posibles —y se han dado repetidas veces— suplantaciones de personalidad en el otorgamiento de escrituras públicas de enajenación —actos ilícitos de disposición por un *nom domino*— y nadie valoró, que sepamos, tal anomalía como un fallo de la técnica notarial.

(35) Ob. cit., T. I, pág. 800.

transmitente no es requisito necesario para el ejercicio de la facultad de disponer, sino tan sólo para que el acto dispositivo otorgado pueda registrarse. Y en su consecuencia, ganar la legitimación. Por ello resulta indiferente que al tiempo de otorgarse o producirse la adquisición el disponente sea o no titular inscrito. Es en el momento de inscribir aquélla—la adquisición—cuando el tracto sucesivo registral habrá de quedar justificado y cumplido. Para que la concordancia entre Registro y realidad sea un presupuesto cierto en la técnica registral, y para que el fin práctico de la institución—garantizar la eficacia de los actos dispositivos—se opere «*juris et de jure*» a todos los efectos legales», como dice el art. 38 de la Ley Hipotecaria

B) *La presunción posesoria.*

La llamada «presunción posesoria» es otra consecuencia sustantiva de la publicidad material. Y más concretamente, un efecto de la legitimación del titular registral por la inscripción de su derecho. Casi una continuidad y complemento de la presunción de exactitud del contenido del Registro. En nuestro Derecho viene proclamada por el art. 38, en su párrafo 2.º, al decir que: «*De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos*».

Esta afirmación de principio tiene un origen relativamente moderno en nuestro Derecho. Procede de la Reforma Hipotecaria de 21 de abril de 1909. Y desde su alumbramiento se acusa por la doctrina la imprecisión y el confusionismo en la formulación legal del mismo. Pues aun cuando su finalidad era ambiciosa, su redacción fué poco feliz. Fruto de las ideas entremezcladas e imprecisas que caracterizan los estudios sobre la posesión en la época de la codificación civil, y de su adaptación a la Ley Hipotecaria. Por ello pudo decir JERÓNIMO GONZÁLEZ (36) que la Reforma de 1909 adolece de «la reflexión debida» y que «no ha sido fruto de una correcta ponderación de las instituciones a que afecta».

La formulación del principio de «presunción posesoria», precisamente por la inseguridad del legislador al operar con conceptos tan dispares como la posesión germana y romana, acusa un cierto

(36) *Principios hipotecarios*, pág. 155.

proceso de evolución hasta llegar a la última Reforma Hipotecaria de 1944-46. Y se advierten claramente en dicho proceso evolutivo tres etapas fundamentales.

Primera etapa.—La define la Ley Hipotecaria de 1909. En su artículo 41—art. 15 de la Ley de Reforma de 21 de abril—, se decía: «Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el Libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil».

Para el legislador de 1909, la posesión es una situación de hecho que sirve de instrumento a la adquisición y ejercicio del dominio. Es una «condición o presupuesto sin el cual serían imposibles las demás facultades dominicales» (37). Y según ARAGONÉS CARSI (38), que con MARTÍNEZ PARDO tomó parte en la redacción del precepto legal citado, «la posesión civil radica siempre y necesariamente en la persona que aparece en el Registro». Y como nadie puede tomarse la justicia por su mano y el propietario inscrito no puede tomar posesión material de un inmueble si su tenedor lo rechaza, la ley ha declarado que basta con acudir al Juzgado para que éste la otorgue sin necesidad de una contención o juicio..., bastando para ello con acreditar el dominio inscrito y qué inscripción es la última (39).

Evidentemente, al legislador de 1909 pareció necesario incrustar tales ideas, de indudable sabor romanista, en la especial legislación registral. Y por ello, en su labor adaptadora de la Ley Hipotecaria al Código civil, concretó su pensamiento en el transcrito art. 41, por el cual se consagraba como objetivo esencial una fuerte defensa posesoria del derecho inscrito por específicos procedimientos judiciales no contradictorios y tan sólo ejercitables por el titular registral.

(37) SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, t. III, pág. 83 y sigs.

(38) La idea de los legisladores de 1909, según ARAGONÉS, fué implantar en nuestro sistema con el art. 41 efectos idénticos a los del art. 7 de la Ley prusiana de 1872 al art. 43 del Acta Toneos y al art. 937 del Código civil suizo (LA RICA, en *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, pág. 88, nota).

(39) ARAGONÉS, según cita de J. GONZÁLEZ, en *Principios...*, pág. 152.

Segunda etapa.—La establece el Real decreto-ley de 13 de junio de 1927, ratificado por Decreto de 31 de mayo de 1931 y Ley de 30 de diciembre de 1931.

La rigurosidad del referido precepto en la Ley Hipotecaria del año 1909 (... «*será mantenido...* por los Tribunales... y *reintegrado*, en su caso, *judicialmente...*») suscitó serias dudas sobre la valoración «*juris et de jure*» o «*juris tantum*» de la presunción legal posesoria y de su efectividad procesal. Ello unido a su inadaptación a los principios germánicos inspiradores de nuestro sistema registral, motivaron la conocida reforma del art. 41 por el Real decreto-ley de 1927 en los siguientes términos:

«Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código civil, que tiene la posesión de los mismos, y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el Libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe *mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición, a tenor del artículo 445 del mismo cuerpo legal*».

Con la nueva redacción del art. 41 aumentó aún más la confusión. Pues si bien se formuló más técnicamente la presunción de existencia del derecho inscrito según su progeñie germánica—artículo 891 del B. G. B.—y se precisó el valor «*juris tantum*» de la legitimación registral, se barrenaba un tanto el principio legitimador con la referencia al art. 445 del Código civil. La posibilidad de destruir la presunción registral de posesión, no por una declaración judicial de inexactitud del Registro, sino por una situación posesoria extra registral declarada preferente, a tenor del art. 445 del Código civil, era una conclusión carente de sentido.

El art. 41 de la Ley Hipotecaria y el 445 del Código civil constituían una expresión de la antítesis existente entre *inscripción* de tipo germánico—*Gewere*—y *possessio* romana. Pues, como tan acertadamente dicen PÉREZ y ALGUER (40), aun cuando se estime que el artículo 445 regula un orden de preferencia en las distintas presunciones de derecho derivadas del art. 448, esto es, que son posibles dos *Gewere* en colisión, «la posibilidad de que se anteponga un

(40) *Derecho de Cosas*, de MARTÍN WOLFF, v. I, notas al cap. 44, página 241 y sigs.

poseedor extrarregistral, de que exista una Gewere más fuerte que la del inscrito, nos parece tan en contraste con los motivos que guían toda la ordenación inmobiliaria, tendente a dar seguridades a la propiedad inscrita, que no tenemos reparo en propugnar la supresión de la referencia al art. 445 del Código civil e incluso aventurar que una interpretación deseosa de la primacía del espíritu de la Ley sobre la letra, aplique el art. 41 sin contacto alguno con el art. 445 del Código civil».

Tercera etapa.—Se inicia con la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 y el nuevo texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946. En la nueva Ley Hipotecaria la «presunción posesoria» se incluye en el párrafo 1.º del art. 38. Y el art. 41 se dedica exclusivamente a regular el ordenamiento procesal de las acciones reales derivadas del dominio inscrito, incluso las posesorias.

La formulación de la «presunción posesoria» en la vigente Ley Hipotecaria, al suprimir toda referencia al art. 445 del Código civil, ha ganado, evidentemente, en tecnicismo y precisión. Aun cuando por razón de su propia naturaleza la ventaja obtenida sea más de expresión que de sustancia, más formal que material.

En realidad bastaba con formular la presunción de existencia del derecho inscrito «a todos los efectos legales». Pues el sentido germanista de la misma—Gewere—excluye, por innecesaria, toda referencia a la presunción de posesión, equívoca y desorientadora, en razón a los efectos reconocidos a la misma en el Código civil. De ahí la disparidad de criterios sobre la naturaleza jurídica de la «presunción posesoria», que ROCA SASTRE sintetiza así:

a) Para SANZ FERNÁNDEZ, la Ley presume en el titular inscrito *una posesión material de hecho o efectiva*, que complementando la presunción de existencia del derecho registrado, viene a confirmar la realidad de la tradición exigida por el art. 609 del Código civil (41).

b) Para MARTÍNEZ CORBALÁN (42), a quien sigue AZPIAZU (43), la «presunción posesoria» del art. 38 de la Ley Hipotecaria quiere suponer en el titular inscrito el efectivo ejercicio del derecho, que

(41) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*. Madrid, 1945, págs. 196 a 198.

(42) *La reforma de la Ley Hipotecaria*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1946, pág. 105.

(43) *A manera de réplica*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1947, pág. 18.

se concreta fundamentalmente en el *derecho de poseer—jus possidendi—*, de necesaria y específica protección por su fragilidad. Pues basta la perturbación posesoria de más de un año (art. 460 del Código civil) para que la posesión se pierda.

c) Para ROCA SASTRE, en fin, la «presunción posesoria» es una especie de *posesión civilísima* o por ministerio de la Ley, que permite considerar al titular registral como un propietario-poseedor a todos los efectos legales y «en tanto no se demuestre que el Registro es inexacto, respecto de la existencia, titularidad y pertenencia del dominio o derecho real inscrito, de cuya posesión se trata» (44).

Las diferencias que separan estas tres posiciones doctrinales son bien poco sensibles. Pues en verdad, aunque el Registro no publica posesiones, sino que tan sólo las presume, si la «presunción posesoria» ha de tener un fundamento práctico, lógico habrá de ser referirla a un mundo de tangibles realidades. Y, por tanto, proyectarse sobre la *posesión efectiva o de hecho* que asiste al dueño del inmueble como facultad integrante de su derecho. Que no es el «estar en la finca», con presencia física o material; ni la innecesaria presunción de que el titular registral tiene el «jus possidendi» o derecho a poseer; ni tampoco el reconocimiento de una especial posesión registral o tabular, verdadera «investidura posesoria hecha por la Ley a todo titular inscrito».

La presunción posesoria en favor del titular inscrito es una consecuencia sustantiva de la más general presunción de exactitud registral. Y como dice LA RICA (45), da por supuesto que el titular disfruta o debe disfrutar los derechos del poseedor. Pues si «a todos los efectos legales» se presume que el dominio inscrito existe y pertenece a su titular mientras no se declare la inexactitud del registro, lógico habrá de ser que «*de igual modo*»—esto es, a efectos legitimadores—se presuma que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles «tiene la posesión de los mismos», según reza el párrafo primero del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Como se reconoce unánimemente, cuando el titular del dominio inscrito tenga o disfrute realmente la posesión del inmueble o derecho real, ninguna cuestión habrá de plantearse. La presunción se corresponde entonces con la realidad jurídica, para lo cual viene

(44) Ob. cit., T. I, págs. 262 a 266.

(45) Comentarios..., pág. 90.

el titular legitimado por la inscripción. Mas cuando el titular inscrito no posea contra su voluntad, la Ley califica de *perturbador* de la posesión al que detenta u ocupa el inmueble, pues tan sólo reconoce como poseedor al titular inscrito *mientras no se declare la inexactitud del asiento registral*. Así lo reconoce la Sentencia de 27 de marzo de 1950 al declarar que el titular inscrito «ha de ser tenido como propietario y poseedor de la finca inscrita para todos los efectos legales».

Tal vez, como afirman ROCA SASTRE y PÉREZ y ALGUER, hubiera sido preferible silenciar toda formulación de la llamada «presunción posesoria», innecesaria, confusa y perturbadora desde su inicio en la Ley de 1909. Pues si la razón de introducir aquella presunción fué atribuir al titular inscrito un procedimiento expedito de efectuar posesoria, y actualmente el art. 41 establece este procedimiento sin apoyarlo en tal presunción de posesión, lo más indicado hubiera sido suprimirla. El art. 41, en su nueva redacción, ha recogido el juego reivindicatorio que latía en el fondo de la cuestión y lo ha resuelto en forma aceptable. Por ello, conseguida su finalidad, debió eliminarse la formulación actual de la presunción posesoria (46).

Digamos, por último, que el art. 35 de la Ley Hipotecaria establece un específico efecto de la «presunción posesoria» al declarar que «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito... se presumirá que éste ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa». Es decir, que por el solo efecto de la legitimación registral, se *presume* que el titular inscrito ha poseído de hecho o materialmente, y con todos los requisitos que la legislación civil exige para la prescripción ordinaria, en tanto no se pruebe lo contrario por persona extraña que niegue tal presunción.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA.

Registrador de la Propiedad

(Continuará)

Concentración parcelaria. - Problemas

Hubiéramos querido, antes de escribir estas líneas, que la práctica nos hubiese facilitado la labor o la hubiese hecho más segura ; es decir, que terminada en alguna gran zona la concentración, el tiempo y el tráfico jurídico, al recaer sobre fincas concentradas, nos hubiera hecho conocer de qué manera y en qué medida afectaba a ese tráfico la transformación que las fincas habían experimentado.

Naturalmente, nos referimos a la transformación puramente jurídica que han sufrido. Dejamos a un lado el aspecto material, agrícola, pues no vamos a hablar de problemas agrarios, que desconocemos, cometiendo análogo atentado al que realiza ese gran número de analfabetos en Derecho, que siendo peritos, por ejemplo, en sembrar patatas o en vender carbón, se permiten opinar y discutir sobre Derecho con una audacia que, a pesar de estarla sufriendo a diario y de antiguo, sigue dejándonos tan estupefactos como el primer día que la observamos.

Dejamos, pues, a un lado, repetimos, el aspecto técnico agrario, sobre el que aceptamos de antemano los óptimos resultados que con la concentración se obtendrán, y que sin duda han de ser tales que expliquen la necesidad de tan cara y laboriosa reforma.

Pero si esperamos a lograr aquella experiencia de ver terminada y consolidada una gran zona de concentración, va a transcurrir demasiado tiempo. Piénsese, por ejemplo, que en el sector a que pertenecemos (partido judicial de Guadalajara) hace varios años que comenzaron los trabajos en diversos términos municipales y, a pesar de la laboriosidad de las comisiones encargadas, aún no se ha terminado ni uno.

Por esta razón, y por la de que los inconvenientes que hemos creído ver tienen más fácil arreglo ahora que después de terminada la concentración, nos hemos atrevido a consignarlos aquí, con el buen deseo de que no se obtengan sólo ventajas en la explotación de las tierras, sino también en su tráfico jurídico, ya que estamos convencidos de que si con una buena o mala economía agraria se puede tener un orden legal perfecto, con un orden legal defectuoso se tendrá necesariamente una mala economía agraria, toda vez que ésta es dependiente de aquél, y de ella forma parte el tráfico jurídico.

Consignaremos algunos inconvenientes que nos parece observar en la actual legislación sobre esta materia, y su posible remedio.

* * *

El primero de ellos podríamos enunciarlo como una privación a determinados propietarios de unos beneficios que habían adquirido al amparo de una legislación anterior, y a quienes se obliga a volver a adquirirlos. Trataremos de demostrar que esto sucede en la forma dicha.

Hoy, y cada día más, la base de muchas economías está en el crédito. Y la economía o economías agrícolas individuales, que juntas suman la economía nacional agraria, no escapan a esa necesidad de crédito. El Estado, apercibido de esto, ha creado con gran acierto, dentro de todo un gran plan de protección y estímulo al agro español, un sistema de créditos a agricultores que está empezando a dejar sentir sus beneficiosos efectos.

Todos los que estamos en contacto con los agricultores, que conocemos su economía muchas veces a través de los documentos que otorgan, pues éstos reflejan sus vaivenes económicos mejor que un libro de caja (compra de tierras, venta, hipoteca, cancelación de la hipoteca...), todos, repito, hemos visto ir desapareciendo un contrato de consecuencias casi siempre desastrosas: la venta con pacto de retro. No es arriesgado afirmar que esto se debe a las facilidades para obtener créditos.

No hay necesidad de extenderse sobre lo útil, por no decir imprescindible, del crédito agrícola. Basta con sentarlo como premisa.

Ahora bien, ¿cómo funciona ese crédito? Una cosa es que se le den toda clase de facilidades en la obtención y que las condiciones

sean las más ventajosas que pueda permitirse quien presta el dinero, y otra, muy distinta, que todo eso se haga sin una garantía de restitución.

Esa garantía no es ni debe ser otra que la hipoteca. Y a su vez, para que ésta sea eficaz, es preciso que exista una seguridad absoluta de que el derecho de preferencia al cobro que la misma entraña va a tener realidad, es decir, que no exista ningún otro gravamen preferente que pueda absorber el valor de la cosa hipotecada. Sólo cuando esa seguridad exista, el préstamo, salvador de un mal momento o creador de mejoras, surgirá con fluidez, y sólo cuando no existan riesgos para el que presta, las condiciones del préstamo serán correctas y no leoninas.

A estos fines, para que esta seguridad se dé, está el Registro de la Propiedad con las leyes que lo regulan y que asegura al que acude a él que la finca que figura libre de cargas lo está sin dudas para el tercero que a su protección se acoge.

Y para esto, para poder asegurar a aquellos con quienes tenían que contratar que sus fincas eran efectivamente suyas y estaban libres, infinidad de propietarios formalizaron sus títulos y los inscribieron en el Registro; para lograr todo lo cual hicieron los gastos que la Ley establece. Desdeñaron el cómodo anonimato, pagaron los impuestos de timbre y derechos reales, hicieron pública su adquisición con todas sus posibles consecuencias fiscales y pagaron los honorarios de Notarios y Registradores.

A cambio de todo esto, el ordenamiento legal les concedió una situación jurídica: la de poder demostrar que eran dueños legítimos e indubitados de sus fincas, y que éstas, por estar libres también de forma indubitada, les sirvieran de garantía que ofrecer para sus créditos.

Han adquirido, pues, algo al amparo de una legislación.

A estos propietarios nos referíamos antes, cuando decíamos que uno de los inconvenientes que veíamos a la legislación de Concentración Parcelaria es que priva a algunos propietarios de unos beneficios que habían adquirido al amparo de una legislación, obligándoles a volver a adquirirlos.

En efecto. El art. 55 del Decreto de 10 de agosto de 1955 dice en su primer párrafo y en la regla primera lo siguiente:

«Las fincas y situaciones jurídicas resultantes de la nueva or-

denación de la propiedad serán inexcusablemente inscritas en el Registro, de acuerdo con las normas siguientes, entendiéndose modificada en lo necesario la vigente legislación hipotecaria.

1.ª Todas las fincas de reemplazo serán inscritas en el Registro de la Propiedad, sin hacerse referencia en el asiento que se practique, salvo los casos determinados en la presente Ley, a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican y aun cuando estas parcelas aparezcan inscritas a nombre de personas distintas de aquellas con quienes, a título de dueño, se entendió el procedimiento de concentración. Estas inscripciones no surtirán efecto respecto de terceros hasta transcurridos cinco años desde su fecha.»

Resulta, pues, que quien tenía sus fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y estaba amparado por la legitimación y fe pública registrales, cuando acaba la concentración en el término en que sus fincas radican se encuentra con que le inscriben las parcelas, que a cambio de las que tenía le adjudican, pero con una clase de inscripción que en principio, y durante el largo plazo de cinco años, no surte efectos en cuanto a terceros.

Esto quiere decir que durante cinco años el propietario no puede, si no cumple determinados requisitos, acreditar ante tercero que sus fincas son suyas de manera indubitada.

Y la regla tercera de ese mismo artículo establece:

«3.ª En la inscripción de las fincas de reemplazo se hará constar que quedarán afectadas por las situaciones registrales relativas a las parcelas de procedencia en los términos que se desprenden de la regla anterior.»

Y esto quiere decir que de no cumplir los trámites y requisitos que después veremos, tampoco puede acreditar fehacientemente que sus fincas están libres de un posible gravamen.

Le han privado, pues, de unos beneficios que tenía.

Veamos ahora cómo se le obliga a volverlos a adquirir. Como el dejarle en esa situación sería absurdo, ya que durante cinco años se produciría un grave colapso en el tráfico jurídico, pues desaparecería la seguridad sobre las titularidades y sobre la libertad de cargas, con lo que automáticamente además se reduciría a cero el crédito cuya importancia hemos visto, la Ley ofrece un remedio, en la regla 5.ª del tan citado artículo 55, que es el siguiente:

«5.° Los titulares de las fincas de reemplazo pueden, en cualquier tiempo, provocar, por el procedimiento abreviado a que se refiere la norma 2.ª, la declaración, inscribible en el Registro, de que la finca a que se refiera la solicitud está libre de gravámenes o de que pertenece al solicitante en virtud de título legítimo a efectos de reanudación de tracto. Por el mismo procedimiento, el Juez podrá declarar, en su caso, que en los asientos registrales de las parcelas de procedencia no hay nada que se oponga a la titularidad registral atribuída a las nuevas fincas, haciéndose constar tal declaración en el Registro de la Propiedad con plenitud de efectos respecto de terceros.»

Ese procedimiento abreviado es el de acudir al Juzgado de Primera Instancia con la oportuna petición para que el Juez, oyendo a las partes, pidiendo informe al Servicio de Concentración Parcelaria y practicando las pruebas que considere convenientes o necesarias, determine si procede que se haga constar en el Registro la declaración de libertad de gravámenes, o la de pertenencia de la finca en virtud de título legítimo a efectos de reanudación de tracto o la de titularidad registral sin oposición.

Ha de ocuparse, pues, el propietario, de revalidar una situación jurídica, o más bien unos beneficios legales, que sin su culpa le han disminuído.

Se puede pensar que no es grave la cosa desde el momento que con tan sencillo procedimiento puede volver a la situación de seguridad que antes tenía.

Modestamente opinamos que aunque el procedimiento es tan sencillo, ni es cómodo ni es justo que tenga que acudir a él. Por principio se le deben dejar las fincas al propietario —las fincas de reemplazo queremos decir— en igual situación jurídica que tenían las parcelas de procedencia, nunca en situación peor.

Además, no sabemos qué pruebas querrán practicar los Jueces, pero es seguro que no obrarán de ligero en materia tan delicada como venir a declarar que no hay nada que se oponga a la titularidad atribuída y que las fincas están libres. Por tanto, puede que resulte laborioso para el interesado, ya que la Ley no limita las pruebas a que el Juez puede acudir. Hay que oír, además, al Servicio de Concentración. Todo esto, en la práctica, son molestias para el propietario y dilaciones que no tenía por qué soportar.

