

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVII
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
MCMLXXIV

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGAGDO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO: <i>Tutela legítima del adoptado</i>	859
JOSÉ ANGEL TORRES LANA: <i>Las características del volumen de edificabilidad</i>	877
MIGUEL ANGULO RODRIGUEZ: <i>El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos</i>	921

Estudios legislativos

JOSÉ BONET CORREA: <i>El régimen jurídico español de las inversiones de capital extranjero</i>	941
--	-----

Vida Jurídica

Nota Crítica.— <i>Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho,</i> por C. B.	977
--	-----

Bibliografía

Libros	982
---------------------	------------

ARANZADI: *Legislación civil. Leyes procesales*, por R. BALDO DEL CASTAÑO, Vicente: *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, por R.—BRONZETTI: *Persone giuridiche e associazione non riconosciute nella giurisprudenza*, por R.—COLOMBO, Giovanni E.: *Il trasferimento dell'azienda e il Passaggio del crediti e dei debiti*, por R.—NAVARRO VALLS, Rafael: *Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio*, por R.—ROTONDI, Mario: *Inchieste di diritto comparato*, por R.—ROTONDI, Mario: *Studi di diritto comparato e teoria generale*, por R.

Revista de Revistas	992
----------------------------------	------------

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José María Chico Ortiz	1004
---	------

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas	1058
---------------------------------------	-------------

La nulidad de una cláusula de elevación de la renta en un arrendamiento de local de negocio (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1974), por José Bonet Correa.

II. Sentencias	1065
-----------------------------	-------------

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 - 1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVII

FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE

MCMLXXIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE I.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

Tutela legítima del adoptado

JOSE MANUEL LETE DEL RIO

Profesor Agregado de Derecho civil

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. El párrafo 4.^º del artículo 176.—III. Finalidad de la Ley de 1970.—IV. Artificialidad de la filiación adoptiva.—V. Filiación legítima.—VI. Patria potestad.—VII. Tutela.—VIII. Preferencia entre la tutela testamentaria y la tutela legítima.—IX. Tutela legítima del adoptado: 1) Adoptado menor de edad: A) regla general. B) excepciones. 2) Adoptado mayor de edad incapaz: A) idea general. B) posición de Espín. C) posición de Fernández Martín Granizo. D) posición de Rodríguez Carretero. E) nuestra posición: a) tutela de los locos y sordomudos. b) tutela de los pródigos. c) tutela de los que sufren interdicción. 3) Prototor. 4) Consejo de familia.—X. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO

La Ley 7/1970 de 4 de julio, sobre adopción, modificó los artículos 172 a 180, correspondientes al capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, que se encontraban redactados según Ley de 24 de abril de 1958 (1). Se trata de una regulación que, aunque sigue las directrices marcadas por la Reforma de 1958, introduce importantes innovaciones, tendentes primordialmente a favorecer y fortalecer el vínculo de adopción (2).

Esta reforma, igual que la anterior, responde a la necesidad de adaptar el instituto de la adopción a las exigencias de la realidad social (3), y, desde esta perspectiva, no es un fenómeno particular de nuestro Derecho, sino que afecta a la generalidad de las legislacio-

(1) A lo largo de este trabajo, cuando empleamos la palabra *Ley* aludimos no al Código civil, sino a la Ley de reforma de 4 de julio de 1970. Lo cual no quiere decir que olvidemos es una Ley reformadora del Código, y que como tal perdió su carácter sustantivo, convirtiéndose en artículos; por el contrario, entendemos el Código como Ley única, es decir, aceptamos el sentido estricto del Código, como opuesto a Recopilación.

(2) «Como tónica dominante —dice la Exposición de Motivos—, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo».

(3) Vid., a este respecto, CASTRO LUCINI, *La nueva regulación legislativa de la adopción*, en RCDI, 1971, págs. 829 y ss.

nes (4). Ha sido un paso más, pero nada más que un paso, todavía nos faltan algunos kilómetros que recorrer.

No vamos a abarcar todo el contenido de esta Ley de Reforma, que, desde luego, ofrece una rica y variada problemática, simplemente queremos incidir en un punto muy concreto: el de *la tutela legítima del adoptado*.

II. EL PARRAFO 4.^º DEL ARTICULO 176

En orden a la tutela del adoptado, el párrafo 4.^º del artículo 176 dice así:

«Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los Capítulos II y IV del Título IX, Libro I. El Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes».

El párrafo transcrita no figuraba en el Proyecto que el Gobierno remitió a las Cortes, se trata de una enmienda introducida por el Informe de la Ponencia designada para el estudio del Proyecto (5), y que no fue objeto de discusión en el seno de la Comisión de Justicia de las Cortes (6).

Se desprende claramente de esta norma, como dice García Cantero (7), que «no se produce una readquisición de la patria potestad por el padre legítimo o natural del adoptado en virtud de una *potestad residual* que algunos autores defendían, sino que la perdida que sanciona el artículo 176, párrafo 4.^º, es definitiva».

Indudablemente, la redacción del precepto que comentamos es muy poco afortunada, incluso nos atreveríamos a decir que sobra este párrafo o que su supresión no causaría ningún trastorno, pero tampoco su inteligencia es difícil. Si, a primera vista, pudiera deducirse un contrasentido, en cuanto parece excluir la tutela legítima, una lectura más detenida y meditada nos convencerá de que aquél es sólo aparente. Sirva esta advertencia para dejar constancia de que intentamos efectuar una interpretación no dirigida a suscitar dudas y dificul-

(4) Por ejemplo, Francia ha efectuado múltiples reformas, citemos como más importantes las de 1923, 1939 y 1966-67. Una panorámica sobre reformas de adopción en otros países nos la ofrece el trabajo de VEGA SALA, *La Ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal*, en RGLJ, 1970, págs. 689 y ss.

(5) Se dio la justificación de que «rota, en virtud de la adopción, la vinculación del adoptado con su familia natural, es la tutela testamentaria o la dativa la institución apropiada para proveer a la guarda del menor o del incapacitado cuando la patria potestad se extinga».

(6) Esta falta de debate causa extrañeza a FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*La adopción*, en ADC, 1971, pág. 691, nota 7), por entender que, al eliminar la tutela legítima del ámbito de la adopción, se incide en una laguna legal.

(7) *El nuevo régimen de la adopción*, en ADC, 1971, pág. 846.

tades, para después achacárselas al legislador, sino orientada a buscar el recto sentido de la norma; pues, como indica Hernández Gil (8), «el contrasentido ha de utilizarse para saber y demostrar que no puede ser lo querido por la Ley». Por último, es de notar que para comprender bien la materia y aplicar correctamente este párrafo 4.^º del artículo 176 es necesario tener presente los principios en que la Ley de 1970 se inspira.

III. FINALIDAD DE LA LEY DE 1970

Esta Ley, hemos dicho, pretendió un fortalecimiento del vínculo adoptivo y enunció, como norma general, que la adopción, salvo disposición legal contraria, da lugar a una relación de parentesco entre adoptante y adoptado equivalente a la de filiación legítima, con importantes novedades en el ámbito sucesorio (9), por cierto, bastante contradictorias. Y en este sentido queda redactado el párrafo 1.^º del artículo 176, a cuyo tenor, «*en todo lo no regulado de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo*» (10).

El legislador de 1970, para afianzar la relación parental creada por la adopción, equipara el hijo adoptivo con el legítimo y postula una ruptura de vínculos del adoptado con su familia de origen. Ahora bien, la equiparación no es absoluta, ni tampoco la ruptura con la familia de origen es total. Ambas clases de adopción (plena y simple) difieren en cuanto al uso de apellidos y en materia de derechos hereditarios. En la adopción simple el cambio de apellidos necesita de convenio expreso en la escritura de adopción, y por lo que se refiere a derechos hereditarios no se adquiere la posición de hijo legítimo, ya que el adoptado es asimilado al hijo natural reconocido (11); además, en algún aspecto, el adoptado, de modo simple, continúa atado a su familia de origen, por ejemplo en tema de licencia matrimonial (12). Pero, esto no quiere decir que el legislador se haya visto condicionado por la necesidad de regular dos especies de adopción, asignando a una efectos más fuertes y a la otra más débiles; pues ni siquiera en la adopción

(8) *En defensa del Código civil*, Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid, el 8 de mayo de 1948, pág. 14.

(9) Vid. BERCOVITZ (*Los efectos sucesorios de la adopción*, en ADC, 1971, pág. 929 y ss.), FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*Ob. cit.*, pág. 771 y ss.), GARCÍA CANTERO (*Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción*, en RGLJ, 1970, página 659 y ss.), RODRÍGUEZ CARRETERO (*La persona adoptada*, Madrid, 1973, página 433 y ss.), VALLET DE GOYTISOLO (*Los derechos sucesorios dinanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970*, en ADC, pág. 601 y ss.).

(10) Según la *Exposición de Motivos*, la Ley «se mantiene fiel a una tendencia muy difundida en el mundo que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción».

(11) Vid. art. 180 párrafo 3.^º

(12) Vid. art. 47, párrafo 2.^º (reformado por la Ley de 1958, y que no ha sido modificado por la Ley de 4 de julio de 1970). Es acertada, en este punto, la crítica que efectúa ESPÍN (*Manual de Derecho civil español*, vol. IV, 3.^a ed.,

en forma plena llega a producirse una equiparación absoluta en cuanto a los efectos con el hijo legítimo, como lo demuestra el hecho de que en ella se impongan ciertas limitaciones, con las que se procura evitar perjuicios a los hijos legítimos o naturales del adoptante (13).

Por consiguiente, el efecto esencial de esta Ley es crear, por lo general, entre personas extrañas (14), un vínculo que la naturaleza no ha generado, sino que imita al producido por la generación, estableciendo una relaciones (de paternidad y de filiación) análogas a las que resultarían de la filiación legítima (15). Por eso, a esta filiación adoptiva se la denomina *civil* y se dice crea un parentesco *civil*; porque no proviene de la naturaleza, sino de la voluntad de quien adopta con el concurso de la voluntad del adoptado, y, además, si están casados, con el consentimiento de sus respectivos cónyuges, o con intervención de sus padres o, en su caso, de su tutor, si el adoptado es menor (16). De ahí, precisamente, la censura y duras críticas que muchos autores han dirigido contra este instituto, calificando la adopción de *ficción jurídica* (17), que algunos consideran atenta contra la familia legítima y olvida o desconoce a la familia natural.

IV. ARTIFICIALIDAD DE LA FILIACION ADOPTIVA

Después de la Ley de 1970, habrá casos en que la ficción será relativa, como ocurrirá en los supuestos previstos por el artículo 178, de que uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido de su consorte.

Pero, sobre todo, decir que la adopción atenta contra la familia legítima porque es un vínculo artificial que no se basa en la genera-

Madrid, 1972, pág. 407 y nota 67), vid. también RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, págs. 163 y ss.

(13) Vid. art. 179, que prevé la concurrencia en la sucesión testamentaria del adoptante de hijos adoptivos con legítimos y naturales reconocidos de aquél.

(14) Decimos *por lo general*, debido a que el artículo 178, en su párrafo 1.^º, inciso final, prevé la posibilidad de adoptar «uno de los cónyuges al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido de su consorte».

(15) GARCÍA CANTERO (*El nuevo régimen de la adopción*, *cit.*, pág. 845) trata de indagar el sentido del párrafo 1.^º del artículo 176, y se pregunta si habrá identidad total o analogía entre el hijo legítimo y el adoptivo. En nuestra opinión, se ha pretendido una simple analogía, semejanza o equiparación de efectos, que, además, ya hemos visto, no se logra; pero la identidad absoluta nunca será posible, siempre faltarán el hecho biológico de la generación o, al menos, la posibilidad de presumirle. Por ello, como bien advierte GARCÍA CANTERO (*Ob. cit.*, pág. 845), «la adopción es una fuente de legitimidad en cuanto crea un *status filii*, pero no, sin más, en cuanto crea un *status familiae*».

(16) Vid. art. 173.

(17) Vid., por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.^º, 2.^a ed., Madrid, 1912, pág. 1078); CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*, ed. rev. y puesta al día por COSSIO Y GULLÓN, Madrid, 1959, pág. 648); BELTRÁN FUSTERO (*Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la potestad cuando un hijo es adoptado por la esposa?*, en RDP, 1952, pág. 395).

ción, supone una crítica sentimental y endeble. Principalmente lo último, pues implica un completo desconocimiento u olvido de cómo la familia adquiere el título de su legitimidad (18). Basta observar cómo también se sustrae al calificativo de legítima la filiación llamada ilegítima y, sin embargo, ésta, al igual que aquélla, descansa en un hecho natural, en el hecho biológico de la generación; por lo que, desde este punto de vista, puede afirmarse que tan biológica y tan extrajurídica es la filiación legítima como la ilegítima. Es cierta la argumentación de Colín, según el cual hay que distinguir entre la idea de familia y la idea de filiación o parentesco. El parentesco, para este autor, resulta de la comunidad de sangre, es un lazo natural; en cambio, la familia aparece, en todos los tiempos, como un grupo social organizado, más o menos artificialmente, por la costumbre o por la ley. Por eso, estima Colín que lo que da nacimiento al lazo de parentesco es un hecho natural (19), la procreación, y lo que produce la familia es un acto de voluntad, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento (20). Adopta esta postura Roca Juan (21) e indica que «hablar de la *artificialidad* de la adopción y de la familia adoptiva, para contraponerla a la *naturalidad* del matrimonio y de la familia legítima, basada en éste, pierde su valor absoluto, porque, desde el punto de vista legal, las dos serían igualmente artificiales».

Y si nos fijamos en la deuda alimenticia, es de señalar que el Código civil se ocupa de ella bajo la rúbrica *De los alimentos entre parientes*, y el artículo 143, entre los obligados, en mayor o menor extensión, incluye a los padres e hijos naturales reconocidos y descendientes legítimos de éstos, y a los padres e hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales. Por tanto, se quiera ver el fundamento de la misma en el derecho a la vida del alimentista, en el vínculo parental, en el interés público o en el vínculo de solidaridad y en la comunidad de intereses existente entre los miembros del grupo familiar (22), lo cierto es que el propio legislador reconoce que la deuda alimenticia debe existir tanto dentro como fuera del matrimonio, y pone su acento en el hecho biológico de la generación; es decir, distingue entre un vínculo de parentesco basado en la consanguinidad y un vínculo de familia fundado en un acto de voluntad.

(18) CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1º, Madrid, 1954, pág. 16) dice que la familia legítima es la constituida con arreglo a las condiciones del derecho y tiene la protección completa de éste.

(19) «Como hecho natural —dice CICU (*La filiación*, trad. esp., Madrid, 1930, pág. 16)— la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente.»

(20) COLIN (*De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, en Rev. Trim. de Droit civil, t. I, París, 1902, pág. 261).

(22) Vid. CASTÁN TOBEÑAS (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, con la colaboración de CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1966, págs. 254 a 256); ROYO MARTÍNEZ (*Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 316), BELTRÁN DE HEREDIA (*La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, 1958, pág. 33). Respecto a la Compilación catalana, HERNÁNDEZ-CANUT (*La deuda de alimentos en el Derecho especial de Ca-*

V. FILIACION LEGITIMA

Como dice Royo Martínez (23), «la Biología sabe que no puede existir un ser humano sin padre y madre, porque la conjugación de las células germinales es esencial para la producción de un nuevo ser. El derecho para tratar entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos, que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco y entrañan como consecuencia que no sea para el Derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre e incluso sin madre, porque ello no quiere negar que biológicamente carezca de ellos, sino que significa, simplemente, que ningún varón o ninguna mujer tiene respecto de dicho ser los derechos y deberes jurídicos que al padre o a la madre corresponden por imperativo y concesión de la norma jurídica».

La filiación legítima presupone el matrimonio de los padres, luego, lógicamente, deberían ser hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio, o, mejor dicho, los concebidos y nacidos durante el matrimonio; sin embargo, también los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de su celebración son legítimos. ¿Por qué?, porque la filiación legítima que a simple vista parece un hecho sencillo y de fácil comprobación es, no obstante, bastante complejo y de difícil prueba. Por ello, la ley, ante la imposibilidad de acreditar con seguridad y de un modo exacto el instante de la concepción, acude a una presunción basada en el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y como también la paternidad es difícil de probar, se recurre a la presunción de que es padre el marido de la madre. Esta doble presunción, explícita en cuanto al tiempo de la concepción e implícita en orden a la paternidad, la establece nuestro Código civil en su artículo 108. Es decir, el Derecho presume o impone la filiación, o —como dicen Lacruz-Sancho (24)— el Derecho puede ir disociado de la realidad biológica.

VI. PATRIA POTESTAD

En la filiación legítima, según el artículo 154, párrafo 1.^º, el padre, y en su defecto la madre, tiene *potestad* sobre sus hijos no emancipados. Quiere esto decir que, como consecuencia de la relación de filiación, los padres tienen el deber de proteger y educar a sus hijos menores, y, para la realización de esta función de asistencia y protección, el ordenamiento jurídico concede a los padres un conjunto

taluña, en ADC, 1962, págs. 97 y ss.) señala cómo la nota común que caracteriza a la deuda alimenticia es la de ser una consecuencia del Derecho hereditario.

(23) *Ob. cit.*, pág. 228.

(24) *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 354.

de derechos y deberes, que se agrupan bajo la denominación de patria potestad (25).

Por consiguiente, si la adopción, bien sea plena o simple, crea un vínculo entre adoptante y adoptado, que recibe el nombre de parentesco o filiación civil, y se pretende que sea equivalente al de filiación legítima, es lógico que también se otorgue al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad (26). Y así lo declara el párrafo 3.^º del artículo 176 (27).

VII. TUTELA

Sin embargo, puede suceder que falten los padres o, existiendo, no puedan desempeñar la patria potestad, o que se trate de mayores incapacitados. Es algo tan evidente la posibilidad de existencia de menores faltos de guarda y representación legal, así como de mayores carentes de capacidad, que los ordenamientos se ven obligados a prever y proveer esta contingencia. Es decir, se hace preciso establecer un sustitutivo de la patria potestad (28), una institución inspirada en aquella, que supla y realice sus funciones. Esta institución de guarda legal es la tutela, que tiene finalidad tutiva y protectora, y que se da en interés no del que la ejerce sino del sometido a ella, siendo su contenido un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esa función, lo cual exige suplir la falta de capacidad o integrar la capacidad limitada de los que no están bajo la patria potestad.

Nuestro Código civil organiza la tutela sobre la base del sistema llamado de familia o de tutela privada (29), creando un complejo y complicado engranaje, cuyas piezas esenciales (denominadas órganos)

(25) Ahora bien, no queremos decir, ni tampoco dar a entender que la patria potestad sea una pura creación legal; por el contrario, siguiendo a SERRANO Y SERRANO (*Comentarios a la Sentencia de 18 de octubre de 1947*, en ADC, 1948, pág. 1171), consideramos que «la patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar con esa potestad, al mismo tiempo tutiva y de mando; de mando, para mejor actuar la protección al hijo. Por eso el Estado que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos».

Acerca de la definición de patria potestad, vid. CASTÁN VÁZQUEZ (*La patria potestad*, Madrid, 1960, págs. 8 a 10).

(26) Este efecto ya estaba reconocido en el Código civil antes de las reformas de 1958 y 1970.

(27) La atribución de la patria potestad es un efecto común a ambas clases de adopción (plena y simple), pero no, en cambio, esencial, puesto que es posible adoptar a mayores de edad.

(28) Fijándonos en esta nota de inexistencia de la patria potestad, podemos calificar a la tutela de institución supletoria.

(29) Como dice ALBALADEJO (*Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 158), «no es rigurosamente exacto que siempre la tutela familiar recaiga en miembros de la familia del pupilo. Pueden también desempeñarla

son: tutor, protutor y consejo de familia, así como una cierta intervención de la autoridad judicial. Organismo tutelar que nacerá, como dice el artículo 293, cuando se produzca y se conozca *el hecho que da lugar a la tutela*, en cuyo caso habrá que efectuar la delación o llamamiento a determinadas personas para que ocupen y ejerzan los cargos tutelares, delación que —según el artículo 204— se realiza por disposición testamentaria, por la ley o por nombramiento del consejo de familia, con la consiguiente distinción de tres especies de tutela: testamentaria, legítima y dativa.

VIII. PREFERENCIA ENTRE LA TUTELA TESTAMENTARIA Y LA TUTELA LEGITIMA

Este artículo 204 parece imponer, con carácter sucesivo, un orden o preferencia entre las distintas clases de tutela, lo que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a afirmar que la tutela legítima solamente tiene virtualidad en defecto de la testamentaria (30).

Para nosotros no cabe ninguna duda de que, cuando se trata de menores de edad, es preferente la tutela testamentaria. En cambio, no compartimos el criterio de quienes opinan que igual preferencia debe existir en el supuesto de mayores de edad incapacitados; máxime, si atendemos al dato de que la tutela legítima está basada en el matrimonio (incapaces por causa distinta de la menor edad), en la paternidad o maternidad, o en el parentesco por consanguinidad legítima, lazos que hacen presumir afecto, aptitud e independencia para los cargos tutelares, si bien el orden de los llamamientos varía según cual sea la causa que determina la incapacidad que afecta al sometido a tutela.

Es esta una vieja cuestión, que ya fue duramente criticada por Comas (31), respecto de la cual la mayoría de la doctrina (32) se aferró a una interpretación literal y ordinalista y, en base de los artículos 204, 206, 207, 210 y 231 del Código civil, se pronunció favorable a una preferencia absoluta de la tutela testamentaria sobre la legítima, aunque, eso sí, reconociendo y poniendo de relieve los absurdos a que conduce, pues —como dice Sánchez Román (33)— puede darse el caso, por lo que se refiere a los incapacitados, de que «la designación testamentaria prive de la guarda a los padres y a los có-

personas no pertenecientes a ella. Pero lo que se quiere expresar es la idea de ser la tutela generalmente familiar, y, en todo caso, desempeñada por particulares. O sea, una tutela privada contrapuesta a una tutela oficial.»

(30) Vid., por ejemplo, CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, pág. 294); CLEMENTE DE DIEGO (*Ob. cit.*, t. II, pág. 722); ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 486).

(31) *La revisión del Código civil español*, t. II, Madrid, 1895, págs. 542-543.

(32) Vid., por todos, SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, págs. 1322-1323), CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, pág. 291).

(33) *Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, pág. 1323.

yuges respecto de sus hijos y cónyuge incapacitado» (34). Ya, antes, hemos advertido cómo el contrasentido sirve para saber y demostrar que eso no puede ser lo querido por la ley; por ello nos adherimos a la interpretación, más justa y a la vez respetuosa con la letra del Código, que efectúa De Castro (35), el cual, en base a los antecedentes (Partidas, Proyecto de García Goyena, Leyes de Enjuiciamiento civil) y a la sistemática del propio Código civil, pone de manifiesto cómo el mismo articulado nos puede conducir a preferir y admitir, para los incapacitados, la tutela legítima (36).

Aceptar esta postura tiene evidente importancia y repercusión para el caso de la tutela legítima del adoptado mayor de edad incapaz, debido a que, de seguirse la contraria, nos tropezaríamos además con el absurdo de que los parientes por naturaleza podrán, como «extraños», a través de la facultad que el artículo 207 del Código civil les concede (37), desplazar a los padres adoptantes, así como a los hijos y cónyuge del adoptado, con lo que indirectamente se haría ilusorio el fin pretendido por la Ley de Reforma de la Adopción de 1970.

IX. TUTELA LEGITIMA DEL ADOPTADO

Llegados a este punto, conviene retornar al planteamiento inicial y tratar de dar cumplida respuesta a la pregunta de ¿cómo ha de interpretarse el párrafo 4.^º del artículo 176?, o, dicho de otro modo, ¿hay que entender que este precepto suprime la tutela legítima solamente para los menores de edad o también alcanza a los mayores de edad incapacitados?

1) ADOPTADO MENOR DE EDAD: A) Regla general.

Ninguna duda nos ofrece que el párrafo que comentamos se refiere al menor de edad no emancipado (38), que ya no está bajo la patria

(34) En igual sentido, CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.^º, pág. 291) nos dice que «se permite con ello el absurdo de que un testador pueda excluir al padre del ejercicio de la tutela».

(35) *Derecho civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 294 a 297.

(36) En este sentido, MORENO QUESADA (*La tutela de los hijos adoptivos*, en ADC, 1965, pág. 463 y ss.) y DÍEZ PICAZO (*Notas sobre la institución tutelar*, en RCDI, 1973, págs. 1393 y ss.). Este último matiza algo más, y delimita el ámbito de la tutela testamentaria del siguiente modo: «a) los padres pueden ordenar la tutela de sus hijos menores únicamente para el caso de muerte y, por extensión, de declaración de su fallecimiento; b) respecto de sus hijos incapacitados, los padres pueden designar un sucesor en la tutela que ellos hubieren efectivamente ejercido como tutores legítimos. Al extraño le son, *pari passu*, aplicables las mismas ideas».

(37) Puede verse FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *Ob. cit.*, pág. 691.

(38) En este sentido, ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 406), FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO (*Ob. cit.*, pág. 691); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, pág. 537).

potestad (39). Es suficientemente demostrativa la literalidad del mismo precepto: *Extinguida la patria potestad del adoptante, el Juez proveerá a la guarda del menor, conforme a lo establecido en los capítulos II y IV del Título IX, del Libro I.* Efectivamente, para los menores no emancipados que estaban bajo la patria potestad del adoptante se ha eliminado la tutela legítima, no puede respecto de los mismos aplicarse el artículo 211 del Código civil (40). La razón es clara, la supresión de aquélla es congruente con la configuración que a la adopción se ha dado por la nueva Ley, que, para robustecer la relación adoptiva, sanciona una ruptura de vínculos con la familia de origen para ambas clases de adopción; por lo tanto, aunque nada se hubiera dicho de modo expreso, habría que entender inaplicable el artículo 211.

B) Excepciones.

Pero, también aquí se cumple aquello de que «la excepción confirma la regla», o que «no existe regla sin excepción». La excepción se encuentra en los supuestos en que no hay ruptura de relaciones con la familia de origen, sino todo lo contrario, se produce una consolidación o complementación de las mismas por medio de la adopción. Aludimos a la posibilidad de que el adoptado sea hijo natural reconocido del adoptante, o que se adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del cónyuge del adoptante.

Respecto al hijo legítimo o legitimado por subsiguiente matrimonio (41) del cónyuge del adoptante parece evidente que será posible constituir la tutela legítima, con la salvedad de que los llamamientos habrá que considerarlos referidos únicamente a los parientes por naturaleza del adoptado, es decir, a los de la línea del progenitor que lo es por la sangre.

Mayores dudas suscita el caso del hijo natural reconocido, lo sea del adoptante o del cónyuge del adoptante, desde el momento que el artículo 211, en su último párrafo, excluye de esta tutela a los ilegítimos, lo que plantea el problema de interpretar la frase legal *hijos ilegítimos*, para determinar si comprende o no a los hijos naturales.

La generalidad de la doctrina (42) se pronuncia por la inclusión de

(39) Es una aplicación de la regla *patrem habenti tutor non datur*, que hoy se extiende a la madre. Principio que recoge el artículo 199, al establecer que están sometidos a tutela: los que son incapaces de gobernarse por sí mismos, que no están bajo la patria potestad.

(40) Vid. FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, *Ob. cit.*, pág. 691.

(41) A los legitimados por concesión soberana se les equipara a los naturales reconocidos, luego la solución que se adopte para con éstos será de aplicación a aquéllos.

(42) SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, págs. 1333-1334); VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 2.ª ed., Valladolid, 1921, pág. 582); CLEMENTE DE DIEGO (*Ob. cit.*, t. II, pág. 273); CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2º, pág. 295), ESPÍN (*Ob. cit.*, vol. IV, pág. 487). Admiten, en cambio, la tutela legítima de los hijos naturales DE BUEN (*Derecho civil español común*, vol. II, Madrid, 1931, pág. 232); ESCOBAR (*La tutela*, Madrid, 1943, págs. 87 y ss.); RODRÍ-

los hijos naturales en la expresión *hijos ilegítimos* del artículo 211, por entender que este precepto no distingue y que los naturales son también ilegítimos. Pero la objeción más importante, en contra de la exclusión, es la que apunta Manresa (43), al decir que «los derechos reconocidos a los hijos naturales por el artículo 134 no pueden autorizar el reconocimiento de otros lazos de parentesco que el especial de padre a hijo». A nuestro juicio este argumento es el más decisivo y que sirve para rechazar la tutela legítima en cuanto a los hijos naturales, pues es muy claro que los llamamientos a esta clase de tutela se basan en el parentesco legítimo. Es más, el artículo 302, que se ha querido utilizar para defender la solución contraria (44), viene precisamente a corroborar el dato de que no existe en la filiación natural más parentesco que el de padre a hijo, puesto que este precepto declara que, para constituir el Consejo de familia de los hijos naturales, se nombrará como vocales *a los parientes del padre o madre que hubiese reconocido a aquéllos*; pero fijémonos en que no se dice *parientes del hijo natural*. La explicación es muy simple, es que no los tiene en la extensión del artículo 211. Es incuestionable que las personas llamadas por el artículo 211 lo son en virtud del parentesco que les une con el sometido a tutela, y que no se basan dichos llamamientos en el parentesco con los padres del pupilo, aunque, desde luego, un parentesco es consecuencia lógica del otro; es decir, el artículo 211 atribuye la tutela a los abuelos, abuelas, y hermanos *del pupilo* y no a los abuelos, abuelas o hermanos *del padre o madre del pupilo*, que respecto del tutelado serán bisabuelos, bisabuelas y tíos. Por tanto, en nuestra opinión, no ha lugar a la tutela legítima para los hijos naturales.

2) ADOPTADO MAYOR DE EDAD INCAPAZ: A) Idea general.

Creemos que tampoco puede plantearse duda acerca de si el artículo 176, en su párrafo 4.^º, comprende al mayor de edad incapaz. Si nos inclinamos por la negativa es no sólo por el tenor literal del precepto en cuestión, que no le menciona y habla exclusivamente del menor de edad, sino también porque consideramos sería contradictorio entenderlo de otro modo, dado que en este precepto se parte de la idea de la extinción de la patria potestad, así se dice y, además, no podía ser de otra manera, puesto que la persona adoptada menor de edad es tan incapaz de gobernarse por sí misma antes como después de extinguirse la patria potestad; es decir, lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en su protección y representación legal. En cambio, el mayor de edad hará ya más o menos tiempo que no estaba sometido a la patria potestad del adoptante, e incluso puede suceder que, a pesar de la adopción, si fue adoptado ya mayor de edad, nunca lo haya estado;

GUEZ ARIAS (*La tutela*, Barcelona, 1954, págs. 131-132); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Ob. cit.*, pág. 540).

(43) *Comentarios al Código civil español*, t. II, 3.^a ed., Madrid, 1907, página 201.

(44) Vid. ESCOBAR (*Loc. ult. cit.*); RODRÍGUEZ CARRETERO (*Loc. últ. cit.*).

en cuyo caso la necesidad de protección, de sometimiento a tutela, no surge mediatisada por la extinción de la patria potestad, sino después de haber salido de la misma o no habiendo estado nunca sujeto a ella (45), lo que quiere decir que se puede necesitar la guarda legal tanto en vida del padre o madre adoptante como después de su fallecimiento. Por consiguiente, de un modo general, y sin perjuicio de posterior puntualización, podemos adelantar la idea de que sí debe haber lugar a deferir la tutela en su forma legítima para los adoptados mayores de edad incapacitados.

Las aportaciones doctrinales al tema no son abundantes ni tampoco unánimes.

B) *Posición de Espín* (46).

Se inclina por la negativa. Considera interesante el párrafo 4.^º del artículo 176 porque consagra, en general, la desaparición de la relación parental de origen, puesto que siendo el adoptado menor, en defecto de los padres se constituye la tutela en su forma testamentaria o dativa. Pondera esta solución como acertada en cuanto es de aplicación, de modo general, para ambas clases de adopción y para cualquier supuesto de extinción de la patria potestad, por lo que termina proclamando que *este precepto hay que extenderle al caso del mayor de edad incapaz*. No da razón o criterio que avale o justifique tal postura.

C) *Posición de Fernández Martín Granizo* (47).

En su opinión, *existe una laguna legal*. Examina los distintos casos de incapacidad, y respecto de los locos y sordomudos estima inaplicable el número 4 del artículo 220, debido a que el parentesco adoptivo sólo surge entre adoptante y adoptado y sus descendientes, pero que no sucede igual en cuanto a las personas designadas tutores en los números 1 a 3 de dicho artículo. Se pregunta hasta qué punto el párrafo 4.^º del artículo 176 ha podido derogar el artículo 220, y como va a tener preferencia el tutor dativo sobre el legítimo, sobre todo cuando éste es el cónyuge o el propio padre o madre adoptante; sin embargo, considera que el artículo 176 no autoriza otra cosa, por lo que solicita que en una posterior reforma se retoque esta norma y se autorice la tutela legítima de los locos y sordomudos. En cuanto a los pródigos y a los que sufren interdicción dice que el problema es análogo y pide igual solución de reforma.

D) *Posición de Rodríguez Carretero* (48).

Comienza afirmando que el que sólo haga referencia a la tutela del adoptado menor de edad no excluye que el adoptado mayor deje de

(45) Se entiende a la patria potestad del adoptante.

(46) *Ob. cit.*, vol. IV, pág. 406.

(47) *Ob. cit.*, págs. 691 nota 7 y 692.

(48) *Ob. cit.*, pág. 538.

estar obligado a someterse a tutela en los supuestos de incapacidad recogidos en el artículo 200. Desde luego esto nadie lo pone en duda; lo que se discute es si se entiende eliminada la tutela legítima y habrá de deferirse la tutela dativa o, por el contrario, serán de aplicación los preceptos relativos a la tutela legítima para los adoptados mayores de edad incapacitados. Y, respecto a esta cuestión, más que demostrar intuye la posibilidad de la tutela legítima cuando dice que «la aparente limitación de formas de delación de la tutela insita en el propio párrafo último del artículo 176 del Código civil se desvirtúa por la existencia de personas que siendo parientes del incapacitado habilitan la delación legítima de la tutela, normalmente imposible de conformar dada la limitación del parentesco adoptivo» (49).

E) *Nuestra posición.*

Según hemos dicho, nos pronunciamos favorables a la delación de la tutela legítima en el supuesto de los mayores de edad incapacitados, y ello sin tratar de colmar laguna alguna, puesto que entendemos que no la hay, y también sin olvidar que la adopción crea un vínculo de parentesco civil, el de filiación adoptiva, entre adoptante de una parte y adoptado y sus descendientes de la otra. Por tanto, serán de aplicación los artículos 220 (si se trata de locos y sordomudos), 227 (si de pródigos) y 230 (si de los que sufren la pena de interdicción), todos ellos del Código civil. Por consiguiente, se impone la necesidad de examinar con arreglo a qué criterios y en qué extensión o con qué limitaciones, ya que la ruptura con la familia de origen que (hemos visto no es absoluta) el vínculo adoptivo comporta condicionará, en algunos aspectos, la efectividad práctica de los preceptos antes citados; de ahí la conveniencia de aludir pormenorizadamente a las personas llamadas a la tutela legítima según la particular incapacidad del sujeto a tutela.

a) *Tutela de los locos y sordomudos.*

Según el artículo 220 corresponde: 1.^º, al cónyuge no separado legalmente; 2.^º, al padre y, en su defecto, a la madre; 3.^º, a los hijos, con preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor; 4.^º, a las personas señaladas en el artículo 211.

Es evidente la posibilidad del primer llamamiento en favor del cónyuge no separado legalmente. La razón es obvia, el legislador, al mencionar al cónyuge, no está pensando en el parentesco que surge por la procreación y del que es base el matrimonio, es decir, el legítimo, sino en el matrimonio mismo, que no dá lugar a parentesco; pues, como sabemos, el matrimonio, a pesar de ser la base de la familia y la unión más íntima (física y espiritual) entre dos seres de distinto sexo, crea simplemente un vínculo especial, el conyugal. Por otra

(49) RODRÍGUEZ CARRETERO, *Ob. cit.*, págs. 539-540.

parte, tampoco encontramos motivo que justifique o haga pensar en la conveniencia de excluir al cónyuge; al contrario, normalmente será la persona más idónea para cumplir con la misión legal.

El segundo llamamiento atribuye la tutela al padre y, en su defecto, a la madre. Parece natural que se les defiera la tutela en el supuesto de que vivan cuando el mayor de edad devenga incapaz, no hay motivo para no hacerlo ni precepto alguno que así lo exprese. Y tampoco es obstáculo el que el artículo 220 no emplee el adjetivo *adoptivos* para prever la alternativa, pues si se pretende y postula por la Ley de 1970 una ruptura con la familia de origen, y es verdad que la adopción causa parentesco entre adoptante y adoptado, considerándose a éste hijo adoptivo con los mismos derechos y obligaciones que al legítimo, parece lógico que el padre o madre adoptante sea o pueda ser tutor; sobre todo que aquí tendría sentido recordar que quien puede lo más puede lo menos o, ¿acaso no es más ser considerado como padre o madre y ejercer la patria potestad?; y si se alegase que el adoptante o adoptantes nunca la tuvieron o ejercieron por haber adoptado a una persona ya mayor de edad, puede argüirse que el adoptado tuvo que otorgar su consentimiento, sabiendo perfectamente las consecuencias que de su adopción podían derivarse.

Además, procede recordar que, en determinados casos, atendidas las personas que pueden adoptar y ser adoptadas, no siempre se produce una total ruptura de relaciones con la familia de origen; piénsese en el supuesto de que se adopte al hijo natural reconocido o cuando el adoptado es hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del cónyuge del adoptante. Lo que, a nuestro juicio, debe abundar en el razonamiento anterior.

Y si en el momento en que se produce la incapacidad del adoptado el padre o madre adoptante o ambos hubieren fallecido, nos encontraremos ante una imposibilidad natural, pero no legal.

El número 3 de este artículo 220 se refiere a los hijos, con la preferencia del legítimo sobre el natural, del varón sobre la mujer y del mayor sobre el menor. La oportunidad de su designación para ocupar el cargo de tutor es igualmente evidente, pues el artículo 176, en su párrafo 2.^º, dice que la adopción causa parentesco entre el adoptante de una parte y el adoptado y sus descendientes de otra, con lo cual el adoptado tiene por hijos a los que lo son por naturaleza, con los que aún nacidos antes de la adopción nunca hubo ruptura de relaciones paterno-familiares. La única duda es si podrán serlo los ilegítimos, parece que no, pues el llamamiento es restrictivo.

El último llamamiento del artículo 220 se remite, en defecto de los anteriores, a las personas señaladas en el artículo 211. Aquí si que hay que convenir en que, generalmente, no será factible la tutela legítima, desde el momento que el artículo 211 se refiere a los abuelos, abuelas, hermanos y hermanas legítimos del sometido a tutela; y la adopción sólo causa parentesco con el adoptante, a la vez que produce una ruptura de relaciones con los ascendientes y hermanos

si los tuviere, del adoptado. Ahora bien, cabe la excepción de que el adoptado fuera hijo legítimo o legitimado (por subsiguiente matrimonio) del cónyuge del adoptante.

b) *Tutela de los pródigos.*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 227 se defiere: 1.^º, *al padre, y en su caso a la madre; 2.^º, a los abuelos paterno y materno; 3.^º, al mayor de los hijos varones emancipados.*

Para las personas incursas en este tipo de incapacidad, y por las mismas razones antes expuestas al ocuparnos de la tutela de los locos y sordomudos, nos declaramos partidarios de la tutela legítima, considerando plenamente admisibles los llamamientos que efectúan los números 1 y 3 del referido artículo 227; no, en cambio, con carácter general, los del número 2 de este precepto, ya que los abuelos sólo podrán ser tutores cuando se trate del hijo legítimo o legitimado del cónyuge del adoptante; en efecto, sólo podrá serlo el abuelo paterno o materno que sea padre legítimo del cónyuge cuyo hijo legítimo o legitimado (por subsiguiente matrimonio) fue adoptado por su consorte.

c) *Tutela de los que sufren interdicción.*

El artículo 230 remite, en cuanto a la delación, al artículo 220, ya examinado, lo que nos releva de cualquier otra consideración.

3) PROTUTOR

No hay cuestión, desde el momento que no puede haber protutor legítimo. Pues, éste es nombrado, según el artículo 233, por el Consejo de familia, cuando no lo hayan hecho los que tienen derecho a elegir tutor para los menores. Y la explicación quizás esté —como dice Castán (50)— en la incapacidad especial que para la protutela establece el artículo 235, a tenor del cual «el nombramiento de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor» (51).

4) CONSEJO DE FAMILIA

El artículo 294 prevé la formación del Consejo de familia *legítimo* con los ascendientes, descendientes y hermanos del menor o incapaz, cualquiera que sea su número y sexo, que, si no llegaren a cinco, se completará con los parientes más próximos, o *mixto*, pues si no los hubiere o no estuvieren obligados a formar parte del Consejo, el Juez nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o incapaz.

La referencia que el precepto antes citado hace a los *parientes*

(50) *Ob. cit.*, t. V, vol. 2.^º, pág. 333.

(51) Vid ESCOBAR (*Ob. cit.*, págs. 58 a 61); ESCRIVÁ MONZÓ (*El artículo 235 del Código civil: el parentesco y la línea de parentesco en el protutor*, en ADC, 1969, págs. 545 y ss.).

más próximos ha sido objeto de aclaraciones por la Jurisprudencia, que puntualizó no era preciso que ambas líneas estuviesen representadas (52), y se inclinó por la exclusión de los afines (53). Sin embargo, con posterioridad, respecto de los afines el Tribunal Supremo rectificó su anterior criterio, declarando que no deben ser excluidos los parientes por afinidad (54). La doctrina, en general, se ha mostrado partidaria del primer criterio jurisprudencial y, por tanto, contraria a entender incluidos a los afines entre los parientes más próximos del artículo 294 (55). En nuestra opinión —como dicen Lacruz-Sancho (56)— suprimida hoy, en el llamamiento preferente la mención de los maridos de las hermanas, que podía ser indicio de exclusión de los restantes afines, debe admitirse la tesis sustentada por la Sentencia de 23 de abril de 1914 favorable a su inclusión (57).

Y el artículo 176, en su párrafo 4.^º, apartado 2.^º dice que «*el Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre o la madre adoptantes hubiesen designado en su testamento o, en su caso, de cinco personas honradas, prefiriendo a los amigos de los adoptantes.*

Hemos tratado de demostrar que el párrafo 4.^º del artículo 176, se refiere únicamente al adoptado menor de edad; ¿quiere esto decir que no habrá Consejo de familia legítimo para el adoptado menor de edad? En efecto, normalmente así ocurrirá, es imposible o muy difícil conformar un Consejo de familia legítimo, pues el adoptado menor de edad carecerá de ascendientes, descendientes y hermanos, así como de otros parientes; sólo existe la posibilidad, tantas veces mencionada, de que se trate de un adoptado que fuese hijo legítimo o legitimado del cónyuge del adoptante, y aún en este caso será difícil, pues puede no tener ascendientes, descendientes o hermanos, que aquellos hayan fallecido o que éstos sean menores, que no haya otros parientes o, en definitiva, que no lleguen a cinco; en resumen, lo más probable es que

Y por lo que se refiere al adoptado mayor de edad, en principio,

Y por lo que se refiere al adoptado mayor de edad, en principio, debe admitirse la posibilidad de un Consejo de familia legítimo, aunque la formación del mismo vendrá condicionada por la existencia de las personas a que se refiere el artículo 294; es decir, dependerá de que esté casado, de que tenga descendientes, afines, etc..., y de que, existiendo, no tengan excusa legal y la aleguen. Por tanto, por regla general, será más fácil formar un Consejo de familia mixto que legí-

(52) Sentencia de 17 de junio de 1893.

(53) Sentencia de 24 de junio de 1905.

(54) Sentencia de 23 de abril de 1914.

(55) Vid. en este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. 2.^º, página 1462); MANRESA (*Ob. cit.*, t. II, págs. 481 a 483); CODERCH (*Tratado de la menor edad*, Barcelona, pág. 101); ATTARD (*Cuestiones en torno a la constitución y funcionamiento del Consejo de familia*, en RJC, 1957, pág. 409 y ss.).

(56) *Ob. cit.*, pág. 509, nota 8.

(57) En este sentido, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, volumen 2.^º, Madrid, pág. 447-448.

timo, aunque teóricamente y en la práctica, si concurren todas, o al menos algunas, de las circunstancias apuntadas, también cabe el Consejo de familia legítimo.

Si se trata de un Consejo de familia mixto la expresión del artículo 294 «*amigos del padre o madre incapaz*» habrá que interpretarla en el sentido de *amigos de los adoptantes*, no sólo por aplicación analógica del párrafo 4.^º del artículo 176, sino también porque, según la Ley de 1970, el adoptado es considerado como hijo legítimo.

X. CONCLUSIONES

1.^a El párrafo 4.^º del artículo 176 es innecesario. Su falta no produciría vacío alguno, por el contrario, llegaríamos a iguales resultados.

2.^a Respecto al adoptado menor de edad, al extinguirse la patria potestad, la regla es la delación de la tutela testamentaria o dativa, y la tutela legítima es la excepción.

3.^a En cuanto al adoptado mayor de edad incapaz, la regla es admitir la tutela legítima, que se deferirá mediatisada por las particularidades inherentes a la propia naturaleza del vínculo adoptivo.

4.^a No puede haber protutela legítima.

5.^a Es normalmente difícil conformar un Consejo de familia legítimo cuando se trate de un mayor de edad, y casi imposible si el sometido a tutela es un adoptado menor.

Las características del volumen de edificabilidad*

JOSE ANGEL TORRES LANA

Profesor de Derecho civil en la Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL URBANISMO. NOCIONES GENERALES.—III. LA LEY DEL SUELO Y EL PLAN DE ORDENACION.—1. *La naturaleza de la Ley del Suelo.* A) El Urbanismo como función pública. B) Carácter mixto de la Ley del Suelo. C) Urbanismo y Derecho privado. a) Función social de la propiedad. b) El principio de solidaridad. c) Importancia creciente de la noción de capital.—2. *Naturaleza jurídica del Plan de Ordenación.*—IV. EL PROCESO URBANISTICO.—1. *La sucesión de Planes de Ordenación.* 2. *La parcelación.* 3. *Operaciones finales.*—V. EL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD.—1. *El concepto de volumen de edificabilidad.* 2. *Distinción de otros conceptos afines.* A) Volumen edificable y espacio aéreo. B) Volumen edificable y coeficiente de edificabilidad. C) Volumen edificable y edificio futuro o proyectado. 3. *Volumen edificable y propiedad inmobiliaria.* A) Extensión vertical de la propiedad. a) Estado de la cuestión en el Derecho extranjero. b) Estado de la cuestión en el Derecho español. B) El volumen edificable y la propiedad en vertical.—VI. CARACTERISTICAS DEL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD.—1. *Ideas orientadoras.* 2. *Características del volumen edificable desde el punto de vista físico.* A) Carencia de entidad material. B) El soporte material del volumen de edificabilidad. 3. *La posibilidad de delimitación del volumen edificable.* A) Distinción entre terreno edificable y no edificable. B) Determinaciones que tienen lugar dentro de la superficie de la parcela. a) Superficie concretamente edificable en relación con la total de la parcela. b) Establecimiento de alineaciones. c) Superficie reservada para patios. d) Determinaciones de altura. e) El resultado de la delimitación. 4. *El valor jurídico del volumen edificable.* A) Nociones introductorias. B) La posibilidad de remodelar el volumen edificable sobre la parcela. C) La transmisibilidad del volumen edificable. a) La posibilidad de transmisión del volumen de edificabilidad. b) Las modalidades de transmisión del volumen edificable. a') Desplazamientos patrimoniales no parcelarios. b') Desplazamientos parcelarios no patrimoniales. c') Desplazamientos patrimoniales y parcelarios. 5. *El valor económico del volumen edificable.* A) Reconocimiento legal del valor económico del volumen edificable. a) En general. b) En particular. B) La determinación del valor económico del volumen edificable. 6. *Los condicionantes del volumen edificable.* A) Limitación en el tiempo. B) Limitación en el espacio.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Este trabajo es una síntesis parcial de la Tesis doctoral defendida por el autor el 28 de septiembre de 1973 en la Universidad de Navarra sobre «La configuración jurídica del volumen de edificabilidad», que obtuvo la calificación de «Sobresaliente cum laude», otorgándosele el 6 de febrero de 1974, el Premio Extraordinario de Doctorado.

I. INTRODUCCION.

El presente trabajo tiene por objeto un tema que ahora comienza a ser tenido en cuenta en el panorama jurídico-doctrinal español: el volumen de edificabilidad.

No pretendemos verificar una construcción acabada de este concepto. La dificultad del empeño rebasa con seguridad nuestras fuerzas. Nuestro propósito es mucho más modesto. Intentaremos, a lo largo de las páginas que siguen, proporcionar una visión de conjunto de las características que el volumen edificable ofrece.

Ello exige, sin embargo, unos presupuestos previos. De ahí las referencias que se harán a las nociiones generales del Urbanismo y al problema de la extensión en vertical del derecho de propiedad inmobiliaria.

Ahí se verá cómo el volumen gira en torno al concepto de la propiedad inmobiliaria, tal como hoy día se entiende, y simultáneamente es uno de los conceptos «clave» del Derecho urbanístico. Es decir, que viene a ofrecer un nuevo punto de contacto entre ambas normativas, la civil y la urbanística.

II. EL URBANISMO. NOCIONES GENERALES.

El Urbanismo, como ha dicho Díez-Picazo, constituye una de las facetas más apasionantes del pensar humano (1). Canalizar y dirigir el asentamiento del hombre sobre el territorio es, en verdad, una actividad de incuestionable grandeza y, a la vez, un auténtico reto.

El nacimiento de las grandes metrópolis, la amenaza de la explosión demográfica y la necesidad de dotar de un *habitat* confortable al civilizado hombre del siglo xx son factores que se aglutan en la unidad de la problemática urbanística.

De ahí que el Urbanismo se presente hoy como un reto difícil. Su intrínseco atractivo no le resta un ápice de su complejidad, también intrínseca. Esta es la causa que justifica la presencia de los poderes públicos en la palestra urbanística. Hoy en día el Urbanismo —ha dicho Carro Martínez— ha pasado a ser un problema más sociológico que artístico, más ontológico que estético (2); el suelo, fundamental materia prima de la actuación urbana, ha comenzado a mostrar una clara dimensión política (3). Incluso se ha puesto de relieve una vertiente constitucional del Urbanismo (4).

(1) L. DÍEZ-PICAZO, *Problemas jurídicos del Urbanismo*, RAP, XV, núm. 43, 1964, pág. 37.

(2) *La revolución urbana*, REVL, XXVIII, 1969, pág. 355.

(3) Vid. J. MARTÍN BLANCO, *Principios y perspectivas de la legislación urbanística*, «Temis», X, 1966, pág. 15.

(4) PÉREZ BOTIJA se pregunta si el «dirigismo poblacional» entra o no en colisión con el derecho de libre circulación y residencia. Vid. *Síntesis normativa de la Ley del Suelo*, REVL, XV, 1956, págs. 506-507.

Atrás quedaron ya, y esperemos que para siempre, los tiempos difíciles de la Ley del Suelo; aquella época oscura y olvidada que siguió inmediatamente a su promulgación. Atrás quedó también el temor reverencial que su aparición produjo entre los autores. Bien es verdad que, como en su momento se dijo, se trataba de una ley difícil, de acceso y comprensión verdaderamente penosos (5). Ciento es también que su avanzado carácter social supuso un punto de fractura con la anterior evolución legislativa (6); pero hoy en día es incuestionable que la bibliografía urbanística florece con exuberancia (7). Y esto es porque el Urbanismo nos atañe a todos por igual; todos somos beneficiarios. La ciudad, como decía Spreiregen, ha de ser un lugar de vida para todos (8). En esta afirmación tan lógica, tan elemental, se plasma todo el Urbanismo: su reto, su grandeza, su complejidad y las dificultades que encierra.

Pero el Urbanismo necesita de medios para actuar. El texto legal proporciona el marco y el cauce; el instrumento es, sin embargo, el Plan de ordenación, verdadera piedra angular de toda la actividad urbanística.

Ley y Plan; he aquí los dos extremos en que se polariza el Derecho urbanístico. Dos conceptos en que, para los fines de este trabajo, es aconsejable detenerse.

III. LA LEY DEL SUELO Y EL PLAN DE ORDENACION.

En este apartado trataremos de sentar el punto de partida para el desarrollo ulterior del trabajo. Hemos de descubrir la incidencia que el Derecho urbanístico presenta en el Derecho privado, porque es dentro de este régimen de incidencia donde el volumen de edificabilidad nos descubre su faceta patrimonial.

Hemos, pues, de comenzar poniendo de relieve los pilares sobre los que sustentamos nuestra opinión.

1. LA NATURALEZA DE LA LEY DEL SUELO.

La normativa urbanística ha de operar sobre una doble vertiente. Por una parte, la trascendencia que el Urbanismo presenta para la co-

(5) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Ley del Suelo y el futuro del Urbanismo*, ADC, XI, 1958, pág. 486.

(6) Sobre el proceso legislativo del Urbanismo español, vid. P. BIGADOR LASARTE, *Situación general del Urbanismo en España*, RDU, I, núm. 4, 1967, páginas 23-70, y M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español*, Madrid, 1973.

(7) Sobre esto, vid. M. BASSOLS COMA, *Introducción y notas bibliográficas a la Ley del Suelo*, RDU, I, núm. 1, 1967, págs. 35-52. Este trabajo recoge con carácter exhaustivo la bibliografía urbanística aparecida en España hasta el 31 de enero de 1967. El mismo trabajo, actualizado al 30 de abril de 1969, fue publicado en dicho año como separata de la citada revista.

(8) *Urban design: the Architecture of towns and cities*, New York, 1965, página 29.

lectividad. Por otra, la peculiaridad de que su objeto, su materia prima, lo constituye la propiedad inmobiliaria urbana.

De este hecho se derivan una serie de consecuencias que pasamos brevemente a analizar.

A) *El Urbanismo como función pública.*

En materia de Urbanismo la Administración ha intervenido siempre.. Sin embargo, es la promulgación de la Ley del Suelo la que dota de una especial intensidad a esta intervención administrativa.

García de Enterría captó muy pronto el significado de esta intensidad y afirmó sin ambages que el Urbanismo había pasado a ser una función pública, exclusiva, estrictamente tal (9). La tesis ha tomado carta de naturaleza en la doctrina hasta el punto de que hoy proclamar el Urbanismo como una función pública resulta una afirmación típica (10).

Esta opinión ha sido también recibida en la Jurisprudencia a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1964 (11) en la que se declara que: «la intervención administrativa en la propiedad urbana no se proyecta sólo al emprender una obra, sino también cuando ya está terminada y mientras dure la vida de la construcción, lo que confirma el esencial principio de que el Urbanismo constituye una función pública y, como conclusión, que la ordenación urbana es una potestad pública y no una expectativa privada» (12). En términos casi idénticos se expresa la Sentencia de 5 de diciembre de 1964 (13). Y, muy recientemente, la importante Sentencia de 2 de mayo de 1973 (14) ha recogido toda la doctrina anterior al declarar que «como ya declaró este Tribunal en expediente similar procedente del Ayuntamiento de Gijón, en Sentencia recogida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 1 de julio-

(9) *La Ley del Suelo y el futuro del Urbanismo*, cit., pág. 501.

(10) Vid., por ejemplo, J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 37; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 115.

(11) Sala 4.^a; Pte. P. FERNÁNDEZ VALLADARES. Se trataba de un recurso interpuesto por un propietario contra el acuerdo municipal de inclusión de una finca de su propiedad en el Registro Municipal de Solares.

(12) La frase transcrita pertenece al cuarto Considerando de la Sentencia de instancia (Audiencia de Oviedo) que el Tribunal Supremo aceptó íntegramente.

(13) Sala 4.^a, Pte. L. BERMÚDEZ ACERO. El Tribunal Supremo revocó la Sentencia de instancia (Audiencia de Zaragoza) confirmando el acuerdo municipal por el que se incluía una finca en el Registro Municipal de Solares.

(14) Sala 4.^a; Pte. E. MEDINA BALMASEDA. La frase reproducida corresponde al segundo Considerando de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de fecha 13 de junio de 1969, que el Tribunal Supremo acepta. El supuesto de hecho era el siguiente: la propietaria de una finca urbana situada en Gijón solicitó la inclusión de la misma en el Registro Municipal de Solares. Tramitado el expediente, el arrendatario de dicha finca se opuso a la petición de la actora. El Ayuntamiento, sin embargo, rechazó la oposición y decretó la inclusión solicitada. Se interpuso contra la resolución municipal recurso contencioso-administrativo y posteriormente de apelación, ambos con resultado infructuoso.

de 1964, el esencial principio informador de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana consiste en declarar que el Urbanismo es una función pública, constituyendo la ordenación urbana una potestad pública y no mera expectativa privada, pretendiendo dicha Ley con medidas administrativas de fomento que en los solares se levante y construyan los edificios a que natural y lógicamente están destinados, respondiendo todo ello a una política de ordenación urbana fundada en la función social de la propiedad, que debe primar sobre intereses, en todo caso respetabilísimos, de los administrados».

B) Carácter mixto de la Ley del Suelo.

La doctrina administrativa, argumentando en base a una afirmación ya famosa —la administración «administrativiza» cuanto toca (15)—, ha pretendido asumir el estudio integral de la disciplina urbanística. Sin embargo, tal opinión es insostenible en la actualidad. García-Trevijano afirmaba que hoy día es imposible mantener el equívoco de que las ramas jurídicas viven aisladas entre sí; «la Ley del Suelo —añadía— pertenece a este tipo actual de normas jurídicas con reflejos dobles. Hay preceptos de ella claramente administrativos; otros claramente civiles y otros mixtos» (16).

Los civilistas cayeron enseguida en la cuenta del carácter mixto de la Ley. Así lo proclamó Amusategui el mismo año de su promulgación (17). Así también, se ha puesto de relieve y con abundancia la incidencia del Urbanismo en el Derecho privado (18).

De este modo, cabe concluir que la «riquíssima doctrina civil» de la Ley del Suelo ya no es tan desconocida como hace tiempo afirmó Serrano (19).

Sin embargo, la trascendencia que esta incidencia ofrece para nuestro estudio merece que nos detengamos brevemente en ella.

(15) Afirmación de A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, tomo II, 2.^a ed. (reimp.), Zaragoza, 1965, pág. 207.

(16) *Normativismo y Ley del Suelo*, ADC, XIII, 1960, pág. 524.

(17) J. M. AMUSATEGUI, *Observaciones a la Ley de 12 de mayo de 1956*, ADC, IX, 1956, pág. 950.

(18) Vid., por ejemplo, J. MADRIDEJOS SARASOLA, *La Ley española sobre régimen del Suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 desde el punto de vista del Derecho privado*, RDEA, II, núm. 10, 1957, págs. 31-40; J. L. DE LOS MOZOS, *El Urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, RDP, XLV, 1961, págs. 284-301; J. REGUERA SEVILLA, *La legislación urbanística y sus repercusiones en el Derecho civil*, en «Estudios de Derecho privado», tomo I, Madrid, 1962, págs. 113-158; J. MARTÍN BLANCO, *Legislación urbanística y Derecho privado*, RDP, XLVI, 1962, págs. 8-40; F. LUCAS FERNÁNDEZ, *Naturaleza, fines y principios de la legislación urbanística: su influencia en el Derecho privado*, RDU, I, núm. 3, 1967, págs. 13-55. No tan claramente, pero con un cierto matiz iusprivatista, C. MARTÍN-RETORTILLO, *La Ley del Suelo. Examen de las principales restricciones que ella impone al tráfico de los bienes urbanísticos*, en «Estudios jurídicos varios», tomo II, Madrid, 1962, págs. 176-260.

(19) I. SERRANO, Prólogo a «Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo», Madrid, 1965, pág. 9.

C) *Urbanismo y Derecho privado.*

Vamos a dejar de lado buena parte de los múltiples problemas que plantea esta vertiente jurídico-privada del Urbanismo. Nos interesa resaltar, única y exclusivamente, la relación entre el Urbanismo y el derecho de propiedad privada. Esta relación se nos presenta como particularmente intensa porque, como dijo Pérez González, la nueva Ley constituye el estatuto jurídico básico de la propiedad urbana (20).

Ahora bien; ¿sobre qué noción del derecho de propiedad descansa su regulación urbanística? La respuesta nos la da Delgado Iribarren con brillantes palabras: «la propiedad —dice— queda sometida desde su propia entraña conceptual al cumplimiento de los Planes» (21). Esto equivale a reconocer que el Derecho urbanístico parte de un concepto dinámico, actual, del derecho de propiedad. Los pilares fundamentales de esta concepción son: la función social de la propiedad, el principio de solidaridad fundiaria y la importancia creciente de la noción de capital. Merece la pena detenerse en el análisis de cada uno de ellos.

a) *Función social de la propiedad.*

El Código civil, aun moderando los rigores del modelo francés (22), conserva en su concepto de la propiedad una buena dosis del individualismo de éste.

La recepción de la función social de la propiedad tal y como la formula la doctrina pontificia (23), se produce en nuestro Derecho mucho más tarde y a escala de ley constitucional (24).

Por el contrario, el Derecho urbanístico, y la Ley del Suelo, descansan tan básicamente sobre esta noción que la misma es la propia razón de su existencia (25). Incluso ha llegado a decirse que en De-

(20) *Discurso en defensa de la Ley del Suelo pronunciado ante el Pleno de las Cortes españolas el día 12 de mayo de 1956*, REVL, XV, 1956, pág. 468.

(21) *Régimen jurídico del suelo urbano y urbanizable*, en «Cuadernos para el diálogo», Extraordinario núm. XIX, bajo el título genérico *Urbanismo y sociedad en España*, Madrid, 1970, pág. 100.

(22) DE CASTRO lo considera, con gragejo, como fruto de un liberalismo, individualista templado. (*Derecho civil de España*. Tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1955, pág. 228).

(23) Vid. LEÓN XIII, *Carta encíclica «Rerum novarum»*, de 15 de mayo de 1891. Posteriormente Pío XII afirmó sin ambages que la propiedad es un derecho «cargado de deberes sociales» (*Radiomensaje* de 14 de septiembre de 1952, ap. V, núm. 429). Traduciendo a términos jurídicos esta doctrina, FUENMAYOR ha señalado que la función social de la propiedad consiste en la responsabilidad en su ejercicio (*La propiedad privada y su función social*, en «Estudios de Derecho público y privados», Libro-homenaje al Profesor SERRANO Y SERRANO, tomo I, Valladolid, 1965, pág. 230).

(24) Vid. Declaración XII del Fuero del Trabajo y art. 30 del Fuero de los Españoles.

(25) Cfr. art. 3.2 de la Ley del Suelo: una de las competencias urbanísticas en orden al régimen del suelo consiste en «procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad». Vid. asimismo, el art. 70 de la Ley que considera las limitaciones y deberes urbanísticos como definidores del contenido normal de la propiedad.

recho urbanístico la función social de la propiedad desempeña análoga misión que la causa en el negocio jurídico (26).

Por esto no debe extrañar que la construcción jurisprudencial de la función social de la propiedad haya tenido lugar preferentemente a través de las Salas de lo Contencioso-Administrativo y en materia de Urbanismo (27). Hitos fundamentales de esta evolución jurisprudencial son las Sentencias de 28 de febrero de 1961 y 14 de marzo de 1967. La primera (28) señala en su cuarto considerando que la Ley del Suelo se encuentra «en el camino de la evolución legislativa moderna dirigida a asegurar la utilización del suelo como propiedad privada mediante un *régimen jurídico distinto de la escuela clásica...*» (29). La segunda (30) afirma en su primer considerando que «la construcción sobre suelo propio es, no sólo una facultad dominical, sino también una modalidad de la función social de la propiedad en cuanto puede contribuir a resolver o aminorar la escasez de viviendas» (31).