Si este criterio seguido por la Ley tuviese alguna explicación o si no hubiese otra solución, no habría más remedio que aceptarlo en atención al fin superior que guía la reforma de concentración.

Pero no se nos ocurre ninguna explicación que justifique las normas que estamos estudiando y creemos que hay otro camino más cómodo, más rápido y más justo que el que la Ley ofrece. Es el siguiente :

Las Comisiones de Concentración hacen la investigación de propietarios y validas de sus miembros letrados determinan, no sólo quién es propietario de cada parcela, sino el carácter de los bienes : si son gananciales, privativos o parafernales ; dotales, etc., etc.

Pues bien, si determina o concreta todos esos extremos, que quizá sean difíciles de calificar en muchos casos, con mucha más facilidad, en ese momento de la investigación de propietarios o más tarde, puede fijarse en la situación registral de las fincas y decir, al atribuirle las de reemplazo, que éstas están protegidas por la fe pública registral sin limitaciones, porque lo estaban las de procedencia, de igual modo que dice, y con tal carácter se inscriben, si son gananciales, parafernales, etc.

Piénsese que las pruebas que habrá que ofrecer al Juez en el procedimiento que hoy fija la Ley serán substancialmente las mismas que se han tenido a la vista al hacer la investigación de propietarios y calificación de los bienes por el Servicio de Concentración ; que el informe que hay que pedir al Servicio es porque éste es el que ha estudiado la cuestión en principio, a cuyo estudio habrá que retroceder otra vez para volver a examinar lo que ya se tuvo o se debió de tener a la vista , y que no se trata de una declaración de derechos para la que sea oportuna la resolución judicial en procedimiento especial, pues si hay algún derecho le tiene ya declarado a su favor el propietario que aporta a la investigación sus títulos inscritos y vigentes. Pero aun en el caso de que se estime que tal declaración debe ir sancionada con la autoridad de un Juez, piénsese que el de Primera Instancia forma parte de la Comisión de Concentración, presidiéndola.

En suma, creemos y sugerimos que la declaración a que se refiere la regla 5.ª del art. 55 del Decreto de Concentración Parcelaria se debe hacer antes de que la concentración se inscriba en el Registro, y no dejar al propietario—que una vez terminada espera

que al menos encontrará sus nuevas fincas como tenía las antiguas— con el engorroso problema de acudir al Juzgado a que le declaren unos derechos para cuya obtención ya hizo en su momento todo lo que las leyes vigentes habían establecido.

Con el sistema que proponemos se lograrían varias cosas ; en primer lugar, conceder a los propietarios lo que es justo, o mejor dicho, no dejarles en una situación peor que la que tenían antes de la concentración y que a todas luces considerarán algo injusta ; se evitará que el efecto que produzca esa minoración de derechos, en cuanto sea percibido por los interesados, redunde en un descrédito para la reforma, y por último se evitará asimismo que la propia legislación de concentración sea incongruente consigo misma, ya que la promesa que hace en su art. 3.º la Ley al decir que «el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo en la forma y circunstancias que establece esta Ley», resulta, como se ha visto, incumplida, desde el momento en que el dominio y situación jurídica de las parcelas objeto de concentración no pasan, ni mucho menos, a recaer «inalterados» sobre las fincas de reemplazo. Pasa alterada su situación y no para mejorar sus condiciones, sino para empeorarlas.

* * *

Otro inconveniente que creemos observar en la Ley que comentamos puede definirse así : creará en muchos casos un confusionismo en el Registro de la Propiedad que no podrán evitar los Registradores por mucho celo que pongan en el ejercicio de su función y por muy advertidos que estén de este peligro.

Ese confusionismo afectará de manera directa a uno de los principios fundamentales de todo buen sistema registral : el principio de especialidad.

Y fallando éste vendrá necesariamente un resquebrajamiento de otro : el de fe pública.

Creemos, y ahora explicaremos por qué, que no habrá forma de evitar esa confusión en la identificación de las fincas y el régimen jurídico aplicable a cada una.

La Ley de Concentración habla en numerosos artículos de «zona a concentrar». Zona de concentración es la superficie sobre la que

van a ejecutarse los trabajos de transformación de fincas, y quien la fija es el Ministerio de Agricultura señalando el perímetro que determina, en principio, la zona a concentrar.

Como esta determinación viene impuesta por la situación de hecho de la excesiva parcelación, que es el mal que se trata de remediar, resulta que tal situación de minifundio puede darse en cualquier perímetro, o sea en un perímetro que resulte ser el de todo un término municipal o sólo una parte de éste.

Por consiguiente, y así está sucediendo en la práctica, al fijarse la zona a concentrar, unas veces se ha comprendido en ese perímetro todo un término municipal y otras sólo una parte más o menos grande del mismo.

Y surge el problema precisamente en este supuesto de que la concentración se realice sólo en cuanto a una parte de un término municipal.

En el art. 15 de la Ley se observa que se ha rozado el problema, que se han dado cuenta de que pudiera convenir no ignorar la relación que existe o debe existir entre la «zona» y el «término municipal». Sin embargo, se pasa sobre el problema sin resolverlo. Solamente se faculta al Servicio de Concentración Parcelaria para que excluya, cuando lo crea conveniente, de la «zona a concentrar», aquellas parcelas limítrofes que pertenezcan a «distinto término» (entendemos que al hablar de término la Ley no puede referirse a otra acepción que la de municipal).

En la actualidad, pues, se está realizando la concentración en muchos sitios concretándola a sólo una parte de un término municipal.

El primer paso que en relación con el Registro de la Propiedad ha de darse es el ordenado por el art. 54 de la Ley de Concentración, que consiste en comunicar al Registrador el perímetro de la zona a concentrar, con el fin de producir el cierre del Registro respecto de los títulos aún no presentados relativos a fincas situadas en la zona, y también para que si el Registrador expide alguna certificación relativa a las mismas indique la existencia del procedimiento de concentración.

Surge aquí la primera dificultad. Cuando después de recibida esa comunicación se presente un título en el Registro, hay que averiguar si la finca o fincas a que este título se refiere están comprendidas en la zona concentrada o si, por el contrario, está

entre las excluidas, para denegar su despacho en el primer supuesto o tramitarle en el segundo.

No será fácil averiguar tal cosa. Aun suponiendo que tales comunicaciones sean un dechado de precisión y amplitud, los nombres de los sitios o parajes donde están situadas las fincas se repiten en la práctica hasta la saciedad; los linderos fijos (ríos, canales, caminos, barrancos, etc.) sirven de límite a cientos de fincas (todas las que los bordean por ambas márgenes), y los linderos no fijos, es decir, los nombres de los propietarios de las parcelas colindantes, no sirven las más de las veces para que el Registrador conozca, a la sola vista del documento, el emplazamiento de la finca en cuestión.

Creemos que será muy difícil averiguar por la descripción de la finca que conste en el documento presentado y su comparación con la comunicación de concentración, si la finca está en la zona concentrada o en la excluida.

Pero no insistimos más en esta dificultad porque con más o menos trabajo puede identificarse la finca en cuestión, aunque sea pidiendo informe al Servicio de Concentración, y además porque por experiencia ya sabemos que en cuanto se empieza a hablar en un pueblo de que se va a hacer la concentración, se paraliza de tal modo la contratación que raro será el título que se presente a inscripción.

La gravedad no está, pues, ahí; está en lo que sucederá una vez terminada e inscrita la concentración de *parte* de un término municipal.

Supongámosla ya inscrita y en régimen, pues, de normalidad.

Hasta hoy había dos clases de fincas: las inscritas en el Registro de la Propiedad y las no inscritas. No es un régimen envidiable, pero ya nos habíamos habituado a él y los efectos de tan absurdo sistema se iban corrigiendo poco a poco.

Pero cuando se produzca lo que estamos estudiando habrá las siguientes clases:

- 1.ª Fincas inscritas al amparo del antiguo régimen y vueltas a inscribir como consecuencia de la concentración.

Estas fincas tendrán, pues, dos inscripciones, que aun referidas al mismo objeto, muchas veces darán como titular a distintas personas.

2.^a Fincas que no estaban inscritas y que ahora se han inscrito por la concentración.

3.^a Fincas inscritas por el antiguo sistema y que no han sido afectadas por la concentración por estar enclavadas en la zona excluida. Sus inscripciones, pues, siguen con todo su valor y vigencia; y

4.^a Fincas no inscritas que siguen sin inscribir por no haberles afectado tampoco la concentración y que serán susceptibles de inmatriculación en cualquier momento.

Y ahora piénsese lo que sucederá dentro de muy pocos años, cuando las fincas empiecen a ser objeto de sucesivas transmisiones.

En las primeras transmisiones que se verifiquen, el título de adquisición del transmitente nos servirá de guía para saber si la finca es de las concentradas o no, ya que constará en el documento que la adquirió por adjudicación consecuencia de las operaciones de concentración, pero a la segunda transmisión, quien transmita dirá ya que la adquirió por compra o herencia o donación, etc., de Fulano de Tal; un nombre que nos servirá de muy poco. Y en cuanto la finca haya experimentado alguna variación en su extensión o en sus linderos, y se haya producido una interrupción en su tracto registral, no habrá forma humana de saber a cuál de las cuatro clases de fincas antes apuntadas pertenece.

El Registrador no tiene facultades para exigir que le presenten todos los títulos anteriores relativos al dominio de una finca, y ha de averiguar sin más datos que el título presentado y su previo de qué finca se trata y, repetimos, en cuanto la finca haya variado de linderos o extensión por nueva medición o por divisiones o segregaciones o agrupaciones, resultará imposible tal identificación.

Consecuencia de esto: un evidente peligro de dobles inmatriculaciones con todos los inconvenientes que ello lleva consigo. Ya dijimos antes que al flojear el principio de especialidad, o sea la determinación o individualización exacta de cada finca, se resquebrajaría el de «fides publica» o de protección a terceros.

Y como ese confusionismo nos parece inevitable si se sigue el sistema de concentrar sólo parte de un término municipal, creemos que la solución se impone. Y es bien sencilla: Realizar la concentración afectando siempre a todo el término municipal. Es de suponer que cuando se cree necesario concentrar parte de un término

será porque la gran mayoría de su superficie padece el excesivo minifundio, y por consiguiente, la parte que se hubiera de excluir será una extensión pequeña. ¿Por qué no incluir en los trabajos esa pequeña parte? Con ello se sabrá siempre que todas las fincas radicantes en el término fueron objeto de concentración y se evitará automáticamente la posibilidad de la doble inmatriculación.

La necesidad de que todo el término municipal siga el mismo régimen jurídico nos lo demuestra la propia Ley de Concentración. Además del artículo antes visto, el 15, que faculta al Servicio de Concentración Parcelaria para excluir de la zona concentrable las parcelas limítrofes que sean de otro término, hay otro, el 63, donde se observa mucho más claramente esa necesaria correlación entre zona concentrada y término municipal.

Los arts. 62 y 63 de la Ley disponen, en resumen, lo siguiente: Una vez realizada la concentración, las «unidades mínimas de cultivo», o mejor dicho, las fincas de extensión igual o inferior a la unidad mínima de cultivo, son indivisibles, y las parcelaciones de predios de extensión superior a dicha unidad sólo serán válidas cuando no den origen a parcelas de extensión inferior a ella. Y se sancionan con la más absoluta nulidad los actos por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas contraviniendo lo dispuesto: ni los Tribunales y Autoridades reconocerán ningún efecto a tales actos, ni los Notarios autorizarán el documento si la división o segregación es ilegal, conforme a lo dicho.

Ahora bien, ¿a qué fincas se refiere esto?

En principio parecería que sólo afectaba a las fincas que hubieran sido objeto de concentración, y que las excluidas se rigiesen en este punto concreto de divisiones o segregaciones originadoras de parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, por la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio del año 1954, creadora de un nuevo derecho de retracto legal a favor de los colindantes, y que es, por tanto, bastante distinta a la que examinamos, pues regulando el mismo hecho lo sanciona de forma totalmente diferente; una con la nulidad y otra con la validez unida a un retracto. Sin embargo, no sucede como era de esperar. El art. 63 de la Ley de Concentración Parcelaria, en su párrafo 3.º, al referirse a la prohibición de que los Notarios autoricen los documentos a que antes nos hemos referido, no habla de «fincas concentradas», sino de «fincas sitas en términos municipales afectados total

o *parcialmente* por la concentración». Por tanto, basta que estén en un término en el que una parte de su superficie se haya concentrado; aunque la finca objeto de la división o segregación esté en la zona excluida de concentración, por el solo hecho de pertenecer a ese término se le aplicará el art. 63 de la Ley.

O sea, que el régimen jurídico de las fincas concentradas se extiende a todas las del término municipal.

Igual cabe decir del régimen económico si nos fijamos en el segundo párrafo del art. 59 de la Ley, que dispone que la riqueza imponible «total correspondiente al Municipio» donde esté situada la zona, no podrá aumentarse en veinte años, a contar de la fecha en que se fijó por última vez.

Así, pues, si el régimen jurídico y económico se aplicara a todo el término, aunque sólo una parte se haya concentrado, ¿por qué no hacer igual con lo relativo a su inscripción? ¿Por qué no inscribir todo el término si el trabajo de incluir la parte excluida será mínimo, y con ello se evitarán los inconvenientes apuntados?

Esperemos que, en el futuro, se haga así, y podremos mirar con más tranquilidad las consecuencias registrales de la concentración parcelaria.

ISIDORO DELGADO ROLLÁN.

Registrador de la Propiedad

Bases para la construcción del método de la Ciencia del Derecho (1)

SUMARIO

CONCEPTO DE MÉTODO Y CIENCIA.

DESARROLLO METÓDICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

I. *Filosofía del Derecho.*

A) *Metafísica del Derecho*

- a) Teorías - Crítica.
- b) Solución - Consecuencia.

B) *Ontología del Derecho.*

- a) Teorías - Crítica.
- b) Solución - Consecuencia.

C) *Conclusión.*

II. *Arte del Derecho.*

A) *Arte para conocer el Derecho considerado en abstracto (Técnica de investigación).*

- a) Método experimental - Posibilidad de su aplicación a la Ciencia del Derecho.
- b) Método dogmático - Aclaración de los términos «dado» y «construido», en Derecho.

(1) Como indica el enunciado, sólo pretendo establecer los primeros jaulones que me sirvan de pauta para un posible desarrollo futuro de la materia en cuestión, por tanto, tiene valor provisional, ya que está supeditado, caso de poder realizar mi aspiración, al crisol de las sugerencias, que, agradecido, estoy dispuesto a admitir, y a mi propio estudio y reflexión; siendo la intención que me guía, hallar la verdad y no entablar controversia.

- a') Formación de la premisa mayor.
 - 1 Percepción.
 - 2 División.
- b') Formación de la premisa menor.
- c') Obtención de la conclusión.
 - 1. Definición.
 - 2 Comparación.
 - 3 Clasificación.
 - Experimental: Si instituciones jurídicas - Parte especial - Sistema.
 - Conceptual: Si conceptos jurídicos - Parte general - Metodología.
- c) Consecuencia.
 - a') Principios tradicionales.
 - b') Principios políticos.
 - c') Principios característicos del sistema.
- B) *Arte para conocer el Derecho considerado en concreto* (Técnica de aplicación).
- C) *Arte para la enseñanza* (Técnica pedagógica).

III. Conclusión.

- A) *Significado del método respecto a la Ciencia del Derecho.*
- B) *Desarrollo del concepto Ciencia del Derecho.*

CONCEPTO DE MÉTODO Y CIENCIA

Podemos definir el método como «todo orden que se adopta en la ciencia para investigar, aplicar y enseñar la verdad». Se derivan dos consecuencias:

1.^a Su ámbito de aplicación se identifica con el de ciencia, considerando ésta como «sistema de conocimientos que, partiendo de principios evidentes, descubre otros verdaderos y ciertos, con valor necesario en el orden especulativo, aunque no siempre en el práctico». (Posteriormente desarrollaré esta definición.)

2.^a Será siempre uno y múltiple a la vez: uno, en cuanto es preciso valerse siempre de toda la energía intelectual, y aun de la moral o volitiva de que dispone el hombre; múltiple, no sólo en cuanto en distintas ciencias esta energía se ha de aplicar por procedimientos distintos, sino porque en cada una de ellas han de entrar en juego diferentes problemas según sea su objeto (WUNDT).

DESARROLLO METÓDICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

A mi modo de ver, la Ciencia del Derecho abarca dos grandes campos en relación de subalternación, cuya ordenación corresponde al método: Filosofía del Derecho, Arte del Derecho.

I. *Filosofía del Derecho*.—Tiene por objeto buscar la causa remota y la esencia del Derecho, comprendiendo, por tanto, la Metafísica del Derecho y la Ontología del Derecho.

A) *Metafísica del Derecho*.—Como indiqué, trata de determinar la causa remota del Derecho, su fuente originaria, que le sirva de fundamento y legitimación, imponiéndose al mismo a modo de «imperativo categórico» kantiano.

a) *Teorías*.

a') Teorías que basan el Derecho en la voluntad.

1. Escuela autocrática de la voluntad del soberano (HOBBS, DE MAISTRE).

2. Escuela del contrato social, del libre consentimiento de los hombres (LOCKE, ROUSSEAU, SCHOPENHAUER).

b') Teorías que basan el Derecho en la razón.

1. Escuela protestante del Derecho Natural, racionalista en el método y subjetivista en el criterio, considera al Derecho Natural trascendente al hombre, descubierto por la razón, derivado de la naturaleza humana (GROCCIO, PUFFENDORF).

2. Escuela racionalista, también es racionalista en el método y subjetivista en el criterio, pero en mayor grado, ya que lo considera immanente al hombre, creado por la razón (no descubierto) (KANT, FICHTE).

c') Teorías que basan el Derecho en la experiencia (positivismo).

1. Positivismo histórico (Escuela Histórica), considera que el Derecho es un producto del espíritu del pueblo, encontrando su fundamento en la Historia (SAVIGNY, PUCHTA, BRUNTSCHILI, WUNDT).

2. Positivismo jurídico (Normativismo), al considerar el Derecho como un conjunto de normas, y admitiendo una serie escalonada jerárquicamente de diversas formas normativas, encuentra su fundamento en la derivación lógica de la norma superior : la Constitución (KELSEN). De manera análoga, JHERING, al considerar al Derecho objetivo como «conjunto de normas, según las cuales se ejerce en un Estado la coacción», considera al Estado como la fuente remota del Derecho, ya que es el detentador de la coacción.

3. Positivismo sociológico (Sociólogos, Escuela del Derecho libre) al enfocar el Derecho desde el punto de vista de la realidad social, encuentra en la misma su fundamento, como orden interno y pacífico de los grupos humanos, es decir, en la seguridad jurídica pero entendida ésta en sentido absoluto, material e individual, sin relación con la idea de justicia (EHRlich, GUMPlOWICK, WEBER, KANTOROWICK).

d') Teoría que basa el Derecho en el Derecho Natural, entendido en sentido objetivo, inmutable y universal : Escolástica (SANTO TOMÁS), iusnaturalistas españoles del siglo XVI (SUÁREZ, MOLINA y SOTO), necescolástica (PRISCO, CATHREIN).

Crítica.

a') Respecto a las teorías que basan el Derecho en la voluntad, lo confundiríamos con la fuerza, negando en definitiva la esencia del Derecho, que como luego veremos consiste en «regular y valorar acontecimientos de la vida social, con un criterio de justicia».

b') Si lo fundamos en la razón o en la experiencia, adoptaremos un criterio insuficiente, ya que las ciencias necesitan principios inmutables y universales, pues como dice BALMES : «se puede desafiar a todos los filósofos del mundo a que discurren sobre un hecho cualquiera, sin el auxilio de las verdades ideales : por una parte, la razón humana se destruye si se le quita ese fondo de verdades necesarias que constituyen su patrimonio común, la razón individual no podrá dar sino muy cortos pasos, puesto que se hallará abrumada de continuo con el peso de la observación ; no sólo en la complicación de un largo discurso, sino también en las enunciaciones más sencillas, se halla la expresión de un fondo de verdades generales, necesarias, que sirven como de trama para el enlace de

los contingentes». Por otra, la experiencia sola no da más que datos, pero el conocimiento de éstos no es conocimiento científico; éste nace solamente cuando se llegan a discernir sus leyes y sus causas. Para que haya ciencia es necesario formular la ley que dé unidad y trabazón a los datos, y esta ley no puede formularse, ni conocerse, sin principios metafísicos; además, los mismos empiristas parten de una proposición no experimentada: la de que la experiencia es la fuente remota del Derecho.

b) *Solución*.—En mi opinión, no cabe duda que hay que adoptar la postura de la doctrina escolástica, como lo hacen modernamente CASSO y ROMERO, DE CASTRO, LEGAZ, HERNÁNDEZ GIL, LOIS ESTÉVEZ, etc. Para ello, basta simplemente señalar la realidad del orden, como hacen BALMES y CASSO; dice BALMES: «donde hay orden, donde hay combinación, hay causa que ordena y combina: el acaso es nada. Una que otra coincidencia la podemos mirar como casual, pero siendo muy repetidas, se afirma sin vacilar, aquí hay enlace, hay misterio, no llega a tanto la casualidad»; y es que, como señala CASSO, «el orden es algo que se da fuera del hombre, que transcende de él; por ello, el Derecho que lo mantiene no puede ser conquista, ni mucho menos la creación de la razón humana, sino un imperado establecido por el Autor único del orden universal: Dios. Tal imperado se contiene en la Ley Natural, como parte de la Ley Eterna, en cuanto ésta rige al hombre; y este contenido de la Ley Natural es el Derecho Natural». Pudiendo, en consecuencia, afirmar que sus rasgos son:

a') Su origen divino (participación de la Ley Eterna en la criatura racional).

b') Su carácter objetivo, obligatorio, inmutable y universal.

c') Su coexistencia con el Derecho Positivo, necesitándose mutuamente:

1. El Derecho Positivo necesita del Derecho Natural, como ya dije, para su legitimación y fundamento, pudiendo derivar, como señala Santo Tomás, de dos maneras:

— Como conclusión del principio: leyes que son obligatorias, porque son justas por naturaleza, y, por tanto, son comunes a todos los pueblos («*ius gentium*»).

— Por modo de determinación particular: leyes que son obligatorias por ser legales («*ius civile*»).