En consecuencia, podemos concluir que la función social de la propiedad encuentra amplia acogida en el campo del Urbanismo. Y que éste reposa sobre un concepto *dinámico* y positivo del Derecho de propiedad, y no puramente negativo como ha pretendido algún autor (32).

b) *El principio de solidaridad.*

Con base en la idea anteriormente expuesta surge el que se ha llamado principio de solidaridad fundiaria. En una formulación elemental, el principio de solidaridad consiste en la conformación y utilización conjunta de las propiedades inmobiliarias para mejor cumplir su misión de servicio (33).

(26) J. L. DE LOS MOZOS, *El Urbanismo desde la perspectiva del Derecho privado*, RDP, XLV, 1961, pág. 298.

(27) Vid., entre otras, Sentencias de 15 de febrero de 1962, 18 de noviembre de 1964, 1 de marzo de 1965, 4 de julio de 1964, 5 de junio de 1965, 1 de febrero de 1967, 14 de febrero de 1968, 14 de octubre de 1969, 21 de noviembre de 1969, 9 de abril de 1970, 2 de junio de 1970.

(28) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL y ANTÓN-MIRALLES.

(29) Así queda contestada la pregunta que se formulaba DORAL significativa de hasta qué punto o en qué medida la propiedad claudicaba o se desnaturizaba su contenido por la sumisión de la misma al Plan de Ordenación. Vid. J. A. DORAL, *Memoria. Derecho civil. Concepto, método y fuentes*, inédita, pág. 443. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia territorial de Sevilla de 17 de junio de 1968 considera que efectivamente la propiedad queda en una situación claudicante y debilitada.

(30) Sala 4.^a; Pte. J. ARIAS RAMOS.

(31) En este mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 9 de febrero de 1967 (quinto Considerando) declara que «si no se remedia mediante la repartelación no podrá edificarse (la parcela), con lo que quedaría sustraída a su función social una propiedad urbana».

(32) Un ejemplo de esta última postura en S. ALVAREZ GENDIN, *Función social de la propiedad. Problemas que plantea en la política urbanística*, REVL, XXVII, 1968, págs. 1-12.

(33) Utiliza la expresión el Decreto-Ley de 23 de abril de 1954 sobre previ-

Este principio encuentra en Urbanismo un amplio campo para su desenvolvimiento. Así, la creación de polígonos, unidades de actuación comprensivas de una pluralidad de parcelas (34); así también, el fomento del asociacionismo y la justa distribución de beneficios y cargas (35); la propia Exposición de motivos de la Ley del Suelo lo reconoce cuando afirma que «la vinculación de los edificios a la ciudad es tan íntima que al construir los edificios no cabe olvidar que se está construyendo al mismo tiempo la ciudad» (36).

Esta idea ha sido asimismo recibida por la Jurisprudencia. De un modo implícito, la Sentencia de 10 de octubre de 1966 (37) declaró que «la naturaleza del precepto (art. 28, 2 de la Ley del Suelo), apoyada en una razón de interés general para la construcción y mayor perfección de las ciudades, necesita estar acoplada al conjunto y no puede precipitar conformaciones inadecuadas a la estética, al desarrollo o a la función de calles y plazas». La misma tendencia cabe observar en el Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1966 (38) y en la Sentencia de 10 de noviembre de 1969 (39). Por último, y de un modo expreso, la Sentencia de 15 de febrero de 1969 (40) declara en su segundo considerando, al estudiar el artículo 56 de la Ley del Suelo, que tal precepto contempla la realidad fáctica que trata de servir «bajo los dictados del principio de comunidad que en todo su articulado impera».

He aquí, pues, la acogida en Derecho urbanístico al principio de solidaridad, concreción de la más genérica función social de la propiedad.

siones y objetivos de los Planes de desarrollo económico y social, en su Exposición de Motivos.

(34) Cfr. art. 104 de la Ley del Suelo.

(35) De esta manera formula el principio J. REGUERA SEVILLA, *La legislación urbanística*, cit., pág. 126.

(36) Exposición de Motivos, ap. V.

(37) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES. La Cooperativa Farmacéutica de Jaén había formulado petición comprometiéndose a edificar una finca incluida en el Registro Municipal de Solares.

(38) Dictado en incidente de ejecución de la Sentencia de 5 de noviembre de 1962. En esta Sentencia se ordenaba la demolición de unos edificios, pero la Comisión Provincial de Urbanismo de Sevilla decretó su conservación amparándose en la facultad concedida por el art. 228 de la Ley del Suelo. La actora, propietaria de unas construcciones vecinas a tales edificios, solicitó ser indemnizada por la desvalorización que sus fincas experimentarían como consecuencia del mantenimiento de las otras. El Auto del Tribunal Supremo recoge y analiza minuciosamente las causas de desvalorización expuestas en uno de los informes periciales obrantes a los autos.

(39) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES. Esta Sentencia declara en su primer Considerando que los vecinos próximos «pueden sufrir los efectos de la presencia real de sus volúmenes, de la variación de sus perspectivas visuales, de sombra —propia de sus alturas— y de todas las consecuencias que tales edificaciones nuevas proyectan en la vida real próxima e inmediata».

(40) Sala 4.^a; Pte. M. GONZÁLEZ-ALEGRE. Vid. también dentro de esta línea la Sentencia de 24 de abril de 1967.

c) *Importancia creciente de la noción de capital.*

Otra consecuencia de esta concepción dinámica de la propiedad de la que hemos partido es la aproximación de ésta y la noción de capital.

La expresión «capital» presenta unas claras reminiscencias económicas. Sin embargo, también tiene resonancias jurídicas. Y éstas hacen referencias a la propiedad. Así, Messineo ha podido decir que «la propiedad es el equivalente jurídico del concepto económico de capital» (41). Y es obvio que en esta propiedad dinámica el valor económico se sitúa en primer plano mediante el instrumento técnico de la subrogación real (42). La contraposición capital (valor)-sustancia (materialidad) va progresivamente difuminándose (43).

Y este valor está íntimamente vinculado a la noción de productividad. Una cosa vale, no por lo que es, sino por lo que con ella puede hacerse (44).

Esto se muestra muy claramente en el campo del Urbanismo. Lo advertía así Pérez González al afirmar que el goce útil y la productividad de los bienes han pasado a ocupar el centro de la protección jurídica, porque la cualidad de propietario se ha desplazado de la esfera del ser a la del hacer (45). Y concluía Pérez González afirmando que «la propiedad es y será un modo de conservar la riqueza, pero también, y sobre todo, un instrumento para producirla» (46).

En Urbanismo este fenómeno aparece de manifiesto en la constante reconducción a la idea de valor —e, incluso, valor relativo— que aparece a lo largo de toda la actividad (47).

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAN DE ORDENACIÓN.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo, el Planeamiento constituye la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana. La importancia del Plan para el Urbanismo es evidente. De aquí que lo hayamos calificado de piedra angular de la actividad urbanística; pero, ¿qué es un Plan de Ordenación?

Tradicionalmente el Plan ha sido un instrumento de carácter po-

(41) *Derecho civil y comercial*, trad. esp., tomo III, Buenos Aires, 1954, página 247.

(42) La subrogación y la conversión de valores son elementos importantísimos en Urbanismo. Pensemos nada más en la reparcelación (mecánica subrogatoria) o en la actuación de una Junta de compensación (proceso de conversión).

(43) GARCÍA-VALDECASAS identifica ambos conceptos; vid. *La idea de sustancia en el Código civil*, RDP, XXXV, 1951, pág. 884. Cfr. asimismo J. L. DE LOS Mozos, *Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana*, RDU, IV, número 19, 1970, pág. 24.

(44) A. GARCÍA-VALDECASAS, *La idea de sustancia*, cit., pág. 887.

(45) *Discurso*, cit., pág. 468.

(46) *Discurso*, cit., pág. 469.

(47) Vid., por ejemplo, el art. 103 del Reglamento de reparcelaciones.

lítico encaminado a formular las grandes directrices de una forma de actuación. El planeamiento urbanístico presenta un más modesto carácter administrativo. Equivale así a una forma peculiar de irrupción de la Administración en el complejo social. Por ello su naturaleza jurídica ha sido ampliamente debatida. Porque el Plan obliga (48), pero, ¿en virtud de qué obliga? Una justificación ortodoxa de esta obligatoriedad requiere buscar un adecuado encaje del Plan en la jerarquía de las fuentes administrativas. Y, ante el silencio de la Ley del Suelo (49), las opiniones doctrinales se han dividido. Así, García de Enterría ve en los Planes una manifestación de las Leyes —medida concebida por la doctrina germana— (50). En un tono más modesto Núñez Ruiz los considera reglamentos-medida (51). González Pérez piensa que son reglamentos (52); tal parece ser asimismo la opinión de Díez-Picazo al calificarlos de «disposiciones administrativas de carácter general» (53). Martín Blanco se limita a calificarlos de fuente normativa de rango inmediatamente inferior a la Ley (54). Para Melian constituyen una sucesión concatenada de actos y normas (55). González-Berenguer opina que son actos administrativos de destinatario general (56), y ésta es también la tesis que sustenta García-Trevijano cuando el Plan no ha sido aprobado por una norma de rango legal (57).

Este mosaico de opiniones ha forzado a la jurisprudencia a acoger una solución sincrética y quizá un tanto heterodoxa. Así, la Sentencia de 8 de mayo de 1968 (58) ha declarado que «desde un punto de vista jurídico administrativo un plan parcial de ordenación urbana aprobado definitivamente merece la calificación de acto administrativo general productor de normas jurídicas objetivas».

Se explica de este modo la fuerza normativa del Plan de Ordenación. Esta fuerza alcanza también a la Administración, según se de-

(48) El art. 45.1 de la Ley del Suelo dispone que «los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma».

(49) La Ley belga de 28 de marzo de 1962 dispone en su art. 2, 3 que «los planes tienen valor reglamentario». Se echa de menos una mención similar en nuestra Ley del Suelo.

(50) *Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo*. Conferencia pronunciada en el Instituto de Administración Local el 17 de enero de 1966.

(51) *Derecho urbanístico español*, Madrid, 1967, pág. 182.

(52) *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 143. Admite también que puedan ser considerados como reglamentos-medida.

(53) *Problemas jurídicos del Urbanismo*, RAP, XV, núm. 43, 1964, pág. 43.

(54) *El planeamiento urbanístico*, «Pretor», 1969, pág. 355.

(55) *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967, páginas 67-68.

(56) *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 47.

(57) *Urbanismo y suelo en el Derecho español*, en «Problemas políticos de la vida local», Madrid, 1962, pág. 363.

(58) Sala 4.^a; Pte. A. SUÁREZ MANTEOLA. Vid. comentario a esta Sentencia en A. CARRETERO, *Naturaleza jurídica de los planes de Urbanismo*, RDU, número 16, 1970, págs. 87-100.

duce del citado artículo 45 de la Ley del Suelo. Y este es un hecho que reviste gran importancia.

En efecto, la Administración crea el Plan, pero luego se encuentra sujeta a él, vinculada a su propia obra. En este sentido está en pie de igualdad con los administrados (59). De aquí se deduce una peculiar manifestación de la socialización que impregna todo el espíritu de la Ley: el compromiso administrativo de autovinculación, que permite instaurar un régimen de carácter bilateral (60).

De esta manera surge otra importante consecuencia: la estabilidad del Plan de Urbanismo. Antes del Plan el particular no puede alegar derechos adquiridos (61). Pero, después, el Plan no puede ser caprichosamente variado; las mutaciones deben obedecer a una razón de necesidad (62), o bien seguir el proceso de revisión que la Ley del Suelo instituye.

La vigencia del Plan es indefinida, aunque su revisión sea periódica (63). El Plan es, pues, estable. El Plan crea una nueva situación, afecta a unos terrenos a un específico destino, señala unos objetivos y esto por el sólo imperio de su fuerza normativa. La garantía de permanencia de esta nueva situación descansa únicamente en la estabilidad del Plan (64). Esta es, pues, una exigencia ontológica del Plan.

La afirmación ofrece gran importancia para este trabajo porque —podemos anticiparlo— el volumen edificable es creado por el Plan.

IV. EL PROCESO URBANISTICO.

La Exposición de Motivos de la Ley del Suelo dice que «todos los preceptos de la nueva normativa tienden, en última instancia, a promover y facilitar la construcción mediante la disponibilidad de so-

(59) Sin embargo, sigue ocupando un lugar de preferencia para hacer cumplir la Ley. Vid. sobre esto la Sentencia de 5 de diciembre de 1964 (Sala 4.^a; ponente L. BERMÚDEZ ACERO); en su tercer Considerando afirma que «la autoridad municipal se encuentra situada en un lugar de preferencia sobre los administrados para la aplicación y ejecución de esta Ley».

(60) Sobre esta forma de entender la socialización, vid. J. A. DORAL, *Memoria*, cit., pág. 431. En general sobre la socialización administrativa, vid. J. M. BOQUERA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965.

(61) Cfr. M. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Discurso ante el Pleno de las Cortes Españolas, pronunciado el 12 de mayo de 1956*, REVL, XV, 1956, pág. 594.

(62) Cfr. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Teoría y práctica del Planeamiento urbanístico*, Madrid, 1969, pág. 46.

(63) Vid. sobre este extremo, J. M. BOQUERA, *Vigencia y revisión de los Planes de urbanismo*, Madrid, 1971, pág. 11. El Plan, dice BOQUERA, en cuanto acto declarativo de derechos es irrevocable. Cfr. asimismo Sentencias de 30 de noviembre de 1967 (Sala 4.^a; Pte. J. DE OLIVES) y 10 de diciembre de 1966 (Sala 3.^a; Pte. D. BOMBÍN).

(64) Para que el Plan obtenga el respeto colectivo —dice FUENTES SANCHIZ— necesita estabilidad; plazo de vigencia regalado, con posibilidad de modificación rigurosamente establecida. Y que el Registro publique el tiempo en que ha de regir la situación que proclama (*El Registro de la Propiedad y las actuaciones urbanísticas*, RCDI, XLIX, 1973, pág. 1363).

lares a precio justo»; y añade que «destino natural de los solares es el de ser y constituir soporte de edificaciones levantadas conforme a los Planes» (65).

Esto nos indica que, desde el momento en que el Plan comienza a operar, hasta que puede considerarse ejecutado con la conclusión de las edificaciones transcurre un lapso de tiempo. Son precisos también unos pasos o peldaños técnicos conducentes a tal fin.

El Urbanismo, en suma, constituye un proceso. Así lo ha declarado la Sentencia de 15 de marzo de 1965 (66) al afirmar en su tercer considerando que «la Ley sobre Régimen del Suelo y ordenación urbana es un todo armónico con una serie de preceptos concatenados que marcan una ordenación a la actividad administrativa y un sistema de precedencias en los distintos momentos del proceso que no puede ser alterado sin que quiebre sustancialmente su principio y teleología».

Conviene que nos detengamos brevemente en sus hitos principales.

1. LA SUCESIÓN DE PLANES DE ORDENACIÓN.

La Ley del Suelo prevé diferentes tipos de Planes cuya cobertura territorial va progresivamente reduciéndose. El primero y más amplio es el Plan Nacional de Ordenación Urbana, todavía inexistente (art. 8 de la Ley). Siguen a continuación los planes generales de ordenación municipal o comarcal que contienen la división del territorio en zonas, determinantes ya del uso y destino de los terrenos (art. 9 de la Ley). Los planes parciales son aún más restringidos, puesto que operan sobre una porción concreta del terreno comprendido en el Plan general. Sin embargo ofrecen gran importancia porque contienen en sí la primera referencia volumétrica. En ellos, en efecto, deberá constar «la reglamentación del uso de los terrenos en cuanto a volumen, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones y elementos naturales de la zona».

Un eslabón posterior en esta cadena es la división del territorio en polígonos. El polígono se ha definido como unidad funcional en espacio y volumen (67). Constituye la unidad de actuación urbanística —actuación por polígonos dice la Ley— y cubre un sector territorial de destino urbanístico homogéneo (comprende por lo general, varias manzanas).

Una vez delimitados los polígonos hay que proceder, dentro ya de cada uno de ellos, a la elección del sistema de actuación. El artículo 113.1 de la Ley del Suelo previene cuatro: cooperación, expropiación total de los terrenos, compensación y cesión de terrenos viales (68). La expropiación elimina la actividad privada; es una forma

(65) Exposición de motivos, ap. V.

(66) Sala 4.^a; Pte. G. PARRA JIMÉNEZ.

(67) M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Derecho urbanístico español*, cit., pág. 147.

(68) Sobre este punto, además de las obras generales, pueden verse J. L. DE

de actuación y, a la vez, y en todo caso, una sanción para el supuesto de que los particulares incumplan las obligaciones que el Planeamiento les impone (69). La compensación es un ejemplo de gestión colectiva: los propietarios se unen para urbanizar con solidaridad de beneficios y cargas bajo una gestión común.

2. LA PARCELACIÓN.

Una nueva progresión en nuestro camino es la parcelación. Consiste en dividir el polígono en unidades aún menores: las parcelas. Es una operación eminentemente técnica, de división de fincas (70); pero no sólo una mera división, sino más bien una *redistribución*, porque en la realidad el terreno ya está dividido en lotes (71). La parcelación pretende conseguir lotes aptos para los fines urbanísticos. Por eso, en un sentido más propio, consiste en la *superposición* del Plan parcial al plano catastral de propiedades. La división real, existente sobre el terreno, ha de adecuarse a la que el Plan traza por medio de la parcelación. La coincidencia entre realidad y Plan es casi imposible y, por ello, a la parcelación seguirá normalmente la reparcelación (72).

La parcelación presenta para nosotros gran importancia, porque contiene un dato de mucho interés: la *edificabilidad* de las parcelas y medida de la misma.

El perjuicio que se causa a los propietarios de los lotes existentes puede así ser doble: en superficie y en volumen edificable. De ahí la trascendental importancia que ofrece la reparcelación como correctora de estas desigualdades (vuelve a manifestarse el principio de solidaridad) (73).

3. OPERACIONES FINALES

Son éstas el proyecto de urbanización y la edificación. El primero consiste en el esquema técnico de los servicios previstos por el Plan

(69) LOS MOZOS, *Sistemas de actuación*, RDU, III, núm. 13, 1969, págs. 15-34, y M. DELGADO IRIBARREN, *Sistemas de actuación en los Planes de urbanismo*, «Pretor», 1970, págs. 85-93.

(70) Cfr. A. CARRO MARTÍNEZ, *Los principios de la nueva Ley del Suelo*, REVL, XV, 1956, págs. 536-542; siguiéndole A. MARTÍN GAMERO, *Expropiaciones urbanísticas*, Madrid, 1967, pág. 277.

(71) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios*, cit., pág. 444.

(72) Así, C. QUINTANA, *Parcelaciones urbanísticas*, RDU, II, núm. 8, 1968, pág. 15.

(73) Vid. M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Régimen jurídico de las parcelas inedificables*, RDU, III, núm. 15, 1969, págs. 47-48.

(74) Sobre la reparcelación vid. fundamentalmente J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda*, Madrid, 1967, págs. 235-289; A. CARCELLER, *Teoría y práctica de la reparcelación*, Madrid, 1965; M. DELGADO IRIBARREN, *Parcelaciones y reparcelaciones*, «Pretor», 1969, páginas 449-466; M. MARCOS JIMÉNEZ, *Reparcelaciones urbanísticas y su relación con el Registro de la Propiedad*, RCDI, LVII, 1971, págs. 1171-1206.

en el polígono (traída de aguas, instalación de electricidad, gas, alcantarillado, etc.).

La efectiva realización de estos servicios tiene la virtud de transformar las parcelas en solares (74). No hay en esta transformación una verdadera modificación física; pero sí engendra una variación de categoría jurídico-urbanística, porque sólo los solares son aptos para la edificación.

Y ésta —la edificación— es la actividad que cierra el ciclo. No es una mera facultad, sino también un deber (75). Si este deber no se cumple, la Ley establece un procedimiento de enajenación forzosa en el que el adquirente deberá comprometerse a edificar en los plazos previstos en el Plan (76).

Con esto el Plan queda ejecutado. Sin embargo, no se extingue, porque, como ya hemos dicho, su vigencia es indefinida. Su misión, una vez que se ha cumplido, pasa a ser fiscalizadora del mantenimiento de la nueva situación creada.

V. EL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD.

Hora es ya de que nos ocupemos del objeto central de este trabajo: el volumen edificable.

En este epígrafe trataremos de definir el volumen de edificabilidad para diferenciarlo a continuación de conceptos afines con los que pudiera confundirse.

1. EL CONCEPTO DE VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD..

En la Ley del Suelo encontramos múltiples referencias al volumen, pero no una definición. El anexo de coeficientes al Decreto para la determinación del valor urbanístico de los terrenos de 21 de agosto de 1956 es notablemente más orientador. El párrafo 1 de su norma quinta dispone que «el volumen de edificabilidad permitido se determinará por el número máximo de metros cúbicos por metro cuadrado. que el Planeamiento autoriza en cada caso».

(74) El art. 67.1 de la Ley del Suelo dispone que «el suelo urbano estará sujeto a la limitación de no poder ser edificado hasta que la respectiva parcela, por contar con los servicios mínimos de urbanización a que se refiere el artículo 63, mereciere la calificación de solar».

(75) Vid. A. CARCELLER, *El derecho y la obligación de edificar*, Madrid, 1969.

(76) El art. 142.1 de la Ley dispone que «el propietario de solares, según el párrafo 3 del art. 63, deberá emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan, proyecto de urbanización o expropiación, programa de actuación o acuerdo de declaración de interés inmediato de urbanización y edificación del polígono o manzana». El artículo siguiente, en su párrafo 1, señala que estos plazos no se alterarán aunque durante los mismos se efectuasen varias transmisiones del dominio; vid., sobre el procedimiento de enajenación forzosa, el Reglamento de solares e inmuebles de edificación forzosa de 5 de marzo de 1964. El art. 4 de la Ley de 21 de julio de 1962 atribuye el carácter de carga real a esta condición de edificable. Sobre el tema, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Registro Municipal de Solares*, Madrid, 1965.

No se trata, como fácilmente puede apreciarse, de una definición. Es más bien un procedimiento para determinar el volumen total edificable sobre una parcela o solar.

Inspirándose en el criterio sentado por el Decreto, Fuentes Sanchiz ha definido el volumen como «el número de metros cúbicos de construcción que pueden realizarse en una superficie determinada» (77).

La definición puede parecer elemental; sin embargo es irreprochable para los fines que pretendemos. El volumen es «eso», precisamente. Además, este concepto nos anticipa que el volumen camina por la vía de la posibilidad; de lo que «será», pero aún no «es».

2. DISTINCIÓN DE OTROS CONCEPTOS AFINES.

A) *Volumen edificable y espacio aéreo.*

Hemos de anticipar que, al hablar de espacio aéreo, nos referimos al espacio aéreo próximo. No al sideral, que comienza en la actualidad a desvelar su problemática jurídica, sino a aquel otro que, como diría Savatier, recorren cada día los ciudadanos que tienen que tomar el ascensor (78).

El volumen es espacio, pero no es «el espacio». Equivale a la captación de espacio a fines urbanísticos. El propietario ya no es libre de aprovechar o no el espacio inmediatamente superior a su finca; debe hacerlo, está plenamente vinculado por virtud de la imperatividad del Plan de ordenación. Por eso puede decirse que el volumen es el *espacio reducido a números*, tasado, *delimitado cuantitativamente*. Es, en consecuencia, una parte del espacio; aquella cantidad de espacio que, según el Plan, debe ser ocupada por las edificaciones que se levantan a impulsos del mismo.

B) *Volumen edificable y coeficiente de edificabilidad.*

El concepto edificabilidad —dice González-Berenguer— es un concepto matemático y se expresa corrientemente en los metros cúbicos que pueden levantarse sobre un *(79). Con esto ya hay suficiente para establecer una diferencia: la que existe entre la parte y el todo. El coeficiente de edificabilidad se refiere de modo exclusivo a la unidad de superficie (80). Es un límite del aprovechamiento volumétrico del metro cuadrado de superficie (81).*

(77) *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, «Ponencia para el Congreso de Derecho registral», Madrid, 1961, pág. 27.

(78) *La propiedad del espacio*, RDU, I, núm. 1, 1967, pág. 18.

(79) *Teoría y práctica*, cit., pág. 55.

(80) MARTÍN BLANCO define el volumen edificable como «el número de metros cúbicos de construcción que se puede ejecutar por cada metro cuadrado de una superficie determinada» (*El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, reimp., Madrid, 1968, pág. 53). Claramente puede apreciarse que lo definido por tan señalado autor es el coeficiente de edificabilidad.

(81) Por esta razón, la técnica urbanística emplea también la expresión *me-*

En relación con el volumen, el coeficiente de edificabilidad puede presentársenos en una doble faceta: como antecedente y como consecuente, de acuerdo con el criterio que adopte el Plan de ordenación. En el primer caso, se determina un coeficiente de edificabilidad para una zona y sobre tal base puede calcularse la totalidad de los metros cúbicos de volumen que pueden construirse sobre ella y sobre cada una de las parcelas que la integran. En el segundo, se atribuye un número determinado de metros cúbicos a una zona. Al dividir esta cifra por los metros cuadrados de superficie se obtiene el coeficiente de edificabilidad, que lo es también de aprovechamiento medio de la zona (82). La legislación urbanística no presenta ninguna coherencia en este aspecto. Así, el citado Decreto de coeficientes parece seguir el primer criterio, mientras el art. 81 de la Ley del Suelo (83) y el Reglamento de Reparcelaciones optan por el segundo. Pienso, sin embargo, que es más adecuada la primera solución por la importancia que ofrece el conocimiento previo del aprovechamiento medio a fin de garantizar el reparto equitativo de los beneficios y cargas (84).

C) *Volumen edificable y edificio futuro o proyectado.*

La contratación sobre edificios futuros es, desde tiempos bien recientes, un nuevo centro de problemas jurídicos. El edificio futuro —o simplemente proyectado— presenta hoy día una especial relevancia jurídica (85).

La doctrina así lo ha entendido y en la actualidad abundan los trabajos en que se pretende resolver la problemática jurídico-privada que la figura plantea (86). Sin embargo, sólo De Castro ha puesto de manifiesto que, a la vez que un proyecto, el edificio futuro precisa lo que

tros cúbicos por metro cuadrado para designar el coeficiente de edificabilidad Vid, por ejemplo, J. MARTÍN-CRESPO, *Catalogación de conceptos urbanísticos*, RDU, VI, núm. 29, 1972, pág. 219.

(82) Cfr. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *La reparcelación*, cit., pág. 241.

(83) Dispone este artículo en su párrafo segundo que «Cuando el volumen edificable en un polígono o manzana no se distribuyera entre éstos o sus parcelas, según la superficie de las mismas y la anchura de la vía pública a la que dieran frente, y se concentrase en algunas, el propietario perjudicado en más de un sexto podrá exigir la reparcelación de terrenos del polígono o manzana, con el fin de de que se atribuya a cada uno el volumen edificable proporcionado». Sobre el cómputo de la lesión vid. J. MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 260; M. DELGADO IRIBARREN, *Parcelaciones y reparcelaciones*, «Pretor», 1969, págs. 458-459; J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *La reparcelación*, cit., páginas 247-248.

(84) El art. 9 bis 2.2 del Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo, presentado a las Cortes el 5 de diciembre de 1972, se adscribe a esta solución al determinar que los Planes generales en suelo rústico urbanizable programado contendrán «el señalamiento de usos globales y nivel de intensidad de los mismos con expresión del coeficiente de aprovechamiento medio en todo su ámbito».

(85) Vid., por ejemplo, art. 8, núm. 4, de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 218 c) del Reglamento. Vid., crítica en R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1968, págs. 395-396.

(86) Vid., por ejemplo, J. BONET, *Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*, RDN XXXIII-XXXIV,

él llama una «reserva de espacio» (87). Y es en este punto donde el tema entronca con el Urbanismo, y más en concreto con el volumen edificable.

El proyecto de edificio no podrá rebasar los metros cúbicos que el Planeamiento haya señalado; pero, a su vez, el volumen se ve absorbido, aprehendido por el proyecto. Porque en el proyecto se prevé de modo exacto cómo será el edificio (ocupación del terreno, forma, altura, etc.). El volumen, en relación con el proyecto, deja de ser una derrama genérica: se concreta y se fija. Existe, pues una recíproca interdependencia.

Sin embargo, fácilmente se comprende que el volumen, en cuanto condicionante de la ocupación espacial del edificio, es un concepto previo a éste. El proyecto configura y define, sobre el papel, el volumen fijado por las Ordenanzas urbanísticas. En este sentido sí cabe decir que el edificio futuro es volumen edificable (88).

Pero al superponerse el concepto de edificio futuro al de volumen edificable, aquél desplaza a éste como centro de atención. Al jurista y al particular, en el tráfico jurídico, no le interesa ya tanto la noción de volumen cuanto la de edificio futuro.

En consecuencia, la solución cabal consiste en resolver en primer lugar la problemática del volumen, puesto que en el proceso urbanístico surge con anterioridad. Y esto tal vez contribuya a la resolución de los problemas que plantea el edificio por construir (89).

3. VOLUMEN EDIFICABLE Y PROPIEDAD INMOBILIARIA.

El volumen edificable también encuentra una conexión con el Derecho civil, que se produce en materia de la extensión vertical del derecho de propiedad fundiaria.

Detengámonos un momento para estudiar este problema en general, y en relación con el objeto de este trabajo.

1961, págs. 247-282; J. BATISTA, *La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir*, RDP, XLVI, 1962, páginas 189-200; J. MACHADO, *Servidumbre en beneficio de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio por construir*, en «Estudios de Derecho privado», vol. I, Madrid, 1962, págs. 402-429; F. LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación sobre edificio futuro. Especial consideración de la aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir*, RDN, LVI, 1967, págs. 277-327; H. SÁNCHEZ VELASCO, *Constitución de servidumbre en el edificio a construir. Su proyección registral*, RDN, LXIII, 1969, págs. 231-258; A. GARCÍA-BERNARDO, *Piso futuro y viviendas acogidas*, RCDI, XLVI, 1970, págs. 731-750. Con una mayor aproximación al tema urbanístico, C. NÚÑEZ RUIZ, *El tráfico jurídico de pisos o departamentos por construir ante el Registro de la Propiedad*, ponencia inédita presentada al Congreso de Derecho registral celebrado en Zaragoza en 1971.

(87) *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 48.

(88) Así lo hacen, vg., J. MARTÍN BLANCO, *El tráfico*, cit., pág. 54; M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Derecho urbanístico español*, pág. 265, y siguiéndoles, C. NÚÑEZ RUIZ, *El tráfico jurídico*, cit., pág. 13.

(89) SAVATIER apuntaba algo en este sentido; vid. *La propiedad del espacio*, cit., pág. 33.

A) *Extensión vertical de la propiedad.*

La cuestión es ya antigua y arranca del conocido aforismo de los glosadores. Sin embargo, en la actualidad sigue teniendo una presencia problemática en el panorama civilístico. Lo acredita suficientemente el hecho de que, en nuestra doctrina, no exista todavía unanimidad acerca de su encuadramiento sistemático (90).

a) *Estado de la cuestión en el Derecho extranjero.*

De las distintas teorías que han intentado dotar de solución técnica al problema, es la de Ihering la que ha conseguido una mayor recepción en la doctrina y legislación posteriores. Ihering parte de su concepto del Derecho subjetivo. Así estructura la extensión vertical del dominio en función del interés del propietario. Cuando éste no existe falta el fundamento de la protección jurídica (91).

El Código Napoleón, anterior a Ihering, permanece anclado en una postura individualista a ultranza (92). Sin embargo, el artículo 19.2 de la Ley de Navegación Aérea, de 31 de mayo de 1924, ha matizado la formulación al conceder a las aeronaves derecho a sobrevolar la propiedad privada siempre que no perjudiquen a los propietarios de las mismas.

Por el contrario, el resto de las legislaciones europeas siguen en su mayoría la tesis formulada por el autor alemán. Podemos citar como botón de muestra el parágrafo 905 del B.G.B. (93), el artículo 840 del Código italiano de 1942 (94) o el artículo 1.344 del Código civil portugués de 1966 (95). La referencia al interés del propietario

(90) Algunos autores lo estudian con el objeto del Derecho de propiedad. Así, v. g., J. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 1, 10.^a ed. (reimp.), Madrid, 1971, págs. 119-123; F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, tomo II, 2.^a ed., Pamplona, 1972, págs. 82-88; M. ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, Barcelona, 1964, págs. 82-88. Otros, por el contrario, sitúan su estudio en sede de limitaciones del dominio. Vid. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, vol. 1, 2.^a ed., Barcelona, 1971, págs. 290-295; D. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, tomo II, 3.^a ed., Madrid, 1968, págs. 80-86.

(91) Vid. la cita en J. GONZÁLEZ, *Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical*, RCDI, VI, 1923, pág. 19.

(92) Cfr. art. 552, del *Code*. En este mismo sentido se pronuncia también el art. 440 del Código italiano de 1865.

(93) «El derecho del propietario de un finca se extiende al espacio sobre la superficie y al cuerpo de tierra bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir intromisiones que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión». Tomado de la traducción de C. MELÓN, publicada como «Apéndice» a las *Anotaciones a ENNECERUS*, de PÉREZ Y ALGUER, Barcelona, 1955, pág. 191. En el mismo sentido, art. 667 ZGB.

(94) «Il proprietario dil suolo non pu' opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad scluderle.»

(95) En su párrafo segundo dispone que «o proprietário não pode, todavia, proibir os actos do terceiro que, pola altura ou profundidade a que têm lugar, na'o haja interesse em impedir».

ha pasado a convertirse en una auténtica cláusula de estilo con formulación casi idéntica en todos los textos. Tal es, asimismo, la tónica en el Derecho anglosajón (96); por el contrario, los códigos sudamericanos se adhieren, salvo excepciones, al criterio del Código de Napoleón (97).

b) *Estado de la cuestión en el Derecho español.*

Aunque la redacción del artículo 350 del Código civil comprende tanto la superficie y el vuelo como el subsuelo, a los efectos de nuestro estudio podemos prescindir de este último extremo (98).

Por lo que respecta al vuelo, el artículo 350 del Código civil dispone que el propietario del suelo lo es también de su superficie. Con ello se aprecia que en nuestro Derecho, ni se consagra la extensión ilimitada de la propiedad, ni se acoge la teoría del interés. Precisando la expresión «superficie» se ha dicho que su fundamento etimológico radica no en «*super-faciem*», sino en «*super-facere*» (99). Esto supone ya excluir el espacio que no pueda ser ocupado mediante una construcción (100).

También en la doctrina española es dominante la teoría del interés, recogida apenas sin matizaciones (101). Cabe destacar, sin embargo, la aportación de Puig Brutau por la conexión que realiza de este tema con el Derecho urbanístico (102).

Por último, en la jurisprudencia civil, el problema ha sido abor-

(96) Cfr. J. WALKER - H. WALKER, *English legal system*, London, 1967, pág. 31.

(97) Vid. arts. 569 del Código de El Salvador y 2.518 del argentino. Otros textos matizan más: así, por ejemplo, art. 549 del Código de Venezuela, 297.1 del de Bolivia y 505 del de Costa Rica.

(98) La regulación del subsuelo se desdobra en la referente a las aguas y a las minas. La primera se contiene en los arts. 417 a 419 C. c. y 1, 18 y 26 de la Ley de Aguas. La segunda se encuentra hoy recogida en la Ley de Minas de 23 de julio de 1973.

(99) Cfr. J. GONZÁLEZ, *Extensión del Derecho de propiedad en sentido vertical*, RCDI, I, 1926, pág. 12.

(100) El régimen jurídico de este espacio superior se encuentra en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960. El art. 1 sujeta a la soberanía del Estado español todo el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial; el art. 4 impone a los dueños de los bienes subyacentes la obligación de soportar la navegación aérea, con derecho a ser resarcidos de los perjuicios que ésta les cause.

(101) Vid. J. GONZÁLEZ, *Extensión del Derecho de propiedad*, cit., pág. 32. De una manera implícita, A. IZQUIERDO, *La teoría de la propiedad potencial*, RGLJ, tomo 167, julio-diciembre de 1935, págs. 197, 199, 204-205; C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, Valladolid, 1936, pág. 73; J. VILLACAÑAS, *La propiedad en sentido vertical*, RCDI, XXVI, 1953, pág. 488. En general, los modernos autores españoles se limitan a recopilar la doctrina de los clásicos, en especial de JERÓNIMO GONZÁLEZ. Por lo que respecta a nuestros juristas clásicos es sorprendente el escaso interés que muestran por el problema. SÁNCHEZ ROMÁN llegó a decir que «queda reducido el art. 350 a una declaración sencilla, más teórica que de interés práctico» (*Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1891, pág. 150).

(102) *Fundamentos*, cit., tomo III, vol. 1, pág. 292.

dado por la Sentencia de 1 de febrero de 1909 (103), de sobra conocida. Su primer considerando declara que el paso de unos hilos telefónicos sobre una finca a altura que excedería de la fijada por las Ordenanzas, no merma los derechos del propietario a elevar la edificación, ni constituye signo aparente de servidumbre.

Con posterioridad, el tema de la extensión en altura del dominio ha ido desplazándose progresivamente al campo administrativo. Las Ordenanzas municipales regulan la altura máxima de las edificaciones. El problema, desde un prisma civilístico, parece difuminarse, hasta casi olvidar su punto de partida, si no fuera porque la Sentencia de 16 de febrero de 1962 (104) conecta de nuevo con el artículo 350 del Código civil. «A tenor del artículo 350 del Código civil —dice su segundo considerando— el propietario de un terreno puede hacer en él las obras que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción, entre otras limitaciones, a lo dispuesto en los Reglamentos de policía, categoría a la que, sin duda, pertenecen las Ordenanzas de policía urbana que los Ayuntamientos pueden dictar con arreglo a sus facultades legales...».

B) El volumen edificable y la propiedad en vertical.

De lo expuesto hasta aquí, cabe deducir una estrecha relación entre el volumen de edificabilidad y la propiedad en sentido vertical. El volumen es, ya lo hemos dicho, espacio; espacio tasado, a ocupar por un edificio. La extensión vertical del dominio se refiere también al espacio. Por consiguiente, en Urbanismo ambos conceptos no pueden ser separados.

El volumen edificable aparece así como un dato que complementa la extensión planimétrica de la finca. Ahora bien, no hemos de confundir volumen edificable con altura. Esta indica la penetración vertical que el Plan concede al propietario; aquél, el «*quantum*» de edificación que se le otorga. Y uno y otro juegan con independencia, según ha puesto de relieve la importante Sentencia de 14 de junio de 1967 (105). El supuesto de hecho de la misma era el siguiente: una modificación del Plan de ordenación de El Ferrol del Caudillo originó un aumento del volumen de edificabilidad sobre una determinada finca. Su propietaria, entonces, solicitó que se aumentase en la misma proporción la altura máxima que el Plan permitía. El Ayuntamiento de El Ferrol resolvió en contra de la petición de la actora, pero la Audiencia Territorial revocó el acuerdo municipal y accedió al aumento de altura solicitado.

El Ayuntamiento interpuso recurso de apelación y el Tribunal Su-

(103) Sala 1.^a; Pte. R. BARROETA. Se trataba, como es sabido, del paso de unos hilos pertenecientes al tendido telefónico sobre una finca propiedad de la sociedad demandante.

(104) Sala 4.^a; Pte. L. CORTÉS. La cuestión debatida se centraba en el cálculo de la altura de un bloque de viviendas.

(105) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL y ANTÓN-MIRALLES.

premo lo estimó, revocando a su vez la Sentencia de Instancia. En su segundo considerando el Tribunal Supremo declaró que «el coeficiente de edificabilidad, o sea, los metros cúbicos que pueden construirse sobre una superficie (106), según sea el lugar y la zona sólo suponen la masificación mayor o menor de los volúmenes a construir, siempre sin rebasar una altura prefijada (...); con lo que es visto cómo, establecida una altura determinada, aquí la de trece metros, la alteración de los coeficientes de edificabilidad, mientras no contradigan su máximo de continencia lineal, no tiene por qué reflejarse en la modificación de las alturas (...)».

¿Cuáles son las consecuencias que se deducen de la anterior exposición? A nuestro juicio, dos fundamentales. La primera, que, al hablar de la extensión del dominio en sentido vertical, no cabe olvidar cuanto el Urbanismo aporta al tema. La segunda, que, en sede urbanística, el problema del dominio en vertical se descompone en dos aspectos: la altura, por un lado, y el volumen edificable, por el otro.

Y si profundizamos en la cuestión, hemos de ver que la importancia que ofrece el volumen es mucho mayor que la que presenta la altura. De nada vale fijar una altura grande sobre una finca si el volumen edificable es reducido. Porque el aprovechamiento urbano del terreno se halla en el volumen, no en la altura. Así lo señala Martín Blanco cuando afirma que en el valor de un terreno influye notoriamente lo que «sobre él puede edificarse» (107).

El volumen edificable aparece de este modo como un importante elemento de valor de los terrenos. Así se manifiesta en el tráfico privado donde se prescinde casi en absoluto del factor superficial; lo que importa es el volumen que los Planes autorizan como edificable (108). Incluso ha dado lugar al nacimiento de un nuevo tipo de contrato aleatorio en las transmisiones de terrenos: el precio de la enajenación se fija, no en razón de la superficie vendida, sino en función del aprovechamiento urbanístico permitido sobre la misma. Así se adecúa el valor a las posibilidades reales de utilización (109).

Pero, además, el volumen presenta otro aspecto más ligado al problema de la extensión vertical del dominio. Constituye, en efecto, el índice de una dimensión jurídico-ideal de utilización del espacio.

Esta afirmación, en principio, puede parecer aventurada. Veremos que no lo es tanto.

(106) Se trata, en nuestra opinión, de una imprecisión de la Sentencia. La expresión correcta hubiera debido ser «en unidad de superficie». El coeficiente de edificabilidad (de aprovechamiento) se expresa en metros cúbicos por metro cuadrado.

(107) *El tráfico de bienes-inmuebles*, cit., pág. 57. Vuelve a reiterarlo al afirmar que «es muy frecuente que una menor superficie de terreno valga más que una mayor superficie de terreno, porque precisamente sobre la primera se permite la construcción de un volumen mayor del de la segunda» (vid. *Régimen del suelo*, «Pretor», 1969, pág. 496).

(108) Cfr. R. MARTÍN MATEO, *La penetración pública en la propiedad urbana*, RCDI, XLVIII, 1972, pág. 1244.

(109) Información facilitada personalmente por I. LANA, Letrado del Ilustre Colegio de Pamplona.

Para ello deberemos referirnos a un momento del proceso urbanístico en que el volumen edificable se pone en relación con el volumen ya construido.

Este punto de referencia lo constituye el Registro Municipal de Solares. Como es sabido, en este Registro se incluyen los inmuebles declarados en estado de edificación forzosa por no cumplir con los requisitos que el Plan establece (inadecuación).

Pues bien, el artículo 5.5. a) del Reglamento del Registro de 5 de marzo de 1964, califica de fincas inadecuadas a aquellas cuyo volumen construido sea inferior al cincuenta por cien del volumen edificable mínimo autorizado por las Ordenanzas. Y el apartado c) del mismo artículo y número menciona como causa de desmerecimiento —e inclusión en el Registro— el incumplimiento de los requisitos de volumen, etc. (110).

En este campo de la inadecuación es donde el volumen ha merecido una más seria atención jurisprudencial. El problema, como dice la Sentencia de 19 de junio de 1968 (111), se centra en «una determinación de orden matemático entre la realidad construida y la posibilidad constructiva mínima»; y, con este planteamiento, «la cuestión fundamental se reduce a una aplicación de la existencia del dato matemático obtenido en función de dos cifras: la primera, el volumen existente y presente de la construcción de que trata como realidad objetiva; y la segunda, el volumen mínimo que la Ordenanza asigne a la superficie aprovechable, concepto urbanístico muy preciso y definido» (112).

Las anteriores resoluciones nos indican que, al tomar el volumen edificable como dato comparativo, está procediéndose a una *medición espacial* y el volumen es el factor definidor de la misma. De este modo, el volumen puede entenderse como un dato que complementa la extensión planimétrica de la finca. Los metros cúbicos de volumen edificable desempeñan la misma función que los metros cuadrados de superficie. El espacio queda así medido, delimitado.

VI. CARACTERISTICAS DEL VOLUMEN DE EDIFICABILIDAD.

1. IDEAS ORIENTADORAS.

Hemos llevado a cabo una primera visión aproximativa sobre el concepto de volumen edificable. Por ello, hemos de reconocer que los

(110) Este apartado también incluye el supuesto del volumen construido que, siendo superior al 50 por 100, es, sin embargo, claramente inferior al mínimo. Así lo declaró la Sentencia de 29 de septiembre de 1969 (Sala 4.^a; Pte. L. BERMÚDEZ).

(111) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL. El Tribunal Supremo resolvió un recurso interpuesto contra acuerdo municipal de inclusión en el Registro Municipal de Solares.

(112) Sentencia de 14 de noviembre de 1968 (Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL).

resultados no son satisfactorios. Se diría que el volumen presenta una inicial resistencia, que es preciso vencer, a dejar captar su esencia. Por el momento, hemos puesto de relieve la importancia que presenta en el proceso urbanístico. Pero su concepto sigue pareciendo ambiguo, borroso. Pudiera decirse que sólo es un hueco que hay que llenar porque el Plan lo ordena. Y así lo ha considerado, y sigue considerándolo, una buena parte de la doctrina urbanística.

Por esto es preciso que profundicemos en nuestra indagación. Seguiremos el método de contemplar el volumen desde distintos ángulos o perspectivas para señalar las características que podamos descubrir en él. De esta manera podremos averiguar lo que el volumen *es*, una vez que ya sabemos lo que el volumen *hace*, en el proceso urbanístico.

En este sentido vuelve a resultar patente la influencia e importancia del compromiso asumido por la Administración. Debemos, por último, advertir que el reconocimiento de la importancia que presenta el Plan ofrece el riesgo de hacernos entrar en el terreno de la casuística. Es en el Plan de Ordenación donde encuentran un apoyo normativo muchos de los conceptos que citaremos. Por ello sólo trataremos de poner de relieve el mínimo susceptible de una mayor generalización en su desarrollo por los Planes.

2. CARACTERÍSTICAS DEL VOLUMEN EDIFICABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA FÍSICO.

A) Carencia de entidad material.

«La corporalidad del volumen —dice Martín Blanco— no ofrece duda por su relación con el espacio» (113). La afirmación es importante por cuanto que aborda de lleno el problema planteado. Sin embargo, no creemos que la solución sea aceptable.

Lo primero que hay que decir es que el espacio —como concepto filosófico— no tiene corporalidad. Y a este espacio es al que se refiere el volumen edificable. La atmósfera, el espacio atmosférico, sí tiene corporalidad, porque uno de los estados de la materia es el gaseoso. Pero esto para el volumen es irrelevante. En la luna también podrá haber volumen edificable cuando el hombre culmine su incipiente conquista. Y, en esta hipótesis, ¿qué materialidad cabría atribuirle? Es evidente que ninguna.

Cuestión distinta es la de la existencia real del volumen edificable, porque no puede dudarse de que existe en la realidad jurídica que consagra el Plan de ordenación.

El Plan fija el volumen edificable sobre una parcela o zona. Y esa fijación adquiere vinculatividad, obligatoriedad, como consecuencia de la fuerza normativa del Plan.

Cabe así afirmar que el volumen edificable goza de *entidad jurídica*. Jurídica, en cuanto que es vinculante; jurídica, en cuanto que se

(113) *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 55.

señala en virtud de una norma o acto normativo; jurídica, en fin, porque su existencia sólo podrá constatarse a través de los documentos en que queda literalizado. Estos documentos son, de modo especial, las Ordenanzas del Plan parcial (114).

Ahora bien; el hecho de que el volumen tenga su propia entidad jurídica no debe hacer pensar que pueda gozar de una existencia autónoma, por completo independiente, como a continuación veremos.

B) El soporte material del volumen de edificabilidad.

El volumen edificable precisa de un apoyo, de una constante referencia a objetos materiales inmobiliarios; concretamente terrenos o edificios.

En efecto, el volumen necesita de la existencia de terrenos calificados por el Plan como urbanos. El volumen sólo se otorga a los terrenos urbanos.

En segundo lugar, podemos señalar la relación existente entre el volumen y las parcelas edificables. En un principio, la parcela sólo es una porción de terreno urbano, pero se halla modalizada por la calificación que el Plan le haya atribuido. Puede haber parcelas edificables e inedificables; pero el volumen puede haber sido atribuido sin distinguir unas y otras. Puede haber también una repartición para corregir las desigualdades; incluso puede seguirse el sistema de compensación que opera considerando como una unidad la totalidad de los terrenos del polígono o zona. Todo ello da lugar a una redistribución de terrenos y volúmenes a cuyo final nace ya un orden urbanístico dentro del polígono. Se distinguen, por un lado, los viales, zonas verdes, etc. Y, por otro, las parcelas, sean o no edificables (115). Las edificables habrán de pasar a ser solares dotándolas de los servicios que el Plan fija (116). Pues bien; finalizada esta redistribución, sólo habrá volumen en las parcelas edificables, no en las otras; y toda parcela edificable deberá tener fijado un volumen de edificabilidad.

Por último, un tercer punto de contacto del volumen con un objeto material lo encontramos en su afección a la edificación.

El volumen ha de ser ocupado —«llenado»— por los edificios. Surge ya afectado a su destino. No se trata, sin embargo, de una mera afectación de aprovechamiento o de uso de un objeto físico pre-

(114) En el Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo el volumen edificable aparece fijado también en los Planes generales si se trata de suelo urbano o de suelo rústico urbanizable programado. Cfr. arts. 15, 9, bis 2 y 9, ter del Proyecto.

(115) Sobre esta cuestión, M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Régimen jurídico de las parcelas inedificables*, RDU, III, 1969, cit. págs. 27-69.

(116) MARTÍN BLANCO distingue tres distintos aspectos en el solar: el técnico, según el cual solar es todo terreno en el que es posible técnicamente construir; el económico, por el que solar es todo terreno en el que es rentable construir, y el jurídico, a cuyo tenor es aquel terreno sobre el que el Estado admite que pueda construirse en determinadas condiciones. (*El tráfico de bienes inmuebles*, cit., págs. 61-62). Vid. asimismo el art. 63 de la Ley del Suelo.

existente (117). La afectación del volumen edificable al destino de ser edificado es mucho más intensa, alcanza hasta lo más hondo de su esencia. No puede concebirse el volumen urbanístico si no es para ser edificado. Lo contrario carecería de sentido, porque lo que el Planeamiento pretende es la edificación. Para ello precisamente se autoriza y otorga un determinado volumen edificable sobre los terrenos. Volumen y edificio, son, pues, dos conceptos estrechamente unidos. El primero es una *anticipación* del espacio que el edificio va a ocupar. Este, por su parte, constituye el *fin lógico* del volumen edificable. Y, hoy por hoy, toda edificación que se construye se apoya en el suelo (118). De aquí, este triple punto de apoyo físico que presenta el volumen de edificabilidad.

3. LA POSIBILIDAD DE DELIMITACIÓN DEL VOLUMEN EDIFICABLE.

El Planeamiento debe estar presidido por el principio de racionabilidad (119). De aquí se sigue que debe haber una distribución lógica, coherente con los fines pretendidos, de los bloques de edificios dentro de un polígono o zona. Así, el Plan ha de contener normas que señalen alturas, alineaciones, rasantes, distancias entre construcciones, et-

(117) Esto podría predicarse, por ejemplo, del solar. Ya hemos visto que la edificación constituye su destino natural. Pero el solar tiene una existencia en el mundo de la realidad física con independencia de que sea o no utilizado conforme a su destino. De aquí, de esta fijación de un destino, ha surgido el concepto de finca funcional, que encuentra en el Derecho urbanístico un amplio campo de aplicación. Sobre este tema de la finca funcional, vid. J. L. LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 89; G. GARCÍA CANTERO, *La finca como objeto de Derecho real*, RCDI, IXL, 1966, págs. 291-297, y J. L. DE LOS MOZOS, *Adiciones a CASTÁN*, tomo I, vol. 2.^º, 11.^a ed., Madrid, 1971, pág. 907. Con referencia a la finca funcional en Derecho urbanístico, J. MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 44; G. GARCÍA CANTERO, *La finca funcional en la Ley del Suelo*, en «Coloquios sobre problemas de la Ley del Suelo», Madrid, 1965, págs. 23-24 y M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Derecho urbanístico español*, cit., pág. 277.

(118) La ciencia arquitectónica, sin embargo, está ofreciéndonos en la actualidad modelos que cada vez se apartan más de los sistemas tradicionales. Los modernos «habitats» integrados por módulos mutables prefabricados tienen ya muy poco que ver con las técnicas clásicas. El ensamblaje de los módulos entre sí y con la estructura que los sustenta se efectúa de un modo automático, sin contacto con el suelo. DESPAX, tomando el dato del «Correo de la UNESCO», menciona el proyecto de arquitectura móvil concebido por el arquitecto IONA FRIEDMAN. Este proyecto consiste en la creación de ciudades suspendidas de gigantescas estructuras apoyadas sobre pilotes. Esto permite que se instalen, bien sobre las ciudades convencionales actualmente existentes, bien sobre terrenos rústicos dedicados a fines agropecuarios (*Técnicas jurídicas clásicas y modernas, de utilización del suelo, del subsuelo y del espacio*, RDU, II, núm. 6, 1968, pág. 82). Una solución de este tipo puede resolver el problema del asentamiento humano, permitiendo a la vez la conservación, e incluso el aumento, de las superficies dedicadas a la agricultura. Pero ante ella cabe preguntarse: ¿cuál ha de ser la fórmula jurídica aplicable? ¿Estructurar una verdadera propiedad del espacio? Tal es la solución que apunta SAVATIER (*La propiedad del espacio*, cit., pág. 33). Tal vez bastase, visto el planteamiento, con arrendar al dueño del suelo los metros cúbicos de espacio que el módulo fuese a ocupar.

(119) R. MARTÍN MATEO, *Propiedad urbana y planificación*, RDU, III, número 15, pág. 16.

cétera. Y todas estas normas, aunque se refieran a las construcciones de alguna manera también afectan al volumen de edificabilidad. Vienen a configurarlo; le hacen perder su carácter de derrama genérica, meramente cuantitativa y, en una palabra, comienzan a conformarlo. No se trata, claro está, de una conformación física, porque el volumen es inmaterial. Pero son directrices normativas que es preciso respetar. Así, cuando el propietario de un terreno desee edificar deberá utilizar el volumen edificable de su finca respetando todos aquellos criterios que el Plan imponga y que ya hemos mencionado.

Estas determinaciones del Plan resuelven no sólo el problema de la *localización* del volumen sobre el terreno, sino también el relativo a su *configuración espacial*.

Lo veremos más claro al estudiar en qué consiste. Para ello tomaremos como base el polígono por constituir la unidad de actuación urbanística (120).

A) Distinción entre terreno edificable y no edificable.

Merced a este dato nos es permitido conocer los puntos concretos del terreno planeado que son aptos para soportar edificaciones. Es decir, aquellos puntos donde apoyar y construir el volumen edificable.

El terreno edificable está constituido por las parcelas edificables. Para optar a tal calificación la parcela debe cumplir una serie de requisitos. El Plan ha de fijar la extensión de la parcela mínima edificable. Para ello puede elegir entre dos criterios: o bien designar directamente las fincas que se hagan acreedoras a tal calificación de parcela mínima edificable, o bien señalar de un modo abstracto las dimensiones superficiales o lineales mínimas. Puede el Plan, incluso, señalar la forma que las parcelas hayan de tener para ser edificables (121).

B) Determinaciones que tienen lugar dentro de la superficie de la parcela.

Las normas urbanísticas continúan dirigiendo el uso volumétrico de las parcelas, estableciendo al efecto, otra muy variada serie de determinaciones que encauzan la propia edificabilidad de aquellas. La fijación de estas determinaciones corresponde ya a las Ordenanzas de edificación. Por tanto, entramos de nuevo en el campo del casuismo, pero cabe enumerar, por su carácter más generalizado, las siguientes:

(120) El art. 104, 2 de la Ley del Suelo dispone que «la delimitación de la superficie de un polígono comprenderá, en general, varias manzanas y se basará en alguno de los motivos siguientes: a) integrar núcleo unitario de edificaciones y servicios; b) ser homogéneas las características de edificación en todo el sector, rodeado por otros de régimen distinto, y c) existir iniciativa privada u oficial para su urbanización».

(121) C. QUINTANA REDONDO, *Parcelaciones urbanísticas*, cit., pág. 30. Con respecto a las parcelas que por su forma no son edificables el Reglamento de Reparticiones prevé la corrección de esta inedificabilidad mediante el procedimiento de la normalización. Vid. arts. 43 y 44 del Reglamento.

a) *Superficie concretamente edificable en relación con la total de la parcela.*

Consiste en señalar el porcentaje de la parcela sobre la que se apoyará de modo efectivo la edificación (122). Este porcentaje será mayor o menor según las características del polígono o zona. Así, en una zona residencial podrá oscilar entre un quince y un veinte por ciento. Por el contrario, en una zona de edificación intensiva continua podrá llegar al cien por cien. En este caso, podrá edificarse sobre la totalidad de la superficie de la parcela.

Este criterio se ha denominado asimismo «superficie sujeta a construcción» (123), pero no cabe olvidar que se trata de un porcentaje y, por consiguiente, abstracto. Así se distingue de las alineaciones que señalan de un modo taxativo el plano a partir del cual podrá levantarse el edificio.

b) *Establecimiento de alineaciones* (124).

La alineación es un concepto arquitectónico asumido por la disciplina urbanística. Martín-Crespo distingue las alineaciones exteriores y las interiores. Las primeras señalan la distancia que debe separar las edificaciones del borde de los viales o de los edificios contiguos en el caso de edificación aislada. Las segundas tienen como principal objetivo impedir que las construcciones ocupen la totalidad del fondo de la manzana (125).

El Plan puede fijarlas de una manera concreta, estableciendo la distancia en metros lineales, bien como medida única, bien como medida mínima a contar de la cual podrá comenzarse la construcción.

A los fines de este trabajo, la alineación constituye un plano, vertical —perpendicular al suelo—, que la edificación no podrá rebasar. Se trata, en suma, de un límite jurídico a las posibilidades de avance de la edificación hasta los límites del solar.

(122) El sistema francés denomina a este criterio «coeficiente de ocupación del suelo». Vid. art. 13, 3 del Código de Urbanismo y de la habitación francés, y art. 20, 1 del Decreto de regulación de los planes de ocupación del suelo de 28 de octubre de 1970.

(123) M. A. NÚÑEZ RUIZ, *Régimen jurídico*, cit., pág. 47.

(124) En el régimen actual, el art. 10.1, b) de la Ley del Suelo atribuye al Plan parcial el señalamiento de las alineaciones. Sin embargo, el Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo se propone modificar este sistema distinguiendo según se trate de suelo urbano o de suelo rústico urbanizable programado. En el primer caso, las alineaciones son señaladas por el Plan general (aproximándose al régimen francés del «plan general de detail»). En el segundo caso, las alineaciones continúan fijándose por el Plan parcial. Vid. arts. 9 bis, 2.1. y 10.2 d) del Proyecto. Por lo que respecta al suelo urbano, el Proyecto pretende que el Plan general sustituya por completo al Plan parcial; este criterio ha venido siendo defendido desde hace algún tiempo por GONZÁLEZ-BERENGUER (*Teoría y práctica*, cit., págs. 69-75).

(125) *Catalogación de conceptos urbanísticos. Los diferentes tipos de edificación en la técnica del Urbanismo*, RDU, VI, núm. 28, 1972, págs. 206 y 209.

c) *Superficie reservada para patios.*

El Plan puede también determinar la reserva de una superficie para patios. Estos pueden ser de manzana y de parcela. Los de manzana tienden a proporcionar luces y vistas al conjunto de los edificios que forman una manzana, y son normalmente definidos por las alineaciones interiores que fijarán su forma y dimensiones (126). Los patios de parcela se distinguen de los de manzana en que sirven a un solo edificio y se localizan en función de las necesidades del mismo. Sus dimensiones se fijan, por lo general, en una proporción de la altura del edificio a que sirven (127).

El patio de parcela no ocupa un lugar fijo dentro de la superficie de ésta; al realizar el proyecto de construcción podrá situarse en cualquier punto de la misma. Su existencia es obligatoria, pero su localización es libre. Además de lo dicho, el patio de parcela puede constituirse exclusivamente para el servicio de las plantas superiores. Como consecuencia no puede decirse que la superficie reservada para patios de parcela venga definida por planos verticales fijados por el Plan, como en los casos anteriores. La precisión exacta de sus características y dimensiones se confía al proyecto de edificación que deberá subordinarse a los requisitos que las Ordenanzas fijen.

d) *Determinaciones en altura.*

Pasemos ahora a los criterios definidores en vertical, es decir, hacia el espacio.

La Ley del Suelo no menciona que los Planes deban contener las fijaciones de altura. Sólo se ocupa en su artículo 10.1 b) de señalar el punto desde el cual debe comenzar a medirse la altura (128). De hecho y a pesar del silencio de la Ley, son reguladas en los Planes parciales.

La altura puede fijarse en metros lineales o en función del número de plantas, admitiendo un máximo y un mínimo o con el carácter de altura única.

La fijación de las alturas viene a constituir el señalamiento de un plano horizontal separado del suelo por los metros fijados. Este plano horizontal no podrá ser rebasado al edificar, salvo que se permita la sobreelevación de una última planta retranqueada, es decir, distanciada de la línea de fachada. Esta autorización equivale a una nueva definición vertical por medio de otros dos planos: uno vertical, que fija la distan-

(126) J. MARTÍN-CRESPO, *Catalogación*, cit. págs. 209-210.

(127) J. MARTÍN-CRESPO, *Catalogación*, cit., pág. 205. Se trata del clásico patio interior. La Sentencia de 25 de mayo de 1965 (Sala 4.^a; Pte. R. FERNÁNDEZ VALLADARES) contempla y resuelve expresamente este supuesto. El problema se centraba en torno a las dimensiones de un patio de luces en Tolosa y otros extremos.

(128) La vigente Ley del Suelo habla de nivelaciones. El Proyecto de Reforma (arts. 9 bis, 2.1, d) y 10.2 d) emplea la expresión «rasantes».

cia de la sobreelevación a la línea de fachada; otro horizontal, que señala la sobreelevación permitida (129).

e) *El resultado de la delimitación.*

De lo dicho hasta aquí cabe deducir una importante conclusión: el planeamiento establece sobre las parcelas edificables una especie de recipientes, definido, como hemos visto, por una pluralidad de planos verticales y horizontales.

Ya sabemos que no se trata de una delimitación de carácter físico o material. Son planos con existencia en el mundo jurídico, puesto que vinculan, pero inmateriales. Su realidad física podrá apreciarse cuando la construcción se levante de acuerdo con las directrices que ellos indican. Es, pues, un auténtico «cubo» o paralelepípedo que el plan coloca sobre la parcela. El espacio queda acotado sin necesidad de la existencia material de muros, tejados, y fachadas.

Y aquí es donde se muestra la fecundidad de la distinción entre volumen edificable y altura. El cubo en cuestión tiene carácter de «máximo» en las tres dimensiones. Es decir, el volumen del cubo excederá con mucho del edificable sobre la parcela (130). Esta falta de correspondencia proporcional y matemática tiene gran importancia para nuestros propósitos, como a continuación veremos.

4. EL VALOR JURÍDICO DEL VOLUMEN EDIFICABLE.

A) *Nociones introductorias.*

Este es el momento de que volvamos sobre un principio que ya hemos apuntado: el de la prevalencia de los intereses públicos sobre los privados.