2. El Derecho Natural necesita del Derecho Positivo, ya que por sí solo es insuficiente para regular las relaciones sociales :

— Sólo son evidentes los principios más generales del Derecho Natural, necesitándose, por tanto, la fijación de una manera positiva de las reglas que no tengan tal evidencia.

— La falta de coacción del Derecho Natural hace necesario acudir al Derecho Positivo para lograr su efectividad.

— Como medio de mantener la seguridad jurídica, no en el sentido del positivismo sociológico, que la considera el fin último del Derecho, como vimos, sino como medio para lograr la justicia (Derecho Natural), verdadero fin del Derecho

Consecuencia.—Siendo del Derecho Natural el fundamento y causa remota del Derecho Positivo, habrá que reconocer la existencia de unos principios metafísicos, cuyo fin último será la Justicia, pudiendo perfilar su actuación del siguiente modo :

a') Relación entre la Justicia y la seguridad social. Se pueden distinguir dos tendencias :

1. Tendencia que tiende a separar su campo de actuación, considerando que la Justicia se refiere al bien de los individuos y la seguridad al bien del Estado.

— La Escuela sociológica estima la seguridad como el último fin del Derecho, como señalé.

— La Escuela de la Jurisprudencia de intereses, por el contrario, supervalora la Justicia individual, al considerar que el Derecho tiene por fin resolver conflictos de intereses entre individuos, por medio de la Justicia, abstracción hecha de si va contra el orden social.

2. Tendencia que tiende a equiparar su campo de aplicación, considerando que ambas se presuponen y condicionan (Escolástica) :

— La Justicia implica orden social, como consecuencia del orden universal derivado de la Ley Eterna.

— La seguridad es uno de los presupuestos de la Justicia.

Pudiendo, por tanto, afirmar con esta tendencia, que es la verdadera, que el fin perseguido por la Justicia no es ni el bien particular de cada individuo, ni el total del Estado, sino el bien de todos y cada uno de los súbditos (bien común).

b') Actuación de los principios metafísicos en el Derecho Positivo. Siguiendo a LUÑO PEÑA, se puede indicar :

1. En caso de existencia de leyes positivas, en las que hayan penetrado o estén incorporados los principios del Derecho Natural: cumple una función interpretativa y de control.

2. En caso de defecto de reglas particulares positivas: cumple una función integradora o supletoria.

3. En caso de reglas positivamente sancionadas y contradictorias con dichos principios: cumple una función correctora. Es el problema del llamado «derecho injusto». La cuestión presenta dos aspectos:

A' Teóricamente, aparecen dos dificultades: por una parte, si se autoriza la desobediencia a estas leyes, se abre la puerta a la anarquía; por otra, si se establece la necesidad de respetarlas, se abre la puerta a la tiranía. Pues bien, históricamente, según el peligro que se consideraba primordial, se pronunció la doctrina por uno u otro criterio con preferencia, pero sin dejar de tener en cuenta el otro:

— SANTO TOMÁS señala que carecen de valor normativo y no producen obligatoriedad en conciencia; pero en el fuero externo, si van contra un bien humano, han de acatarse, por el escándalo o desorden que se producirá; pero si van contra un bien divino, hay que desobedecerlas, pues hay que obedecer antes a Dios que a los hombres (tiende a evitar principalmente la tiranía).

— MOLINA, SUÁREZ y MARIANA tienden a limitar del derecho de resistencia activa a la ley injusta (evitar la tiranía).

B' Prácticamente, será difícil precisar cuándo una regla va contra el Derecho Natural, negándose que dependa del criterio particular de los individuos (como pretenderían el iusnaturalismo protestante y el racionalismo), y únicamente podrá apreciarse cuando vaya contra la doctrina objetiva de algún precepto divino.

B) *Ontología del Derecho*.—Tiene por objeto determinar la esencia del Derecho y sus elementos fundamentales. Consistirá, como dice LOIS ESTÉVEZ, «en los supuestos esenciales o permanentes que resultan invariables, a pesar de las sucesivas apariciones e investiduras distintas con que la misma noción se nos presenta, teniendo carácter «apriorístico», ya que es un postulado mental necesario, que antecede a su particularización, la cual no es otra cosa que una consecuencia de la posibilidad de comprensión de esta idea

en el ámbito de la otra. De aquí que la investigación de este concepto se pueda hacer únicamente considerándolo en sí mismo, aunque quepa después verificar una regresión a título de comprobatoria». No siendo obstáculo de esta unidad esencial del Derecho:

1. Ni la variedad jurídica en los distintos tiempos y lugares, ya que en medio de sus diferencias tienen de común ciertos principios esenciales y se derivan del mismo primer principio: el Derecho Natural; al lado de la «heteronimia» accidental de las leyes, existe la «homonimia» esencial de las mismas.

2. Ni las distintas acepciones y ramas del Derecho, ya que como dice LEGAZ, todas tienen un fondo ontológico común, que sirve de presupuesto a toda experiencia jurídica.

a) *Teorías.*

a') Teorías que encuentran la esencia del Derecho en la norma jurídica, aunque discrepan en la naturaleza de la misma:

1. Normativismo de Kelsen. Si bien señala la norma jurídica como esencial al Derecho, presenta en su evolución doctrinal una solución diametralmente opuesta en la consideración de su naturaleza: comenzó reputándola como un juicio hipotético del legislador, que no implicaba ningún juicio ético o valorativo, sino sólo intelectual; para terminar considerando últimamente que es una prescripción dirigida a nuestra voluntad, que es lo que la diferencia de la regla de derecho.

2. Teorías que atribuyen a la norma jurídica naturaleza voluntarista (como un imperativo). A su vez, hay que distinguir:

— Como un imperativo abstracto dirigido a los órganos del poder público, teniendo carácter puramente formal y secundario, el cumplimiento por el pueblo (JHERING).

— Como un imperativo dirigido directamente a todos los súbditos, tanto al pueblo como a las autoridades (ROTONDI).

3. Formalismo de MESSINEO. Adopta un criterio armónico, señalando que las normas son el producto de una elaboración conceptual, que aun cuando encierran un imperativo y pertenecen al mundo de la voluntad, aparecen expresadas en términos conceptuales, y como tales han de reconstruirse y entenderse.

b') Teorías que encuentran la esencia del Derecho en la vida social.

1. Escuela sociológica (EHRlich, WEBER, GUMPlOWICK): el Derecho es la ordenación pacífica y espontánea que regula la vida interior de los grupos sociales y la colaboración común en su seno; anterior al Derecho emanado de las decisiones de los Jueces y al Derecho de la organización estatal.

2. Escuela de la jurisprudencia de intereses (HECK, RÜMELIN, MÜLLER-ERZBACH, PÉREZ GONZÁLEZ, GARRIGUES, VAZ SERRA): el Derecho es un producto de los intereses que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento, siendo las leyes el resultado de esa pugna de intereses.

3. Escuela egológica (CARLOS COSSIO, W. GOLDSCHMIDT): Derecho es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva (diferenciándose de la Escuela sociológica, según COSSIO, en que ésta se levanta sobre la «lógica del ser» y la egológica sobre la del «deber ser»). Construcción de COSSIO: dentro de la esfera de la Cultura, hay que distinguir:

A' Objetos culturales desgajados de la persona de su creador: objetos de arte.

B' Objetos culturales enfocados en relación con la persona de su creador: objetos egológicos (la conducta humana), que se puede considerar, a su vez, en dos supuestos:

— Como conducta en relación con otras conductas posibles del mismo sujeto: conducta humana en su interferencia subjetiva, tema de la Moral.

— Como conducta en relación con otras conductas posibles o reales de otros sujetos: conducta humana en su interferencia intersubjetiva, tema del Derecho.

c') Teorías mixtas.

1. Realismo jurídico de CARNELUTTI: Derecho es un «sistema de mandos encaminados a solucionar los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social». Se deriva:

— Su carácter social: solucionar los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social.

— Su carácter normativo: sistema de mandos (pareciendo que adopta, respecto a la naturaleza de la norma, el criterio armónico al distinguir entre precepto y sanción del mando).

2. La que podríamos denominar teoría social-normativa (J. COSTA, LEGAZ, HERNÁNDEZ GIL). Define LEGAZ: «Derecho es una forma

de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la Justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autártico». Comprende, por tanto, el aspecto metafísico (la idea de Justicia) y el ontológico, que es el que ahora interesa :

— Su carácter social : una forma de vida social.

— Su carácter normativo : un sistema de legalidad (adoptando el criterio armónico en cuanto a la naturaleza de la norma).

Crítica.

a') Contra las teorías que encuentran la esencia del Derecho en la norma jurídica, podemos aducir, con HERNÁNDEZ GIL, la interdependencia de la vida social con la construcción jurídica : «La vida social no se estanca, se requiere que la construcción jurídica no venga a cerrar dicho proceso con un sistema de rigidez inconvencional ; una dogmática que reduzca todo a esquemas lógicos no puede decirse que encarne y represente el total fenómeno jurídico, porque acentúa unilateralmente una de sus dimensiones ; no se puede romper su conexión con la realidad social».

b') Contra las teorías que encuentran la esencia del Derecho en la vida social, se puede alegar :

1. La Escuela sociológica adolece del defecto contrario de la normativista, ya que si la norma jurídica es lo que ha de regir la vida social, no puede extraerse totalmente de ésta todo el fenómeno jurídico.

2. La Escuela de la jurisprudencia de intereses incurre en los siguientes errores :

— Reduce el campo del Derecho a la regulación de conflictos de intereses (aplicándose fundamentalmente en el Derecho de obligaciones), olvidando la idea de comunidad que aparece en gran parte del Derecho (Derecho de Familia, de Sucesiones, Corporativo) (LARENZ, DE CASTRO).

— Coloca los valores objetivos, metafísicos y ontológicos al mismo nivel que los intereses económicos (DE CASTRO).

— La dificultad práctica que supone la valoración de intereses cuando se prescinde de normas positivas.

3. La Escuela egológica, salvo que enfoca el problema desde el campo de la Cultura, y en la esfera de la lógica del «deber ser» (cuya

significación luego estudiaremos), adolece de los mismos defectos que los sociólogos, olvidando el papel que desempeña la norma jurídica en la realidad jurídica. Por otra parte, el reducir el campo del Derecho a la conducta humana, en su interferencia intersubjetiva, omite una serie de acontecimientos en los que no interviene la actividad humana y a los que el Derecho atribuye consecuencias jurídicas (hechos jurídicos).

c') Contra la teoría del realismo jurídico se puede señalar que si bien acierta a reconocer la dualidad de elementos que intervienen en la vida jurídica, yerra en la delimitación del campo de aplicación del elemento social, restringiéndolo en dos sentidos :

— Por una parte, lo reduce sólo al caso que haya conflicto de intereses.

— Por otra, sólo a las relaciones intersubjetivas.

b) *Solución.*—En mi opinión, está, en la teoría que he denominado social-normativa, ya que la función del Derecho consiste en «regular y valorar acontecimientos de la vida social por medio de normas jurídicas», es decir, «atribuir consecuencias jurídicas a hechos, llamados por esto, hechos jurídicos». De donde se deduce, que ontológicamente, el Derecho comprende dos elementos (cuyo desarrollo lógico corresponde a la Metodología, que será objeto de otro trabajo) :

1. El hecho jurídico.

2. La norma jurídica, cuya naturaleza se perfila señalando que es a la vez un acto de inteligencia y de voluntad : de inteligencia, ya que es el Derecho Natural conocido por el Estado ; de voluntad, puesto que supone la decisión del Estado, imponiendo su obligatoriedad.

Consecuencia.—De la «naturaleza de las cosas» se derivan ciertos principios comunes a todas las ciencias, fundados a su vez en la Metafísica (como origen y fundamento de la esencia de las cosas). Podemos reducirlos a dos grupos fundamentales :

a') El «principio de razón suficiente» : nada hay sin razón suficiente (nada se da sin razón suficiente, nada se hace sin razón suficiente, nada se conoce sin razón suficiente), a menos por Dios, aunque sea desconocido por el hombre. Este principio trae como consecuencia su correlativo del «orden jurídico» (basado también

en el orden universal derivado de la Ley Eterna); y es que si nada se da, se hace, ni se conoce sin razón suficiente, se producirá como resultado la correspondiente armonía entre tales hechos o conocimientos, habrá un orden, que al referirse al Derecho será el orden jurídico. Este principio nos servirá de base, como luego se verá, para el procedimiento de inducción del método dogmático en la técnica de la investigación del Derecho.

b') El «principio de identidad»: toda cosa es lo que es (implica el concepto del ser, de la unidad y de la relación). Trae como consecuencia su correlativo de «contradicción»: es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo y en idéntico sentido (o lo que es lo mismo, es falso todo lo que envuelve contradicción, verdadero lo que a lo falso contradice), expresa la necesidad del acuerdo del pensamiento consigo mismo, y la negación del mismo supondría la negación del pensamiento. Nos servirá de base para el procedimiento de deducción del método dogmático en la técnica de aplicación del Derecho.

Conviene además advertir, que no incurro en una petición de principio al señalar el orden jurídico como argumento de la existencia del Derecho Natural, y tomar a su vez éste, como base del mismo orden jurídico, ya que el sentido en que tomo este último concepto es distinto en cada caso, aunque referido a la misma idea.

1. Por una parte, la armonía de las cosas, como realidad que aparece en la experiencia, basta para justificar la existencia de un Ordenador Supremo: Dios, y en consecuencia, la Ley Eterna.

2. Por otra, de la existencia de la Ley Eterna se puede deducir la de un orden universal, aunque no aparezca claramente de la experiencia.

c) *Conclusión.*—Se puede decir que la razón lógica de la Filosofía del Derecho está en la necesidad de una disciplina que legitime y sirva de punto de partida a toda concepción jurídica, dirigiendo toda construcción a las raíces mismas de su existencia.

II. *Arte del Derecho.*—Se refiere a los métodos para desarrollar la esencia del Derecho (campo de la Ontología jurídica), bajo el control del Derecho Natural (campo de la Metafísica), constituyendo una concepción «a posteriori» de la Filosofía del Derecho, res-

pecto de la cual está en relación subalternada (considero inconsecuente, por tanto, la construcción de W. GOLDSCHMIDT, que después de seguir ontológicamente el criterio de la Escuela egológica, adopta después como punto de partida metodológico la norma jurídica). Hay que distinguir tres supuestos :

— Arte para conocer el Derecho considerado en abstracto (doctrina científica, legislación), que tiene como fin próximo el conocimiento científico del Derecho y como fin remoto inspirar o dar soluciones para su aplicación en concreto (técnica de investigación).

— Arte para conocer el Derecho considerado en concreto (práctica jurídica), que tiene como fin próximo la aplicación del Derecho, y como fin remoto sirve para formar la realidad jurídica, que se puede utilizar por el método experimental, como luego examinaré (técnica de aplicación).

— Arte para enseñar el Derecho, que regula el orden y procedimientos que se han de adaptar para la instrucción (técnica pedagógica).

A) *Técnica de investigación*.—Tiene por objeto aproximar la especulación a la realidad jurídica, proponiéndose dirigir nuestro entendimiento a la adquisición de la verdad, aumentando la esfera de nuestros conocimientos, buscando lo desconocido por medio de lo conocido, utilizando la realidad jurídica (hechos jurídicos, normas jurídicas) y la razón. Contiene, por tanto, dos aspectos :

— Aspecto formal : actos de entendimiento ; bajo éste, habrá que estudiar el mecanismo lógico de la estructura de la argumentación (las formas del discurso).

— Aspecto material : la realidad jurídica ; bajo éste se controla el formal, dando un valor objetivo a nuestros conocimientos.

De esta doble consideración se deriva la dualidad metódica que se ha de utilizar :

— Por una parte, para determinar el aspecto material, hay que acudir a la lógica de la investigación, siendo el método adecuado, el experimental.

— Por otra, para desarrollar el aspecto formal, hay que acudir a la lógica de la demostración, siendo el método adecuado, el dogmático.

a) *Método experimental*.—Tiene por objeto el examen de la realidad jurídica hecho con atención e intención ; atención, examen

consciente (observación); intención, que se proponga justificar una hipótesis (experimentación).

Surge, no obstante, el problema de la posibilidad de aplicar este método a las ciencias sociales, entre las cuales se encuentra el Derecho:

1. S. MELL y COSSIO se pronuncian en contra, aduciendo el primero que «cada uno de los caracteres del cuerpo social está determinado por infinidad de causas, siendo de tal índole la acción recíproca de todos los elementos coexistentes de la vida social, que cuanto ejerce una acción sobre alguno de los más importantes, la ejercerá también sobre los demás, si no directa, por lo menos indirectamente». Análoga postura es la de COSSIO al distinguir dos métodos de investigación: el explicativo, que procede analíticamente, dividiendo el objeto del conocimiento, propio de las Ciencias Naturales; de comprensión, que integra el objeto a conocer mediante múltiples visiones sucesivas en una visión orgánica final, proyectando siempre el propio yo hacia el objeto del conocimiento, propio para los objetos culturales, entre ellos el Derecho.

2. DE GREEF, por el contrario, cree que se puede aplicar a la Sociología «teniendo un campo de acción, si no tan amplio como en las Ciencias Físico-Químicas, lo suficientemente extenso para considerarlo como un instrumento de trabajo muy digno de tener en cuenta». Este criterio es el que me parece acertado, y voy a tratar de delimitar su campo de aplicación.

A mi modo de ver, la experimentación se puede realizar, bien partiendo de la observación del fenómeno jurídico (de la atención), bien de la hipótesis (de la intención), del modo siguiente:

— Observando la realidad jurídica, para por medio de la estadística y la abstracción sacar consecuencias: observar el Derecho Histórico y Comparado (normas jurídicas), experimentando su eficacia en el ámbito de la sociedad (hechos jurídicos). Para ello, como señala DE FRANCISCI, «la Ciencia no se debe limitar sólo a disponer en un cierto orden un conjunto de normas ni a sistematizar relaciones jurídicas o doctrinas, sino que debe extenderse a la interpretación de las varias manifestaciones fenoménicas y la investigación en torno a los procesos espirituales que constituyen su origen y fundamento, a la explicación del procedimiento de formación de las doctrinas y de los dogmas; tiende a comprender no sólo la forma y el contenido, sino la lógica interna, la esencia, el espíritu

de un ordenamiento, considerado como expresión parcial de una de aquellas realizaciones de la actividad espiritual que son las civilizaciones».

— Experimentando la eficacia de una disposición legal (norma jurídica), como dice DONNANT, «bien haciendo que rija solamente en aquella parte del país cuyas particulares condiciones hagan creer que será bien recibida (legislación separada), bien dándole un tiempo de vigencia limitado (legislación temporal), bien concediendo a las autoridades locales la facultad de aplicar o no la nueva ley (legislación facultativa)».

b) *Método dogmático*.—Tiene por objeto demostrar que nuestro conocimiento de la realidad jurídica es verdadero y cierto. Antes de entrar en su examen concreto, es necesario perfilar los conceptos de lo «dado» y lo «construido» en Derecho.

Hasta ahora hemos estudiado lo que se puede llamar «dado» jurídico, comprendiendo:

— Un fondo metafísico, de carácter absoluto y universal, formado por los principios derivados del Derecho Natural.

— Un fondo ontológico de carácter absoluto y universal, formado por los principios derivados de la esencia del Derecho.

— Un fondo experimental, de carácter relativo y particular, formado por los datos derivados de la realidad jurídica (norma jurídica, hecho jurídico).

Desde aquí hay que estudiar lo «construido» jurídico, objeto del método dogmático, para lo cual voy a tener en cuenta dos postulados:

1. Respecto a su estructura formal, adoptaré la forma de un silogismo, que es lo adecuado en toda argumentación lógica y racional.

2. Respecto al procedimiento a utilizar, el de inducción, al ser un tránsito de un conocimiento particular (la realidad jurídica) a una conclusión más general (a diferencia de lo que ocurre con el método de aplicación del Derecho, que al ser un tránsito de lo general, norma jurídica, a lo particular, solución al caso concreto, habrá que utilizar el procedimiento de la deducción, como se examinará en su momento).

Construyamos el silogismo por el procedimiento de inducción:

a') *Formación de la premisa mayor*.— Se realiza partiendo del

análisis de lo «dado» experimental, es decir, la separación de los distintos elementos que intervienen en la percepción de la realidad jurídica observada para poder llegar a comprender su contenido plenamente, ya que su conocimiento aparece en principio de una manera confusa. Comprende, por tanto, dos momentos :

1. Percepción : acto del entendimiento por el cual se conoce la realidad jurídica observada, la repercusión en la inteligencia de la experimentación examinada anteriormente.

2. División : la distribución de lo percibido en los elementos que lo integran, para la perfecta comprensión de su contenido, debiendo cumplir dos condiciones :

— Respecto a la realidad jurídica ha de ser completa, o sea, la división ha de comprender todos los elementos que la integran.

— Respecto a los elementos integrantes, han de ser distintos, es decir, ninguno ha de estar comprendido en otro.

Pues bien, una vez analizado lo «dado» experimental, se puede tomar como premisa mayor bien la percepción de la realidad jurídica en su totalidad, bien alguno de los elementos en que se divide, que traerá como resultado un carácter distinto en la síntesis que se obtendrá en la conclusión del silogismo, como luego se verá.

b') *Formación de la premisa mayor.*—La constituye el principio ontológico del «orden jurídico», que sirve de enlace entre el análisis realizado para formar la premisa mayor y la síntesis que resultará en la conclusión.

c') *Obtención de la conclusión.*—Como se ha venido indicando, constituye la síntesis del método dogmático ; el análisis constituye el medio para el conocimiento de lo «construido» jurídico, la síntesis, el fin del mismo ; de ahí que deban completarse mutuamente. En efecto :

— Una síntesis sin análisis caerá por su base, al construirse el silogismo sin seguridad en la premisa mayor.

— Un análisis sin síntesis se referirá a los medios de que parte la ciencia para el conocimiento de la verdad, pero no será el conocimiento de la verdad con claridad, ni con certeza, que es necesario para el conocimiento científico.

Una vez aclarada la relación existente entre el análisis y la síntesis, voy a examinar el contenido de la conclusión del silogismo

(síntesis), que como señalé, dependerá del punto de partida que se tome en la premisa mayor :

— Si se partió de la percepción de la realidad jurídica en su conjunto, se obtendrá una institución jurídica (creo, provisionalmente, que esta colocación señala el verdadero puesto y significado de la institución jurídica, dándole valor constructivo, al no suponer ninguna afirmación gratuita).

— Si se partió de alguno de los elementos integrantes en que dividimos lo percibido, obtendremos un concepto jurídico.

Después de obtener las instituciones y conceptos jurídicos, se puede operar con ellos, dando lugar escalonadamente a la definición, comparación y clasificación de los mismos.

1. *Definición*.—Mediante ella, se precisa la naturaleza y contenido general de la síntesis (de una institución o concepto jurídico), determinando su extensión y comprensión por medio del género próximo y la última diferencia.

2. *Comparación*.—Mediante ella, nuestro entendimiento considera a la vez varias instituciones o conceptos jurídicos, investigando sus relaciones (en este aspecto tiene especial importancia la ciencia del Derecho comparado), o el orden que entre sí guardan (sirviendo de base para la clasificación).

3. *Clasificación*.—Sigue lógicamente a las dos actuaciones anteriores, siendo, la distribución jerárquica de los conceptos o instituciones jurídicas, en grupos, según los caracteres y relaciones que entre sí guardan; presupone, por tanto, la sistemática y la jerarquía. Hay que distinguir :

— Experimental, si se refiere a instituciones jurídicas, correspondiendo su estudio a la Parte especial del Derecho, y cuya integración total constituye el «sistema».

— Conceptual, si se refiere a conceptos jurídicos, correspondiendo su estudio a la Parte general del Derecho, y cuya integración y desarrollo lógico corresponde a la «metodología».

c) *Consecuencias*.—Como resultado del método de investigación, hemos obtenido las figuras de la institución y concepto jurídico, cuya integración y desarrollo corresponden al sistema y metodología, debiendo, en consecuencia, reconocer la existencia de prin-

cipios derivados del contenido y lógica del sistema, que podemos sintetizar de la forma siguiente:

a') Principios tradicionales. — Como señala DE CASTRO, «las naciones van creando valores y acumulando caracteres que constituirán el sello de su personalidad. Son los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo, su existencia explica el fenómeno de que ordenamientos jurídicos con idénticos textos legales se manifiesten en organizaciones jurídicas de hecho por completo distintas».

b') Principios políticos.—Dice DE CASTRO: «el Derecho tiene por fin organizar la comunidad social; los principios organizadores o direcciones políticas, tan diversas en la Historia, no sólo se manifiestan en las leyes llamadas políticas, sino que se reflejan en todas las normas del ordenamiento. Estos principios constituyentes, al cambiar, determinan que las leyes, aunque no alteren sus textos, tengan un nuevo carácter y sentido. Son los más enérgicos, pero en su eficacia jurídica están subordinados a la fuerza legitimadora del Derecho Natural; y respecto a su eficacia social, no habrán de contrariar los principios nacionales».

c') Principios característicos del sistema.—Obtenidos por abstracción de las normas que regulan las instituciones jurídicas que lo integran, dan personalidad al mismo, señalando las ideas fundamentales que lo inspiran y mostrando las principales diferencias con la regulación de otros sistemas.

La actuación de tales principios en la aplicación del Derecho es paralela a la del Derecho Natural, aunque en relación de subordinación, cumpliendo, por tanto, una función interpretativa, integrativa o correctora, en la forma que antes indiqué, y que estudiaré más extensamente en la técnica de aplicación.

B) *Técnica de aplicación*.—Arte para conocer el Derecho considerado en concreto.

C) *Técnica pedagógica*.—Arte para la enseñanza.

Serán cuestiones que se estudiarán en otro trabajo.

III. *Conclusión.*—Después de este breve desarrollo de la Filosofía y Técnica jurídicas, se puede comprender más fácilmente el significado del método en el campo de la Ciencia del Derecho, así como el desarrollo del concepto de la misma.

A) *Significado del método respecto a la Ciencia del Derecho.*—Cumple una función subordinada, aunque necesaria; subordinada, puesto que se refiere a la ordenación de los conocimientos suministrados por la ciencia, que le suministra el contenido; necesario, porque es el medio más seguro para hallar la verdad y para adquirir la certeza, indispensable para todo conocimiento científico, como en seguida estudiaré.

B) *Desarrollo del concepto Ciencia del Derecho.*—Antes la he definido como «sistema de conocimientos que, partiendo de principios evidentes, descubre otros verdaderos y ciertos, con valor necesario en el orden especulativo, aunque no siempre en el práctico». Analicémosla:

a) «Sistema de conocimientos».—Se refiere a la comprensión de nuestro entendimiento, que tiende a la percepción de la realidad jurídica.

b) «Partiendo de principios evidentes».—Como son los metafísicos y ontológicos, que como estudié, constituyen postulados necesarios para toda ciencia y que, al ser evidentes, son verdaderos y ciertos.

c) «Descubre otros, verdaderos y ciertos».—Supone dos afirmaciones: verdaderos, concordancia de nuestro conocimiento con la realidad jurídica; ciertos, convicción de la verdad, bien por demostración o por evidencia. ¿Es posible que nuestro entendimiento llegue a percibir la realidad de las cosas con tales cualidades? Teorías:

a') Teorías que niegan la posibilidad de conocer la verdad directa o indirectamente («escepticismo»). Dos grados:

1. Escepticismo total (HUME, BERKELEY), extienden la duda universal a todas las ciencias.

2. Probabilismo o escepticismo relativo (COURNOT), es imposible la obtención de la certeza, debiendo contentarnos con la opinión más probable, la verdad es inasequible, sólo es posible la verosimilitud.

Se basa para ello en que en la Naturaleza intervienen dos conceptos, el azar y el orden, y es preciso tener en cuenta a ambos en la investigación científica.

b') Teorías que niegan la posibilidad de conocer directamente la verdad, pero la admiten indirectamente:

1. Admiten la verdad indirectamente con carácter invariable:

— Acudiendo a la Revelación (HUET, BAUTAIN), «no vemos, sólo creemos».

— Acudiendo a la Tradición (BONALD).

2. Admiten la verdad indirectamente, con carácter variable:

— Es verdad lo que a cada uno parece serlo (PROTÁGORAS, FICHTE).

— La verdad se deriva del consentimiento común (LAMENNAIS).

— La verdad procede de los actos humanos, como por vía de sentimiento (JACOBI).

3. Admiten la verdad indirectamente, con carácter relativo, pudiendo adquirirse por distintos caminos:

— Pragmatismo (SANDERS-PEIRCE, W. JAMES), encontrando la verdad en la utilidad.

— Imperativo categórico (KANT), respecto a la certeza moral, la apoya en un sentimiento subjetivo «obra de tal suerte que tu modo de obrar pueda ser tomado como ley universal». Es una creencia, no una visión intelectual objetiva.

c') Teorías que admiten la posibilidad de conocer la verdad directamente, admitiendo, por tanto, la certeza (dogmatismo).

1. Dogmatismo intuitivo (BLONDEL, LABERTHONNIÉRE), fija en la acción el fundamento de la certeza, rehuyendo el frío aterridor del raciocinio, encontrando la certeza «en las palpitantes disposiciones afectivas del yo, o en los impulsos instintivos del alma».

2. Dogmatismo racional, que es el que adopto, señalando que se puede adquirir la certeza en nuestros conocimientos por dos caminos:

— Por evidencia, en las verdades derivadas de los principios metafísicos y ontológicos, que suponen, además, una verdad total.

— Por demostración, en las verdades conocidas por medio de la experimentación y el raciocinio, que suponen una verdad parcial, lo que explica que no se puedan justificar (por medio de verdades

conocidas y ciertas) muchos fenómenos que acontecen, hasta que se descubre otra verdad superior más extensa o comprensiva, que amplía, pero no contradice, las verdades parciales conocidas. Un ejemplo claro de lo que acabo de exponer lo encontramos en la famosa teoría de la relatividad de Alberto Einstein, que tuvo su origen en la necesidad de teorizar y coordinar hechos experimentales cuya explicación no podía incluirse simultáneamente en las antiguas teorías de la Física al no poderse formar con ellas un solo cuerpo de doctrina, pudiendo afirmar que tal teoría se extiende a todas las ramas de la Física, modificando (aunque no contradiciendo) los conceptos de espacio y tiempo, y, en consecuencia, los principios fundamentales de la Mecánica entonces conocidos. Esta posibilidad de encontrar una verdad más extensa que las conocidas se puede aplicar igualmente a las Ciencias Morales (incluso con mayor frecuencia), y es lo que hace que gran parte de la doctrina exagere la contraposición de las esferas del «ser» (Ciencias Naturales) y del «deber ser» (Ciencias Morales), confundiendo el campo especulativo y el campo práctico. Pero examinemos el punto siguiente :

d) «Con valor necesario en el orden especulativo, aunque no siempre en el práctico».

a') En el campo especulativo hay que admitir la posibilidad de verdad y certeza en nuestros conocimientos, ya que se puede adquirir no sólo por evidencia (verdades totales derivadas de los principios metafísicos y ontológicos), sino también por demostración (verdades parciales), si bien reconociendo que es mayor la dificultad en las Ciencias Morales que en las Naturales, por la complejidad de factores que intervienen en la actuación humana (tomada como punto de partida para la experimentación, como señalé), lo que facilita el error.

b') En el campo práctico, a diferencia de las verdades totales, que suponen una necesidad absoluta, tanto en el plano especulativo como en el práctico, las verdades parciales, si bien tienen valor necesario en el orden especulativo, no ocurre lo mismo en el práctico, ya que por excepción puede enervarse tanto la Ley Natural (milagro) como la regla moral (pecado, acto ilícito). De aquí se deducen dos consecuencias :

1. La distinta naturaleza de la excepción de la Ley Natural,

que obedece a causas sobrenaturales, y de la Ley Moral, a causas naturales.

2. Pero ambas conservan su carácter excepcional, aunque su distinta naturaleza implique distinta graduación práctica en sus efectos; así, mientras la Ley Natural no prevé los casos de incumplimiento, la Ley Moral, sí (sanción moral, sanción jurídica), pero con carácter secundario, es decir, reconociendo la primacía a la consecuencia positiva del cumplimiento de la norma, que es lo que constituye la regla general. Por tanto, creo adecuado estructurar la norma jurídica como un juicio disyuntivo y subsidiario.

— Por una parte es disyuntivo, porque ambos supuestos de la previsión, el cumplimiento y el incumplimiento de la norma, así como sus respectivas consecuencias de la disposición, la primaria, crear una relación jurídica (éste es el puesto que provisionalmente le atribuye, comprendiendo relaciones jurídicas naturales y humanas, y dentro de las últimas, los derechos subjetivos y los actos colectivos; pero esta cuestión excede de los límites de este ensayo, y se estudiará en el desarrollo metodológico de la norma jurídica), y la secundaria, la sanción (nulidad, indemnización), integran el contenido de la norma jurídica, es decir (y en esto estoy de acuerdo con KELSEN y COSSIO), que tanto el cumplimiento como la transgresión de la norma pertenecen al campo del Derecho, son conceptos intrasistemáticos a la teoría jurídica, en contra de la doctrina dominante que considera que el Derecho consiste en cumplir lo ordenado, con lo cual creen que la transgresión jurídica es la negación del Derecho (lo antijurídico es la negación de lo jurídico y transistemático al Derecho).

— Pero por otra, creo, contra KELSEN y COSSIO, que el cumplimiento y el incumplimiento de la norma están en distinto nivel, ya que el primero supone la regla general y el segundo la excepción, teniendo sus respectivas consecuencias, por tanto, valor primario o secundario en el contenido de la norma jurídica.

Claro está que lo que acabo de exponer sólo supone la posibilidad de que nuestros conocimientos sean verdaderos y ciertos, sin que esto suponga la imposibilidad del error, pero éste no pertenecerá al campo de la ciencia, sino que será su negación, debiendo tomarse, por tanto, las medidas adecuadas para evitarlo. Se pueden señalar, en general:

1. Amor a la verdad, adoptando una postura desapasionada,

evitando que un excesivo afán de originalidad o amor propio nos induzcan a afirmaciones desacordes con la realidad de las cosas, debiendo estar en todo caso dispuestos a admitir sugerencias extrañas para perfeccionar nuestras construcciones, siempre que sean acertadas. Por otra parte, conviene también evitar la excesiva deferencia a la autoridad ajena, principalmente si se trata de construcciones modernas y originales, puesto que no han estado sometidas al crisol de la crítica como las tradicionales.

2. Reflexión sosegada y diligente para evitar la confusión de ideas, utilizando el método adecuado para la investigación que se trate y las reglas de la lógica ; partiendo de principios evidentes o demostrados y evitando el procedimiento intuitivo y las construcciones gratuitas.

PEDRO GIMENO FALERO

Abogado

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA: HECHA SU CARACTERIZACIÓN, HUYENDO DE TODO CRITERIO OBJETIVO, ATENDIDA LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE EXPRESADA EN SU TESTAMENTO, NO HAY RAZÓN PARA APLICARLE CIERTAS INCOMPATIBILIDADES ESTABLECIDAS PARA EL HEREDERO, ENTRE ELLAS LA DEL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE IMPIDE A ÉSTE SER CONTADOR.—**SUPUESTO DE AUTOCONTRATACIÓN:** EL HECHO DE ADJUDICARSE DICHO LEGATARIO, ACTUANDO COMO COMISARIO, BIENES DE LA HERENCIA EN FORMA DE CUOTAS PROPORCIONALES, ALEJA, POR LA CORRESPONDENCIA DE INTERESES, TODA SOSPECHA DE POSIBLE LESIÓN EN LOS PERTENECIENTES A LOS DEMÁS SUCESORES, INCLUSO RESPECTO A LA ADJUDICACIÓN QUE SE HACE EN PAGO DE DEUDAS, QUE DEBE ENTENDERSE COMO ACTO PROPIO DE PARTICIÓN, EN LOS HECHOS A FAVOR DEL ALBACEA, CON FACULTAD DE ENAJENAR, CONFORME A LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 1939.—**FINALMENTE,** SIENDO LA FALLECIDA DE NACIONALIDAD ARGENTINA, DADO QUE LA SUCESIÓN EN GENERAL SE RIGE POR LA LEY DEL CAUSANTE (ART. 10 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL), Y COMO QUIERA QUE EL 7.º DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO OTORGA LA PREFERENCIA A LA LEY DEL DOMICILIO, QUE LA TESTADA TENÍA ESTABLECIDO EN TERRITORIO ESPAÑOL, PROCEDE APLICAR LA LEY ESPAÑOLA, CONFORME A LA CUAL CABRÍA ADMITIR EL NOMBRAMIENTO DE CONTADOR-PARTIDOR.

Resolución de 30 de junio de 1956 («B. O.» de 17 de agosto).

«Doña María Luisa Guerra Cortínez, natural de la República Argentina, con residencia permanente en San Sebastián durante treinta años, otorgó testamento el 26 de septiembre de 1946 ante el Notario don Rafael Navarro Díaz, en el que legó el 45 por 100 del usufructo vitalicio de sus bienes presentes y futuros a don Juan José Pradera Ortega, dispensándole de la obligación de prestar fianza y facultándole para enajenarlos, con la obligación de invertir su importe en bienes de general consideración; nombrando Albacea y Administrador de la herencia, con amplísimas facultades, al mismo don Juan José Pradera Ortega, por cuyo cargo le asignó una retribución del 10 por 100 del importe total de sus bienes hereditarios, pudiendo actuar con entera independencia de otra persona argentina nombrada con iguales facultades. Fallecida dicha señora, don Juan José Pradera Ortega, dentro del plazo del albaceazgo redactó el cuaderno particional comprensivo de las operaciones de liquidación, división y adjudicación del caudal relicto, que, juntamente con una adición, fué protocolizado el 20 de octubre de 1954, por escritura otorgada ante el Notario de San Sebastián don Rafael Navarro Díaz

Presentada en el Registro la anterior escritura, fué denegada su inscripción por los siguientes defectos: «1) Porque el Contador-Partidor que la practica, por su condición, además de legatario de un 45 por 100 del usufructo vitalicio de los bienes hereditarios, o sea, por su cualidad de legatario de parte alícuota, puede ser considerado como heredero, por lo cual no puede ser Contador; 2) Porque, dado el volumen de los bienes que el dicho Contador se adjudica a sí mismo para pago de su cuota legada y demás legados y deudas instituidos en el testamento, en relación con el total valor hereditario, pudiera considerarse el documento particional como típico de un autocontrato, aún no cuajado en nuestras Leyes ni en la jurisprudencia; 3) Porque siendo la causante de nacionalidad argentina, si en lo referente a la forma o módulo particional ha de regir su personal estatuto, la partición mediante Contador no está establecida en la Ley de su país de origen».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente, y con revocación de la nota del Registrador en todas sus partes declara hallarse extendida conforme a

las prescripciones legales la escritura de protocolización de las operaciones particionales, en méritos de la doctrina siguiente :

«Que en el presente recurso los problemas a examinar y resolver, según los términos de la nota calificadora del Registrador, a los que hay que imprescindiblemente circunscribirse, son los siguientes : A) Si el legatario de parte alicuota en usufructo de bienes hereditarios puede ser considerado como heredero, por lo cual no podría ser Contador-Partidor ; B) Si por la adjudicación que se hace a sí mismo el Contador-Partidor para pago de su cuota legada y demás legados instituidos en el testamento, pudiera considerarse el documento particional como típico de un autocontrato ; y C) Siendo la causante de nacionalidad argentina, si la forma o módulo particional ha de ser regida por su personal estatuto.

Que examinado el problema de la distinción entre heredero y dicho legatario, en el ámbito del Derecho comparado, se observa que la mayoría de las legislaciones modernas desconocen, y por tanto no regulan esta última institución, que aparece refundida en el concepto de heredero, entendiendo por tal aquel que es llamado a suceder en la totalidad o cuota de los bienes relictos, criterio asimismo seguido por un sector de la doctrina patria, inspirado en el sistema de la «successio» del Derecho germánico, donde se asigna carácter no ya prevalente, sino exclusivo, para la diferenciación entre heredero y legatario, a la «assignatio» ; pero, como quiera que en legislaciones como la nuestra, inspiradas en el sistema romano de la sucesión «mortis causa», no cabe aplicar aquel criterio objetivo, hay que atender al sentido espiritualista que la informa, ha de estarse a la voluntad del causante, formalmente expresada en su testamento, y ha de acudirse consecuentemente al «nomen heredis» para conocer la naturaleza del llamamiento, que en el presente caso reviste carácter de institución a título singular, puesto que se trata de un legado de usufructo que implica la atribución de un «ius in re aliena», de índole temporal.

Que, dentro de la dogmática de nuestro Código civil, para que pueda ser calificado de heredero el llamado a una sucesión ha de reunir un doble requisito : a) carácter universal del llamamiento (art. 660) , y b) que tenga lugar el mismo a título de herencia y no de legado ; es decir, voluntad evidente de asignar al sucesor nombre y carácter de heredero (art. 668), de tal forma que si el primer re-

quisito no mediar, y en lugar de atribución universal el llamamiento se limita o circunscribe a cosa cierta y determinada, no habría heredero, sino legatario (art. 768), y si falta el «nomen heredis», es decir, la expresión formal en el testamento de asignar este carácter de universalidad al sucesor, estaremos en presencia de un legado que, si estriba en una cuota, será el legado de parte alícuota, de tradición en nuestro Derecho, tesis confirmada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en la Sentencia de 16 de octubre de 1940, corroborada por la de 11 de enero de 1950, en la que, sin dejar de valorar el criterio objetivo latente en el Derecho comparado, se reafirma el carácter espiritualista de la sucesión en nuestro sistema civil, tradicional y actual, en el cual la voluntad del causante tiene el rango de Ley de la sucesión, y a ella y a la intención evidente del testador ha de supeditarse para definir la naturaleza del derecho de los llamados a la herencia; y si, conforme a dicha voluntad y a la sistemática del Código civil, la institución es de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas la del artículo 1.057, que impide a éste ser Contador, ya que toda vez que, como comprensivo de una norma prohibitiva, ha de ser interpretado restrictivamente.

Que, en cuanto al segundo de los defectos, no cabe apreciar un verdadero supuesto de autocontratación, porque la testamentaría llevada a efecto por el Contador-Partidor, mediante el inventario y avalúo, fijación de deudas y haberes y las congruentes adjudicaciones en pago y para pago de unas y otros, son actos todos ellos, según opinión unánime de la doctrina, propios de la partición, que tiene los efectos y alcance que a las de su clase les atribuye el art. 1.057 del Código civil, sin que les sea aplicable la teoría del autocontrato, toda vez que, según declara la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1922, sólo están sujetas a los principios del régimen contractual las operaciones testamentarias practicadas por los herederos al amparo del art. 1.058 del mismo Cuerpo legal; y aun, dado que por hallarse el Contador interesado en la partición, se vislumbra una actividad similar a la del que ejecuta el autocontrato, éste, en el caso concreto que nos ocupa, sería admisible, puesto que la designación del legatario de cuota como Albacea Contador-Partidor viene adornada de tan amplias facultades, que es innegable que va implícita la autorización expresa de la causante para realizar todas

las operaciones que no rebasan y hasta son ineludibles en la misión del Comisario, el cual, a mayor abundamiento, al adjudicar los bienes de la herencia en forma de cuotas proporcionales, aleja, por la correspondencia de intereses, toda sospecha de posible lesión en los pertenecientes a los demás sucesores, incluso respecto a la adjudicación que se hace en pago de deudas, que debe entenderse como acto propio de partición, en los hechos a favor del Albacea con facultad de enajenar, según tiene declarado este Centro en Resolución de 22 de julio de 1939.

Respecto del tercer defecto consignado por el Registrador en su nota, que el art. 10 del Código civil español dispone que la sucesión en general se regirá por la ley del causante, y dado que los criterios seguidos por el Derecho Internacional Privado para determinar la Ley nacional aplicable son diversos, como quiera que el artículo 7.º del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la Ley española, conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de Contador-Partidor».

* * *

Cúmplenos ante todo resaltar la novedad de contemplar cómo un Director, dueño de sus recursos y técnica, se enfrenta con la propuesta de la Sección correspondiente y, disintiendo de ella, «sin desconocer ni menos subestimar el alcance y profundidad de los razonamientos de la misma, que evidencian el sazonado estudio que del problema hizo»—expresa con justicia—, tras rebatir la decisión de aquélla, dicta la que hemos copiado más arriba.