Esta afirmación conduce a una despersonalización de los destinatarios del planeamiento. El Plan no se dirige a las personas, sino que actúa sobre los terrenos.

Los factores que son tenidos en cuenta a la hora de establecer un Plan de ordenación atienden, exclusivamente, a puros principios urbanís-

(129) El retranqueo autorizado se halla previsto por el Plan y por las Ordenanzas de edificación. Por ello, la licencia municipal que autoriza la construcción con infracción de las normas vigentes es nula. Vid. al respecto la sentencia de 31 de diciembre de 1966 (Sala 4.^a; Pte. A. SUÁREZ MANTEOLA).

(130) La ya citada Sentencia de 14 de junio de 1967 dice en su segundo Considerando: «la limitación del coeficiente de edificabilidad sólo tiene como límite matemático la cubicación total de las alturas en razón de la superficie, multiplicando el área por la altura, a lo que lógicamente no alcanza nunca, puesto que supondría una masificación llevada al extremo máximo», sino que en definitiva lo que hace es sujetar las edificaciones a unos determinados volúmenes dentro de unas alturas máximas, en el juego de unos con otras, para que con arreglo a tales normas pueda desarrollarse el Proyecto primero y la edificación después...».

ticos representativos de intereses colectivos (131). En definitiva, a la Administración no le interesa quién cumple el Plan, sino que el Plan se cumpla. Se produce de este modo una alteración en el orden de los afectados por la norma. Se difuminan las personas y van ocupando su lugar los propios terrenos sometidos al planeamiento. De aquí que pueda hablarse de un proceso de subjetivación del inmueble urbano (132). Sin embargo, hay un hecho evidente. Los terrenos, en su inmensa mayoría, pertenecen a particulares, se hallan integrados en patrimonios privados. Y en los patrimonios privados se desenvuelve y aplica el Derecho civil. El planeamiento equivale así a superponer otra normativa sobre la civil existente. Como ya hemos dicho, crea una nueva situación, pero porque había otra preexistente. Y la Administración no lo ignora, ni olvida por completo estas titularidades jurídico-privadas. Ya antes de la promulgación del Reglamento de Reparcelaciones se advirtió que la Administración debía agotar todos los medios para conocer la exacta situación jurídico-privada de las parcelas (133). Posteriormente, el artículo 28 del citado Reglamento ha previsto un procedimiento para la averiguación de las titularidades. Pero si no se logra conocerlas tampoco importa demasiado. Se inscriben a favor del órgano actuante y se arbitra un procedimiento de enajenación forzosa, con depósito del valor obtenido en la misma a favor de quien acredite ser el titular. Volvemos, pues, a lo mismo: lo importante es que el Plan se cumpla.

Y con esto llegamos al núcleo de la cuestión. ¿Qué impacto causa en las titularidades privadas el otorgamiento a las parcelas de volumen de edificabilidad? ¿Hemos de decir que el volumen también queda integrado en esos patrimonios? ¿O es una mera atribución mecánica?

Para contestar a estas preguntas debemos adoptar un punto de partida.

Al estudiar el patrimonio, De Castro señala que los bienes que lo componen presentan un peculiar valor jurídico: confieren un ámbito de operatividad al titular (134). Si el propietario de una finca edificable tiene, con respecto al volumen de edificabilidad, este ámbito operativo, la conclusión será que el volumen, efectivamente, entra en el patrimonio.

B) La posibilidad de remodelar el volumen edificable sobre la parcela..

Recordemos que, de la delimitación del volumen, resulta un «cubo» que comprende un número mayor de metros cúbicos de espacio que los de volumen edificable atribuido a la parcela. Esto permite al propietario

(131) Basta recordar que el artículo 52.1 de la Ley del Suelo dispone que: «la aprobación de Planes y proyectos de ordenación urbana y de polígonos de expropiación implicará la declaración de utilidad pública...».

(132) J. MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 37 y. *Régimen del suelo*, «Pretor», 1969, pág. 485.

(133) N. FUENTES SANCHIZ, *Registro de la propiedad y Urbanismo*, Ponencia presentada al Congreso de Derecho registral, Madrid, 1960, pág. 24.

(134) *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág. 37.

una positiva autonomía al configurar el volumen edificable que le ha correspondido. Siempre que no rebase las determinaciones que el Plan contiene puede proceder a su albedrío. La afirmación viene avalada por el reconocimiento que numerosos autores hacen de ella.

Así, Fuentes Sanchiz apuntaba el tema hace ya algún tiempo (135). También González-Berenguer ha afirmado que con un mismo coeficiente de edificabilidad —es decir, con el mismo número de metros cúbicos— las soluciones que caben pueden ser diversísimas (136). Martín Blanco abunda en el mismo parecer. Segundo dice, el propietario puede construir todo el volumen y sobre toda la superficie de la parcela. Pero puede también distribuirlo de manera no uniforme, elevando mayor número de plantas, pero dejando mayor superficie sin edificar (137). Núñez Ruiz también reconoce que la posibilidad de concentrar el volumen es teóricamente libre en la Ley del Suelo, siempre que las Ordenanzas no señalen normas sobre superficies sujetas a construcción o se impongan limitaciones especiales (138). Y, por último, en la misma línea, es contundente el grafismo de Thomas Arrizabalaga. Este autor, exemplificando, nos dice que un terreno de una hectárea con una edificabilidad de seis metros cúbicos por metro cuadrado, dispone de un cupo de $6 \times 10.000 = 60.000$ metros cúbicos. Estos pueden distribuirse libremente, sin otras restricciones que las mínimas de altura de pisos y conveniente distanciamiento de los edificios que se construyan. «Puede ser —continúa este autor— una torre de 20×30 metros en planta y 100 metros de altura, plantada en medio de la hectárea, y el resto del terreno libre para viales, jardines y aparcamientos. Pueden ser cuatro bloques de 75×8 metros en planta y 25 metros de altura, y el resto de la hectárea espacio libre» (139).

Esta abundante tendencia doctrinal cuenta asimismo con un apoyo legal, aunque indirecto. El artículo 78.1. d) de la Ley del Suelo preceptúa que serán indivisibles «las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se construyere el correspondiente a toda la superficie...». Este importante precepto (140) autoriza a pensar que la concentración volumétrica se abandona a la libre voluntad del propietario del terreno.

Así, pues, la solución afirmativa no ofrece ninguna duda. Pero ante esto surge otra cuestión: puesto que el volumen es inmaterial, ¿cómo pueden desenvolverse estas actuaciones? La respuesta es obvia. Tales actos adquirirán fijeza y realidad cuando el volumen edificable entre en relación con el concepto de edificio. Este es el resultado tangible de la remodelación. Pero para ello no es preciso que la edificación haya sido

(135) *En torno al Urbanismo, política del suelo y Registro de la propiedad*, RCDI, XXXVI, 1963, pág. 415.

(136) *Teoría y práctica*, cit., pág. 55.

(137) *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 55.

(138) *Régimen jurídico de las parcelas inedificables*, cit., pág. 47.

(139) *Técnica de la valoración del suelo*, en «Problemas del Urbanismo moderno», Madrid, 1967, pág. 255.

(140) Este artículo se mantiene inmodificado en el Proyecto de Reforma.

concluida, ni siquiera comenzada. Existe un cuerpo intermedio que es el proyecto de edificio. El proyecto supone ya la configuración perfecta del volumen edificable; nos indica *cómo* va a distribuirse.

Y el proyecto, desde el punto de vista urbanístico, es sólo una propuesta que está sujeta a previa licencia, como dispone el art. 165.1 de la Ley del Suelo (141). Al concederse la licencia, la distribución de volumen hecha por el propietario adquiere firmeza. Y pasa a ser vinculante: el edificio deberá ser tal y como se previó en el proyecto aprobado.

El resultado de nuestra investigación, es, en este aspecto, afirmativo: el propietario puede remodelar y distribuir el volumen edificable sobre su parcela; la licencia municipal de edificación, fija la distribución —si es acorde al Plan— y le otorga viabilidad jurídica.

C) *La transmisibilidad del volumen edificable.*

El problema que ahora nos planteamos puede formularse así: ¿es posible que el volumen edificable pase de un patrimonio a otro distinto? Cabe que se traslade de una parcela a otra distinta de aquella que el Plan señaló?

Dos son los ordenamientos a los que esta cuestión afecta, el civil y el urbanístico. Y dos son también los aspectos que podemos considerar: el de la posibilidad de la transmisión del volumen y, ésta supuesta, las modalidades que la misma puede revestir.

a) *La posibilidad de transmisión del volumen de edificabilidad.*

El artículo 1.271 del Código civil establece que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Tampoco pueden enajenarse, como es lógico, los derechos que tengan carácter personalísimo. El volumen no presenta ninguna de estas dos características. Es más, ya hemos visto cómo se señala y atribuye directamente a los terrenos, abstracción hecha de las personas de sus titulares. Parece, pues, que desde el punto de vista civil el volumen es enajenable.

Por su parte, el ordenamiento urbanístico no contempla el supuesto. Ni lo autoriza ni lo prohíbe de modo expreso. Hay, sin embargo, un precepto que, interpretado tal vez con cierta distorsión, parece tolerar esta posibilidad. Se trata del artículo 78.1. d) de la Ley del Suelo, al que acabamos de referirnos. Tras la frase que más arriba hemos transcrita, sigue diciendo este artículo que serán indivisibles «las parcelas

(141) El Proyecto de Reforma añade a la redacción de este artículo un inciso altamente esclarecedor. En la Ley vigente la redacción es la siguiente: «Estarán sujetos a previa licencia a los efectos de esta Ley las parcelaciones y reparcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta (...).». El Proyecto lo redacta del siguiente modo: «Estarán sujetos a previa licencia a los efectos de esta Ley los actos de edificación y uso del suelo tales como las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta (...).».

edificables en una proporción de volumen en relación con su área (...) y en el supuesto de que se edifice en proporción menor, la porción de exceso (...). En estas últimas palabras se halla la clave. No parece lógico que un propietario renuncie a parte de las ventajas que el Plan le otorga; pero lo que es, no ya ilógico, sino inadmisible es que no se edifique *todo* el volumen que el Plan haya previsto. De ahí que quiera considerar que esa parte del volumen ha sido transmitida.

En fin, la respuesta afirmativa es sostenible. Ya lo señalaba Fuentes Sanchiz al afirmar que la transmisión del volumen de edificabilidad parece posible (142). Frase prudente que viene a reconocer la importancia que en cada caso tendrá el Planeamiento.

b) *Las modalidades de transmisión del volumen edificable.*

Hablar de transmisibilidad parece referirse de modo exclusivo a los desplazamientos patrimoniales. Pero la peculiaridad del volumen nos obliga a tener en cuenta otro supuesto más interesante a los efectos urbanísticos: el desplazamiento parcelario que puede acompañar o no al patrimonial.

Combinando ambos tipos resultan las siguientes modalidades:

a') *Desplazamientos patrimoniales no parcelarios.*

El supuesto consiste en la transmisión del volumen de una parcela a quien no es propietario de otra situada en el mismo polígono. Sin embargo, para que la transmisión presente alguna utilidad para el adquirente ha de ir acompañada de la cesión de la facultad de edificar. De lo contrario, el adquirente no podría edificar el volumen; y mucho menos, «sacarlo» del polígono, para trasladarlo a otro, ya que las características de ambos por fuerza habrían de ser diferentes. Y, en este supuesto, la cesión de la facultad de edificar equivale a la constitución de un derecho de superficie, figura prevista y regulada en la Ley del Suelo (143).

Esta hipótesis no ofrece ninguna dificultad para el Derecho urbanístico. Su desenvolvimiento tiene lugar dentro de la órbita jurídico-privada, en el ámbito de los procedimientos o medios articulables para hacer cumplir el Plan. Es decir, insertado dentro del marco normativo que el Plan prevé.

b') *Desplazamientos parcelarios no patrimoniales.*

La situación es exactamente la contraria a la contemplada en el apartado anterior. El supuesto es el siguiente. Una misma persona es

(142) *En torno al Urbanismo...*, cit., pág. 496, nota 67.

(143) Art. 157 a 161 de la Ley del Suelo. La vinculación entre el volumen y el derecho de superficie ya ha sido puesta de manifiesto. NÚÑEZ RUIZ define la superficie como «el derecho —deber de construir un volumen determinado sobre el suelo ajeno— con arreglo a los Planes de ordenación, adquiriendo el superficiario la propiedad de lo construido» (vid. *Derecho urbanístico español*, cit., pág. 357).

propietaria de varias parcelas, contiguas o no, dentro de un mismo polígono. ¿Puede concentrar el volumen conjunto de todas en una sola? Este sería el ejemplo tipo.

En el orden civil la cuestión no presenta ninguna dificultad. No hay desplazamiento patrimonial y la actuación del titular responde a los poderes que tiene como propietario.

En el orden urbanístico sí existen problemas. Esta concentración de volumen supone una alteración de los criterios previstos en el Plan. Así, pues, habrá que consultar a éste, y, en todo caso, obtener la aprobación del órgano urbanístico competente (144).

La problemática que, desde el punto de vista urbanístico, plantea esta hipótesis es en todo similar a la que se plantea en el caso siguiente. Para su estudio y solución a él nos remitimos.

c') Desplazamientos patrimoniales y parcelarios.

En este tercer caso el volumen pasa, no sólo de un patrimonio a otro, sino también de una parcela a otra distinta. Implica, en suma, una variación del lugar destinado a sustentar el edificio según el Plan. Este es, como es lógico, el supuesto que más dificultades presenta en el campo civil y en el urbanístico.

Así, ya hemos visto la timidez con que Fuentes Sanchiz apuntaba la idea. En Martín Blanco la misma toma mayor solidez. Este autor afirma que «el propietario puede también transmitir todo o parte del volumen y éste puede ser agregado y sumado al volumen que corresponda al adquirente y utilizado en su totalidad si no rebasa los límites permitidos por las ordenanzas» (145). Sapena, hace muy poco tiempo, da por descontada esta posibilidad de transmisión y discurre de modo exclusivo sobre las consecuencias que un acto así plantearía (146).

Y, efectivamente, es aquí, en el campo de los efectos, donde se desencadena la problemática. La transmisión del volumen supone una pérdida o incluso una esterilización total de la edificabilidad de la finca. Y esto repercute hondamente en su valor, como ya hemos visto: a menor edificabilidad, menor valor. Así parece que un acto tal será dispositivo.

Sabido es que la distinción entre los actos de disposición y los de mera administración es imprecisa e insegura. Aquellos son los que tienden simplemente a la puesta en producción de un bien, siguiendo

(144) Un ejemplo de Plan que autoriza esta concentración —sólo para el supuesto de fincas contiguas— lo encontramos en las Ordenanzas de edificación del Plan Sur de Pamplona. La autorización está condicionada a que la concentración «se base en una unidad de conceptos arquitectónicos y establezcan una correlación de funciones y servicios entre los distintos edificios» (art. 18).

(145) *El tráfico de bienes inmuebles...*, cit., pág. 56. Insiste de nuevo en *Régimen del suelo*, cit., págs. 495-496.

(146) *Título e inscripción en las leyes de Urbanismo*, RDU, V, núm. 24, 1971, pág. 70.

criterios de rentabilidad económica (147). Estos, los que implican una alteración del capital (148). Precisamente esta difuminación de los contornos entre uno y otro tipo de actos, hace preciso seguir un criterio instrumental: la referencia a una titularidad determinada (149). Merced a ella pueden estudiarse las consecuencias que la actividad puede causar en la consistencia de un patrimonio (150). De aquí resulta que la idea misma de disposición, de la que la enajenación es una especie, adquiere una significación relativa y no unívoca (151).

Creo que esa titularidad de referencia que buscamos debe ser la del inmueble cuyo volumen es objeto de transmisión. Y, sobre estas bases, no hay duda de que una operación tal es un acto de disposición sobre inmuebles porque modifica su valor. El volumen se transmite, pero el inmueble no. Esto permite asimilar este tipo de actuaciones a las que Castán considera actos de gravamen, incluidos entre las facultades de libre disposición (152). Y de aquí se deriva una importante consecuencia: la necesidad de la autorización de las personas que, con arreglo a la ley, estén llamadas a darla o, en su defecto, de la autorización judicial correspondiente. Este, creemos, es un principio de validez general que puede trasladarse a los supuestos concretos que se presenten (153).

Por lo que respecta a los efectos de la transmisión en el orden urbanístico, debemos detenernos en dos cuestiones. La primera consiste en la aparición de una nueva categoría de parcelas inedificables: las que lo son, no por disposición del Plan, sino por decisión de los particulares al haberse procedido a la transmisión de su volumen. Y esto no quiere decir que el propietario no pueda ya extraer ninguna utilidad de su parcela. Podría, por ejemplo, establecer un aparcamiento de superficie (154). Y, por supuesto, le queda libre el

(147) M. GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, págs. 18-19.

(148) Así, F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil*, tomo I, Barcelona, 1966, págs. 598-601; también J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil*, tomo III, 7.^a ed. revisada por J. CALVILLO, Madrid, 1952, págs. 211-213.

(149) J. J. PINTO RUIZ, *Disposición*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo VII, Barcelona, 1955, pág. 630.

(150) A. TRABUCCHI, *Amministrazioni (Atti di)*, «Novísimo Digesto Italiano», tomo I, Torino, 1957, pág. 545.

(151) Así, M. GITRAMA, *La administración...*, cit., pág. 18, nota 27, y A. FERRARA, *Amministrazioni (Atti di)*, «Nuovo Digesto Italiano», tomo I, Torino, 1947, pág. 396.

(152) *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 1, 10.^a ed., Madrid, 1963, págs. 124-126.

(153) Un estudio completo de estos casos en B. MORENO QUESADA, *Los supuestos de administración legal en el Código civil*, en «Estudios de Derecho Público y Privado», ofrecidos al Prof. SERRANO, tomo I, Valladolid, 1965, páginas 669-705.

(154) La Ley del Suelo no resuelve de modo expreso este problema. Su art. 3.1. g) habla de espacios libres para parques y jardines. Las Cartas municipales especiales de Madrid y Barcelona han tratado de incluir como espacios libres los destinados a aparcamientos. Esta decisión, sin embargo, ha merecido una severa crítica de F. PERALES (*Problemática legal de los aparcamientos*, RDU, I, núm. 4, 1967, págs. 100-101).

aprovechamiento subterráneo: aparcamientos, centros comerciales, etcétera (155).

La segunda cuestión se encuentra muy próxima a la primera. La transmisión del volumen, ¿no es una alteración del Plan?

La respuesta nos conduce de nuevo al campo del casuismo: en este punto será fundamental la rigidez o elasticidad del Plan de ordenación. Sin embargo, lo que es un hecho incuestionable es que el volumen de edificabilidad se cede, y que se cede sin las debidas garantías.

Así, en la práctica, se adopta la ambigua fórmula de la cesión realizada en documento privado (156). Pero de este modo los problemas que se plantean son múltiples y su solución casi imposible. En efecto, el órgano urbanístico desconoce la translación y puede compelir a la edificación de la parcela, incluso incluyéndola en el Registro de Suelos e iniciando el proceso de enajenación forzosa. Frente a esto no cabría oponer la transmisión realizada porque, como sabemos, el Plan es imperativo. De ahí que sea precisa la pertinente autorización administrativa. De este modo el órgano urbanístico puede contrastar con el Plan lo que los particulares proyectan. Si la transmisión implica una alteración sustancial, el órgano denegará la licencia; en caso contrario, la concederá (157).

La constatación de esas transmisiones en el orden privatístico tiene por fuerza que verificarse con la ayuda de un instrumento de publicidad. Este no puede ser otro que el Registro de la Propiedad. Abundando en este punto, Fuentes Sanchiz propone un sistema: la transmisión deberá efectuarse en Escritura Pública con los caracteres:

(155) Para NÚÑEZ RUIZ el urbanismo subterráneo está casi totalmente ausente de la Ley del Suelo (vid. *Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otros extremos*, RDU, VI, núm. 29, 1972, pág. 121). Los únicos preceptos legales relativos a esta materia son los referentes a la dotación de servicios: gas, luz, agua, alcantarillado, tendidos telefónicos, etc. En Madrid y Barcelona existe además el problema del ferrocarril subterráneo. El Fuego Nuevo de Navarra sí atiende al aprovechamiento del subsuelo. Según la Ley 430 el derecho de superficie puede referirse a la edificación subterránea; la Ley 435 regula además los derechos de sobreedificación y subedificación. Ofrece sobre este punto gran interés el trabajo de M. GUIMERÁ, *El derecho de subsuelo*, ADC, XIV, 1961, págs. 121-136, aunque se refiera de modo exclusivo al problema de la captación de aguas subterráneas en las Islas Canarias. El estudio es espléndido, bien documentado y con sólidas aportaciones jurisprudenciales. Además, y ya en el ámbito urbanístico, la arquitectura urbanística ya comienza a hablarnos de plantas y planos urbanos en profundidad con separación de finalidades (calzadas, zonas comerciales, etc.). La *vertical street* se encuentra más próxima a nosotros de lo que parece. Vid. sobre esto, P. SOLORI, *Visionary cities: the Archology of Paolo Soleri*, New York, 1970, pág. 8.

(156) Información facilitada por J. L. BARRERO, Letrado del Ilustre Colegio de San Sebastián, durante una conversación mantenida con él.

(157) Según la Sentencia de 24 de octubre de 1962 (Sala 4.^a; Pte. J. DE OLIVES) la decisión final puede tener un cierto margen de discrecionalidad, siempre y cuando las actuaciones administrativas continúen orientadas a la consecución de sus fines peculiares. Las modificaciones en el detalle del Plan están autorizadas en el art. 114.3 del Reglamento de la Carta municipal especial de Barcelona.

de todo acto dispositivo, describiendo el inmueble con sus circunstancias urbanísticas. En el Registro —sigue diciendo— se practicará una inscripción extensa en el folio correspondiente a la finca que pierde su volumen y otra concisa en el de la finca que lo gana (158).

Con esto, si en la Escritura pública, además, se testimonia o transcribe la autorización administrativa, se garantiza la fijeza y la seguridad de la situación tanto en el campo civil como en el urbanístico. Administración y particulares conocen con exactitud las condiciones de edificabilidad de la parcela. Y esto es importante, por un lado, a la hora de ejecutar el Plan y, por otro, para la fluidez del tráfico inmobiliario urbano.

Queda en pie el problema del acceso del volumen al Registro. Núñez Ruiz proponía —refiriéndose al derecho de superficie— un sistema ideal en que a la inscripción de la finca —finca funcional urbana— se uniera una representación gráfica en geometría descriptiva (159). Pero, hoy por hoy, tal nivel de perfección se encuentra muy lejano. Para Martín Blanco el volumen puede acceder al Registro al inscribirse la licencia de construcción en la que constan los metros cúbicos edificables (160). Fuentes Sanchiz ni siquiera cree necesaria la inscripción, sino que bastará, al efectuar la transmisión, acreditar que la finca tiene volumen edificable (161).

5. EL VALOR ECONÓMICO DEL VOLUMEN EDIFICABLE.

El volumen edificable ofrece una innegable utilidad para el propietario del terreno. Este puede construirlo —consiguiendo con ello un beneficio— o negociarlo como ya hemos visto. También hemos visto que el volumen constituye un importante elemento de valor de los terrenos. Es el factor determinante de la plusvalía. El razonamiento es bien simple. Si es el Plan el que se reserva las expectativas urbanísticas (162), su «devolución» a ciertos inmuebles debe cristalizar en un valor económico. Y como estas expectativas pueden reconducirse a una sola —el volumen edificable—, hemos de concluir que el volumen tiene un valor económico. Así se justifica que el interés de los particulares se

(158) *En torno al urbanismo...*, cit., pág. 496.

(159) *Derecho urbanístico español*, cit., pág. 363.

(160) *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 56.

(161) *En torno al Urbanismo...*, cit., pág. 496, nota 69. FUENTES SANCHIZ: aplica la solución dada por la doctrina hipotecaria a la cuestión de la obra nueva no inscrita especialmente. Vid. J. L. LACRUZ-F. SANCHEZ, *Derecho inmobiliario-registral*, Barcelona, 1968, pág. 85, nota 1, comentando la Resolución de 29 de mayo de 1956 que sienta la doctrina expuesta.

(162) La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma dice con claridad: que «la aptitud para edificar la da el Plan» (Ap. V).

haya desplazado desde la superficie —pero por ésta y a su través— al volumen edificable (163).

Pero abandonemos ya la exposición genérica. Dos son los problemas concretos a resolver: el reconocimiento legal del valor económico del volumen y su cuantificación.

A) Reconocimiento legal del valor económico del volumen edificable.

a) En general.

El artículo 50.1 de la Ley del Suelo obliga al vendedor de un terreno no edificable a hacer constar tal circunstancia en la Escritura de enajenación. Si no lo hace, el párrafo cuarto del artículo faculta al comprador para *resolver* el contrato en el plazo de un año.

La doctrina no ve claro que se trate de una acción resolutoria, pese a la expresión legal (164). Y, como regla general, la considera como supuesto de acción rescisoria por lesión (165). La lesión, no hay ni que decirlo, es la falta de volumen edificable, que constituye el agravio jurídico-económico que es la base de la rescisión (166). Por el contrario, en la acción resolutoria el aspecto económico pasa a un segundo plano (167). Además, la rescisión atiende a la lesión existente en el momento de perfeccionarse el contrato (168), mientras que la resolución se refiere

(163) Tal es el caso contemplado por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de abril de 1965. Los actores, todos ellos propietarios barceloneses, solicitaron nada menos que la declaración de que la atribución a sus terrenos de un coeficiente de edificabilidad inferior al de otras zonas de la ciudad constituía infracción del principio de igualdad ante la Ley. Naturalmente la Sentencia rechazó la alegación y desestimó el recurso. Sin embargo, es significativa de cómo la implicación de intereses patrimoniales en materia urbanística lleva a invocar esenciales principios de Derecho. La Sentencia de la Audiencia fue confirmada íntegramente por la del Supremo de 11 de mayo de 1968 (Sala 4.^a; Pte. J. DE OLIVES Y FELIU).

(164) MARTÍN-RETORTILLO afirma que la Ley del Suelo ha creado un motivo de resolución extraño que depende, no de un acontecimiento sobrevenido, sino de la omisión de una formalidad (Vid. *La Ley del Suelo. Examen de las principales restricciones que ella impone al tráfico jurídico de los bienes urbanísticos*, en «Estudios jurídicos varios», tomo II, Madrid, 1962, pág. 232).

(165) Así, N. DE FUENTES SANCHIZ, *Registro de la propiedad y Urbanismo*, cit., págs. 16-17; J. MARTÍN BLANCO, *Legislación urbanística y Derecho privado*, cit., pág. 35 y *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., págs. 357-258; F. DE LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, Cartagena, 1963, págs. 52 y siguientes; *Naturaleza, fines y principios de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado*, RDU, I, núm. 3, 1967, pág. 39.

(166) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. 1, Barcelona, 1955, pág. 342.

(167) «Lo esencial —dice ARECHEDERRA— no es la reciprocidad económica, sino la vinculación recíproca, jurídicamente hablando» (*La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Tesis doctoral inédita, Pamplona, 1971, pág. 159).

(168) Vid. L. MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. esp., Barcelona, 1962, cap. III, págs. 2-3. La Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 16 de marzo de 1967 define la lesión como «el desequilibrio entre el valor de las prestaciones en el momento de estipularse éstas y de perfeccionarse el contrato».

a una causa posterior sobrevenida. Y es claro que, en el supuesto del artículo 50.1 de la Ley del Suelo, este desequilibrio —carencia de edificabilidad— es originario, anterior al momento de la perfección del contrato.

Sin embargo, hay otro precepto de la propia Ley del Suelo que reconoce con mayor claridad el valor económico del volumen. Se trata del artículo 70.2, según el cual la disminución del volumen edificable por debajo de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados dará lugar a indemnización mediante expropiación o imposición de servidumbre (169). Con ello queda resuelto el problema, puesto que la propia Ley reconoce expresamente que si se priva al propietario del volumen mínimo a que tiene derecho debe existir previa indemnización.

b) *En particular.*

De una manera más concreta podemos señalar los siguientes preceptos urbanísticos en que también tiene lugar este reconocimiento:

a') Artículo 187 de la Ley del Suelo, que establece un arbitrio sobre el aumento del volumen de edificación cuya base imponible será «el valor del exceso del volumen de edificación autorizado» (170).

b') Los párrafos segundo y tercero de la Norma quinta del Anexo de coeficientes al Decreto de 21 de agosto de 1956 que hablan de coste del metro cúbico de construcción.

c') Artículos 50.1 y 66.1 de las Cartas municipales de Barcelona y Madrid, respectivamente. Contemplan el caso de cesión de terrenos por encima de la proporción señalada como obligatoria en la Ley. Y, para compensar, permiten la acumulación sobre el resto del terreno no cedido de un volumen *cuya dimensión o valor* no sea inferior al que anteriormente hubiera podido edificarse.

d') Artículo 42.7 del Reglamento de Reparticiones, según el cual puede pagarse con volumen edificable a la empresa urbanizadora que haya anticipado los gastos de urbanización.

B) *La determinación del valor económico del volumen edificable.*

Se trata, dicho en otras palabras, de traducir el valor del volumen a dinero (171). Y la cuestión no es tan sencilla como parece porque,

(169) En el art. 70.3 del Proyecto de Reforma se dice con un criterio más técnico que «la disminución del volumen conferirá derecho a indemnización mediante expropiación de la facultad de edificar». Esta expresión legal viene a poner de relieve la íntima vinculación que existe entre el volumen y la facultad de edificar. Conviene señalarlo ahora, aunque el estudio de esta conexión queda fuera del objeto de este trabajo.

(170) El hecho imponible es el aumento de volumen y éste es un presupuesto de contenido económico, o al menos es su contenido el que el legislador considera relevante a los efectos impositivos. Vid. J. L. PÉREZ DE ÁYALA, *Derecho tributario*, Madrid, 1968, pág. 128.

(171) Recuérdese que para ENNECERUS el valor no es otra cosa que el grado de utilidad de una cosa medida en dinero (vid. *Tratado de Derecho civil*, trad. española,

aunque el volumen tenga un valor propio y actual, no es algo que valga «*per se*», sino «con relación a». Con relación, naturalmente, al edificio que se construya. La utilidad que el volumen proporciona no se extrae directamente de él, sino del edificio; el volumen permite construir tanto más, cuanto mayor sea el número de metros cúbicos otorgados al terreno. De aquí la dificultad de determinar con exactitud su valor, porque por fuerza ha de ser referencial.

Es difícil señalar un valor objetivo del volumen; pero más difícil aún es señalar un precio para el supuesto de transacciones sobre el mismo. Se corre el riesgo de no acercarse a la realidad y, sobre todo, de crear una nueva fuente de especulación si su fijación se abandona libremente a la ley de la oferta y la demanda.

La normatividad urbanística contiene algunos criterios. Pero a nuestros efectos sólo pueden ser tomados como orientativos (172). El supuesto que queda por completo fuera del alcance de la normativa es el de las transmisiones de volumen. Y éste presenta dificultades peculiares porque, una vez adquirido, hay que construirlo. El volumen adquirido al propietario de otra parcela pasa a convertirse, desde un punto de vista económico, en un elemento más de la construcción. En consecuencia, la determinación de su valor —y de su rentabilidad para el adquirente en relación con el precio de venta de la construcción— habrá de verificarse por procedimientos económicos: mediante el cálculo de la incidencia de su valor en el precio de venta del edificio. Y, por otro lado, con referencia siempre a las transacciones sobre el volumen, la ley de la oferta y la demanda terminará por acuñar unos valores objetivos a tenor de las circunstancias, que actuarán como índices de orientación junto a los criterios legales.

6. LOS CONDICIONANTES DEL VOLUMEN EDIFICABLE.

A) Limitación en el tiempo.

El volumen edificable no existe *in rerum natura*, sino que nace por imperio del Plan en un momento muy concreto. El Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo ha introducido en este punto importantes modi-

Barcelona, 1935, tomo I, pág. 730). Y correlativamente BONET define el dinero como «la unidad ideal de medida de los valores patrimoniales» (*El dinero como bien jurídico*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBÉÑAS», tomo IV, Pamplona, 1969, pág. 104).