Y aunque, como colegirá el lector, unos y otros argumentos—los de la Sección y los de nuestro ilustrísimo Jefe—anteceden a los considerandos transcritos, para darles a aquéllos más relevancia y a manera de comentario—por otra parte nunca más autorizado y auténtico—, hemos juzgado oportuno transcribirlos en este lugar donde se esbozan nuestras humildes glosas

He aquí el informe de la Sección :

a) Que el primer defecto señalado por el Registrador en su

nota requiere previamente examinar la naturaleza jurídica del legado del usufructo de una parte alícuota de los bienes relictos ordenada por el causante ; b) Que la mayor parte de las legislaciones modernas determinan la distinción entre heredero y legatario, según el criterio objetivo, mientras que el Código civil español funda la cualidad de heredero sobre un llamamiento con esta designación específica a la totalidad o cuota parte de los bienes hereditarios, por lo que cuando falta alguno de estos requisitos surgen figuras como la del heredero «ex re certa», declarado legatario por el art. 768, y el legado de parte alícuota, cuya naturaleza, muy discutida por los civilistas, tiene intrínseca semejanza con la del heredero, si bien cuando recae sobre el usufructo implica la atribución de un «ius in re aliena» de carácter temporal, que puede estimarse constitutivo de una sucesión a título particular ; c) Que el Contador-Partidor nombrado para distribuir los bienes hereditarios, conforme a lo dispuesto en el art. 1.057 del Código civil, ha de reunir la confianza del testador y ciertas dotes de independencia e imparcialidad para poder cumplir con arreglo a la Ley su cometido, por lo que parece indudable que quien con la triple cualidad Albacea, Contador-Partidor y legatario de parte alícuota proceda a distribuir los bienes de la herencia ha de hallarse en conflictos de intereses análogos a los que el Código civil ha tratado de evitar al prohibir, en el art. 1.057, que el heredero pueda ser Contador, aparte de que la posición del legatario de parte alícuota cuya actuación ha promovido este recurso, en cierto sentido puede estimarse análoga a la del cónyuge viudo, usufructuario asimismo de parte del caudal hereditario y a quien la jurisprudencia ha declarado reiteradamente incompatible para desempeñar este cargo, por todo lo cual, si el legatario de parte alícuota debe estimarse comprendido en el espíritu del art. 1.057 del Código civil, teleológicamente interpretado, es forzoso reconocer que no está literalmente incluido en la prohibición legal ; d) Que la figura del autocontrato, en la que una persona con la representación de otras, por su sola decisión, celebra entre ellas o consigo misma un negocio jurídico, es admitida con recelo en el Derecho comparado por los peligros que puede entrañar para la seguridad del comercio jurídico, dada la posibilidad de conflictos y perjuicios nacidos de la colisión de intereses, y únicamente se autoriza en supuestos excepcionales en los que no exista tal oposi-

ción, o cuando, contemplada, se hubieren conferido al representante facultades explícitas para llevar a cabo el acto, y sólo en esta forma la jurisprudencia de este Centro, a partir de la Resolución de 22 de diciembre de 1922, declaró admitido el autocontrato cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses alejen toda sospecha de lesión entre las partes; e) Que la testadora, que designó Albacea a don Juan José Pradera, en la cláusula 10.ª del testamento, dispuso que fuese Contador-Partidor sólo «si por cualquier contingencia no previsible» tuviere que llevar a efecto trabajos particionales, y no justificándose en el cuaderno particional que se hayan presentado tales contingencias, el Albacea Contador se hace pago de su legado de usufructo, y además se adjudica bienes en y para pago de deudas de gastos de última enfermedad, entierro, funeral, testamentaría y legados y se atribuye otros en pleno dominio para satisfacerse la retribución que como Albacea le corresponde, en la cuantía del 10 por 100 del caudal inventariado, acordado por la testadora, es decir, lleva a cabo ciertos actos que no son de naturaleza particional, ni se enderezan a poner fin a la indivisión, ni se fundan sobre las facultades declarativas, con efectos retroactivos, que al Contador competen, sino que son actos de enajenación que podría realizar el Albacea de no haberlos verificado en su favor, por lo cual es evidente que intervino como juez y parte en el conflicto de intereses a que da lugar la distribución del patrimonio relicto, y su actuación constituye un supuesto de autocontratación, no autorizado; f) Que si se estima la partición hereditaria acto unilateral con efectos contractuales, su validez exige la concesión al mandatario de facultades expresas para actuar como contraparte en el convenio, y si se califica de decisión arbitral o de natural resultado de un nombramiento común, sus exigencias no pueden reputarse cumplidas por la aprobación del documento hecha por todos los legatarios, porque los actos que comprende fueron realizados sin intervención alguna de los herederos, cuyo acuerdo en forma legal, si se tratara de un verdadero compromiso, sería indispensable, y porque los arts 1.057 y 1.449 del Código civil, en este supuesto, son un obstáculo infranqueable para su eficacia; g) Que respecto del tercer defecto consignado por el Registrador en su nota, el art. 10.º del Código civil español dispone que la sucesión en general se regirá por la Ley del causante, y dado que los criterios seguidos por el Derecho

JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCION

Internacional Privado para determinar la Ley nacional aplicable son diversos, como quiera que el art. 7.º del Código civil argentino otorga la preferencia a la Ley del domicilio, que la causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la Ley española, conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de Contador-Partidor; por todo lo cual propuso que, con renovación parcial del auto apelado, procedía confirmar el segundo defecto de la nota del Registrador.

A éstas, y previas las merecidas palabras de elogio antes transcritas, objeto el Director lo siguiente:

A) Admitida por la Sección y compartida por el que suscribe la distinción entre las figuras del legatario de parte alícuota y heredero, no resulta lógico sentar que la prohibición para ser Contador que establece el art. 1.057 del Código civil, literalmente referida al heredero, deba ser extendida al legatario, porque tal precepto es indudable que entraña una norma de carácter prohibitivo que impone necesariamente una interpretación restrictiva, como todas las de su naturaleza; lo contrario sería extender su alcance y aplicación más allá de su textual expresión.

B) No es dable estimar la identidad o similitud entre las situaciones del cónyuge viudo respecto de su usufructo legal y la del legatario de cuota de este mismo derecho, ni por su origen (aquel derivado de la Ley y éste de la expresa voluntad del testador), ni por su cuantía (variable la del primero según las circunstancias y predeterminada la del segundo), ni por su tratamiento en orden a su efectividad, ya que las diversas formas de pago del usufructo concedido al cónyuge viudo hace que, para no pocos autores, revista el carácter de un acreedor de la herencia; la prohibición para ser Contador, que reiteradamente la jurisprudencia ha proclamado, respecto del cónyuge viudo, tiene su fundamento lógico, derivado de una incompatibilidad de intereses «ab initio» entre el mismo y los herederos: la Ley requiere inexcusablemente la intervención del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales, de la que deriva la fijación del caudal partible, y, consecuentemente a ella han de seguir las adjudicaciones en pago de la porción que en la disuelta sociedad le correspondiere al viudo, lo que le asignaría, si él las verificara, el doble juego de juez y parte, base y funda-

mento de la aludida prohibición, circunstancias éstas que no se dan en el presente caso, en el que el legatario se limita, precisado el haber a distribuir, a aplicar su porción usufructuaria sobre los bienes en la cuantía exacta, ya predeterminada por el causante.

C) Todos los actos tendentes y precisos a la efectiva ejecución de la voluntad de la testadora, hasta dejar satisfechas las deudas, y en poder de cada heredero o legatario llamado su haber, son actos de partición: tal lo han entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia. Y este Centro directivo, en Resolución de 22 de julio de 1939, ha llegado a afirmar que es inscribible la partición en la que se habían formado hijuelas para pago de deudas extendidas a favor de Albaceas con facultad para enajenar, supuesto coincidente con uno de los extremos del presente caso. Siendo así, no puede asignarse a la distribución verificada por el Contador-Partidor, a la vez Albacea, con facultad de enajenación, naturaleza de autocontratación.

D) Y respecto a la expresión de la testadora, «si por cualquier contingencia no previsible los Albaceas designados tuvieran que llevar a efecto trabajos particionales, quedan nombrados Contadores-Partidores de la herencia», debe entenderse que tal contingencia había de ser apreciada por ellos mismos, ejecutores de la voluntad de la causante, cuando surja, ya que otra interpretación nos llevaría a un terreno de difícil solución, dado que el número y matiz de tales contingencias sería imposible de presumir; su prueba adolecería de la propia dificultad y su consecuencia sería el incumplimiento e ineffectividad de la voluntad de la testadora: si ésta les facultaba sin restricción para vender, es presumible que la partición entraría en juego en todos los supuestos en que tal facultad no creyeran conveniente utilizarla, y debe estimarse que en este caso, o en otros similares, será siempre de interpretación de los Albaceas a los que, reiteradamente, les hace objeto la testadora de la máxima confianza, otorgándoles cuantas facultades son y puedan en el futuro ser precisas a la realización de su voluntad, expresada en el testamento; no cabe, por último, olvidar que, de conformidad con las normas legales, la decisión de esta Superioridad, en orden a la resolución del recurso, ha de ser congruente con la nota de calificación impugnada, y, por lo tanto, si en el primero de los defectos se limita el

Registrador a una simple manifestación de estimar identificados los conceptos o instituciones de heredero y legatario, hecha la adecuada diferenciación se hace innecesaria toda ulterior consecuencia más allá de los extremos apreciados y definidos por el funcionario que calificó. Respecto al análisis y ponderación de las contingencias necesarias para dar paso a la figura del Contador, requeridas a juicio de la Sección por la causante en su testamento, no parece oportuno entrar en su meditación y congruente decisión, dado que no han sido señalados como defecto en la nota extendida en el documento calificado, y por las razones antes dichas, no debieran tener encaje en la presente Resolución.

* * *

¿Se nos perdonará que a las brillantes alegaciones por una y otra parte expuestas agreguemos unas reflexiones nuestras?

Recoge admirablemente el Centro directivo (léase Director general, más concretamente), en los considerandos segundo y tercero copiados, la divergencia doctrinal sobre el llamado legado parciario que divide en nuestra Patria modernamente a los más prestigiosos autores, como BONET RAMÓN, por ejemplo, que califica su admisión de «endeble construcción» (Comentario en «Revista de Derecho Privado» a la Sentencia de 16 de octubre de 1940), y NÚÑEZ LAGOS, que afirma que dicha admisión no supone una innovación «ex-novo» del Derecho civil, ni menos del Derecho sucesorio, sino la formulación o expresión con ciertas talas y reajustes de nuestra tradición jurídica *mortis causa*, que consagraba en *Las Partidas* y en el *Ordenamiento de Alcalá* el mismo criterio subjetivo del Derecho romano (prólogo a la obra de Mario Armero, «Testamentos y particiones»).

Aunque el Código civil—como dice JUAN VALLET DE GOYTISOLO, al estudiar el problema en sus magníficos «Apuntes de Derecho sucesorio»—sólo alude al legado de parte alícuota en el art. 655, en forma incidental y harto desafortunada, los preceptos del art. 1.038 de la Ley Procesal civil, y 42, núm. 7, de la Ley Hipotecaria, y 146 y 152 de su Reglamento, así como la doctrina de las Sentencias de 16 de octubre de 1940 y 2 de enero de 1950, alejan toda duda. Su recepción es plena. Y como remache o contera pueden aducirse, de cimos nosotros, esta misma Resolución y la Sentencia de 11 de fe-

brero de 1956, la cual, al expresar «que el legado hecho sólo contempla el usufructo de una parte del patrimonio», coincide con aquella, aparte el criterio espiritualista que a una y otra informa, en que en los casos respectivos la institución es a título singular, dado que el usufructo implica la atribución de un *ius in re aliena*, de índole temporal.

Ahora bien, dice el Centro directivo, que siendo la institución de legado, no es de razón aplicar a éste ciertas incompatibilidades, establecidas para el heredero, entre ellas las del art. 1.057 del Código civil, que impide a éste ser Contador, ya que, como comprensivo de una norma prohibitiva, ha de ser interpretado restrictivamente.

Ha perfilado la doctrina la característica conceptual del legado de cuota que a partir de la Ley 20 de Toro y primera, título XIX, del *Ordenamiento de Alcalá*, lo separan de la configuración que tuviera en el Derecho romano clásico.

El legatario de cuota no sucede en las relaciones jurídicas del causante. Este le atribuye una cuota del activo líquido. Pero esta cuota de activo—escribe certeramente VALLET—no es atribuida como un mero crédito contra los herederos. Igual como en el legado de cosa cierta se atribuye de modo inmediato. Aunque a diferencia suya, en forma indeterminada en cuanto al objeto definitivo en el que debe cristalizar. Por ello, en cada uno de los bienes de la herencia le corresponde al legatario parciario un derecho indeterminado, indiviso y abstracto, de naturaleza semejante al que corresponde a los herederos.

Son, en una palabra, unos *participes* en el patrimonio relicto (no *pars hereditatis*, sino *pars bonorum*); como consecuencia, entendemos que no podrán los herederos cancelar sin su concurso las garantías reales que protejan a los créditos, ni válida la partición en que no hayan intervenido en las operaciones de avalúo, liquidación y división de la masa hereditaria, y aun de la formación del lote que se le adjudique.

Es más: un sector de la doctrina—MANRESA, VALVERDE, MORELL—estimó que los legados parciarios, por estar supeditados a la entidad del caudal, tienen la desventaja de que les son preferentes los remuneratorios y los demás legados que se determinan en el art. 887 del Código civil.

Por tanto, si es *participe* de la herencia con desenvolvimiento

parejo al heredero, con beneficio de inventario y con la agravante, además, de tener su derecho como legatario relegado al de otros legatarios, ¿su actuación como Contador no les asigna *ese juego doble de juez y parte* (palabras del mismo Director en su réplica a la Sección al discriminar el usufructo viudal de el del legatario parciario), *base y fundamento* en que se apoya la doctrina—ESCOBAR DE LA RIVA, ROCA, SAENZ DE SANTAMARÍA—para estimar que no pueden actuar como Contadores-Partidores?

Muy parecidamente a la discusión doctrinal sobre el legado parciario es la originada en torno a la llamada *autocontratación*, cuyo solo nombre—según dijimos en otra ocasión, nota a la Resolución de 26 de septiembre de 1951—algún autor patrio calificara de «desdichado». No es de extrañar, pues, las distintas posiciones mantenidas al respecto por la Sección y nuestro ilustrísimo Jefe. Para nosotros, como expusimos en la citada nota, es indudable que se ha extendido su órbita a extremos que con referencia a su denominación no tienen otra semejanza que la analogía o equivalencia (ver dicha Resolución y nota en pág. 942, año 1951, de esta Revista).

¿Pero debe considerarse acto similar el realizado por el legatario de parte alícuota, Contador-Albacea de la Resolución que nos ocupa, al contemplado por la de 22 de julio de 1939?

¿Pueden equipararse «las amplísimas facultades» que, como Albacea y Administrador, la testadora concedió al señor Pradera, a las otorgadas por el causante a los Contadores que designó, según se especifica en aquella otra Resolución, «para que se incautasen de los bienes de la herencia y vendiesen libremente cuantos sean necesarios para solventar sus deudas»? ¿*Quid* entonces de lo preceptuado en el art. 901 del Código civil y de la función del Albacea de carácter representacional y, por tanto, ligado siempre a su estricto cometido de no traspasar la voluntad del representado por declaraciones o actos, conforme a la técnica del apoderamiento?, en palabras de la Resolución de 23 de enero de 1943.

Según se lee en la propuesta de la Sección, llegó el señor Pradera «a atribuirse bienes en pleno dominio para satisfacerse la retribución que como Albacea le corresponde», o sea—decimos—, a pagarse créditos como acreedor de la herencia. La interpretación que se dé a este acto de partición o enajenación es el nudo de la cuestión.

Según ROCA—Edi. V «Derecho Hipotecario»—, el Comisario no

tiene facultad para pagar. Al adjudicar en pago—añade—, se enajena, y, por tanto, deben cumplirse los requisitos de la enajenación, o sea, debe ser consentida por los herederos.

Y entiende que igual criterio debe imperar si la adjudicación en pago se efectúa a favor de acreedor que reúna la cualidad de heredero.

Considera fundamental en esta materia la Resolución de 20 de septiembre de 1933, en la que se discriminan las adjudicaciones «que se hacen en pago y para pago de deudas», así como también se distingue, «atendiendo a los elementos personales de la relación, si las deudas han sido contraídas por el *causante* o por los *herederos*, y si la adjudicación se hace a éstos, a los *acreedores* o a *terceras personas*, con requisitos civiles y efectos hipotecarios diversos».

Sin embargo, cuanto antecede no nos impide reconocer la brillantez del penúltimo de los considerandos, en el que tras de refutarse la aplicación al caso de la teoría del autocontrato, y aun vislumbrando una actividad similar en el Contador interesado, se expresa que las facultades de que por la causante viene acompañado la justificarían.

Por tanto, y habida cuenta que la voluntad de la testadora es ley suprema, muy bien se puede interpretar y deducir, en consecuencia, ser consentido por ella cuanto hubo de realizar, para distribuir su caudal, el señor Pradera, al que por lo mismo dotó de las «amplísimas facultades» repetidas.

¿LA PUBLICIDAD REGISTRAL DADA AL DIVORCIO MEDIANTE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO, QUE SE PRACTICO SOBRE FINCA GANANCIAL PARA ASEGURAR A LA MUJER SUS DERECHOS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, CANCELADA POR CADUCIDAD, IMPIDE LA ANOTACIÓN DE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO EXPEDIDO POR AGENTE EJECUTIVO EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO SÓLO CONTRA EL MARIDO?

Resolución de 12 de julio de 1956 («B. O.» de 20 de agosto).

Don Pío Jurado Herrera era deudor a la Hacienda Pública de 1.608,34 pesetas, por contribución territorial de los años 1948, 1949, 1950, 1951 y primero y segundo trimestres de 1952.

Asimismo era deudor de 6.608,68 pesetas por contribución de utilidades, tarifa segunda, de los años 1945 a 1950, por valores procedentes de la Delegación de Hacienda de Sevilla, cargados para su cobro a la Recaudación de Contribuciones de Badajoz. Dictada providencia de apremio por el Tesorero de Hacienda, el Recaudador de Contribuciones de Badajoz libró certificación, conforme al art. 77 del vigente Estatuto de Recaudación, por lo que se refiere a los descubiertos de la contribución territorial; consta en el expediente la acumulación de los restantes débitos, hasta un total de 8.273,02 pesetas. El Recaudador trabó embargo, en primer término, sobre el haber pasivo que el deudor disfrutaba como funcionario administrativo de la Diputación Provincial de Badajoz; y siendo insuficiente, lo amplió a la siguiente finca rústica del deudor: «Tierra al sitio de Pardaleras, de este término municipal, etc.»

Presentado al Registro mandamiento por triplicado, con las demás formalidades prevenidas en el Estatuto de Recaudación, causó la siguiente nota: «Denegada la anotación preventiva de embargo ordenada en el precedente mandamiento, porque en la hoja registral del inmueble embargado existe un asiento, la anotación preventiva letra B), al folio 194 vuelto del tomo 203 de Badajoz, fechada el 10 de agosto de 1946, de la cual, y de la anotación extensa a que se refiere, que es la de la letra B) de la finca 7.053, al folio 44 del tomo 212 de Badajoz, resulta la finca objeto del mandamiento trabada de embargo, para asegurar, en unión de otras dos fincas más, a Estrella López Fernández, mujer del titular registral, Pío Jurado Herrera, la cantidad de 300.000 pesetas, en que se calculaba el haber que a dicha señora correspondería al liquidarse la sociedad de gananciales, por consecuencia de la sentencia firme de divorcio de dichos cónyuges, dictada por el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Sevilla, confirmada por el Juez Provisor del Obispado de Córdoba, cuya ejecución se decretó por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, por auto de 6 de mayo de 1946, anotación que, si bien ha sido cancelada por caducidad, y por tanto ha desaparecido la carga registral que el embargo significaba, dió publicidad registral al hecho del divorcio y a la necesaria disolución de la sociedad legal de gananciales, que establece en tal caso el número 4º del art. 73, y el 1.417, en relación con el 1.433 del Código civil, tanto si se solicitó la separación de bienes y consiguiente li-

quidación de dicha sociedad, como si no se solicitó tal separación, pues aunque el art. 1.434 del Código civil parece supeditar la disolución de la sociedad legal de gananciales al hecho de haberse solicitado aquella separación de bienes, es evidente que no se puede destruir la publicidad registral dada al divorcio, por el hecho de incurrir en caducidad la anotación de embargo de la que el divorcio firme resulta, y, por tanto, quedó privado el marido de la facultad de enajenar o gravar por sí solo, a título oneroso, los bienes que, como ocurre con la finca embargada, tienen la condición legal de gananciales por haberla adquirido por compra Pío Jurado Herrera, en estado de casado con Estrella López Fernández, sin que se alegara, ni por tanto se justificara, haberla adquirido aquél con dinero de su exclusiva pertenencia, quedando lógicamente incluidos en la falta de esa titularidad de disposición del marido divorciado los embargos y subsiguientes ventas de bienes gananciales, derivados de procedimientos de apremio seguidos exclusivamente contra el mismo. Es evidente que, además de las deudas y obligaciones que se devenguen durante el matrimonio, y que son de cargo de la sociedad de gananciales, a tenor de los arts. 1.408 y siguientes del Código civil, puede hacerse efectiva también sobre estas fincas gananciales la contribución territorial impuesta sobre la misma finca, aunque esté devengada por anualidades posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales. Pero no es menos cierto que, al acusar el Registro el hecho del divorcio, ha de dirigirse el procedimiento de apremio y expedirse el mandamiento de anotación de embargo de esta finca ganancial contra ambos cónyuges, no solamente contra el marido comprador. En cuanto a la contribución de utilidades, préstamos hipotecarios, no procede el embargo de esta finca, por no tener ni haber tenido nunca inscrita hipoteca alguna, debiendo ser embargada en primer término la finca gravada con el préstamo hipotecario del que se deriva la contribución de utilidades reclamada, en el supuesto de no estar cancelada la hipoteca ni caducada la nota de afección en favor de la Hacienda que al cancelar las hipotecas se pone de oficio para asegurar con perjuicio de tercero, las utilidades de las dos anualidades anteriores a la cancelación y la prorrata de la anualidad en que ésta se verifique, dirigiendo el mandamiento bien contra Pío Jurado solamente, si éste fuese titular privativo de la finca hipotecada, o contra los dos cónyuges, si tuviere el carácter de bien ga-

nancial ; en el supuesto de estar inscrita aquella finca a favor de un tercer poseedor, el procedimiento se dirigirá contra el mismo, todo ello siempre que la hipoteca o la nota de afección estén vigentes, y pudiendo anotarse, bien todo el período a que se contrae el débito, si la inscripción de hipoteca sigue viva, o sólo en el período a que la nota de afección se refiera, si se canceló la hipoteca y tal nota no hubiere caducado. En el supuesto de estar cancelada la hipoteca y caducada la nota, puede hacerse efectivo el débito sobre cualesquiera bienes del acreedor hipotecario o del deudor, y si éste lo fué Pío Jurado y los bienes embargados son privativos del mismo, por todos los años 1944 a 1949, que se reclaman ; pero los bienes de su sociedad de gananciales solamente responderán de las anualidades anteriores a la fecha de la disolución de tal sociedad, números primero y segundo, art. 1.408 del Código civil, y en este caso solamente serían las anualidades anteriores a la fecha de la Sentencia de divorcio, cuya fecha no resulta de los asientos fijados, en los que sólo se expresa, como se ha dicho, la fecha del auto dictada por el Juzgado número 4 de los de Primera Instancia de Sevilla, decretando la ejecución de dicha Sentencia ; no procediendo el embargo de una finca ganancial por débito de utilidades posteriores a la fecha del divorcio, aunque se dirigiera el mandamiento contra ambos cónyuges, salvo que la finca ganancial embargada fuera la misma que se hipotecó y estuviera viva la inscripción de hipoteca o la nota de afección a la Hacienda. Se precisa, pues, expresar en el mandamiento que la contribución territorial ha sido motivada por la misma finca embargada ; eliminar del mandamiento el débito por utilidades y dirigir el procedimiento de apremio por territorial y expedir el mandamiento de anotación del embargo de esta finca contra ambos cónyuges, Pío Jurado Herrera y Estrella López Fernández. Y siendo insubsanable el defecto expresado, no procede tomar anotación de suspensión en el libro especial. Tampoco se expide certificación de cargas hasta que se remueva el obstáculo observado, pues ahora sería improcedente, al haberse denegado la anotación del embargo»

Interpuesto recurso por el Abogado del Estado, de Badajoz, la Dirección, con revocación parcial del auto apelado, que había rechazado la nota del Registrador en cuanto al defecto que señala éste de que debe eliminarse del mandamiento el débito a la Hacienda Pública por Contribución de Utilidades, la Dirección. repe-

timos, declara que el mandamiento no adolece de los defectos señalados, mediante la doctrina siguiente :

«Que el Código civil, en sus arts. 1.418 y 1.432, establece las causas por las que los cónyuges pueden solicitar la separación de los bienes y en el 1.434 prescribe que, acordada dicha separación, se disolverá la sociedad de gananciales y se liquidará conforme a lo dispuesto por dicho Cuerpo legal, que ordena en el art. 1.437 que la sentencia firme de divorcio deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando recaiga sobre bienes inmuebles.