(172) Así la Norma Quinta del Anexo al Decreto de Coeficientes establece que el valor lo fijará el órgano urbanístico competente teniendo en cuenta los costes reales de edificación. Pero hay que tener en cuenta que lo que tal norma pretende es fijar un valor de expropiación. Por otro lado, el precio que así se obtenga no es válido para las transmisiones de volumen porque se refiere a lo que cuesta construirlo. Las Cartas de Barcelona y Madrid siguen el criterio de dividir el valor comercial del suelo por los metros cúbicos edificables, pero el procedimiento es engañoso, ya que en el valor del suelo entran otros factores que no tienen por qué atañer al volumen.

ficaciones. Por ello, examinaremos en primer lugar el sistema vigente y en segundo lugar el previsto en el Proyecto.

En el actual sistema, el volumen, como creación urbanística, nace con el Plan parcial. Este, según el artículo 10.1 e) de la Ley del Suelo, deberá contener la «reglamentación del uso de los terrenos en cuanto a volumen, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones y elementos naturales en cada zona». El precepto es tan claro que la cuestión acerca del momento en que el volumen nace ofrece pocas dudas. Unicamente se ha admitido que el volumen puede ser objeto de previsión genérica en el Plan general (173).

Y así lo confirma la Sentencia de 21 de noviembre de 1967 (174). Su segundo Considerando, tras analizar y contrastar los conceptos de Plan general y Plan parcial, establece que «o sea que esta fijación volumétrica es característica de los Planes parciales, no de los generales»; y añade que «aún cuando se entendiera que esta fijación volumétrica se concreta de un modo inalterable y determinado en el Plan general, será preciso a su vez entender que carece de la condición de ejecutoriedad que el artículo 44 de la Ley del Suelo establece *mientras no advenga el momento oportuno que el Plan parcial supone*, puesto que es en éste en el que reglamentariamente tales determinaciones volumétricas han de lograr su función normativa adecuada a la ejecución y no en el general, simple ordenación genérica con arreglo a su título.»

El Proyecto de reforma introduce una nueva clasificación del suelo dividiéndolo en urbano y rústico; éste a su vez en rústico urbanizable, programado y no programado, y rústico protegido (arts. 9, 9-bis y 9-ter del Proyecto).

En el suelo urbano el Plan general asume las determinaciones que la vigente Ley atribuye al Plan parcial. En consecuencia, es éste el que contiene la previsión relativa al volumen (175).

Por lo que respecta al suelo rústico urbanizable programado, también es el Plan general el que contiene los datos relativos al volumen edificable, preparando el camino a la concreción que se llevará a efecto por medio de los Planes parciales (176).

En uno y otro caso —Ley vigente o Proyecto de Reforma— vemos que el volumen edificable *surge* en un determinado momento por obra y gracia del Plan de ordenación. Pero vemos también que el volumen carece de una existencia temporal ilimitada. Está, como sabemos, afectado al destino de la edificación, y ésta es la causa de que en otro determinado momento, deje de existir, porque el proceso urbanístico es irreversible.

(173) Cfr. J. MARTÍN BLANCO, *Régimen del suelo*, cit., pág. 495.

(174) Sala 4.^a; Pte. J. BECERRIL Y ANTÓN-MIRALLES.

(175) El art. 9.2.1 e) del Proyecto establece que en suelo urbano el Plan general deberá contener la «reglamentación detallada del uso pormenorizado de los terrenos y elementos naturales y del volumen, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones».

(176) El art. 9.2.2. b) dice que el Plan general contendrá «el señalamiento de usos globales y nivel de intensidad de los mismos, con expresión del coeficiente de aprovechamiento medio en todo su ámbito».

En este punto hemos de mencionar todos los preceptos del Plan o de la Ley relativos a la edificación: plazos, modos de llevarla a cabo, tramitación del procedimiento de edificación forzosa, etc.

Y, en definitiva, y volviendo de nuevo sobre lo ya dicho, el volumen deja de existir cuando se concede la licencia de edificación. A partir de ese momento, el concepto vértice es el de edificio futuro, porque ya existe un proyecto del mismo, aprobado por la Administración. Y este proyecto desplaza del centro de gravedad al volumen edificable. Una vez concedida la licencia, el solicitante de la misma queda privado de las facultades que anteriormente tenía sobre el volumen edificable. La función del titular se reduce a ejecutar —ahora sí, de un modo mecánico— el contenido de la licencia, ateniéndose al mismo en cuanto a su forma, modo y condiciones (177).

Y, de esta manera, cumplida su función urbanística, el volumen deja de existir como tal; desaparece.

B) *Limitación en el espacio.*

En este punto nos referiremos a los límites que el volumen encuentra, especialmente, en el caso de desplazamientos parcelarios.

Sobre suelo urbano son posibles las transmisiones del volumen entre parcelas situadas dentro del mismo polígono, ya que éste se forma siguiendo una unidad de criterios urbanísticos. Cabe también que los desplazamientos parcelarios se produzcan fuera del polígono, pero sólo en el caso de que se proceda a la reparcelación de unidad superior o en el supuesto del art. 104.2 de la Ley del Suelo (178).

El límite espacial máximo lo constituye en todo caso la totalidad de la superficie del Plan parcial. La afirmación responde a una razón de lógica: los Planes parciales operan sobre las diferentes zonas de los Planes generales y entre aquéllos existe una incomunicabilidad total. Hay, además, un cierto fundamento legal; el artículo 5.1 del Reglamento de Reparcelaciones establece que el límite para realizar reparcelaciones de unidad superior al polígono es la superficie del Plan parcial. El marco del Plan parcial (179) será, pues, la frontera que el volumen sobre suelo urbano no podrá rebasar.

Por lo que respecta al suelo rústico la situación es otra. El volumen edificable sólo adquiere dimensión urbanística sobre el suelo urbano; no sobre el de reserva urbana o el rústico (180).

Sobre el suelo rústico legalmente no puede sobrepasarse el coefi-

(177) Sobre la función legitimadora de la licencia, F. PASTOR RIDRUEJO, *La propiedad urbanística y su legitimación: planes y licencias*, RDU, V, núm. 21, 1971, pág. 55.

(178) Consiste en constituir, con dos o más, un sólo polígono en razón al servicio conjunto que prestan los espacios libres.

(179) En el Proyecto de reforma, respecto al suelo urbano, serán los Planes generales los que impongan este límite.

(180) En el Proyecto de Reforma desaparece este tipo de suelo de reserva urbana.

ciente de edificabilidad 0,2, equivalente a un metro cúbico de construcción por cada cinco metros cuadrados de superficie. E incluso, esta edificabilidad puede ser reducida por el Plan sin conferir derecho a indemnización, según se deduce del art. 69.1 de la Ley del Suelo (181).

Pero, además, el suelo rústico carece de una acción urbanística de conjunto. La atribución del volumen opera de forma estrictamente individual, basada en la división de propiedades existente. No hay parcelas de suelo rústico creadas por el Plan. Esta circunstancia nos mueve a creer que el propietario de una finca rústica conserva íntegras sus facultades de modelación de volumen dentro de la finca, pero no puede transmitirlo a otra ni adquirir el de otra. Dos razones nos avalan. La primera, el fin instrumental y accesorio de la edificabilidad sobre suelo rústico: sólo pretende facilitar las construcciones auxiliares necesarias para el aprovechamiento agrícola y por esta causa la edificabilidad es muy reducida. La segunda, porque admitir los desplazamientos del volumen sobre el suelo rústico sería peligroso. El volumen podría concentrarse sobre fincas contiguas a zona urbana, dándose entonces el inadmisible supuesto de la creación de verdaderas urbanizaciones sobre suelo rústico.

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

Aquí termina nuestro recorrido. En el curso de la investigación realizada hemos descubierto que el volumen edificable no es un concepto inerte —una mera determinación del Plan—, sino que se trata de un concepto operante, que constituye una atribución patrimonial. En efecto, el titular dominical puede actuar sobre el volumen, bien que respetando en todo caso las normas del Plan y limitado siempre por las peculiaridades que su especial naturaleza impone. Le concede, pues, un ámbito de operatividad. Tiene también un valor económico, aunque su determinación sea difícil.

Todo ello nos conduce a afirmar que el volumen edificable es un verdadero valor patrimonial. Un valor patrimonial, además, en constante revalorización, como afirma Martín Blanco (182). Tal vez resulte aventurado calificarlo como «cosa». Puede intentarse tal configuración, y el empeño indudablemente resulta atractivo, pero excede con mucho de nuestros propósitos, ya que sólo hemos pretendido caracterizarlo.

En todo caso, lo que resulta evidente es que el volumen se integra —penetra— de un modo activo en el patrimonio del titular de suelo

(181) Art. 83.3. en el Proyecto de Reforma. GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que la disminución del volumen por debajo del coeficiente 0,2 entraña indemnización incluso sobre suelo rústico. Tal opinión no nos parece sostenible a la vista de la redacción del art. 69.1 de la Ley (vid. *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., página 323, nota 6).

(182) *El tráfico de bienes inmuebles*, cit., pág. 55, y *La especulación del suelo en la problemática general urbanística*, RDU, II, núm. 7, 1968, pág. 37.

urbano. Y que ostenta las dos características que, según De Castro, definen a los bienes patrimoniales: valor jurídico y valor económico (183). El tema, pues, está ahí y se ofrece a una investigación más meditada.

Sin embargo, lo que quizá sea más importante de nuestro trabajo es una conclusión, tal vez no del todo nueva, pero sí muy interesante, y que, en germen, ya hemos apuntado en las páginas anteriores: la de que el Urbanismo no se limita a llevar a cabo una intervención negativa, puramente coartativa de libertades y poderes, en el ámbito jurídico-privado, sino que presenta aspectos positivos, que confieren asimismo nuevas facultades desde una nueva dimensión, y que son también muy dignos de ser tenidos en cuenta.

(183) *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, págs. 37-38.

El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos

MIGUEL DE ANGULO RODRIGUEZ

Profesor Adjunto de Derecho internacional público y privado
de la Universidad de Granada

INTRODUCCION

La actualidad de los temas de la responsabilidad civil extracontractual encuentra su fundamento y explicación en las innovaciones tecnológicas a que la humanidad asiste. Esa actualidad se acrecienta respecto de la responsabilidad por daños originados a través de la utilización o consumo de los productos, pues solo modernamente se ha tomado plena conciencia de los riesgos implicados en los procesos de fabricación y consumo de los mismos. La creciente frecuencia de estos supuestos ha ido poniendo de relieve cada vez más la exigencia de una reglamentación específica para este tipo de responsabilidad. Y, sin embargo, los análisis del Derecho comparado muestran la general inexistencia de textos positivos, internos o internacionales, que contemplen con concreción esta problemática.

Por ello, se ha venido operando hasta el presente mediante una extrapolación a esta materia de la normativa prevista para otros tipos de responsabilidad. Pero esta extrapolación no siempre ha conducido a resultados satisfactorios, tanto por lo específico de la conducta de que aquí se trata, como por la complejidad de aspectos jurídicos que esta clase de responsabilidad envuelve: civil, penal (eventual delito contra la salud pública, por ejemplo), mercantil (derecho de seguros), etc..., sin contar con otros sectores altamente especializados, como puede ser el del régimen jurídico de la publicidad. Razones técnicas para un tratamiento específico que se ratifican por la necesidad, ampliamente compartida por todos, de superar el planteamiento individualista de la responsabilidad tradicional, para configurar esta materia como de responsabilidad social o colectiva; la protección genérica del consumidor, las tendencias po-

líticas favorables a la socialización de los riesgos, etc., abonan este cambio de mentalidad.

Todo ello se ha traducido en un movimiento legislativo que, a escala internacional, pretende colmar la laguna existente en las diferentes legislaciones, tanto en el plano interno como en el del Derecho internacional privado. En tal sentido, cabe citar una doble línea de trabajos, los que en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado han culminado el 21 de octubre de 1972 con la aprobación de un proyecto de convenio, de una parte y, de otra, los recientemente emprendidos en el marco del Consejo de Europa. Estos últimos, tendentes a la obtención de un instrumento internacional —presumiblemente un convenio, pero que podría finalmente reducirse a una simple recomendación— que permita a los Estados incorporar a sus respectivos ordenamientos un régimen jurídico uniforme para la responsabilidad del fabricante, se han desarrollado hasta ahora (abril de 1973) en un Comité de Expertos, en el que España participa como país observador, reunido en Estrasburgo en dos ocasiones.

Por lo que se refiere al proyecto aprobado en La Haya (1), su proceso de elaboración ha sido el tradicionalmente empleado por dicha organización: informe de un miembro de la Oficina Permanente, el señor Saunders, sometido a los Gobiernos de los países miembros juntamente con un cuestionario; sus respuestas sirvieron de base para los trabajos de la Comisión Especial que, presidida por el profesor belga Van Hecke, redactó un anteproyecto, al que se acompañó un nuevo informe redactado por un ponente, el profesor americano Reese; finalmente, la Conferencia, actuando en Comisiones y plenarios, elaboró y aprobó el proyecto definitivo que, posteriormente (1.^º de octubre de 1973), se abrirá a la firma de los Estados.

Es de notar el insólito proceso de positivación que se está registrando en esta temática, ya que generalmente los convenios internacionales y el Derecho internacional privado siguen en el tiempo a las legislaciones internas, adaptándose en gran medida a las soluciones tipificadas por estas últimas. Sin embargo, en este campo específico, los primeros textos positivos son los adoptados en La Haya,

(1) El autor del presente trabajo fue miembro de la delegación española asistente a la XII Sesión de la Conferencia de La Haya, que aprobó el Convenio comentado. Presidida por el embajador señor Sedó, esa delegación estaba integrada además por los profesores Carrillo Salcedo, González Campos y Pérez Vera. Sin embargo, las ideas recogidas en este trabajo son de la exclusiva responsabilidad del autor, sin que en modo alguno representen la posición oficial española o la opinión de los restantes miembros de la delegación. Igualmente, es exclusivamente atribuible al autor la versión castellana del Convenio que figura en anexo, realizada sobre los textos oficiales francés e inglés; en este sentido, se ha preferido una traducción literal, aunque pierda perfección lingüística, a fin de no interpolar interpretaciones subjetivas en el texto del Convenio.

de cuyos trabajos se beneficia, sin duda, el Consejo de Europa, al fin de elaborar una legislación interna uniforme; y, finalmente, los países que no sigan las reglas aprobadas en tales organismos se inspirarán, lógicamente, en ellas antes de dictar sus propias disposiciones.

Antes de proceder al examen pormenorizado de las soluciones y aspectos más relevantes del Convenio de La Haya, objeto de este trabajo, conviene hacer mención de la problemática relativa a su denominación. La versión inglesa ("products liability") constituye en aquel idioma una expresión acuñada de imposible transposición al castellano; la terminología francesa ("responsabilité du fait des produits") carece, igualmente, de contrapartida ajustada en nuestra lengua. En esta última, la expresión más conocida, "responsabilidad del fabricante", se muestra impracticable, por cuanto el Convenio regula la responsabilidad de otras personas que, por su profesiones, no pueden ser asimiladas al mismo. Tampoco puede hablarse de "daños causados por los productos", tanto porque conscientemente se ha omitido toda alusión al tema de la causalidad en los dos idiomas que hacen fe, como porque algunos sistemas jurídicos utilizan en este tipo de responsabilidad criterios que trascienden la teoría de la culpa y negligencia a que el nexo causal parece referirse *prima facie*. Por ello parece una denominación apropiada, aunque carezca de cuño doctrinal, la de *daños derivados de los productos*. Y ha de añadirse que no importa esa falta de arraigo, respecto de la literatura jurídica española, ya que ésta —salvo por lo que se refiere al fabricante propiamente dicho— no tiene ninguna otra terminología en uso que pudiera oponerse, ni existe tampoco texto positivo divergente.

I. CAMPO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Los tres primeros artículos del texto convencional están dedicados a delimitar el campo de su aplicabilidad: se enuncia el objeto del convenio (art. 1), adicionándole unas precisiones "ratione materiae" (art. 2) y otras "ratione personae" (art. 3). Antes de examinarlos separadamente, acaso resulte útil aludir a una cuestión más general: la posibilidad de aplicar el convenio en supuestos ajenos al Derecho internacional privado. Teóricamente sería posible, en ausencia de legislación interna relevante, utilizar algunas de las reglas materiales del convenio (por ejemplo, el concepto de daños compensables) para casos de tráfico nacional. Sin embargo, no cabe esta posibilidad de extrapolación, tanto por razón del preámbulo del Convenio, como por el análisis de su parte dispositiva y de los trabajos preparatorios.

A) *Objeto del convenio (art. 1.º):*

El primer párrafo del artículo primero establece como objeto del Convenio la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad

del fabricante o de otras personas de la cadena de preparación y distribución de un producto, en razón de los daños que éste pueda originar. Se advierte así, desde el umbral mismo del texto, cómo la responsabilidad que se quiere regular no es exclusivamente la del fabricante, sino la de toda aquella persona que tenga intervención en el lanzamiento al mercado de un producto dañoso. De otra parte, se añade enseguida que se consideran expresamente incluidos, no sólo los daños directamente originados por el propio producto, sino también los derivados de unas instrucciones inadecuadas (o de la ausencia de instrucciones) en cuanto a sus cualidades, características o forma de utilización. Se trata de imposibilitar así las interpretaciones restrictivas de la expresión "daños causados por un producto".

El segundo párrafo excluye la aplicación del Convenio en los casos en que el producto hubiere sido transferido al perjudicado por el presunto responsable. En esta forma, el campo de aplicación del Convenio se reduce a la responsabilidad extracontractual; se ha evitado expresamente, para esta tarea de delimitación, el recurso a las palabras "contrato" o "responsabilidad contractual" a fin de eludir problemas de calificaciones, ya que existen divergencias respecto de tales conceptos e instituciones jurídicas en los distintos sistemas positivos. Esta exclusión se fundamenta, de una parte, en las dificultades técnicas que ofrece la elaboración de soluciones aptas para ambos tipos de responsabilidad y, de otra, en el deseo de proseguir los trabajos de la Conferencia de La Haya tratando separadamente las obligaciones *ex contractu* de las *ex delicto* (2). El texto se refiere a la transmisión de la propiedad o del derecho a utilizar el producto; con este circunloquio no se hace preciso recurrir al concepto, de escasa uniformidad en el Derecho comparado, de la posesión; además se omite conscientemente cualquier matiz que pudiera exigir carácter oneroso a esa transmisión, para que de este modo quedasen cubiertos los supuestos de productos donados como muestras o cedidos mediante fórmulas gratuitas de las usadas en publicidad.

Finalmente, al determinar el objeto del Convenio, el tercer párrafo de este precepto establece que será irrelevante para su aplicabilidad la naturaleza de la jurisdicción o autoridad ante la que se esté procediendo. Así, el Convenio podrá utilizarse con independencia del carácter civil, penal o administrativo que en cada país se arbitre para el enjuiciamiento de este tipo de responsabilidad. Desde la óptica española, puede resultar interesante la cuestión por las eventuales implicaciones que este tipo de responsabilidad puede entrañar en el ámbito penal.

(2) Así, la Conferencia ha elaborado convenios sobre "ley aplicable a las ventas internacionales de objetos muebles corporales", sobre "competencia del foro contractual en casos de venta internacional de objetos muebles corporales" y sobre "la ley aplicable en materia de accidentes de carretera".

B) *Precisiones "ratione materiae"* (art. 2.^o):

Al incluir en este artículo segundo las definiciones de los conceptos "producto", "daño" y "persona", claves sobre las que luego se articula el conjunto de soluciones, no sólo pretende el Convenio elucidar los problemas de calificaciones, que podrían conducir a interpretaciones divergentes en los distintos países, sino que además se aprovecha la ocasión para precisar, en razón de la materia, el campo de aplicación del Convenio.

Conforme al artículo 2.^o, a), el término producto se aplica tanto a los naturales como a los industriales, en estado original o manufacturados, muebles o inmuebles. Se trata, pues, de un concepto amplio y que podría calificarse de omnícomprendido. Pese a que, en la doctrina y en algunas decisiones judiciales del Derecho comparado se ha partido a veces de la distinción entre productos intrínsecamente peligrosos (a los fines de fundamentar una teoría basada en la creación del riesgo) y los que simplemente son susceptibles de causar daño a través de una defectuosa fabricación o una utilización errónea (generando así una responsabilidad por culpa, matizada o no a través de presunciones), el Convenio arranca de la consideración más genérica de que toda clase de producto puede ligarse al proceso de causación de un daño; y con tal punto de partida, no podían, pues, introducirse distinciones más o menos restrictivas.

Por lo que se refiere al concepto de "daño" (art. 2.^o, b), se considera tal el causado a personas o bienes, así como la pérdida económica resultante. La amplitud de esta concepción viene, sin embargo, a limitarse con la inmediata referencia a los "daños al propio producto"; éstos, en efecto, únicamente serán relevantes según el Convenio en la medida en que, simultáneamente, produzcan daños a personas o bienes. Limitación que aparentemente vendría a perjudicar a los países importadores de maquinaria-herramienta y bienes de equipo especialmente valiosos, ya que al experimentar daños no acompañados de lesiones personales o patrimoniales quedarían sin proteger por el Convenio; en la práctica, no parece que vaya a ser exactamente así, toda vez que, en la mayoría de los casos, el Convenio sería aplicable a tales supuestos en razón de las relaciones contractuales generalmente implicadas; siempre quedaría, además, la posibilidad de la evicción u otros medios de resarcimiento.

En este contexto, se establece por último (art. 2.^o, c) que, a los efectos del Convenio, el término "personas" incluye tanto a las de naturaleza física como a las morales o jurídicas. Esta precisión resulta de todo punto apropiada, pues cabe presumir que serán frecuentes los casos en que la víctima o el responsable serán una persona jurídica. Y ello, porque, además de los supuestos de accidentes causados por automóviles defectuosos o los envenamientos por alimentos tóxicos, son también típicos en la materia los casos de daños (explosiones o incendios, por ejemplo) debidos a maquinarias adqui-

ridas por sociedades; de otra parte, en el estado actual de la industria y el comercio, la mayor parte de los fabricantes e intermediarios en las cadenas de producción y comercialización —esto es, los eventuales responsables— son personas jurídicas.

C) *Precisiones "ratione personae" (art. 3.º):*

La referencia expresa a las personas cuya responsabilidad podrá regular el Convenio, más que restringir el campo de aplicación del mismo, indica la radical amplitud con que ha de operarse en este plano. Por ello, el artículo tercero, tras efectuar una enumeración de las personas más directamente susceptibles de intervención en la causación del daño, añade en el párrafo cuarto una cláusula generalizadora aludiendo a toda persona que participe en el lanzamiento al mercado del producto dañoso, de modo tal que en este orden no resulta imaginable causa alguna de inaplicación del Convenio. En concreto, las personas a las que se hace expresa referencia son las siguientes: fabricantes del producto terminado o de sus partes constitutivas, explotadores de productos naturales, proveedores, reparadores, depositarios y distribuidores.

Se añade finalmente un apartado mediante el cual el Convenio opera la transmisión automática de la responsabilidad del empleado a su principal. Esta precisión contribuye a cerrar el círculo de posibilidades con el mismo criterio amplio ya subrayado.

2. PRINCIPIOS DE SOLUCIÓN

Son cuatro las disposiciones dedicadas a establecer los criterios conflictuales de solución (arts. 4 a 7). Los dos primeros, que han de analizarse forzosamente en conjunto, establecen las reglas de base; el artículo sexto, por su parte, recoge una solución supletoria para los supuestos que no queden cubiertos por la genérica; y, finalmente, el siguiente artículo encierra una cláusula, la de la previsibilidad, que permitirá eventualmente corregir los resultados faltos de calculabilidad a que podría conducir la aplicación automática de los anteriores criterios.

A) *La solución de base (arts. 4 y 5):*

Estas dos disposiciones contienen el cuadro general de criterios conflictuales para descubrir el ordenamiento aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos. Deben ser analizadas conjuntamente, ya que su estructura aparece recíprocamente condicionada y su colocación sistemática es engañosa. En efecto, conforme al artículo cuarto, se aplicará la ley del lugar del daño (*lex loci delicti*) si resulta coincidente con la residencia habitual de la víctima, con el establecimiento principal del responsable o con el lugar de adqui-

sición del producto. No obstante, se aplicará la ley de la residencia de la víctima cuando coincida con la del establecimiento principal del responsable o la del lugar de adquisición del producto (art. 5.^o).

En primer término, cabe, pues, observar en el texto una alteración en el orden lógico y sistemático de las dos reglas: ¿por qué colocar primero la *lex loci delicti*, si según el propio Convenio la ley de la residencia habitual de la víctima tiene carácter prioritario? La única justificación para esta ordenación artificiosa de las soluciones estriba en el deseo de mantener, al menos aparentemente, un punto de partida clásico; en otras palabras, aun cuando el juego de soluciones previsto, apartándose de los criterios tradicionales, sea ciertamente progresivo, formalmente se le ha enmascarado en alguna medida con un ropaje conservador y "ortodoxo". En cualquier caso, este punto no debe preocupar excesivamente, dada su irrelevancia práctica.

Lo que sí importa subrayar es la estructura general del principio de base. Se arranca de la necesidad de construir una solución articulada sobre la coincidencia de varios puntos de conexión, descartando por tanto la posibilidad de fijarse en uno sólo, ya que ello podría conducir a resultados fortuitos (aplicación de una ley desvinculada realmente del supuesto fáctico). Se retienen, a este efecto, cuatro criterios que combinados por parejas pueden conseguir el fin apetecido; pero de este sistema de combinaciones binarias de cuatro elementos se excluye, por considerarla irrelevante, una de las posibles coincidencias (establecimiento principal del responsable con lugar de adquisición del producto). En otras palabras, a excepción de esta última combinación, cualquiera de las restantes alternativas es apta para determinar la ley aplicable.

Los cuatro elementos combinables son, según se ha apuntado, los siguientes: lugar del daño, residencia habitual de la víctima, establecimiento principal del fabricante y lugar de adquisición del producto. El texto de las dos reglas de conflicto que examinamos —técnica-mente, se trata de un juego de conexiones acumulativas formulado en dos reglas de conflicto: una principal, artículo 5.^o, y otra subsidiaria, artículo 4.^o— proporciona algunas precisiones sobre cómo han de entenderse tales puntos de conexión.

Se alude en primer lugar a la ley interna del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho dañoso ("l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit"; "the State of the place of injury"). Con esta expresión se hace referencia implícita a la solución del problema de concreción temporal del proceso de causación del daño. En efecto, teóricamente el "*locus delicti*" puede significar indistintamente el lugar donde se produce la conducta del responsable, el lugar donde sobreviene la última acción del responsable determinadora del daño, el lugar en que la víctima se pone por primera vez en contacto con el producto dañoso o, finalmente, el lugar en que se manifiesten las consecuencias dañinas. Y ha de añadirse que, siempre teórica-mente, es posible que todos y cada uno de dichos lugares sean dife-

rentes (el turismo puede hacer posible, por ejemplo, que un producto fabricado en Dinamarca sea adquirido en Holanda, siendo ingerido en Bélgica y causando un daño que se manifieste retardadamente en Francia). De entre este abanico de posibilidades había que seleccionar el momento y lugar que se consideraban relevantes. El texto proporciona, acaso en forma excesivamente sutil, un criterio decisivo: con los términos "fait Dommageable" o "injury" se hace referencia, en una interpretación semántica correcta, al *impacto* o primer contacto entre la víctima y el producto; así, de los cuatro lugares y momentos citados, será relevante el tercero de ellos. A esta conclusión, derivada de una traducción exacta de los dos textos que hacen fe, se llega igualmente por el examen de los trabajos preparatorios y explicaciones de voto, que indudablemente serán reflejados en el informe definitivo, ahora en elaboración, que acompañará al Convenio.

La residencia habitual que importa como segundo criterio combinatorio es la de la persona que sufrió directamente el daño; es decir, la de la víctima y no la del simple perjudicado reclamante —es obvio que no tienen por qué coincidir en una misma persona ambas calidades; piénsese en los casos de lesiones mortales—. En punto a la adquisición del producto, se precisa igualmente que se trata de la adquisición por la víctima y no por el perjudicado; esta última precisión puede conducir, pues, a despreciar como irrelevante el lugar de adquisición mercantil de un producto, por ejemplo, a través de un familiar intermediario, en favor del lugar en que la víctima lo hizo suyo físicamente.

Por último, aun cuando antes se haya hablado, a efectos simplificadores, del establecimiento principal del fabricante, el texto precisa que se trata del establecimiento principal de la persona de cuya responsabilidad se trata; y ello porque, conforme al artículo 3.º, el responsable puede ser también un proveedor, distribuidor, etc. Cabe señalar que se ha tipificado en este aspecto un criterio más fáctico que jurídico, precisamente porque se intentaba encontrar una conexión paralela a la de la residencia habitual de la víctima.

Anteriormente se ha apuntado que el sistema utilizado es, en principio, el de combinaciones binarias de cuatro elementos. En pura astracción, puede pensarse que hay exactamente las mismas posibilidades para cada pareja de ellos. En la práctica, sin embargo, algunas de estas combinaciones, las del artículo quinto, tendrán lugar con más frecuencia que las otras, las del artículo cuarto; desde el plano de su jerarquía respectiva, además, el citado carácter prioritario asignado al artículo quinto atribuye a éste mayor rango jurídico, completando así esa constatación práctica.

Lo que sí resulta cierto en todo caso es el hecho de que, en razón precisamente de haberse establecido criterios complejos de coincidencia de soluciones, va a lograrse evitar el carácter fortuito y frecuentemente irreal de los resultados, que generalmente se tiene por inseparable de las reglas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales. En este sentido, es inevitable interpretar que, avan-

zándose en la dirección ya apunada por el Convenio sobre accidentes de la circulación —elaborado en la XI sesión de la Conferencia—, hay un principio de acercamiento a las tesis anglosajonas del más puro casuismo (“the proper law of the tort”) si bien con menor grado de aclariedad e incertidumbre jurídicas que estas últimas y, sobre todo, sin la exigencia de intervención judicial que en ellas se registra.

B) *La solución supletoria* (art. 6):

El artículo sexto del Convenio contiene una disposición residual para resolver los casos, verdaderamente casi patológicos, de absoluta dispersión de las conexiones. En efecto, cuando no coincidan ninguna de las combinaciones previstas (por ejemplo, un residente francés adquiere en Alemania un producto fabricado por una sociedad establecida en Suiza, que le origina un daño en Austria), se establece una regla conflictual supletoria basada en una opción restringida a favor del perjudicado. El demandante podrá basar su reclamación en la ley del lugar del daño o en la del establecimiento principal del fabricante.

Si bien desde una perspectiva teórica la opción no resulta un criterio adecuado en materia de responsabilidad extracontractual, de la que debiera estar ausente el juego de la autonomía de la voluntad, el hecho es que para estos supuestos realmente excepcionales no parece incorrecta la admisión de una opción reducida a la selección entre dos ordenamientos. El caso carece, por hipótesis, de vinculación estrecha con ningún sistema positivo, ya que no se ha producido coincidencia alguna de los criterios relevantes, y de ahí que sea válido permitir al perjudicado apoyarse en cualquiera de los dos ordenamientos que, *a priori*, muestran mayor aptitud y vocación para regir esta clase de responsabilidad civil. La opción a favor del reclamante se incardina, de otra parte, en la política genérica de protección al consumidor, hoy en boga en numerosos países.

C) *Cláusula de previsibilidad* (art. 7):

Establece esta disposición un correctivo al automatismo de las reglas conflictuales tipificadas, con el fin de conseguir una cierta calculabilidad para el fabricante de los resultados de su aplicación. En efecto, la aplicabilidad de las leyes de la residencia habitual de la víctima y del lugar del daño queda condicionada al conocimiento previo por el presunto responsable de que el producto dañoso u otros productos suyos similares eran comercializados en los países de cuyas leyes se trate. De este modo, las consecuencias concretas derivadas de la ley aplicable habrán podido ser inicialmente previstas por el fabricante.

Esta cláusula de previsibilidad resultaba teóricamente poco deseable, en cuanto que elevaba unos intereses muy específicos de una de las partes, el fabricante, al rango de auténtico mecanismo selector de

la ley aplicable, a la categoría de una regla de conflicto. No obstante, ha de reconocerse que el texto adoptado elimina prácticamente las objeciones apuntadas, ya que se opera mediante la presunción de la existencia de previsibilidad, y, por tanto, se impone la carga de la prueba en contrario sobre el presunto responsable, el fabricante; se intenta así restablecer el equilibrio entre los intereses de este último y la protección al consumidor. Ha de indicarse, de otra parte, que éste era uno de los escollos que más dificultaban la consecución de un consenso general sobre este tipo de responsabilidad.

La única precisión que conviene efectuar en cuanto a la debida interpretación de este artículo séptimo es la relativa a la concreción temporal de la calculabilidad exigida. Los tiempos gramaticales empleados ("ne pouvait pas raisonnablement prévoir"; "could not reasonably have foreseen") hacen referencia a un tiempo pasado, por lo que la previsibilidad exigida lo es con anterioridad a la producción del daño. La condición no se entenderá cumplida si la comercialización del producto en tales países, con conocimiento por su fabricante, ocurre sólo con posterioridad al daño. Queda, sin embargo, abierta una posible laguna: si, conociendo el fabricante la comercialización de sus productos en un determinado país, luego los ha querido retirar antes de que sobrevenga un daño debido a una comercialización clandestina, ¿operará o no la cláusula?; será la interpretación judicial y casuística la que proporcione la respuesta en cada supuesto fáctico.

3. ALCANCE DE LA LEY APPLICABLE

A) *En general (art. 8):*

El artículo octavo del Convenio contiene una enumeración meramente indicativa, esto es, sin ánimo de exhaustividad, de las materias que han de quedar regidas por la ley interna que, conforme a las reglas antes formuladas, resulte aplicable. Siguiendo así la técnica acostumbrada de la Conferencia se incluye una referencia a los puntos más esenciales, ocasión que se aprovecha, como se verá, para proporcionar también algunas indicaciones sustanciales y para asegurar una interpretación uniforme del Convenio en los distintos Estados partes.

La disposición que examinamos incluye nueve aspectos. Algunos de ellos no ofrecen mayores dificultades: condiciones y alcance de la responsabilidad, naturaleza de los daños susceptibles de reparación, disposiciones sustanciales sobre carga de la prueba y eventual subsidiariedad de la responsabilidad. La inclusión de los otros puntos no obedece a móviles simplemente ilustrativos, sino que persigue, calificando como de fondo a tales materias, eliminar una posible interferencia de la *lex fori* a título de procedimiento: transmisibilidad del derecho a la reclamación, titularidad en general de la acción, modalidades y alcance de la reparación y, finalmente, problemática de la prescripción y caducidad incluyendo las modalidades para su cómputo.

B) *El problema de las reglas de seguridad (art. 9):*

En este campo específico de la responsabilidad civil, al igual que en el de los accidentes de circulación, se hacía sentir la conveniencia de una disposición concreta sobre la problemática de la adecuación del producto a las reglas de conducta y seguridad (especificaciones técnicas) jurídicamente obligatorias, en cuanto que las mismas son indefectiblemente tomadas en consideración para una recta evaluación de la responsabilidad. A este respecto, resulta indudable la exigencia de atender a lo dispuesto en el sistema jurídico cuya ley, de conformidad con el mecanismo conflictual del Convenio, sea declarada aplicable. Se acordó, además, la posibilidad de que se tomaran igualmente en consideración las especificaciones vigentes en el país en cuyo mercado se comercializó el producto. Y es que no puede olvidarse que en la responsabilidad del fabricante, al igual que en la concurrencia desleal, por ejemplo, la noción de mercado afectado reviste una gran importancia.

Lo que se pretende lograr a través de esta adecuación del producto con las reglas técnicas a que administrativamente deba sujetarse es doble: de una parte, podrá en algún caso permitir la exoneración o reducción de la responsabilidad del fabricante (especialmente en los sistemas positivos que no conocen la *strict liability*); de otra, facilitará a la víctima en ocasiones la tarea de mostrar la culpa o negligencia del responsable y, sobre todo, el nexo de causalidad con el daño.

4. CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO (ART. 10)

Siguiendo lo que es ya tradición en los Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya, se incluye en esta disposición una cláusula expresa de salvaguardia del orden público del foro. No se trata, como es sabido, de que la misma sea indispensable para que la noción de orden público pueda operar, ni tampoco de un texto a mayor abundamiento. Lo que se persigue es la precisión de que, para que el orden público del foro pueda excluir la ley extranjera designada por el Convenio, ha de existir una manifiesta incompatibilidad entre ésta y aquél. En otras palabras, el orden público sólo entrará en funcionamiento cuando la normativa extranjera sea auténticamente opuesta a los principios socio-jurídicos esenciales del foro.

5. CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN DE LA RECIPROCIDAD (ART. 11)

En un Convenio como el presente, destinado a la unificación de ciertas reglas de conflicto y de aquellos criterios materiales indispensables para su aplicación o interpretación uniformes, resulta obvia la posibilidad de excluir la condición de reciprocidad en el funcionamiento del Convenio. Esta cláusula de exclusión tendrá tres repercusiones de orden práctico, de las que sólo una aparece reflejada en

el texto: la operatividad del Convenio aun en los casos en que la ley aplicable corresponda a un país que no sea parte en el mismo.

Además de la citada consecuencia, la cláusula reporta otras dos: el funcionamiento, exclusivamente unilateral, de las reservas admitidas por el artículo 16, de una parte, y el criterio aperturista con que se configuran los mecanismos de adhesión al Convenio (art. 18) y extensión territorial del mismo (art. 19), de otra. En efecto, tratándose de Convenios basados en la reciprocidad, en las relaciones entre Estados reservatarios y no reservatarios, éstos últimos podrán excluir la aplicación de aquellas disposiciones objeto de reserva por los primeros; y esta posibilidad queda expresamente rechazada en la medida en que expresamente se excluye la reciprocidad como principio de base.

Por lo que se refiere a la configuración de la adhesión y extensiones territoriales, desde el momento en que la reciprocidad se halla ausente, resultó posible reglamentarlas con criterio amplio en el que basa con la notificación al depositario del Convenio sin que haga precisa la previa aceptación por los Estados partes.

6. RELACIONES CON OTROS CONVENIOS (ART. 15)

Resulta evidente que este Convenio persigue la uniformidad del régimen conflictual genérico previsto para la responsabilidad por daños derivados de los productos. En tal sentido, era lógica la inclusión de un producto que salvase la vigencia de otros anteriores con disposiciones específicas sobre la materia; se mantiene así la vigencia de lo que indirectamente se ha establecido sobre el tema en materias más especializadas, como pueden ser, por ejemplo, los convenios sobre aviación civil o daños nucleares.

Las expresiones utilizadas en este artículo decimoquinto, sin embargo, pueden plantear problemas respecto de futuros convenios en torno a esta temática. En efecto, se señala la intención de no derogar ni los convenios existentes ni los que más adelante puedan concluirse "en materias específicas" ("relatives à des matières particulières", "in special fields"). Podría, pues, interpretarse, *a sensu contrario*, que sí se ha querido establecer este efecto derogatorio para aquellos textos pasados o futuros elaborados con un alcance más genérico. Ha de indicarse en este punto que en la actualidad no existen convenios generales sobre la materia; pero, en relación con los futuros, no sólo es posible que se logren, sino que según se ha dicho ya están en marcha los trabajos preparatorios para la elaboración de uno de ellos en el cuadro del Consejo de Europa. Aunque en este caso concreto no parece que vayan a crearse problemas prácticos, pues el eventual acuerdo europeo tiene previsto restringir su ámbito a la adopción de un régimen interno uniforme, sin afectar al tráfico externo; la cuestión queda abierta para los esfuerzos convencionales que más adelante puedan emprenderse.

7. RESERVAS Y CLÁUSULAS FINALES (ARTS. 16 A 22)

Contiene el artículo decimosexto una referencia a las dos únicas reservas que resultan admisibles formular al presente Convenio con los Estados que sean partes en el mismo —o bien para alguna de las unidades territoriales de un Estado plurilegalitivo, o para algún territorio al que se haya hecho extensión del Convenio—. Los dos puntos susceptibles de reserva son el número 9.^º del artículo 8.^º y la aplicabilidad del Convenio a los productos agrícolas en estado natural.

A propuesta de la delegación noruega, en el primer caso, se decidió que los Estados pudieran excluir, mediante reserva, la aplicación de la ley designada por el Convenio a “las prescripciones y caducidades, así como a las modalidades para su cómputo”. Cabe advertir en las deliberaciones habidas con ese motivo cómo lo que se buscaba no era tanto el aplicar a estas cuestiones la *lex fori* a título de procedimiento, sino permitir el juego autónomo de las reglas conflictuales propias de la prescripción de caducidad, desplazando en este campo específico la aplicabilidad de la regla de conflicto tipificada por el Convenio. En otras palabras, no se trataba tanto de aplicar la ley material noruega como de regir estos aspectos concretos por el sistema conflictual noruego, que eventualmente, podía conducir a la aplicación de una ley extranjera distinta a la designada por el Convenio.

Por lo que se refiere a la posibilidad de excluir la aplicación del Convenio en los supuestos de daños derivados de los productos agrícolas en estado natural —no manufacturados—, se siguió la propuesta de la delegación española. La justificación teórica estribaba en la ausencia de control, por parte de cultivadores y exportadores de dichos productos, del destino final que aguarda a sus mercancías, frecuente objeto de manipulaciones no autorizadas e incluso de reexportación, siendo así que la existencia real o presunta de dicho control constituye la razón de ser de alguna de las soluciones adoptadas por el Convenio.

Las restantes disposiciones de éste se ocupan de las cláusulas finales, estableciendo lo pertinente respecto de la firma, ratificación y adhesión, extensiones territoriales, momento de entrada en vigor, duración del Convenio y notificaciones a realizar por su depositario. Tales cláusulas se corresponden con las tradicionalmente insertas en los convenios elaborados por la Conferencia de La Haya, si bien se ha intentado en alguna medida aproximarlas a las técnicas puestas de manifiesto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (inclusión, por ejemplo, de las fórmulas de aceptación y aprobación).

CONCLUSION

El Convenio que se acaba de comentar es ciertamente un instrumento de gran perfección técnica, aunque ésta sólo haya podido lograrse a costa de una excesiva complejidad que dificultará seguramente su aplicación por el juez o su interpretación por el jurista. En todo caso, no puede olvidarse que el carácter críptico de algunas expresiones y la apariencia algebráica del funcionamiento de las soluciones, no sólo encubren intereses reales derivados de la propia naturaleza de la materia, sino que en buena parte son fruto del juego transaccional subyacente en todo Convenio.

De otro lado, conviene subrayar la nota ya citada del progresivo acercamiento de la tesis anglosajonas y continentales. Se ha pretendido, y, en mi opinión, se ha logrado, conciliar la técnica casuística de las soluciones angloamericanas con la exigencia de una formulación normativa de las mismas que corrija la incertidumbre jurídica que les es inherente.

Casi resulta innecesario añadir que, desde la perspectiva española, no parece existir objeción de fondo alguna que oponer a nuestra participación en este Convenio. Por el contrario, ello sería aconsejable, dado el creciente volumen de nuestro comercio exterior y la ausencia de marco jurídico específico al que referir estos problemas.

A N E X O

CONVENIO SOBRE LA LEY APPLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LOS PRODUCTOS

Los Estados signatarios del presente Convenio,

Deseando establecer disposiciones comunes relativas a la ley aplicable en la relaciones internacionales, a la responsabilidad por daños derivados de los productos,

Han resuelto concluir un Convenio a este efecto y han acordado las disposiciones siguientes:

Artículo 1

El presente Convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas aludidas en el artículo 3 por los daños causados por un producto, incluyéndose los daños resultantes de una descripción inexacta del producto o de la ausencia de indicación sobre sus calidades, sus caracteres específicos o su modo de empleo.

Cuando la propiedad o el derecho a utilizar el producto haya sido transferido a la persona lesionada por aquélla cuya responsabilidad se invoca, no se aplicará el Convenio a sus relaciones recíprocas.

El presente Convenio se aplicará cualquiera que sea la jurisdicción o la autoridad competente para conocer el litigio.

Artículo 2

A los efectos de este Convenio:

- a) La palabra "producto" comprende los productos naturales y los productos industriales, sean materias primas o manufacturadas, muebles o inmuebles;
- b) La palabra "daño" comprende todo daño a las personas o a los bienes, así como la pérdida económica; sin embargo, el daño originado al propio producto y la pérdida económica consiguiente quedarán excluidos si no van acompañados de otro daño;
- c) La palabra "persona" se refiere tanto a las personas morales como a las físicas.

Artículo 3

El presente Convenio se aplica a la responsabilidad de las siguientes personas:

1. Fabricantes de productos acabados o de partes constitutivas;
2. Explotadores de productos naturales;
3. Proveedores de productos;
4. Otras personas, incluidos los reparadores y depositarios, que constituyan la cadena de preparación y distribución comercial de los productos.

El presente Convenio se aplica igualmente a la responsabilidad de los agentes o empleados de las personas arriba enumeradas.

Artículo 4

La ley aplicable es la ley interna del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho dañoso, si este Estado es además,

- a) el Estado de la residencia habitual de la persona que sufrió directamente el daño, o
- b) el Estado del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, o
- c) el Estado en cuyo territorio fue adquirido el producto por la persona que sufrió directamente el daño.

Artículo 5

No obstante las disposiciones del artículo 4, la ley aplicable será la ley interna del Estado de la residencia habitual de la persona que sufrió directamente el daño, si este Estado es además.

- a) El Estado del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, o
- b) el Estado en cuyo territorio fue adquirido el producto por la persona que sufrió directamente el daño.

Artículo 6

Cuando no se aplique una de las leyes designadas por los artículos 4 y 5, la ley aplicable será la ley interna del Estado del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, salvo que el actor funde su reclamación en la ley interna del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho dañoso.

Artículo 7

Ni la ley del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho dañoso, ni la ley del Estado de la residencia habitual de la persona que sufrió directamente el daño, previstas por los artículos 4, 5 y 6, serán aplicables cuando la persona cuya responsabilidad se invoca establezca que ella no podía prever razonablemente que el producto u otros productos suyos del mismo tipo se encontraban disponibles en ese Estado a través de los canales comerciales.

Artículo 8

La ley aplicable determina de modo especial:

1. Las condiciones y el alcance de la responsabilidad;
2. Las causas de exoneración, así como toda limitación o división de la responsabilidad;
3. Las clases de daños que son susceptibles de indemnización;
4. Las modalidades y alcance de la indemnización;
5. La transmisibilidad del derecho a la indemnización;
6. Las personas que tengan derecho a la indemnización del daño que ellas hayan sufrido personalmente;
7. La responsabilidad de un principal por los actos de sus agentes o empleados;
8. La carga de la prueba en la medida en que las reglas relevantes de la ley aplicable formen parte del derecho de la responsabilidad;
9. Las prescripciones y caducidades fundadas en la expiración de un plazo, incluyéndose el punto de comienzo del cómputo, la interrupción y suspensión de los plazos.

Artículo 9

La aplicación de los artículos 4, 5 y 6 no obstará para que se tomen en consideración las reglas de conducta y seguridad vigentes en el Estado en cuyo territorio se lanzó el producto al mercado.

Artículo 10

La aplicación de una de las leyes declaradas competentes por el presente Convenio no podrá rechazarse más que si resultare manifiestamente incompatible con el orden público..

Artículo 11

Los artículos precedentes se aplicarán con independencia de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la ley aplicable no sea la de un Estado parte.

Artículo 12

Cuando un Estado comprende diversas unidades territoriales, cada una con sus propias reglas en materia de responsabilidad por daños derivados de los productos, cada unidad territorial será considerada como un Estado a los fines de la determinación de la ley aplicable según el Convenio.

Artículo 13

Un Estado en el que diferentes unidades territoriales tengan sus propias reglas jurídicas en materia de responsabilidad por daños derivados de los productos, no estará obligado a aplicar el presente Convenio, cuando un Estado con sistema jurídico unificado no tuviera que aplicar la ley de otro Estado conforme a los artículos 4 y 5 del presente Convenio.

Artículo 14

Todo Estado contratante que comprenda dos o más unidades territoriales con reglas jurídicas propias en materia de responsabilidad por daños derivados de los productos, podrá declarar en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el presente Convenio se extenderá a todas estas unidades territoriales o solamente a una o varias de entre ellas, y podrá en cualquier momento modificar esta declaración realizando otra nueva.

Tales declaraciones serán notificadas al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos e indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio se aplica.

Artículo 15

El presente Convenio no deroga los Convenios relativos a materias específicas en los que los Estados contratantes sean o puedan llegar a ser partes y que afecten a la responsabilidad por daños derivados de los productos.

Artículo 16

Todo Estado contratante, en el momento de la firma, ratificación, aprobación, aceptación o adhesión, podrá reservarse el derecho:

1. De no aplicar las disposiciones del artículo 8, número 9;
2. De no aplicar el Convenio a los productos agrícolas en estado-natural.

Ninguna otra reserva será admitida.

Todo Estado contratante podrá igualmente, al notificar una extensión del Convenio conforme al artículo 19, formular una o varias de estas reservas con efecto limitado a los territorios o algunos de los territorios mencionados en la extensión.

Todo Estado contratante podrá retirar, en cualquier momento, una reserva que haya hecho; el efecto de la reserva cesará el día uno del tercer mes siguiente a la notificación de la retirada.

Artículo 17

El presente Convenio se abrirá a la firma de los Estados que eran miembros de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado al tiempo de su duodécima sesión.

Será ratificado, aceptado o aprobado y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 18

Todo Estado que llegue a ser miembro de la Conferencia con posterioridad a su duodécima sesión, o que pertenezca a la Organización de Naciones Unidas o de una agencia especializada de tal Organización, o sea parte del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, podrá adherirse al presente Convenio, después de su entrada en vigor, conforme al artículo 20.

El instrumento de adhesión será depositado en el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 19

Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá declarar que el presente Convenio se extenderá al conjunto de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable, o a uno o a varios de ellos. Esta declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado.

Posteriormente, tales extensiones habrán de notificarse al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Artículo 20

El presente Convenio entrará en vigor el día uno del tercer mes siguiente al depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación o aprobación previsto en el párrafo segundo del artículo 17.

A partir de entonces, el Convenio entrará en vigor:

— Para cada Estado signatario que lo ratifique, apruebe, o acepte posteriormente, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de ratificación, aprobación o aceptación.

— Para todo Estado adherente, el día uno del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión.

— Para los territorios a los que el Convenio se haya extendido de conformidad con el artículo 19, el día uno del tercer mes siguiente a la notificación mencionada en dicho artículo.

Artículo 21

El presente Convenio tendrá una duración de cinco años, a partir de la fecha de su entrada en vigor, conforme al artículo 20, primer párrafo, incluso para los Estados que lo hayan ratificado, aceptado o aprobado, o que se hayan adherido posteriormente.

El Convenio se renovará tácitamente de cinco en cinco años, salvo denuncia.

La denuncia será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, al menos seis meses antes de la expiración del plazo de cinco años. Podrá limitarse a ciertos territorios a los que se aplique el Convenio.

La denuncia sólo surtirá efecto respecto del Estado que la haya notificado. El Convenio continuará en vigor para los otros Estados partes.

Artículo 22

El Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos notificará a los Estados miembros de la Conferencia, así como a los que se hayan adherido de acuerdo con el artículo 18:

1. Las firmas, ratificaciones, aceptaciones o aprobaciones, mencionadas en el artículo 17;
2. La fecha en la que el presente Convenio entrará en vigor, de acuerdo con las disposiciones del artículo 20;
3. Las adhesiones mencionadas en el artículo 18 y la fecha en la que las mismas surtirán efecto;
4. Las reservas y declaraciones mencionadas en los artículos 14, 16 y 19;
5. Las denuncias mencionadas en el artículo 21.

En testimonio de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Convenio.

Hecho en La Haya, el (3)..., en francés y en inglés, los dos textos, haciendo fe igualmente, en un solo ejemplar, que será depositado en los archivos del Gobierno de los Países Bajos y del cual una copia certificada conforme será remitida, por vía diplomática, a cada uno de los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la fecha de su duodécima sesión.

(3) Los convenios elaborados por la Conferencia de La Haya llevan como fecha la de su apertura a la firma por los Estados miembros.

El régimen jurídico español de las inversiones de capital extranjero

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. La legislación antecedente y sus aspectos críticos.—2. El nuevo «Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España».—3. Qué se entiende por «inversiones extranjeras» y por inversores. 4. El ámbito de libre inversión para los extranjeros: a) Las inversiones de cartera. b) Las inversiones para fabricación de bienes de equipo. c) Las inversiones en empresas o sociedades españolas que no excedan de un 50 por 100.—5. El ámbito de inversión excepcionalmente excluido: las empresas relacionadas con la defensa nacional.—6. El ámbito de las inversiones restringidas cuantitativa y cualitativamente: a) Las inversiones en empresas o sociedades españolas que excedan del 50 por 100. b) Las actividades empresariales de no residentes. c) Otras formas de inversión. d) La adquisición de inmuebles por extranjeros.—7. El ámbito de las inversiones regidas por su legislación especial (servicios públicos, cinematografía, radiodifusión, periodismo, agencias informativas, editoriales, minas, hidrocarburos, bancos, seguros, refino de petróleo, transporte aéreo, buques, aguas públicas, contratas de obras con el Estado y Organismos Autónomos).—8. Modalidades de la inversión extranjera.—9. Los derechos y obligaciones de los inversores extranjeros.—10. El procedimiento y las competencias en la inversión de capitales extranjeros.—11. La cuestión de la eficacia de los actos y negocios de inversión extranjera.

1. LA LEGISLACION ANTECEDENTE Y SUS ASPECTOS CRITICOS

El marco legal en que se encuadran las disposiciones normativas españolas relativas a la inversión privada de capitales por extranjeros, o por residentes españoles en el extranjero, ha sufrido en estos últimos treinta y cinco años dos variaciones fundamentales y, últimamente, una refundición de amplio alcance.

Los afanes de industrialización, surgidos en nuestro país, hubieron de concretar, ya desde sus comienzos, con el ahorro y la aportación

de capitales extranjeros (1). Con posterioridad a la guerra civil, nuestro legislador no hizo más que reflejar las características dominantes de los principios autárquicos y nacionalistas que dominaban el ambiente de la segunda preguerra mundial. Fue así como surgió la "Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional", de 24 de noviembre de 1939, donde las prohibiciones y mínimas posibilidades para el inversor privado extranjero quedaron reducidas a un límite máximo de participación del 25 por 100 del capital total de la empresa española a la que accedía y donde su intervención personal en la administración quedaba supeditada sin poder adquirir el control de la empresa (2).

Veinte años largos de vigencia de una legislación como esta, superada por la nueva situación internacional de relaciones entre los países, que habría de contemplar el giro de noventa grados que da la economía mundial, basada en principios de afirmación del liberalismo financiero y de mercado abierto, bajo la hegemonía del dólar, impedía la integración de nuestro país a la colaboración internacional. Una vez incorporados al ámbito de las instituciones internacionales (Banco Mundial, Naciones Unidas, etc.), es cuando pudo pensarse en unos planes de desarrollo económico y social.

A pesar de las especiales circunstancias político-económicas españolas (3) durante estos dos primeros decenios (1939-1959), de aislamiento, bloqueo económico internacional y rígido control de cambios, nuestros economistas y estudiosos (4) no dejaron de ver y de requerir la necesidad de volver a instaurar un proceso legal adecuado a la atracción de capitales extranjeros privados para su inversión en España.

Con el establecimiento del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 (5), se inicia la etapa de apertura y facilitación al capital privado ex-

(1) Cfr. CAMPILLO, *Las inversiones extranjeras en España (1850-1950)*. Madrid, 1963; SANZ MORENO, *Historia de las inversiones extranjeras en España (1814-1959)*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad Comercial de Deusto», XX, 65 (1965), pp. 373 ss.; PARÍS EGUILAZ, *Die Wirtschaftliche Entwicklung Spaniens von 1924 bis 1964*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 98 (1967), pp. 36 ss.; ANNES, *Las inversiones extranjeras en España de 1885 a 1880*, en «Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX». Barcelona, 1970, pp. 187 ss.

(2) En cuanto a las normas que hacen referencia al sistema autárquico, cfr. BORRELL MACIÁ, *Instalación y modificación de industrias*. Barcelona, 1943.

(3) Un análisis desde fuera, cfr. DONGES, *From an Authorarchie Towards a Cautiously Outward-Looking Industrialization Policy: The Case of Spain*, en *Weltwirtschaftliches Archiv*, 107-1 (1970), pp. 40 ss.; ANDERSON, *The Political Economy of Modern Spain, Policy-Making in an Authoritarian System*. «Madison», 1970.

(4) Cfr. SIMARRO, *Consideración jurídica de los extranjeros en la vida mercantil española*. Barcelona, 1942; RODRÍGUEZ SASTRE, *Las inversiones de capital extranjero a través de las empresas concertadas y el fomento de la economía nacional*. Sevilla, 1953; FUENTES QUINTANA, *Las inversiones extranjeras en España*, en el diario «Arriba», del 7 julio 1954; TORRES, *Juicio de la actual política económica española*. Madrid, 1956; PARÍS EGUILAZ, *Inversiones y desarrollo económico*. Madrid, 1956.

(5) Cfr. CÁMARA OFICIAL DE INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE MADRID: *In-*

extranjero en España con el fin de incrementar el volumen de ahorro y reforzar las perspectivas de capitalización de la economía nacional (6).

Dada la estructura incipiente de nuestra industria (7) y de las particularidades del sistema bancario español de control de cambios (8), se adoptan unos cauces jurídicos donde la Administración económica del Estado será el árbitro de decisiones restrictivas o liberales de acuerdo con su potestad discrecional (9).

Dentro del marco comparado europeo, la legislación italiana correspondiente al régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero, fue nuestra fuente más inmediata de inspiración (10). La

(6) *Inversiones extranjeras*. Madrid, 1959; ORGANIZACIÓN SINDICAL ESPAÑOLA: *Oportunidades de capital extranjero en España*. Madrid, 1959; BANCO DE BILBAO: *Capital Investment in Spain. General Information and Legal Regulation*. Madrid, 1959; BANCO URQUIJO: *Industrial Investments in Spain. Practical Information*. Madrid, 1959; BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA: *Inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1960. Sobre las normas complementarias posteriores, cfr., COMISIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO, *Inversiones extranjeras en España. Refundición de disposiciones*, 10.^a ed., Madrid, 1972; BANCO HISPANO AMERICANO: *Disposiciones legales. Inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1973; MALO REDONDO, *Legislación sobre inversiones de extranjeros en España*. Oviedo, 1973; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Kapital Investitionen in Spanien*, 9.^a ed. Madrid, 1974.

(7) El ingreso de España en la O. N. U. posibilita su política comercial internacional y los organismos correspondientes, según se aprecia en el Memorandum del Gobierno español al Fondo Monetario Internacional y la O. E. C. E., cfr. CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO DE MADRID: *Reforma económica y estabilización*, VIII (Madrid, 1959), pp. 1969 ss. En cuanto al «Informe de la O. E. C. E. sobre el programa de estabilización del Gobierno español», cfr. MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES: *Documentación internacional*, S-1 (Madrid, 1960), pp. 5 ss.

(8) Cfr. PARÍS EGUILAZ, *Diez años de política económica en España* (1939-1949). Madrid, 1949; PRADOS ARRARTE, y otros: *La estabilización en España*. Madrid, 1960; TAMAMES, *Estructura económica de España*, 2.^a ed. Madrid, 1964; BAKLANOFF, *Spain and the Atlantic Community. A. Study of Incipient Integration and Economic Development*, en «Economic Development and Cultural Change», 16 (julio 1968), pp. 33 ss.

(9) El régimen de control de cambios se adopta en España ante las dificultades monetarias y especulaciones que comienzan en el año 1928, cfr. OLARIAGA, *La intervención de los cambios en España*. Madrid, 1929; SARDÁ, *La intervención monetaria y el comercio de divisas en España*. Barcelona, 1936. Esta política económica se continúa, hasta la actualidad, cfr. CANOSA, *Banca, moneda y crédito*. Madrid, 1939-1944; VILLASANTE, *El control de divisas en España*. Madrid, 1943; UBIERNA, *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.^a ed. Madrid, 1949; BONET CORREA, *El control de cambios y las obligaciones dinerarias*. Madrid-Roma, 1967; LINDE DE CASTRO, *El control de cambios en España: evolución y situación actual*, en «Información Comercial Española», 456-457 (1971), pp. 35 ss.

(10) Cfr. VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*. Madrid, 1964; MARTÍNEZ RUIZ, *Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa*, en «Información Jurídica», 314 (1971), pp. 7 ss.; PÉREZ OLEA, *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*, en *Vida Local*, 173 (1972), p. 41.

(11) La doctrina ha puesto de relieve este aspecto, cfr. SILVA MUÑOZ, *Estudio comparado de la legislación española y la italiana sobre la inversión de capitales extranjeros*, en «Revista de Administración Pública», X-30 (1959), páginas

sociedad española, todavía no lo suficientemente madura para establecer los cauces institucionales precisos en los diversos ámbitos de la industria y del comercio, tenía que acudir a la promoción estatal, a su tutoría y a su vigilancia para tratar de obtener los resultados apetecidos. Sin embargo, los márgenes ampliamente relativos en los sectores de la economía española concedidos a la inversión extranjera (hasta el 50 por 100 del capital social de la empresa española, aumentable por autorización del Consejo de Ministros), así como el derecho de transferir al exterior los dividendos y las plusvalías obtenidas de las inversiones directas y de cartera, pretendían posibilitar el acceso de capitales extranjeros a España.

Desde un principio, la doctrina española realizó una tarea interpretativa y crítica, poniendo de relieve sus lagunas e insuficiencias, sus contradicciones y sus imprecisiones, si bien fue consciente desde el principio de la necesidad de contar con los capitales extranjeros (11). Antonio Garrigues Walker (12), por su pericia y gran experiencia en la asesoría de las cuestiones referentes al capital extranjero, puso constantemente de relieve para la legislación de 1959 los defectos que comparativamente tenía este conjunto normativo con los de otros países, resaltando la complejidad de los trámites administrativos y del régimen de autorizaciones previas en todas las modalidades constitutivas y modificativas de las empresas, así como la rigidez de la legislación laboral sobre cambio y despido de personal y demás restricciones a las que el empresario extranjero está poco acostumbrado en la gestión de sus negocios.

Otros muchos autores también examinaron el alcance de la legislación española sobre inversiones extranjeras que comprende el pe-

275 ss.; VERDERA, *Nuovo regime giuridico degli investimenti esteri in Spagna*, en «Atti dell'Accademia delle Scienze di Ferrara» (1961-62), pp. 32 ss.

(11) El economista y ministro ULLASTRES, en su discurso a las Cortes del 28 de julio de 1959, en «Documentación Española», 7 (1959), p. 50, manifestaba, refiriéndose a la dependencia extranjera, cómo «los peligros del pasado ya no existen; las ventajas del presente, en cambio, son siempre grandes y en el caso de España pueden ser inmensas». También ARMIJO, *La atracción de capital extranjero*, en «La Semana Financiera» (18 julio 1959), p. 673; BARRENA, *La nueva legislación española sobre inversiones extranjeras*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XIV-47 (1959), pp. 56 ss.