Que toda anotación preventiva caducada, por haber transcurrido el plazo fijado de duración, deja de producir efectos, y por eso el Reglamento Hipotecario prevé su cancelación, bien de oficio, bien a instancia de parte; que las situaciones jurídicas que se reflejan en los asientos vigentes, una vez cancelados, no pueden servir de fundamento para la calificación registral, porque los Registradores, con arreglo al principio de legalidad, y de acuerdo con el art. 18 de la Ley Hipotecaria, calificarán por lo que resulte de los documentos presentados y «de los asientos del Registro», y como quiera que se halla extinguida la anotación de embargo, que fué practicada a favor de la mujer, y no figura inscrita en el Registro la sentencia de divorcio de los cónyuges, no cabe afirmar que la sociedad de gananciales está disuelta y menos que el Registro publique tal disolución.

Que la nota del Registrador adolece de falta de claridad y de la necesaria determinación para conocer con exactitud el criterio a que obedece; ahora bien, como el Estado puede hacer efectivo su derecho al cobro de contribuciones e impuestos con la hipoteca legal sancionada por los arts. 168-6.º y 194 de la Ley Hipotecaria, y, además, como cualquier otro acreedor puede utilizar la acción regulada en el párrafo primero del art. 130 del Estatuto de Recaudación y perseguir bienes del deudor, por el orden señalado en el art. 80 del mismo texto legal, sin tener que expresar en el mandamiento de embargo que la contribución es de la misma finca que se pretende embargar, lo que también se infiere del art. 12 de la Ley de 22 de septiembre de 1922, texto refundido, relativo a las utilidades procedentes de préstamos hipotecarios, según el cual, para que goce el Estado de la preferencia establecida a su favor es necesario que la acción se dirija contra la finca sujeta a la hipoteca, sin perjuicio de

que la acción ejecutiva pueda también recaer sobre cualesquiera otros bienes del contribuyente, que se hallan afectos al cumplimiento de las obligaciones, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º 1911 del Código civil.

EXCESO DE CABIDA : ¿ PUEDE INSCRIBIRSE EL DE UNA FINCA FORMADA POR SEGREGACIÓN DE OTRA, EN LA CUAL SE HABÍAN REALIZADO DIVERSAS SEGREGACIONES, CUANDO EL EXCESO SE JUSTIFICA EN ACTA DE NOTORIEDAD TRAMITADA CON ARREGLO AL ART. 203 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 288 Y SIGUIENTES DE SU REGLAMENTO?

Resolución de 16 de julio de 1956 («B. O.» de 23 de agosto).

Don Francisco Blanch Guzmán compró a doña Josefina, don Enrique, don Francisco y don José María Guillén Torrella, mediante escritura pública otorgada en 30 de marzo de 1942, ante el Notario de Valencia don José Pérez Jofre de Villegas, una finca sita en el término de Paterna, Partida de Mallá Nueva, conocida también por Algibe o Alchup, de una superficie aproximada de 1.280 metros cuadrados, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad. De la expresada finca segregó las siguientes parcelas : una de 235 metros cuadrados, que vendió .. otra de 234,50 metros cuadrados, que vendió... ; otra de 30,70 metros cuadrados, que vendió... ; otra de 138,50 metros cuadrados, que vendió a... ; y otra de 579,125 metros cuadrados, que vendió a... ; por escritura de 23 de enero de 1951, ante don Enrique Molina Ravello, Notario entonces de Benaguacil, don Francisco Guzmán describió el resto remanente de la finca, en donde había construído un chalet, atribuyéndole una superficie, «comprobada por medición reciente, de 454,66 metros cuadrados, cuya inscripción fué rechazada en el Registro. Don Francisco Blanch Guzmán requirió el 11 de octubre de 1953 al Notario de Valencia don Enrique Molina Ravello para acreditar por acta de notoriedad el exceso de cabida de la finca que adquirió a los hermanos Guillén Torrella, acompañando certificación catastral y del Registro de la Propiedad, como asimismo otras certificaciones de un Arquitecto y un Maestro de Obras, acreditativas de la cabida de la finca objeto de este recurso, y de otra finca colindante con ella, comprada por la esposa del requirente a los mismos vendedores, cuya escritura

de 6 de marzo de 1942 también se presentó como prueba. Notificados los colindantes, y recibida información testifical, los que prestaron declaración aseveran que la finca en cuestión, de 454,66 metros cuadrados, pertenece al señor Blanch y es resto de otra mayor que compró a los señores Guillén Torrella, de la que hizo diversas segregaciones, para vender como solares a varias personas; dentro del plazo legal compareció don José María Guillén Torrella, en su nombre y en el de sus hermanos, y manifestó que se oponía a la tramitación del acta de notoriedad, «porque la parcela de terreno que se pretende por este medio inscribir no pertenece ni ha pertenecido nunca al requirente, a quien el compareciente y sus hermanos vendieron, segregada de finca mayor, una parcela de 1.289 metros cuadrados...», que ha enajenado en su mayor parte, «restandole tan sólo 72,275 metros cuadrados, por lo que los 382,38 metros cuadrados cuya titulación pretende no pertenecen a dicho señor», sino al compareciente y a sus hermanos, propietarios de esta parcela y del resto de la finca de la cual se segregó la vendida al señor Blanch, y por ello fué remitida el acta al Juzgado, de conformidad con la regla 9.^a del art. 203 de la Ley Hipotecaria y 296 de su Reglamento; el Juzgado acordó la devolución de todo lo actuado al Notario, por no haber los señores Guillén Torrella formalizado la oposición; una vez transcurrido el plazo que a tal efecto se les concedió, se incorporó al acta el edicto expuesto en el Ayuntamiento anunciando la tramitación del expediente, por la correspondiente nota del Secretario, y se publicaron anuncios en el «Boletín Oficial» de la provincia y en un diario de Valencia; el Notario hizo constar que, a su juicio, apreciadas las pruebas practicadas, había quedado acreditado que la cabida de la finca descrita en la escritura de 23 de enero de 1951, objeto del acta del recurso, era de 454,86 metros cuadrados; y por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valencia se dictó auto, en 7 de marzo de 1955, por el que se aprobó el acta, por estimar justificado el exceso de cabida, y se ordenó la inscripción en el Registro, una vez protocolizado el expediente.

Presentada en el Registro primera copia del acta de protocolización citada, fué calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción de ampliación de cabida que se ordena en el precedente documento, porque habiéndose formado, según el Registro, la finca a que se refiere, con una superficie exacta de 1.280 metros cuadra-

dos, por segregación de otra finca mayor, y haberse segregado de ella cinco porciones, con una superficie total de 1.207,725 metros cuadrados, su cabida quedó matemáticamente reducida a 72,275 metros cuadrados, no susceptible de ampliación por ningún otro medio que no sea el consentimiento, en escritura pública, de los vendedores segregantes, hermanos Guillén Torrella, toda vez que esa ampliación se haría a costa de su propia finca».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante del acta, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente :

«Que aunque los efectos de la fe pública registral no comprendan la medida superficial de los predios, la importancia de este dato físico, que constituye la magnitud del soporte de los derechos que pertenecen al titular, en los casos de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica, motivó una abundante jurisprudencia, que en esencia ha sido reflejada en la vigente legislación hipotecaria, que autoriza, en términos generales, las rectificaciones de extensión, siempre que el exceso quede acreditado con arreglo a los procedimientos establecidos, se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes y no se dude de la identidad del inmueble.

Que tales precauciones deben extremarse cuando los excesos de cabida que se pretende inscribir corresponden a fincas que fueron segregadas de otras, las cuales, al tener cabida necesariamente determinada, parece que no admiten la posibilidad de errores de superficie.

Que merecen destacarse las siguientes particularidades de este recurso : que la superficie de la finca que se pretende rectificar no se hizo constar con exactitud en el título que motivó la inscripción ; que, constituida como una entidad hipotecaria independiente, dicha finca no lindaba con el resto de la de procedencia, en la que se habían realizado diversas parcelaciones ; que en el expediente tramitado para inscribir el exceso de cabida fueron citados no sólo los titulares de los predios colindantes, quienes manifestaron su conformidad, sino también los propietarios de la primitiva finca, los cuales, si bien en principio se opusieron al acta incoada, no comparecieron después, cuando, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 296 del Reglamento Hipotecario, fueron citados por el

Juzgado ; que la extensión del inmueble coincide con la que aparece en la certificación del Catastro aportada, excepto en una ligera diferencia, y que aprobada el acta por el Juez, se han cumplido todas las garantías encaminadas a evitar posibles perjuicios a terceros».

* * *

Una vez más hemos transcrito los hechos de la Resolución que nos ocupa. Si la exposición de los mismos siempre resulta esencial, en ocasiones, como la actual, aparece decisiva

Si partiésemos de estos hechos, tan sólo pudiéramos afirmar que todo ello lo encontrábamos sencillo, congruente. Porque en absoluto en esos hechos, en la exposición de esos hechos, se dice que la finca en cuestión, el exceso de cabida de cuyo resto se trata de justificar, tenga alguna característica que haga imposible esa ampliación. Leamos el principio de la relación de hechos y allí encontramos que un señor compró a otros, lisa, llanamente, una finca «con una superficie aproximada de metros». No se dice que fuera segregada de otra. Esto aparece más tarde, cuando en trance de justificar la mayor cabida del resto que le queda al propietario de la finca comprada surge uno de los vendedores y expresa «que la parcela de terreno que se pretende por ese medio inscribir no pertenece ni ha pertenecido nunca al requirente, a quien el compareciente y sus hermanos vendieron, *segregada de la finca mayor...*»

Pero todavía no sabemos si es exacta esa afirmación, pues ya vimos cómo nada se dijo de que la escritura de compra fuese al mismo tiempo de segregación, y aun siéndolo, pudiera tratarse de una porción o finca integrante de otra puramente o artificialmente—según se mire—hipotecaria (art. 8.º de la Ley). En tal caso, no podría haber cuestión. Trataríase de un trozo suelto, sin otro lazo de conexión que el de formar una unidad orgánica.

Por ello—repetimos—, de la exposición o relación de hechos nada realmente grave excita nuestra atención.

Pero llegamos a la nota del Registrador y en ella escueta, terminantemente, se nos dice «que la inscripción de ampliación de cabida que se ordena no puede verificarse, porque formada, según el Registro, la finca a que se refiere, con una superficie exacta de x metros, por segregación de otra finca mayor...».

Ya tenemos ante nosotros el problema con todas sus aristas y agudeza. Y lo primero que no encontramos correcto es cómo en una escritura de segregación se realiza la de «una superficie aproximada», y lo segundo, claro es, cómo se inscribió, y más aún, *con superficie exacta*, esa segregación.

En el año 1951 decía en estas páginas un autor de nuestro especial afecto, JOAQUÍN SAPENA—«La registración de la mayor cabida de las fincas», etc.—, que, a juicio del legislador, la rectificación de la medida superficial entraña más peligro que la variación de los otros datos de hecho que contienen los asientos. De ahí el mayor rigorismo en cuanto a su acceso al Registro, rigorismo que contrasta con la relativa facilidad de la—llamémosla así—«inmatriculación de tal medida», esto es, su primer acceso al Registro, bien al tiempo de la inmatriculación de la finca, bien en un título posterior, cuando tal medida no constaba en la hoja registral».

Basándose sin duda en ese rigorismo apuntado es por lo que manifiesta el Registrador en su escrito de defensa «que la ampliación o aumento de superficie que admiten los arts. 200 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, se refiere a las fincas que ingresan y se inmatriculan en los Registros con una superficie equivocada, susceptible de ser rectificada por los medios que aquellos artículos determinan, pero de ningún modo pueden éstos referirse a las fincas que se forman por segregación de otras ya inscritas, a las que necesariamente habrá de dárseles una cabida matemáticamente determinada, no sólo para saber la porción que se segrega y ha de inscribirse, sino también para saber si la finca de la que procedía tiene suficiente superficie para soportar la segregación, así como para hacer constar a su margen la superficie a que queda reducida a consecuencia de la nueva finca creada (art. 47 del Reglamento Hipotecario)».

A esto puede agregarse—decimos nosotros—que, conforme a la Resolución de 27 de junio de 1935, si bien la jurisprudencia ha ido facilitando la adaptación del Registro a la realidad, por no estar basada en los datos topográficos de un Catastro la descripción de las fincas que figuran en los libros del Registro, y por no ser su medida superficial circunstancia esencial de las inscripciones, según el art. 9.º de la Ley Hipotecaria, «hay que exceptuar el caso de

segregación de fincas, conforme al art. 60 (hoy 50) del Reglamento... , etc.

Quiere decir esto—deducimos—que la medida superficial es de esencia vital en las segregaciones, y, por tanto, que su constancia, su expresión en los libros registrales debe ser inmovible

No negamos fuerza—e ingenio—a los argumentos de nuestro Ilustre Centro. Pero se apoyan en un dato extra-registral, en la forma singular del título en que se llevó a cabo una segregación «con una superficie aproximada».

Desde luego, la legislación hipotecaria—ver primer considerando transcrito—no desautoriza expresamente que los excesos de cabida no puedan justificarse en las fincas segregadas. Esto parece desprenderse de la propia técnica del régimen, de esa esencialidad de la expresión de la medida exigida en la regulación de las segregaciones de que se prescinde hasta en casos de inmatriculación.

Meridianamente se perfila la intención del legislador: evitar toda confusión, que quede incólume la identidad del predio.

Pero hay que pensar que para justificar los excesos de cabida existen otros medios que el del acta de notoriedad, aprobada por el Juzgado, empleado en el caso presente. Medios sumamente inseguros, como el del dato catastral (letra B), apartado 5.º, art. 298 del Reglamento), por ejemplo. Y abierto el portillo, irán las aguas ensanchando el cauce.

Esta misma Resolución, ¿no es ejemplo de ello?

A tal efecto recordamos la de 26 de enero de 1955, a cuyo extracto y glosa nos referimos—por no alargar la presente— (ver páginas 330 y siguientes de dicho año en esta Revista).

REGISTRO MERCANTIL.—EL HECHO DE VENIR ESTABLECIDO EN LOS ESTATUTOS EL DOMICILIO SOCIAL DE UNA COMPAÑÍA EN DETERMINADA POBLACIÓN, DISPONIÉNDOSE A LA VEZ EN LOS MISMOS «QUE LA OFICINA CENTRAL FUNCIONARÁ EN OTRA MIENTRAS EL CONSEJO NO ACUERDE OTRA COSA», CONSTITUYE UNA INDETERMINACIÓN QUE DEBE RECHAZARSE, CONFORME AL ART. 11, 3.º, LETRA C, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.—TAMPOCO PUEDE ADMITIRSE EL ESTABLECIMIENTO EN LOS ESTATUTOS DE QUE EL VOTO DEL PRESI-

DENTE DECIDA LOS EMPATES EN JUNTAS DE ACCIONISTAS.—SI BIEN ES OBLIGATORIA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LOS ADMINISTRADORES, SU OMISIÓN DEBE REPUTARSE COMO DEFECTO SUSCEPTIBLE DE SUBSANAR MEDIANTE LA PRESENTACIÓN EN AQUÉL DE LOS DOCUMENTOS ADECUADOS, SIN QUE, COMO YA SE TIENE RESUELTO—RESOLUCIONES DE 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 1955—, SE REQUIERA PARA ELLO ESCRITURA PÚBLICA.

Resolución de 17 de julio de 1956 («BB. OO.» de 12 de septiembre y 1 de noviembre).

«Por escritura otorgada en Bilbao el 7 de octubre de 1910, ante el Notario don José Martínez Carande, se constituyó «La Compañía de Alcoholes, Sociedad Anónima», con domicilio en la plaza de Víctor Pradera, 5, de dicha población, y oficinas en Madrid, calle de Villanueva, 4, habiendo sido modificado su capital y Estatutos por otras varias escrituras, la última de las cuales, autorizada en Bilbao el 24 de enero de 1930, por el Notario don Florentino Cortey, cuya primera copia fué inscrita en el Registro Mercantil de Vizcaya.

En 8 de agosto de 1953, don Mariano Lozano Colás comparece ante el Notario de Madrid don Alejandro Santamaría y Rojas, en nombre y representación de «La Compañía de Alcoholes, S. A.», como miembro del Consejo de Administración de la misma, para formalizar escritura de modificación de Estatutos y su adaptación a la vigente Ley de Sociedades Anónimas, acordada en Junta general de Accionistas celebrada el día 10 de junio de dicho año.

Según el art. 2.º de los Estatutos: «El domicilio social radicará en Bilbao, plaza de Víctor Pradera, 5, para todos los efectos legales. El Consejo de Administración podrá trasladarlo a cualquier otro lugar dentro de la misma población, y establecer donde lo juzgue conveniente delegaciones, sucursales o agencias. La Oficina Central funcionará en Madrid, mientras el Consejo no acuerde otra cosa»; el artículo 19 se refiere al modo de celebrar las Juntas de Accionistas, que, salvo los supuestos de Junta universal, tendrán lugar donde la Compañía tenga su domicilio; y los arts. 11 y 12 de los Estatutos establecen que dirima los empates en las Juntas de Accionistas y en las reuniones del Consejo de Administración el voto del Presidente.

La anterior escritura fué presentada al Registro con una copia del acta autorizada por don Alejandro Santamaría y Rojas, Notario

de Madrid, el día 16 de diciembre de 1952, con el número 1.103 de su protocolo, en la que comparece el Duque de Sotomayor, Presidente del Consejo de Administración, dando fe el Notario del ejercicio legítimo del cargo, y con la que se protocoliza una certificación social de los acuerdos adoptados en la referida Junta de Accionistas de 10 de junio de 1953, con la afirmación notarial de ser legítimas las firmas del Presidente y del Vocal Secretario del Consejo de Administración; los acuerdos de la Junta fueron tomados con la conformidad de todos los accionistas, figurando entre los votantes, en representación de personas jurídicas accionistas, el Duque de Sotomayor y el propio Consejero, don Mariano Lozano, los cuales figuran en la reelección de nuevos Consejeros también acordada; la misma Junta faculta «al Consejo para que cualquiera de sus miembros otorgue la escritura de modificación de Estatutos».

A la vez se presentó también otra copia de acta autorizada por don Alejandro Santamaría y Rojas el 16 de diciembre de 1953, número 1.099 de su protocolo, en la que el Presidente del Consejo de Administración relaciona las personas que son miembros de este órgano colectivo, y afirma que estaban en sus cargos también en 10 de junio y 8 de agosto de 1953, y por lo que, además, se protocoliza una certificación social coincidente con lo expresado por el Presidente en el acta.

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la escritura de adaptación y los documentos complementarios, extendió el Registrador la siguiente nota: «La precedente escritura de adaptación a la Ley de Sociedades Anónimas de «La Compañía de Alcoholes» no puede inscribirse: a) Por indeterminación del domicilio social, concepto diferente de las sucursales, despachos y oficinas (artículos 2.º y 19 de los Estatutos); b) Por constituir derecho necesario el gobierno de la Sociedad Anónima por la mayoría del capital y oponerse a tal principio el voto de empate concedido al Presidente (artículos 11 y 22 de los Estatutos); c) Las personas que concurren al otorgamiento de la escritura calificada carecen de facultad legal para representar a la Sociedad adoptada, por no constar en el Registro Mercantil el nombramiento de dichas personas otorgantes como Administradores en la fecha del otorgamiento del documento. Contra esta calificación puede entablarse el recurso de reforma que

regula el art. 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil».

Interpuesto recurso por el citado Consejero, señor Lozano, la Dirección ratifica la nota del Registrador en cuanto a los extremos a) y b) de la misma, salvo en cuanto a la concesión de voto dirimente al Presidente del Consejo de Administración, y confirma los mismos respecto al extremo c), aunque declarando subsanable, sin necesidad de escritura pública, la falta de previa inscripción del Consejero que comparece en la de adaptación, *en méritos de la bien ordenada doctrina siguiente*:

«Que las cuestiones controvertidas en este recurso son las siguientes: 1.^a Si constituye indeterminación del domicilio social el hecho de venir establecido por los Estatutos en una población, concretamente Bilbao, y a la vez disponerse en ellos que «la Oficina Central funcionará en Madrid, mientras el Consejo no acuerde otra cosa»; 2.^a Si puede establecerse en los Estatutos que el voto del Presidente decida los empates en Juntas de Accionistas y Consejos de Administración; 3.^a Si la falta de la inscripción de los Administradores en el Registro Mercantil priva a uno de ellos «de facultad legal para representar a la Sociedad» en el otorgamiento de la escritura de adaptación, cuando en el acuerdo social correspondiente se facultó «al Consejo para que cualquiera de sus miembros otorgue la escritura de modificación de Estatutos», y si para la inscripción de aquellos cargos se requiere escritura pública o basta otra clase de documentos.

Que, sin desconocer la posibilidad de establecer en lugares distintos del domicilio sucursales, agencias o delegaciones, y menos aún oficinas, que, incluso, centralicen la dirección puramente técnica o industrial de la Empresa, pero que, por lo mismo, desde el punto de vista jurídico, nunca merecerían tal calificativo de centrales, es evidente que, como quiera que el domicilio de las personas jurídicas—de acuerdo con las exigencias de su amplio significado jurídico respecto de los terceros, los socios y los órganos sociales, y en congruencia con el carácter realista del domicilio de las personas físicas—no constituye una simple localización ficticia, sino el mismo centro administrativo y funcional de la Sociedad, al preverse en los Estatutos, después de fijado el domicilio en Bilbao, que «la Oficina

Central», sin más especificaciones, funcionará en Madrid, queda indeterminado el domicilio, por ser ambas expresiones contradictorias, e infringido, por tanto, el art. 11, 3.º letra c), de la Ley de Sociedades Anónimas.

Que la Ley, al establecer el principio de la mayoría para los acuerdos de la Junta de Accionistas, declara, con carácter general, voluntad unilateral del órgano, con fuerza vinculante para todos los socios, incluso los no intervinientes y los disidentes, aquella formada por más de la mitad de los votos, es decir, a partir de la mitad más uno, salvo los casos en que la misma Ley exija y fije una mayoría más elevada; que, por tanto, el empate, el número igual de votos, no significa sino que ninguna de las posiciones adoptadas en el seno de la Junta merecen legalmente la consideración de acuerdo válido, que a cualquiera de las dos tesis discutidas le falta el peso de un voto para llegar a mover el resorte que expresa la voluntad del órgano, y que, en definitiva, inexistente acuerdo, si viene de hecho a triunfar una de las posiciones, será aquella que posea signo negativo, las más veces, representativa del «statu quo», sin que deba causar extrañeza la prevalencia de las tesis negativas cuando las positivas tienen en su favor el mismo número de votos, pues, en ciertos supuestos legales, aquellas tesis prevalecen, incluso contra el voto de la mayoría, cuando ésta no alcance la proporción que en casos cualificados exige el legislador para la existencia de acuerdo social.

Que la concesión al Presidente de la Junta de Accionistas del voto decisivo de los empates significaría, cuando éstos se producen, otorgarle una intervención en la formación de los acuerdos, contraria al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones (pues de no ser accionista no podría participar en la votación) y el derecho de voto, e idéntica a la que proporcionan las acciones de voto plural, que no son lícitas en ningún caso, por lo que se infringiría el párrafo segundo del art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que quepa tampoco configurar la decisión presidencial como una decisión arbitral, pues, aun admitida ésta como posible, nunca cabría confiarla a parte interesada.

Que el principio de proporcionalidad entre el capital de las acciones y el derecho de voto no es acogido en términos tan estrictos que den a la estructura de las Juntas un carácter puramente capita-

lista, y así la Ley permite que los Estatutos fijen el número máximo de votos que el mismo accionista puede emitir (art. 38), y esta conducta, corroborada en otros puntos—recuérdese cómo, al establecer el quórum para la constitución de la Junta general ordinaria (art. 51), adopta un doble concepto, viril o real, mayoría de socios o mitad del capital desembolsado, y al fijar el quórum especial del art. 58, exige la conjunción de socios y capital desembolsado—, abonaría, por ejemplo, la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase, para caso de empate, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se haya escindido la Junta.

Que, en cambio, es lícita la previsión estatutaria del voto dirimente en el Consejo de Administración, pues si bien no faltan argumentos en contrario, derivados del sistema de designación de Consejeros, sin embargo la posibilidad de establecer un órgano unipersonal de administración y la consideración de que se trata de un colegio en la balanza de cuyas decisiones no juega el principio de proporcionalidad de votos y acciones, porque no se pesa el capital como en la Junta, sino que actúa la voz personal de cada uno de sus componentes, abonan con toda evidencia la cláusula que concede tal prerrogativa al Presidente, pacto éste que, por lo demás, guarda armonía con la flexibilidad de que debe estar dotado el órgano que tiene a su cargo la gestión inmediata de la Sociedad.

Que, partiendo de que cualquier miembro del Consejo de Administración está autorizado por la Junta de Accionistas para otorgar la escritura de adaptación, y que lo único cuestionable es si, en concreto, es necesaria la inscripción en el Registro Mercantil del Consejero que comparece ante el Notario con ese fin; y aun cuando, en efecto, conforme a las disposiciones que regulan el Registro Mercantil y a la propia Ley de Sociedades Anónimas, es obligatoria dicha inscripción, de modo que sin ella no es admisible la comparecencia ante Notario para el otorgamiento de los documentos por el que ostente tal cargo, ni inscribirse éstos cuando, a pesar de tal prohibición, hubiesen sido autorizados; sin embargo, respecto de la escritura de adaptación, en la que no hay más compareciente que la propia Sociedad—acto interno de la misma para el que, como para cualquier otro de este orden, el nombramiento de Consejero es eficaz desde su aceptación, según el art. 72 de la Ley de Socieda-

des Anónimas—, la omisión de la previa inscripción de aquel nombramiento no ha de impedir al Consejero el representar a la Sociedad ante Notario, si bien dicha falta constituye un defecto, subsanable mediante la presentación de los documentos adecuados en el Registro Mercantil, sin que, como ya tiene resuelto este Centro, se requiera para ello escritura pública.

* * *

Al haber innovado la Ley de Sociedades Anónimas la libertad existente en el régimen anterior respecto al domicilio, limitándolo a las opciones que señala el art. 5.º, parece que ha de exigirse una total precisión en donde aquél ha de establecerse.

Para el Registrador y la Dirección se infringe el principio en el caso presente. ¿No es acaso un tanto rigurosa la interpretación? Si nos fijamos en el art. 2.º transcrito de los Estatutos vemos que tras fijar población—Bilbao—y calle o plaza donde radicará el domicilio social, expresando que éste puede ser trasladado a cualquier otro lugar dentro de la misma ciudad y consignar, por último, que se podrán establecer delegaciones, sucursales o agencias donde se juzgue conveniente, se dice seguidamente que la Oficina Central funcionará en Madrid. ¿No se deduce claramente que dicha Oficina Central es de las agencias o sucursales, como una más de éstas, a efectos simplemente burocráticos? Al menos podría—remitiendo el rigor—conceptuarse susceptible de subsanación la indeterminación apuntada, pues considerada insubsanable supone la modificación estatutaria en el punto crucial con todas las exigencias que ello lleva consigo.

Por lo que respecta al segundo defecto de la nota, nos parece acertada la matización que hace nuestro Centro en cuanto a los extremos que en ella se comprenden.

Dicen los Estatutos que tanto en las Juntas de Accionistas como en las reuniones del Consejo de Administración dirima los empates el voto del Presidente.

Dado el carácter capitalístico de la Sociedad Anónima, es indudable que el voto de calidad otorgado al Presidente en la Junta de Accionistas es totalmente opuesto al espíritu que preside éstas e iría contra lo establecido en el art. 38 de la Ley, según dice nues-

tro Ilustre Centro. Pero consideramos cuestionable la solución que apunta el mismo respecto a la previsión estatutaria de una cláusula que apreciase, con eficacia decisoria, la mayoría relativa de socios en los grupos iguales de votos en que se haya escindido la Junta (final considerando 5.º). Y esto tanto porque los arts. 51 y 58 alegados analógicamente tienen un ámbito especial que no es lícito ampliar, cuanto porque el 48 dice categóricamente que son las mayorías (sin duda estrictamente de capital por el carácter expresado de esta Sociedad), las que decidirán en los asuntos que en su seno surjan. Para algún autor (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas», página 304), el *empate* significa denegación. Y así estimado, los autores de la Ley hubieran previsto para romperlo, cual hicieron en los arts. 51 y 58 citados, las soluciones adecuadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta cuanto dice la Ley al tratar de los Administradores, es indudable que todo lo que a los mismos afecta puede ser objeto de reglamentación especial en los Estatutos.

Y así como las mayorías exigidas para las Juntas de Accionistas deben ser consideradas de derecho necesario, no así las de las sesiones del Consejo, si los Estatutos lo previenen, y en consecuencia se considera lícita la concesión de voto de calidad otorgado en aquellas a quien los Consejos presida.

Por lo que se refiere al tercer defecto de la nota, remitimos al lector a las Resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, y comentario de las mismas del Notario señor Ruiz Gallardón, en «Anuario de Derecho Civil», t. IX, fascículo II.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

III. Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1956.—*Retracto de colindantes. Desestimación de la preferencia del arrendatario alegada como excepción, y considerada artificiosa la condición del arrendatario.*

Como antecedente que tiene relevante interés para dilucidar si es o no procedente el recurso por el que se combate la Sentencia dictada por el Tribunal «a quo», es preciso dejar sentado de antemano que la única cuestión que se plantea reduce a determinar si la acción de retracto de asuncanos formalmente ejercitada por don Benito M. A., con alegación y justificación de todos los requisitos que lo mismo el Código que la ley procesal exigen para que sea viable, puede o no quedar sin efecto por la alegación de un derecho de tracto preferente que no se hizo valer por el ejercicio de la correspondiente acción, sino que se invocó por el adquirente de la finca «ope exceptionis», en trance de contestar la demanda de retracto de colindantes y amparándose en el derecho de preferencia que le otorga la Ley de 16 de julio de 1949; cuestión la expuesta que exige para su solución el conocimiento de ciertos antecedentes de hecho en que las partes no discrepan y que, expuestos sintéticamente, son de este tenor: a) Don Roberto M. compró a doña Concepción S., en 3 de noviembre de 1949, la finca rústica objeto del retracto; b) Enterado de ello el colindante actor en el pleito, don Benito M., citó a conciliación al adquirente para que, reconociendo aquella calidad, se aviniese a subrogarle en sus derechos, y la citación para el acto de conciliación se llevó a cabo en 10 de diciembre siguiente; c) En 13 del mismo mes, el demandado en conciliación cedió a su padre, don Manuel M., la finca objeto del retracto por él adquirida, que dijo se le había reclamado al amparo del art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, y por ello, cuando un día después, o sea el 14 de diciembre, concurrió don Roberto M. al acto conciliatorio opuso el demandante la im-

posibilidad en que se veía de acceder a su pretensión; que, sin embargo, se formuló por M. en la correspondiente demanda de retracto dirigida contra el padre adquirente y el hijo revendedor, de los cuales sólo el primero compareció en los autos para oponerse a la demanda, con base en su preferente derecho a retraer.

El T. S. no reconoce tal preferencia, no porque niegue la del arrendatario, sino porque sin hacerlo valer en forma, no le basta con un reconocimiento voluntario hecho a espaldas del colindante para frustrar la acción ya ejercitada por éste, en el acto conciliatorio precursor del pleito, con propósito que descubre la aleccionadora sucesión de fechas y por la sola virtud de una sospechosa cesión en que el hijo que adquirió en propiedad de persona extraña la finca que cultivaba su padre, se apresura a allanarse a las pretensiones de éste, precisamente cuando ya había sido citado de conciliación y conocía los términos de la misma; consideraciones todas demostrativas de que el juzgador de instancia no sólo no infringió los preceptos que se dicen violados, sino que interpretándolos con acierto frustró un tracto que tuvo por irregular y que, en cualquier supuesto exigía el ejercicio de una acción judicial deliberadamente tratada de eliminar, estimando con acierto que al proceder, como lo hizo, servía al propósito inspirador de las leyes, impidiendo que a su amparo pudieran servirse otros intereses que no fuesen precisamente los que el legislador con fines encomiables se propuso al dictarlas.

No es ocioso añadir que tampoco se han infringido aplicándolas indebidamente las Sentencias que la impugnada trajo en apoyo de su tesis y que, también al amparo del número 1.º del art. 1692, comenta el impugnante para señalar la disparidad entre el caso de autos y los que fueron origen de la Sentencia de 10 de mayo de 1904, 11 de octubre de 1905 y 6 de mayo de 1931 (Rep. Jurisp. 2.046); porque aún cuando explicablemente no pudiendo por razón de su fecha referirse al problema concreto que aquí se examina, todas ellas y muchas posteriores responden a un designio único, que consiste en frustrar cualquier intento de crear situaciones que puedan obstar al normal ejercicio de una acción de retracto ya intentado y en curso, por actos posteriores a la actuación judicial, que, a veces, se apoyan en una anómala resolución contractual, otras en el otorgamiento ulterior de una discutible escritura de venta o en la práctica de sucesivas transmisiones, con los que intenta complicarse la marcha normal y correcta del proceso, y no hay razón alguna para prescindir de esa saludable orientación jurisprudencial, cuando, como ocurre en este otro evento litigioso, la cesión en que el recurrente se apoya fué posterior y casi inmediata al acto conciliatorio, se hizo entre personas ligadas por el vínculo paterno filial y en condiciones, ya señaladas, que decidieron a la Sala a no reconocer un derecho de preferencia artificiosamente creado y que no se actuó en forma y frente a las personas que podían discutirlo en punto a su preferencia para impedir el retracto de colindantes que fué el único que ante los Tribunales hubo de hacerse valer del único modo posible, sin que el hoy recurrente siguiese el camino que en casos similares re-

sueltos por las Sentencias que él mismo invoca, que no se dictaron por la Sala de lo Civil, permitiesen, con resultado o sin él, la correcta discusión del tema fundamental que el recurso ofrece.

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1956.—*Acción rescisoria por lesión «ultra dimidium», en Cataluña.*

Que las fincas objeto del juicio tenían un valor cuando se realizó la venta de 70.000 pesetas, dando por ellas, en total, al comprarlas el recurrente, 32.000 pesetas, siendo esta cantidad inferior a la mitad de su valor, y estando sujeta esta venta conforme al derecho vigente en Cataluña, en lo que no discrepan los litigantes, a lo dispuesto en las Leyes 2.^a y 8.^a del título XLIV del Libro IV del Código de Justiniano, según las que la acción rescisoria por lesión «ultra dimidium» es procedente siempre que se hubiera pagado en una compraventa un precio menor al de la mitad del verdadero, sin que sea para ello preciso probar dolo, astucia ni asechancia del comprador, pues, como se reitera en la indicada Ley 8.^a, esto no es necesario cuando se haya dado menos de la mitad del precio justo que tenían las fincas al tiempo de la venta, reservándose al comprador la elección de conservarlas pagando al vendedor lo que falta del precio justo, doctrina reconocida como legal en la Sentencia de 22 de mayo de 1956.

SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1956.—*Nulidad absoluta del contrato: Precio superior al de tasa oficial.*

Que examinado el contenido del fallo recurrido, en relación con las pretensiones de las partes, resulta perfectamente congruente por resolver todas las cuestiones suscitadas, y si bien la Sentencia declara la nulidad absoluta del contrato por infringir el art. 4.^o del C. c., esta nulidad era procedente declararla de oficio sin petición concreta, por cuanto se había convenido en los pactos un precio superior al de la tasa oficial marcada para la venta de los camiones usados, acto prohibido y contrario a las leyes y aun si se atiende a las peticiones del actor en que el fundamento principal era el precio abusivo sobre la tasa, según repetidamente expresa, y en la réplica consigna entre los fundamentos de derecho, que el contrato era nulo de derecho e iba contra el mencionado art. 4.^o y en la súplica instaba se declarara nulo el contrato por ir contra la ley; expresiones todas ellas demostradas de que se solicitaba la nulidad, aunque al propio tiempo su objetivo no alcanzaba la nulidad absoluta, sino sólo de los extremos que le interesaban, con lo que se evidencia que el Tribunal «a quo» no incidió en el vicio de incongruencia y que el motivo segundo alegado no puede prosperar.

IV. Sucesión «mortis causa»

SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1956.—*Testamento : Instrucciones previas en nota escrita entregada al Notario por persona distinta del testador, ratificada por éste.*

El primer motivo del recurso atribuye a la Sentencia recurrida la interpretación errónea de los arts. 695 y 696 del C. c. y su doctrina jurisprudencial, y plantea un solo problema, centrando toda su argumentación sobre la base de que las instrucciones previas contenidas en una nota escrita, dada al Notario autorizante para la redacción del testamento, cuya nulidad se solicitó, no le fué entregada por el mismo testador, sino por otra persona, por lo que fueron infringidos aquellos preceptos.

El segundo considerando de esta Sentencia dice que los arts. 695 y 696 del Código civil, entre los que no existe diferencia esencial alguna, respetando la función del Notario en orden a la redacción del testamento por ser un instrumento público otorgado bajo su fe, permiten que el testador le exprese su voluntad, bien de palabra, bien por escrito, en notas, borrador o minuta que le facilite antes o en el mismo acto del otorgamiento, mostrando el testador su conformidad con el proyecto redactado, después de su lectura, que habrá de ser hecha por el Notario en alta voz según previene el citado art. 695, con los demás requisitos en él exigidos, que cumplidos integran la formación del testamento, acto personalísimo que no podrá dejarse al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario (Art. 670 del C. c.).

Es indudable, añade el siguiente considerando, el sentido de los preceptos legales citados y de la doctrina legal invocada, todos los cuales sancionan el principio de que la voluntad expresada en el testamento ha de emanar del propio testador y no de un extraño, y por eso las Sentencias de esta Sala, que lo manifiestan, han cuidado celosamente de examinar las circunstancias en que el testamento fué otorgado, como en la citada por el recurrente de 25 de noviembre de 1902, para deducir que fué suplantada la voluntad de una anciana en el hecho poco antes de morir, sin que en el testamento apareciera ni se consignara nada referente a la expresión hecha por la testadora de su voluntad previa de testar, supuesto distinto al del caso actual, pues la Sentencia recurrida admite, sin oposición en el recurso, ateniéndose al testimonio del Notario autorizante, que si bien recibió la nota conforme a la que debía de ser redactado el testamento, por conducto de un nieto del testador, hizo constar que quien debía decirle cómo había de ser su testamento era el otorgante don R. R. G., y añade, que antes de autorizar el testamento existió previa conformidad con la minuta, conformidad y asentimiento pleno y total manifestado por el testador en presencia de los testigos, y esta ratificación de la minuta, con anterioridad

al otorgamiento, impide admitir que fuera extraña a la voluntad del testador y producida por persona distinta, que es lo que no autorizan los preceptos legales invocados, que no han podido ser infringidos por la Sentencia recurrida, y con mayor razón si se advierte que en el recurso no se discute la capacidad del testador que falleció más de un año después, en cuyo lapso de tiempo pudo modificar el testamento.

Los arts. 695 y 696 del C. c., han originado abundante jurisprudencia a pesar de su claridad, y es que la materia de sucesiones apasiona y ofusca a veces a los interesados como la que más.

Las formalidades testamentarias tienen carácter "ad solemnitatem" y no "ad probationem", ha escrito Roca al comentar el Derecho de Sucesiones, de Kipp. Ello, tal vez, da pie para que salte un pleito del más mínimo e incumplido detalle. En el caso que nos ocupa, la cuestión, según parece, se mostraba clara; pues si bien le entregó la minuta del testamento al Notario, un nieto del testador, fué ratificada plenamente por éste previamente al otorgamiento y aprobado su contenido al testar en presencia de los testigos y del fedatario.

Al negar el T. S. la nulidad pedida sigue la doctrina establecida en varias Sentencias, entre ellas la de 10 de octubre de 1893, la de 5 de junio de 1894, la de 18 de junio de 1896, la de 1 de febrero de 1907, la de 18 de abril de 1916, la de 24 de diciembre de 1911 y la de 16 de noviembre de 1918. En esta última puede leerse, que si bien es cierto que en el testamento abierto su redacción ha de ajustarse fielmente a las manifestaciones de la voluntad del testador y que es un acto personalísimo que no puede quedar en todo ni en parte al arbitrio de un tercero, o hacerse por medio de comisario o mandatario, esto no requiere de modo indispensable que las instrucciones previas del testador se den ante los testigos instrumentales del testamento, ni por ello puede sostenerse que deja de ser personalísimo si, a tenor de dichas instrucciones, es aprobado por aquél a presencia del Notario y los testigos.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1956.

AUNQUE EN DOCUMENTO PRIVADO SE TRANSMITAN A UNA PERSONA LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SE HAGA CONSTAR QUE SE TRANSMITE EL PASIVO DE LA MISMA, INCLUSO CON EXPRESIÓN DE DETERMINADOS CRÉDITOS Y OBLIGACIONES, ELLO NO ENGENDRA EL ACTO FISCAL DE DISOLUCIÓN NI TAMPOCO EL DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO.

Antecedentes.—En documento privado suscrito por doña María del A. y don Isidoro del C., éste vendió a la primera 200 acciones de la serie A) y 7 de la serie B) de la Sociedad Anónima «Cerámica ...», con las siguientes condiciones :

Primera. Don Isidoro hace entrega a la otra compareciente de todas esas acciones, quien retira los títulos representativos de las mismas ; Segunda : doña María, al hacerse cargo de tales efectos mercantiles, se hace también cargo del activo y pasivo de la expresada Sociedad «Cerámica...», así como del activo y pasivo de otra Sociedad titulada «Materiales...» y de cuantas facturas y recibos y gravámenes pudieran presentarse contra tales Sociedades por suministros, servicios, impuestos, etc. ; Tercera : doña María se obliga a satisfacer los vencimientos de ciertas letras de cambio representativas de créditos, por un importe que se concreta y cifra deta-

lladamente ; y Cuarta : doña María satisfará al don Isidoro la cantidad de 636.800 pesetas en el plazo de diez años.

Estos elementos de hecho han de completarse diciendo que la realidad fué que no se transmitió simplemente el dominio de un cierto número de acciones de una Sociedad, sino la totalidad de las de la serie A), que eran de 5.000 pesetas nominales, y siete de las diez que existían de la serie B), y eran de 500 pesetas nominales cada una, o sea que virtualmente la señora adquirente quedó dueña de todas las acciones de la Entidad, con excepción de tres de la serie B), las que al ser de 500 pesetas representaban solamente un valor nominal de 1.500 pesetas.

La A. del E., a la vista del expresado documento privado, practicó una serie de liquidaciones, de las cuales, en definitiva, fueron objeto de discusión la que se giró por disolución de la Sociedad «Cerámica...» y la de adjudicación para pago como consecuencia de esa misma disolución.

Estas dos liquidaciones fueron mantenidas por el Tribunal Central e impugnadas ante la Sala.

En su Sentencia dice ésta que la transmisión de acciones en los términos referidos no constituye causa eficiente de disolución de la Entidad referida ni está prevista en sus estatutos, ni entre las causas que a tal efecto prescribe el Código de Comercio, ni en la especial de la Ley de 17 de julio de 1947, ni le alcanza tampoco la equiparación prevista, a efectos fiscales, en el apartado 13) del art. 19 del Reglamento del Impuesto, en concordancia con el núm. 60 de la Tarifa, pues en modo alguno puede admitirse que integre disolución o adjudicación de bienes o de cantidades por la Sociedad a un socio la transmisión de acciones hecha por un accionista a un tercero, que en nada afecta a la inalterabilidad del capital social, que continúa el mismo, ni a la permanencia de la Sociedad, la cual subsiste tal como se constituyó, en cuanto a objeto y forma.

Por otra parte, sigue diciendo la Sala, la original estipulación de que el adquirente de las acciones se hizo cargo del activo y pasivo, tampoco determina «ipso jure» la disolución de la Sociedad, porque la adjudicación del activo y la asunción del pasivo, cual se verificó, pugna con la realidad jurídica derivada del régimen de las Sociedades Anónimas, en las cuales la acción, como parte alícuota del capital social, no confiere derechos superiores a los de ser socio, o sea, a participar proporcionalmente en los beneficios sociales y en

el capital social al ser liquidada la Sociedad, al voto, a la preferencia en la suscripción de acciones nuevas, etc., pero nunca a adjudicarse el accionista por sí y ante sí la totalidad del activo para luego transmitirlo; y ello aunque se admitiese, al amparo del art. 41 del Reglamento, que tal transmisión del activo social entre el vendedor de las acciones y la compradora fuese fiscalmente liquidable, puesto que siempre resultaría que por ser la Anónima un ente jurídico distinto de la personalidad individual de los socios, la transmisión de acciones no significaría una separación de socio, sino mera sustitución, y los pactos que los accionistas estipuyen entre sí en nada vinculan a la Sociedad. Y ello aunque en la mente de los contratantes estuviese la pretendida disolución; de tal manera, en definitiva, que el concepto disolución no pudo nacer civilmente, ni tampoco fiscalmente.

De lo dicho se desprende con claridad, en cuanto al otro acto discutido y relativo a la adjudicación para pago de deudas, o sea del pasivo de la Sociedad, como acto liquidable a tenor del apartado 19) del art. 19 del Reglamento, que tampoco tiene consistencia jurídico-fiscal. Y ello es claro porque es una consecuencia del anterior razonamiento: si no es estimable la disolución de la Sociedad, tampoco puede serlo la adjudicación de su activo para pago del pasivo, ya que este acto es una consecuencia del de disolución, y no puede nacer sin que ésta se produzca.

Comentarios.—La solución dada por la Sala al caso debatido estimamos que es la acertada, porque civilmente no es admisible que una transmisión de las acciones de una Sociedad por un socio a un tercero implique disolución de la misma, incluso aunque se transmita el total de aquéllas, ni lo es tampoco que nazca el concepto de adjudicación para pago de las deudas y cargas sociales en virtud de que los contratantes digan que el adquirente de los títulos se hace cargo del activo y del pasivo de la Sociedad.

Es ello clarísimo ante la acertada consideración que hace la Sala de que el nacimiento de esos actos requiere como premisa inexcusable la disolución de la Entidad, la cual, o sea la muerte del ente jurídico, no se produce por una mera transmisión de acciones, aunque lo sean en su totalidad y a favor de una persona individual. Este problema está hoy fuera de discusión, conforme a la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. En realidad, y en el

terreno de la doctrina, estaba ya resuelto antes de su vigencia, y así lo había reconocido y sancionado la Dirección de los Registros en su Resolución de 11 de abril de 1945, en la que hace mención de las de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930 y 9 de marzo de 1944.

Otros puntos de interés jurídico-fiscal latén en el pleito, a los que haremos una simple referencia, ya que ni en la Sentencia ni en la discusión del asunto fueron explanados. Son estos dos: si fué válida civilmente la discutida enajenación de acciones, toda vez que se realizó en documento privado, y por otra parte, si hecha de ese modo, el acto está sujeto al Impuesto de Derechos reales.

A favor de la invalidez milita la razón de que no medió en el contrato la formalidad prevenida para la transmisión de valores en el Decreto de 19 de septiembre de 1936, en la Ley de 23 de febrero de 1940 y Ordenes de 19 de febrero y 19 de junio de 1941, en cuyos textos se previene, bajo pena de nulidad, que la negociación de valores mercantiles e industriales se realice con intervención de Agente de Bolsa, de Corredor de Comercio o de Notario; y a favor de la no sujeción al Impuesto son invocables los arts. 20 y 48 del Reglamento del Impuesto, los cuales, como es sabido, exigen que la transmisión de valores mercantiles e industriales de Sociedades o Corporaciones conste en escritura pública o en documento judicial o administrativo para que el impuesto sea exigible; pero no hacemos más que apuntar ambas cuestiones, no obstante su interés desde el punto de vista del impuesto, porque la Sentencia no consideró necesario ocuparse de ellas en vista de que no fueron objeto de planteamiento.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1956.

LA MERA EXISTENCIA DE UN LIBRAMIENTO DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y VENTA DE BIENES MUEBLES AL ESTADO Y CORPORACIONES, A LOS QUE SE REFIERE EL APARTADO 4) DEL ARTÍCULO 48 DEL REGLAMENTO, NO ES BASTANTE PARA QUE EL CONTRATO PIERDA SU CONDICIÓN DE VERBAL Y SU CONSIGUIENTE EXENCIÓN, A TENOR DE LOS NÚMEROS 5.º Y 8.º DEL ART. 6.º DEL MISMO REGLAMENTO.

Antecedentes.—El Instituto Nacional de Estadística adquirió de cierta Sociedad diversas máquinas de calcular por un importe de varios millones de pesetas, y para su pago el Ministerio de Hacienda expidió el correspondiente libramiento, el cual fué objeto de liquidación por el concepto «muebles» a cargo de la Entidad transmitente, la cual, no conforme con tal liquidación, entabló recurso ante el Tribunal Central, fundándose en que el contrato jurídicamente era simplemente una venta de bienes muebles, y como tal, en este caso, no sometida al impuesto, porque si bien el art. 48 del Reglamento, en su apartado 4), previene que «para la exacción del impuesto en los contratos de suministro y de venta de bienes al Estado y Corporaciones o Entidades que tuvieren a su cargo la ejecución o prestación de alguna obra o servicio público, bastará que exista cualquier diligencia o actuación escrita aunque sólo sea para hacer efectivo el precio convenido», también es una realidad que el mismo apartado 4) dispone que «lo prevenido en el mismo se extenderá dejando siempre a salvo, cuando proceda, la aplicación de la exención declarada en los núms. 5.º y 8.º del art. 6.º del Reglamento».

A ello añadió la reclamante la doctrina de la Sentencia de 29 de septiembre de 1951 y de la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 3 de agosto de 1950, que dicen: la primera, que las diligencias administrativas por sí solas y sin alguna gestión escrita del contribuyente no constituyen la «manifestación escrita» a que el referido apartado 4) se refiere; y la segunda, que la mecánica del impuesto requiere la existencia de un documento para ser exigible, cuando de actos intervivos se trata, cuyo documento no existió en el caso cuestionado.

El Central no estimó el recurso, y planteado el problema ante la Sala, ésta dice que ha de tomarse como punto de partida lo dispuesto en el núm. 5.º de los arts. 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento del Impuesto, cuando disponen la exención de los contratos verbales «cuando su cumplimiento no requiere que consten por escrito».

Y esta constancia—sigue diciendo—no es necesaria en el contrato cuestionado, porque el art. 63. de la Ley de Contabilidad de 1.º de julio de 1911, que prevenía que «los contratos de cualquier clase que celebre la Administración se formalizarán en escritura pública», no le es aplicable, ya que fué declarado en suspenso por el Decreto-ley de 22 de octubre de 1936, y si bien el vigor de aquélla fué restablecido por la Ley de 20 de diciembre de 1954, es lo cierto que

su art. 64 dice que no será necesaria la formalización de los contratos mediante documento público o privado, cualquiera que fuere su cuantía, cuando se refieran a adquisiciones directas de artículos y materiales o efectos que se realicen en establecimientos o sitios públicos de venta; de lo cual deduce la Sala que no era obligada la formalización por escrito del contrato debatido; o sea, que desde ese punto de vista no existía motivo para negarle la exención.

Pero, descartado ese aspecto, queda el consistente en determinar si la existencia del libramiento, expedido por el Ministerio y que sirvió de base a la liquidación, llena la exigencia del citado apartado 4) del art. 48 del Reglamento, al estimar que «cualquier diligencia o actuación administrativa escrita, aunque sólo sea para hacer efectivo el importe del precio convenido», es suficiente para que el impuesto sea exigible.

La Sentencia que venimos analizando se pronuncia por la negativa y dice que tal previsión reglamentaria no puede ser aplicable a un libramiento de pago, puesto que éste no es otra cosa que la formalización y efectividad del ingreso y del pago, y no diligencia encaminada a hacerlo efectivo, propulsada por el particular interesado.

Esta tesis fué sentada, creemos que por primera vez, en la Sentencia de 29 de mayo de 1951, cuando dijo que las diligencias o actuaciones administrativas no constituyen por sí mismas la manifestación escrita, si no consta, además, alguna gestión escrita del contribuyente.

En definitiva, pues, se declaró la exención del contrato como verbal, pero la Sala no deja de apuntar, o al menos de dejar entender, que tiene que causar no poca extrañeza que una adquisición de máquinas de tan respetable cuantía—más de tres millones y medio de pesetas—pudiera ser realizada sin que a ella precedieran comunicaciones escritas entre la Administración y la Casa proveedora, así como entre los proponentes de la compra y la Autoridad administrativa que la acordó. Parece claro que semejante adquisición tuvo necesariamente que dejar rastro escrito en el Negociado o Negociados correspondientes.

Como único comentario diremos simplemente por nuestra parte que no parece que estuviera fuera de razón que la Sala hubiera recabado, para mejor proveer y esclarecer tan importante extremo como el referido, los antecedentes del asunto, sin duda obrantes en el Ministerio, ya que su no existencia implicaría el nacimiento de

un contrato tan importante como el aludido, algo así como a manera de generación espontánea.

Sentencia de 15 de marzo de 1956.

ESTA SENTENCIA EXAMINA LA DIFERENCIA ENTRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA PROPIAMENTE DICHA Y LA INSTITUCIÓN DE SUCESOR DIRECTO CONDICIONAL, CON LA CONSECUENCIA FISCAL DE FIJAR LA TARIFA ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES DE PRIMER GRADO Y NO LA DE COLATERALES QUE CORRESPONDERÍA, DADO EL PARENTESCO ENTRE EL HEREDERO DEL SUCESOR CONDICIONAL Y LA CAUSANTE DE ÉSTE.

Antecedentes.—La augusta señora E. de los F. estableció en el testamento bajo el que falleció, entre otras cláusulas, la que decía: «Instituye y nombra por único y universal heredero de todos los bienes que ahora le pertenecen, o que en lo sucesivo le pertenezcan en España, a su sobrino el Conde de M., siempre que sobreviva a la augusta señora otorgante y además tenga, cuando fallezca, descendientes que le sucedan; pero esto no será obstáculo para que, mientras viva, pueda su citado sobrino, por sí solo y sin el consentimiento de ninguna otra persona ni autorización de clase alguna, cambiar la forma y sustituir los bienes heredados con otros que adquiriera, a cuyo fin podrá disponer libremente por actos inter vivos de todos los referidos bienes como si fuera heredero sin condición, y también podrá disponer de ellos por actos «mortis causa», pero esto sólo para el caso de dejar sucesión directa. En el caso de que su citado sobrino fallezca antes de la augusta señora otorgante, y también en el caso de, sobreviviéndola, falleciese sin dejar descendientes (pues si los dejase, éstos heredarán en todo caso los bienes) —así dice entre paréntesis—, instituye por heredera de todos los bienes a su sobrina... en la misma forma y con las mismas condiciones que el Conde de M.».

A continuación siguen otras previsiones para el caso de que esta última no llegue a heredar.

En los referidos bienes fué, efectivamente, heredero el Conde de M., y se incluyeron en su testamentaria, junto con otros bienes de su exclusivo patrimonio, naciendo así, al ser practicada la liqui-

dación del Impuesto de Derechos reales de la herencia a favor de su único hijo y heredero, el Duque de P., el problema jurídico-fiscal consistente en determinar si los bienes procedentes de la augusta señora han de considerarse transmitidos en concepto de transmisión fideicomisaria—tesis sostenida por la Administración—, o más bien por sucesión directa condicional—tesis de la parte recurrente—; y, consiguientemente, si los adquirió el Duque de P. de la mencionada señora como fideicomisario, a través de su padre, el Conde de M., en calidad de fiduciario, o de éste directamente como heredero suyo, con la ineludible consecuencia de tributar en el primer caso como colateral y en el segundo como descendiente de primer grado.

Sentados estos concretos antecedentes de hecho, la Sentencia que examinamos empieza por establecer como punto de partida de sus ulteriores razonamientos, que tanto en la sustitución fideicomisaria como en el fideicomiso de residuo es indispensable la existencia de llamamientos sucesivos junto con la obligación categórica, impuesta por el testador al primeramente llamado, de conservar y de restituir los bienes de la herencia o parte de ellos al segundo, de tal manera que si se impone la obligación de conservar y no la de restituir, aquellas dos figuras no surgen a la vida jurídica, carecen de realidad y el primer llamado puede libremente disponer, por causa de muerte, de los bienes conservados.

Partiendo de esta premisa, sigue diciendo la Sala que para determinar si el Duque de P. es heredero fideicomisario de la augusta dama, o heredero directo de su padre, el Conde de M., es necesario examinar, siguiendo el criterio interpretativo ordenado en el artículo 675 del Código civil, el sentido literal y el contenido de la transcrita cláusula testamentaria en sus diferentes párrafos, así como su conjunto armónico para llegar así a la verdadera intención de la testadora. Y en este camino se ve, desde luego, que al hacer ésta el primer llamamiento, instituye heredero universal de todos sus bienes a su sobrino el Conde de M., siempre que le sobreviva y que al fallecer deje descendientes que, a su vez, le sucedan, obligándole al mismo tiempo a conservar el «quantum» de la herencia, sin que nada disponga respecto a la obligación de restituir para el caso de que la condición de supervivencia se cumpla; antes al contrario, supuesta esa realidad, le faculta expresamente para disponer por actos «mortis causa». Ello evidencia que la testadora instituyó a su

dicho sobrino heredero condicional y que, purgada la condición, quedó instituido heredero en pleno dominio, con facultad de disponer, sin que a ello se oponga el hecho de que el cumplimiento de la condición coincida con la muerte del instituido, puesto que sabido es que los actos «mortis causa» se dictan para después de la muerte, que es cuando tienen que concurrir las condiciones que producen su validez y eficacia; y sin que tampoco sea obstáculo que la facultad de disposición sea más o menos relativa o limitada por los preceptos que regulan las legítimas de los descendientes, ya que ellos son ajenos a las normas de la sustitución fideicomisaria.

La Sentencia analiza después el contenido del segundo llamamiento a favor de la sobrina de la testadora como sustituta, en relación con la frase entre paréntesis, «pues si los dejase, éstos heredarán en todo caso», y dice que ha de partirse de que está escrita en el segundo llamamiento, expresamente subordinado al primero como principal en cuanto a su forma y condiciones. Además, es de tener en cuenta que el hecho de estar redactada entre paréntesis muestra que su valor gramatical es el de constituir una mera oración incidental sin enlace necesario con los demás miembros del período, cuyo sentido lo interrumpe, pero no lo altera, como dice la Academia; y no es de olvidar que el paréntesis se emplea usualmente a modo de aclaración, reflexión o comentario subjetivo del que redacta, sin valor sustancial; de donde se deduce que la testadora estableció la sustitución en favor de la sobrina para el caso de que el Conde de M. falleciese sin descendientes, ya que si los dejase—dice la causante—, éstos heredarán en todo caso como descendientes de su padre, que estaba obligado a conservar los bienes.

Por añadidura, si se estimase que con la mencionada frase se interfirió un nuevo llamamiento, sigue diciendo la Sentencia, habría que admitir que, aparte del lugar impropio en que aparece, ella anulaba la institución de heredero consignada preferentemente, máxime si se tiene en cuenta que al no establecer en tal frase la obligación de restituir, quedaba revocada la facultad conferida al Conde de M. de disponer «mortis causa» si moría con descendientes, haciendo así de peor condición al primer llamado, no obstante su bien marcada preferencia, porque para los sucesivamente llamados no reza el concepto entre paréntesis. Todo lo que contravendría la clara intención de la testadora, deducida de los respectivos llamamientos,

de sustituir unos sobrinos por otros, cuando los precedentemente llamados no tuviesen descendencia.

Por último, continúa diciendo la Sala, ante la realidad innegable de la facultad de disposición «mortis causa» concedida al Conde de M. para el caso de fallecer con descendientes, habría que reconocer con cierto sector de la doctrina que el contenido de la locución entre paréntesis constituiría una disposición testamentaria supletoria para el caso de fallecer abintestato el heredero, sin hacer, por tanto, uso de la facultad de disposición «mortis causa», pero nunca implicaría una sustitución fideicomisaria, dada la facultad de disposición atribuida al pretendido fiduciario.

Por consiguiente, y como consecuencia final de los antedichos razonamientos, deduce la Sala que la discutida liquidación debió practicarse en el concepto de herencia directa del tan repetido Conde de M. a favor de su hijo único el Duque de P. y no como heredero fideicomisario de la augusta señora, cuya liquidación, por lo tanto, debe ser anulada.

Comentarios. El caso, como se ve, es de puro Derecho civil, y es de justicia reconocer que los brillantes razonamientos de la ponencia del ilustre Magistrado señor Sánchez Guisande tienen gran fuerza dialéctica, y que está analizada con gran destreza la trascendencia de la famosa frase que la augusta causante insertó entre paréntesis en su última voluntad; pero aun siendo ello así, no se puede desconocer que la intención clara y patente a través de la cláusula institucional en sus cuatro párrafos, fué que sus bienes pasasen a los familiares que sucesivamente va designando, lo cual encierra, a no dudarlo, la institución de un fideicomiso, y que, como dice la Sentencia de 13 de noviembre de 1913, «la nota esencial de todo fideicomiso, sea universal o singular, de constitución pura, condicional o a término, consiste en la obligación, carga o gravamen que el fideicomitente impone al fiduciario de restituir los bienes o cosas que lo constituyen a una tercera persona, o sea al fideicomisario».

La trascendencia para el caso del tan repetido inciso, pese a la diestra interpretación que se le da por la Sala, es de trascendencia suma para la solución que se adopte, porque, dígame lo que se quiera, y aunque encierre una oración incidental, no nos parece que no tenga «enlace necesario con los demás miembros del período». Nótese que está inserto al hablar del supuesto de que el primer instituido premuriese a la testadora o bien que sobreviviéndola mu-

riese sin descendientes, ya que si los tiene, «éstos heredarán en todo caso».

Cierto que esta previsión choca aparentemente con aquella otra que dice que el heredero, el Conde de M., podrá disponer de los bienes «mortis causa» si deja sucesión directa, y que mal se compagina la libre disposición «mortis causa» con la imposición de que los hijos hereden «en todo caso»; pero ello pudiera tener la interpretación de que la voluntad del fiduciario hubiese de manifestarse en favor de todos o de alguno de los hijos, si fueran varios. Con tal orientación cabría sostener que los designados heredaban por voluntad de su padre y no por la de la fideicomitente, mientras que si el hijo o descendiente era uno solo, como en el caso ocurre, habría que decir que al desaparecer la libertad de elección en el ascendiente, éste no realizaba la transmisión ejercitando su voluntad, sino la de la causante, a la que servía de cauce o camino.

En definitiva, la voluntad de la egregia testadora fué que los bienes pasasen a los descendientes del Conde de M., siquiera fuese a través de la facultad concedida a éste de disponer de los bienes «mortis causa», precisamente a favor de sus descendientes. Y éste es el argumento Aquiles: si estos descendientes adquieren los bienes por voluntad de la testadora, el intermediario no fué más que un fiduciario, y su hijo un heredero fideicomisario.

Para nosotros, por fin, la interpretación de la repetidamente mencionada cláusula pudiera ser ésta: la causante quiso que los bienes pasasen necesariamente a los descendientes del Conde de M., su sobrino, y entonces se dirá, ¿para qué la concesión al mismo de la facultad de disposición «mortis causa»?

Sencillamente, contestamos, para que él los distribuyese entre sus descendientes, caso de ser más de uno, con la relativa libertad que nuestro Código civil permite, siempre dentro del respeto debido a las porciones legitimarias en él determinadas

LA REDACCIÓN