(12) GARRIGUES WALKER, *Cuestiones más importantes que pueden plantearse al inversor extranjero ante el nuevo sistema español*, en «Las inversiones de capital extranjero». Madrid, 1960, pp. 246 ss.; en colaboración con RODRÍGUEZ-POMATA, *Coloquios sobre perspectivas de las inversiones de capital extranjero en España*. Madrid, 1960; además, «La inversión de capital extranjero y su condicionamiento legal en España», en «Información Comercial Española», 357 (1963), pp. 85 ss.; «Análisis crítico del sistema vigente», en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XX-65 (1965), pp. 46 ss.; «Efectos del Mercado Común sobre las inversiones extranjeras en España», en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XXV-80 (1970), pp. 353 ss., y otras publicaciones.

ríodo 1959 a 1974, desde distintos ámbitos especializados, como el económico y financiero (13), el mercantil (14), el civil (15) y el fis-

(13) Cfr. ALIENES y UROSA, *Inversiones y divisas*, en «Moneda y Crédito», 69 (1969), pp. 19 ss.; GARCÍA VELARDE, *La inversión de capitales extranjeros*, en «Actualidad Económica», 72 (1959), pp. 5 ss.; SÁNCHEZ RIVERA, *Las inversiones de capital extranjero*, en «El Economista», 3650 (1959), p. 163; VIVES, *Inversiones extranjeras*. Madrid, 1959; PLAZA, *Alcance y contenido de las inversiones extranjeras*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XIV-47 (1959), pp. 110 ss.; FIGUEROA, *Las inversiones extranjeras y el desarrollo económico*. Madrid, 1960; NAHARRO, *Inversiones de capital extranjero*, en «La estabilización en España». Madrid, 1960, pp. 105 ss.; ALARCÓN, *Inversión de capital extranjero en España*, en «Fomento Social», 15 (1960), pp. 263 ss.; POVEDA, *La inversión privada exterior a largo plazo en España*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto», XX-54 (1965), pp. 46 ss.; TERTSCH, *Las inversiones de capital extranjero en España. Algunos aspectos vistos por un observador extranjero*, en «Información Comercial Española», 357 (1963), p. 101; PUIG ROJAS, *Inversiones de capital extranjero en empresas españolas a partir de la estabilización*, en «Información Comercial Española», 357 (1963), pp. 77 ss.; GARÇON, *Los "investments trusts" y la inversión extranjera en España*, en «Información Comercial Española», 357, pp. 121 ss.; ECHEVERRÍA, *Teoría del dinero y comercio internacional*. Madrid, 1963; SÁEZ, *Aspectos económicos de las inversiones extranjeras y su proyección al caso español*, en «Anuario Jurídico Escribáense», V (1964), pp. 469 ss.; ASOCIACIÓN PARA EL PROGRESO DE LA DIRECCIÓN: *Los efectos de la participación económica extranjera en el desarrollo español*. Madrid, s. a.; NAHARRO, *Las inversiones extranjeras en España*. Barcelona, 1964; FRAGUAS, *Inversiones de capital extranjero*, en «Problemática actual de la empresa». Valencia, 1965; SOMOZA, *Inversiones de capital extranjero en España*, en «Nuestro Tiempo», 135 (1965), p. 284; ESTEVE, *Las instituciones de inversión colectiva en el mercado financiero. Anotaciones a la reciente legislación española*, en «Anales de Economía», 10 (1965), pp. 153 ss.; FUNES, *La inversión de capital extranjero en España*, en «Punta Europa», XI-106 (1966), p. 14; SIERRA, *Foreign investment in Spain*. Madrid, 1966; ASOCIACIÓN PARA EL PROGRESO DE LA DIRECCIÓN: Varios, *Los efectos de la participación extranjera en el desarrollo español*, Madrid, s. a.; TORRES SIMÓ, *Inversiones extranjeras en España*, en «Revista de Economía Política», 45 (1967), pp. 19 ss.; PUIG, *Las inversiones en España: análisis global*, en «Información Comercial Española», 409 (1967), pp. 53 ss.; HERRERO, *Informe: Capitalismo extranjero en España: alarma ante el carácter de algunas inversiones*, en Diario «SP», núm. 532 del 25 mayo 1969, p. 2; «Las inversiones extranjeras en España», en «Revista Financiera del Banco de Vizcaya» (1969), p. 24 ss.; PETIT, MESTRE y otros: *Las fuentes de financiación de la empresa en España*. Madrid, 1969; VELARDE, *Un freno a la socialización progresiva: las inversiones extranjeras en España*, en «España ante la socialización económica». Madrid, 1970, pp. 79 ss.; BARQUERO, *Inversiones extranjeras. La realidad española*. Barcelona, 1971; MINISTERIO DE HACIENDA: SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA: *Control de la inflación. Inversiones extranjeras. Sistema monetario internacional*. Madrid, 1973; EGUIDAZU, *Las causas de la inversión directa*, en «Información Comercial Española», 477 (1973), pp. 73 ss.; VARELA PARACHE, *Las inversiones extranjeras en España*, en «Información Comercial Española», 477 (1973), pp. 109 ss.; «España sigue interesando a los inversionistas extranjeros», en el Diario «Informaciones» del 4 diciembre 1974, p. 14; GRANELL, *El Decreto 2.495 y el control de las inversiones extranjeras en España*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1 (1974), pp. 141 ss.

(14) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU, *Constitución de sociedades con aportación de capital extranjero*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIII (1959), pp. 33 ss.; JUSTE, *Algunas cuestiones prácticas sobre la nueva legislación de inversiones extranjeras*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1960), p. 255 ss.; BRUNA DE QUIXANO, *El Registro especial de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1960), pp. 760 ss.; DEXEUS, *Inversiones*

cal (16), poniendo de relieve las interpretaciones necesarias para su aplicación y el alcance de las normas sucesivas y complementarias.

extranjeras en España: el tope de la participación en el capital de las empresas no industriales, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1960), pp. 589 ss.; CABALLERO, *Inversiones extranjeras en materia de seguros y reaseguros*, Madrid, 1960; RODRÍGUEZ ROBLES, *Régimen de inversiones extranjeras en sociedades de inversión mobiliaria*, Madrid, 1960; URÍA, *Las inversiones extranjeras ante el Derecho mercantil*, Madrid, 1960; GARCÉS, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1962; GARRIGUES, BARRAGÁN, FERNÁNDEZ GARCÍA, *Revisión de la ordenación de inversiones extranjeras*, en «Revista de Derecho Mercantil», 85 (1962), pp. 297 ss.; VERDERA, *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, en «Estudios jurídicos varios del centenario a la Ley del Notariado», IV (Madrid, 1963), pp. 11 ss.; ALFONSO MARTÍN, *Las inversiones extranjeras en España*, en «Témis», 17 (1965), pp. 65 ss.; CAMPOS y SALCEDO, *Vademecum para sociedades extranjeras*, Madrid, s. a.; FRAGUAS, *Inversiones de capital extranjero*, en «Problemática actual de la empresa», Valencia, 1965; FRÜHBECK, *Deutsche Firmen in Spanien*, en «Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters», 11 (1965), p. 411; VERDERA, *Aportaciones directas extranjeras a sociedades anónimas españolas*, en «Revista de Derecho Mercantil», 99 (1966), pp. 17 ss.; AMATRIAIN, *Las inversiones de capital extranjero. Las Bolsas en el mundo*, en «La Bolsa» (1968), pp. 25 ss.; BADIA, *El origen extranacional de los bienes aportados como factor determinante de la extranjería de la inversión directa*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1971), pp. 151 ss.

(15) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XII (1960), p. 400; MURO DE LA VEGA, *Inversiones extranjeras en España (Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado de 10 noviembre 1959)*, en «Revista Jurídica de Cataluña» (1960), pp. 37 ss.; PELAYO HORE, *Inversiones de capital extranjero en España*, Tarragona, 1965 y en «Revista de Derecho Notarial», LII (1966), pp. 229 ss.; GIL MENDOZA, *Cuentas extranjeras; inversiones y transferencias; precisión de conceptos*, en «Revista de Derecho Notarial», LV (1967), pp. 205 ss.; FRAGUAS, *Inversiones de capital extranjero*, en «Revista de Derecho Notarial», LIII (1967), pp. 46 ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras*, Madrid, 1969 y «La contratación en España por extranjeros», 2.^a ed. Madrid, 1970, 3.^a ed. Madrid, 1974.

(16) Cfr. ACOSTA, *Incentivos tributarios a la inversión extranjera*, en «VI Semana de Estudios de Derecho Financiero», Madrid, 1958, pp. 64 ss.; ALBIÑANA, *El tratamiento fiscal de las deudas e intereses sobre deudas en las relaciones internacionales*, en «Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero», Madrid, 1960; CENTRO DE ESTUDIOS TRIBUTARIOS: Varios autores. *Las inversiones de capital extranjero en España*, Madrid, 1960; SAINZ DE BUJANDA, *La interpretación en Derecho español de los tratados internacionales para evitar la doble imposición*, en «Revista de Derecho Financiero», 38 (1960), pp. 273 ss.; SUREDA, *La imposición de las sociedades extranjeras en España*, en «Memorias de la Asociación Española de Derecho Financiero», Madrid, 1960; MARTÍN MERINO, *El régimen jurídico fiscal de las inversiones extranjeras en España*, en «Anuario Jurídico Escurialense», III (1962), pp. 177 ss.; AMORÓS, *Tratamiento legal de las inversiones extranjeras en España*, en «Boletín da Direçao Geral das Contribuições e Impostos» (Lisboa) (1962), pp. 727 ss.; VILARASU, *Estímulos fiscales e inversión*, en «XI Semana de Estudios de Derecho Financiero», Madrid, 1963; DE LUIS DÍAZ-MONASTERIO, *Incentivos fiscales al capital extranjero*, en «XI Semana de Estudios de Derecho Financiero», Madrid, 1963; PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: *Principes fiscaux applicables aux investissements étrangers en Espagne*, Madrid, 1963; CUBILLO, *Aspectos sobre el problema de la doble imposición en las inversiones extranjeras*, en «Información Comercial Española», 357 (1963), páginas 49 y ss.; PÉREZ DE AYALA, *Los fundamentos históricos de la tributación de las sociedades extranjeras en España dentro del impuesto sobre rentas de*

Ahora, al hacer el balance de la situación que comprenden estos quince años de vigencia del Decreto-Ley de 1959 y sus normas sucesivas, el propio ministro de Comercio (17), en la sesión celebrada en el "Consejo Nacional de Empresarios", el 6 de noviembre de 1974, ha podido afirmar que "España ha vivido durante los últimos quince años un período de desarrollo económico de gran intensidad, con ritmos de crecimiento muy elevados acompañados de fuertes incrementos de productividad". Por eso, añadió, es fácil constatar, a nivel global, la medida en que cada uno de los objetivos se ha cumplido; refiriéndose primero a la aportación financiera, las inversiones directas y de cartera recibidas por la economía española desde 1961 a la actualidad, en 1974, ascendieron a 190.000 millones de pesetas, si bien el proceso de entrada de capitales extranjeros es más amplio, si se consideran las inversiones en inmuebles y otros créditos, con una cifra de financiación exterior que alcanza la suma de 450.000 millones de pesetas. Por tanto, concluye el ministro, el marco jurídico ha sido, pues, adecuado y eficaz para atraer capitales extranjeros. Sin embargo, añade, la proliferación de disposiciones nacidas en momentos diversos y la existencia de determinadas lagunas legales referidas a situaciones planteadas en la práctica, llegaron a constituir una complicación y en ocasiones un auténtico problema para los inversionistas extranjeros reales o potenciales.

2. EL NUEVO "TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA"

Para tratar de superar tal situación, se publica el nuevo "Texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España" (18) que, sin modificar el cuadro básico de la legis-

sociedades en España, en «Memorias de la Asociación de Derecho Financiero». Madrid, 1965; SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL 1966: *Tributación de las empresas extranjeras con actividades en España*. Madrid, 1966; DE LA VILLA, *Las medidas fiscales destinadas a favorecer las inversiones*, en «Ponencias españolas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado». Barcelona, 1966, pp. 527 ss.; FRÜHBECK, *Besteuerung von ausländischen Gesellschaften in Spanien*, en «Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters», 4 (1966), pp. 79 ss.; RODRÍGUEZ SASTRE, *Los regímenes jurídicos de las inversiones extranjeras y sus aspectos fiscales*, en «Memorias de la Asociación Española de Derecho Financiero». Madrid, 1967; SOTO, *Tributación de las sociedades en España*. Madrid, 1970; PALAU, *El procedimiento amistoso en los convenios internacionales para evitar la doble imposición*, en «Revista de Hacienda Pública», 16 (1972), pp. 309 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Unternehmenbesteuerung in Spanien*. Madrid, 1974.

(17) FERNÁNDEZ CUESTA, *Las inversiones extranjeras en la actual política económica española*. Madrid, 1974, también en «Boletín Semanal de Información Comercial Española», 1.440 (1974), pp. 3074 ss. Igualmente, VARELA PARACHE y RODRÍGUEZ DE PABLO, *Las inversiones extranjeras en España: 1959-1974. Una vía al desarrollo*, en «Información Comercial Española», 493 (septiembre 1974), pp. 13 ss.

(18) Decreto de 31 octubre 1974 («B. O. E.» núm. 366, de 6 noviembre 1974).

lación, ni su objetivo fundamental de atraer el capital extranjero, sirve para aclarar dudas interpretativas y complementar detalles a través de su Reglamento (19).

Las nuevas disposiciones (20), a juicio del ministro, no modifican aspectos sustanciales, sino, más bien, lo que hacen es clarificar la normativa dispersa, mejorar su sistemática y completar aquellos aspectos que exigían una puesta al día por el mero transcurso del tiempo y la aparición de nuevas figuras jurídicas. Además, estas normas aumentan y garantizan la seguridad jurídica de los inversores, para lo cual se retocaron las normas de carácter monetario que inciden sobre la aportación de capitales, y el ministro promete que se darán normas complementarias que las desarrollarán, delegarán competencias y liberalizarán determinadas actuaciones (21).

Las disposiciones más fundamentales y los aspectos más destacados de la nueva normativa sobre las inversiones de capital extranjero en España se concretan en tres decretos del Ministerio de Comercio de la misma fecha: 31 de octubre de 1974: el primero, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto refundido de las disposiciones legislativas sobre inversiones extranjeras en España; el segundo, por el que se aprueba el Reglamento de Inversiones Extranjeras en España, y el tercero, por el que se eximen de autorización previa las inversiones extranjeras mayoritarias en determinadas actividades.

Tanto el texto refundido de la Ley, como del Reglamento, constan de nueve capítulos, de seis disposiciones finales, cuatro adicionales y dos transitorias, con los siguientes epígrafes: Capítulo I. "Disposiciones generales"; Capítulo II. "De las participaciones sociales. Inversiones directas"; Capítulo III. "Inversiones de cartera. Adquisición de valores admitidos a cotización oficial en Bolsa"; Capítulo IV. "Actividad empresarial de no residentes"; Capítulo V. "Otras formas de inversión"; Capítulo VI. "Régimen especial de adquisición de inmuebles por extranjeros y españoles residentes en el extranjero"; Capítulo VII. "Registro de las inversiones extranjeras"; Capítulo VIII. "Competencias y procedimiento"; Capítulo IX. "Regulación de las inversiones extranjeras en actividades específicas".

En el Preámbulo de la Ley refundida se comienza por exponer las razones y finalidades de la política económica en materia de inversiones de capital extranjero, desacando el logro que se consigue de una

(19) Decreto de 31 octubre 1974, por el que se aprueba el «Reglamento de inversiones extranjeras en España» (*«B. O. E.»* núm. 266, de 6 noviembre 1974).

(20) Cfr. EDICIONES DEL «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO»: *Inversiones extranjeras en España. Ley y Reglamento*. Madrid, 1974; MINISTERIO DE COMERCIO: *Legislación sobre inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1974; *Textos de las disposiciones sobre inversiones extranjeras en España*, en *«Boletín Semanal de Información Comercial Española»*, 1.440 (1974), pp. 3061 ss.

(21) En un corto plazo de tiempo ya apareció la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 20 de diciembre de 1974, suprimiendo ciertas autorizaciones.

mayor eficacia y oportunidad, así como la coordinación necesaria, tal como se había planteado por la Ley del III Plan de Desarrollo Económico y Social de 15 de julio de 1972 (art. 53) (22). Actualmente se crea como órgano coordinador la "Dirección General de Transacciones Exteriores" (Decreto 1.794 de 26 julio 1973) que sustituye a la "Oficina de Coordinación y Programación Económica". También ahora es el Banco de España quien centraliza la política monetaria una vez extinguido el "Instituto Español de Moneda Extranjera" (Decreto-Ley 6 de 17 julio 1973).

La nueva ordenación sobre las inversiones extranjeras en España trata de conseguir una mayor apertura exterior de nuestra economía y mejorar su grado de competitividad, al querer atraer a los capitalistas privados extranjeros, para lo cual posibilita un mayor grado de liberalización que con anterioridad, aunque ofrezca el marco jurídico de una política económica todavía recargadamente centralizada por una serie de autorizaciones y selectividades, muestra de cómo falta aún la necesaria madurez institucional, si bien se trate de que las autoridades puedan aplicar unos criterios más definidos de política sectorial para cada momento y contar con una operatividad flexible (23).

Las novedades más destacadas de la nueva reglamentación son: el trámite por separado de las "inversiones directas" de las "inversiones de cartera", o en títulos valores, para las cuales, simplemente se trata de mantener las garantías en cuanto al control de cambio. En ambos casos, las inversiones extranjeras, hasta el límite del 50 por 100 del capital social de las empresas españolas, continúa siendo absolutamente libre y no queda sometida a autorización; ésta se requiere si se sobrepasa o preponde llegar al 100 por 100.

En cambio, se ha procedido a liberalizar con carácter general las inversiones extranjeras en empresas destinadas a fabricar cualquier producto de los comprendidos en la "Lista Apéndice" del "Arancel", que comprende básicamente todos los bienes de equipo que no se produzcan en España.

Donde los criterios se han ampliado, garantizando la seguridad jurídica de los participantes extranjeros, es en cuanto a su derecho de transferencias al exterior de los dividendos y plusvalías generadas, pudiendo hacerlo ahora de un modo ilimitado. También cuando se trate de inversiones inmobiliarias, si bien se distinga ahora la adquisición de inmuebles por particulares para uso propio, con trámites más aligerados y la adquisición de inmuebles por extranjeros para la finali-

(22) Cfr. GARRIDO FALLA, *Problemática jurídica de los planes de desarrollo económico* (discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1974.

(23) Sobre las intenciones declaradas de flexibilidad y liberalidad en la puesta en práctica de la legislación, cfr. *Inversión extranjera: nueva etapa*, en «Boletín Semanal de Información Comercial Española», 1.440 (1974), p. 3056. También, EDITORIAL: *La inversión extranjera en España*, en «Información Comercial Española», 493 (septiembre 1974), pp. 7 ss.

dad de negocio con un tratamiento similar al de las inversiones directas.

En cuanto a otras formas de inversión atípica, no previstas anteriormente, se incluyen ahora, junto a los medios monetarios físicos (equipo capital), aquellos otros que puedan resultar del desarrollo de distintos negocios jurídicos capaces de generar activos de cualquier naturaleza y, en especial, las actividades empresariales realizadas por no residentes.

También se advierten como novedades las referentes a las inversiones realizadas por entidades gubernamentales de otros países (24), o la situación de las transmisiones "mortis causa" entre un residente y un no residente.

En definitiva, el alcance y contenido de la inversión extranjera en España, en la nueva reordenación, se encauza del siguiente modo, según se va a examinar.

3. QUE SE ENTIENDE POR "INVERSIONES EXTRANJERAS" Y POR INVERSORES

En comparación con la legislación anterior, ahora se precisa con mayor rigor y se dice en el artículo 1, párrafo 1.^o, que: "A los efectos de la presente Ley, se entenderá por inversiones extranjeras las realizadas en España por las personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualquiera que sea su residencia (25) y por los españoles residentes en el extranjero". Y el párrafo 3.^o de este artículo 1, añade: "De igual forma, a los efectos de la presente Ley, se considerarán inversiones extranjeras, en los porcentajes que se establezcan, las que realicen las sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital, mediante la constitución de otras sociedades españolas o mediante la adquisición de acciones o participaciones de las mismas".

Según la vigente Ley, pueden ser inversores las personas privadas siguientes: a) Las personas físicas extranjeras, cualquiera que

(24) Cfr. VERDERA y otros: *La empresa pública*. Zaragoza, 1970; GIULIANO, *Quelques aspects juridiques de la coopération intergouvernemental en matière d'échanges et de paiements internationaux*, en «Recueil des Cours de l'Academie de Droit International 124» (1968), pp. 548.; BOVENTER, *Die räumlichen Wirkungen von Privaten und öffentlichen Investitionen*, en «Grundfragen der Infrastrukturplanung» (1971), pp. 733 ss.; GARCÉ, *Der Anwendungsbereich des öffentlichen Außenwirtschaftsrechts*. Göttingen, 1973.

(25) El Reglamento de Inversiones Extranjeras en España (art. 1, párrafo 1.2) dispone que: «Las personas físicas extranjeras acreditarán su condición de residentes o no residentes en España, respectivamente, mediante la tarjeta de residentes prevista en el Decreto 522 de 14 de febrero de 1974, o mediante certificación negativa, expedida por la Dirección General de Seguridad con una antelación máxima de dos meses.»

sea su residencia (en el extranjero o en España) (26); b) Las personas jurídicas extranjeras (27); c) Las personas jurídicas españolas con participación extranjera en su capital (28); d) Los españoles residentes en el extranjero.

Ahora, también pueden ser inversores las personas públicas, tal como se dice en la "Disposición adicional" (tercera) respecto a los gobiernos y a todas aquellas entidades oficiales de soberanía extranjera, si bien necesitarán autorización especial para poder realizar inversiones de capital extranjero en España. El Gobierno podrá conceder dicha autorización cuando exista régimen de reciprocidad diplomática o la participación extranjera no suponga un control efectivo de la empresa o sociedad española.

La Ley y el Reglamento (art. 1, párrafo 2), haciendo gala del avanzado principio de equiparación e igualdad de los extranjeros con los nacionales, tradicionalmente mantenido por la legislación española (29), establecen: "Las personas y entidades mencionadas podrán

(26) Con anterioridad al texto vigente, la doctrina ya interpretó que un extranjero residente en España podía invertir capital extranjero, cfr. GARRIGUES WALKER, *Cuestiones más importantes que pueden plantearse al inversor extranjero*, cit., páginas 3 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudio de los problemas de las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, cit., pp. 402 ss. Sin embargo, el extranjero residente en España, para que su aportación se considere inversión extranjera, deberá proceder del exterior, sin que se encuentren comprendidos los casos en que la inversión lo es de moneda o capital nacional (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1970), cfr. CHICO ORTIZ, *Inversiones extranjeras. El régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir capital íntegramente nacional en sociedades españolas, será el régimen establecido en el art. 15 del Código de comercio, salvo lo estipulado en Tratados internacionales* (Comentario a la Resolución de 22 de julio de 1970), en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-2 (1973), p. 654. Ahora, la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 20 de diciembre de 1974, autoriza con carácter general a las personas físicas extranjeras residentes en España el poder destinar fondos interiores en pesetas ordinarias, para el ejercicio de una actividad empresarial en nombre propio; por tanto, quedan exentas de realizar la declaración establecida por el art. 28 del Reglamento de Inversiones.

(27) Tanto la Ley de inversiones extranjeras como su Reglamento, en sus «Disposiciones adicionales» (Primera) conceden a la «Corporación Financiera Internacional» el que pueda realizar inversiones en España de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-Ley 2 de 25 de enero de 1962.

(28) Esta nueva modalidad viene regulada por el art. 7 de la nueva Ley, desarrollada en los arts. 1, párrafo 3 y en el 7 del Reglamento, donde se determina el porcentaje de inversión extranjera en una sociedad cuando en ella, a su vez, una sociedad española tenga participación extranjera. Entonces, las inversiones por sociedades españolas que tengan una participación extranjera del 50 por 100, su capital se computará como participación extranjera al 100 por 100; cuando la inversión extranjera en la sociedad inversora supere el 25 por 100, sin exceder del 50 por 100 de su capital, también se computará como participación extranjera al 100 por 100; igualmente, si los socios extranjeros tienen una situación de dominio o prevalencia en la empresa o en la gestión de la sociedad que pueda comprobar la Administración mediante los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

(29) A este respecto cfr. GIL DE MENDOZA, *Síntesis de la legislación española sobre extranjeros*, en «Revista de Derecho Notarial», XXXVII-XXXVIII (1962),

invertir sus capitales en España, ajustándose a los requisitos establecidos por la legislación española en las mismas condiciones que los españoles residentes, salvo las limitaciones establecidas en la presente Ley, o en leyes especiales".

El principio de equiparación y la limitaciones que se establecen para los inversores extranjeros pueden ser concretadas dentro de determinados ámbitos: a) Un ámbito de inversión completamente libre en el que pueden hacerse en las mismas condiciones que los españoles; b) Un ámbito de inversión excepcionalmente excluido; c) Un ámbito de inversión cuantitativa y cualitativamente restringido o de autorizaciones; d) Un ámbito de inversiones regidas por su legislación especial.

4. EL AMBITO DE LIBRE INVERSION PARA LOS EXTRANJEROS

El ámbito de las inversiones, donde los extranjeros pueden hacerlas libremente en las mismas condiciones que los españoles, según la nueva normativa, realmente no es muy amplio, ya que alcanza sólo a tres modalidades: a) Las inversiones de cartera; b) Las inversiones mayoritarias en determinadas actividades (fabricación de bienes de equipo); c) Las inversiones en sociedades españolas cuya participación extranjera no excede del 50 por 100 del capital social de la empresa española.

a) En cuanto a las inversiones de cartera o adquisición de valores admitidos a cotización oficial en Bolsa (art. 10 de la Ley y del Reglamento), el nuevo texto supone un gran avance frente al anterior (30). El artículo 11 de la Ley vigente establece que "las inver-

pp. 159 ss.; BONET CORREA, *Los extranjeros en el ordenamiento jurídico español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 218 (1965), pp. 498 ss.

(30) Ahora tan sólo se trata de mantener las garantías en cuanto al control del cambio. Para las sociedades de inversión mobiliaria, la Orden de 11 agosto 1961 estableció su régimen, además de la Ley de 26 diciembre 1958 y la Orden de 5 de junio de 1964 para el ámbito fiscal. Sobre los fondos de inversión y Bolsas de Comercio, el Decreto-Ley de 30 abril, 1964, cfr. RODRÍGUEZ ROBLES, *Régimen de inversiones extranjeras en sociedades de inversión mobiliaria*, Madrid, 1960; COLEGIO DE AGENTES DE CAMBIO Y BOLSA DE BARCELONA: *La inversión institucional de valores extranjeros. Apéndice III: Sociedades de inversión extranjera en 1964*, en «Boletín Financiero del Servicio de Estudios e Información», IV-13 (1965), p. 25 ss.; Id., *Valores españoles incorporados a la cartera de diferentes sociedades de inversión extranjera*, en «Boletín Financiero del Servicio de Estudios e Información», IV-13 (1965), p. 42 ss.; MARTÍN OVIEDO, *Régimen de las inversiones extranjeras en las sociedades y fondos de inversión*, en «Régimen jurídico y fiscal de las sociedades y fondos de inversión mobiliarias», Madrid, 1967, p. 36 ss.; VERDERA, *La sociedad de inversiones mobiliarias en el exterior*, S. A. Simex, en «La empresa pública», II (Zaragoza, 1970); LÓPEZ CASERO, *Die spanische Investmentgesetzgebung*, en «Investment Handbuch» (1971), p. 379. El Decreto-Ley de 25 enero 1962 regula la adquisición de valores mobiliarios emitidos por sociedades españolas que se lleven a cabo por la «Corporación Financiera

siones extranjeras reguladas en este capítulo podrán efectuarse libremente en las proporciones que reglamentariamente se determinen". Dichas proporciones vienen concretadas en el artículo 11 del Reglamento, cuando se trate de la adquisición de acciones de una sociedad española, no pudiendo sobrepasar el 50 por 100 de su capital, o el porcentaje señalado en la legislación específica; en cambio, la adquisición de los restantes valores podrá efectuarse libremente sin limitación alguna. Los titulares de las inversiones podrán transferir al exterior los intereses y dividendos legalmente repartidos y los importes por la renta en Bolsa (art. 12 de la Ley del Reglamento).

b) En cuanto a las inversiones extranjeras mayoritarias en determinadas actividades, otro Decreto, de 31 de octubre de 1974, las exime de autorización previa, facultando al Gobierno para que con carácter general se pueda invertir por encima del 50 por 100 cuando la sociedad se dedique a determinados tipos de actividad; por tanto, se podrán transferir a España capitales en moneda extranjera con objeto de invertir su contravalor, sin limitación en cuanto al porcentaje de participación, en la creación o su posterior ampliación de sociedades nuevas cuyo objeto social sea, única y exclusivamente, la fabricación en España de uno o varios de los bienes de equipo comprendidos en la "Lista Apéndice" del Arancel de Aduanas, salvo que expresamente se haya determinado lo contrario en el momento de la inclusión. Sin embargo, no se eximen de los requisitos administrativos que igualmente se exigen para los españoles y, en todo caso, las inversiones deberán ser declaradas en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio para poder gozar del derecho de transferencia al exterior del capital invertido y sus ganancias (31).

La nueva normativa viene a confirmar lo que anteriormente se reguló por el Decreto 701 de 18 de abril de 1963 (32), donde al tratarse de inversiones privadas de capital extranjero podían alcanzar su participación en empresas españolas con un porcentaje mayor al 50 por 100 y llegar hasta el 100 por 100 (32 bis). Para ello debía de tratarse, como ahora, de industrias productivas que supusieran la creación, ampliación o modernización de empresas españolas; el poder in-

Internacionales" ratificado ahora por las «Disposiciones Adicionales» (Primera) de la Ley y el Reglamento vigentes. Además, la Orden de 15 marzo 1962 sobre adquisición de títulos mobiliarios españoles por extranjeros, cfr. GARRIGUES, *Comentarios legales a la Orden de 15 de marzo de 1962, sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles y sobre la supresión del Registro Especial de Valores españoles en poder de extranjeros*, en «Revista de Derecho Mercantil», 95 (1962), p. 32 ss.; CARVAJAL, *Inversiones extranjeras en España. Inversiones directas e inversiones de cartera*, en «Información Comercial Española», 557 (1963), p. 115 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Kapitalinvestitionen in Spanien*, 9 ed. Madrid, 1974.

(31) Para las constituidas con anterioridad también es necesaria la inscripción («Disposiciones transitorias», Segunda, de la Ley).

(32) Solamente quedaba sometida al régimen de autorizaciones la aportación materializada en «equipo-capital» cuya importación no estaba liberalizada.

(32 bis) Cfr. VERDERA, *Aportaciones directas extranjeras a sociedades anónimas españolas*, en «Revista de Derecho Mercantil», 99 (1966), p. 17 ss.

vertir libremente el contravalor de las divisas sin limitación alguna y en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España (33). Los sectores de libre inversión se habían concretado a: la siderurgia e industrias de los metales no ferrosos; el cemento; los prefabricados de la construcción en general; el textil; la alimentación; los curtidos y calzado; las artes gráficas; la construcción de máquinas herramienta; la construcción de maquinaria textil, química, eléctrica y agrícola; los ácidos bases, las sales inorgánicas y la electroquímica; los productos derivados de las resinas naturales; las resinas sintéticas y materiales plásticos; la electrónica; las industrias del frío; las industrias auxiliares para la agricultura; la manipulación, conservación e industrialización de productos agrícolas, pecuarios y forestales (34); las industrias para la alimentación del ganado, y la construcción, ampliación y explotación de hoteles (35).

Sin embargo, este capítulo liberalizador sufrió atenuaciones por el Decreto de 11 de octubre de 1973, que deroga el de 18 de abril de 1963 para imponer la necesidad de obtener una autorización previa al objeto de conseguir una mayor selectividad de las inversiones extranjeras (36).

c) Respecto a las inversiones extranjeras directas de capitales privados en empresas o sociedades españolas cuya participación no exceda del 50 por 100 continúa siendo absolutamente libre y no están sometidas a autorización ni trámite administrativo alguno (37). No obstante, lo que ahora sí se exige es la obligación de declarar la inversión extranjera y su liquidación para su inscripción en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio (art. 22 de la Ley y 28 del Reglamento) (38), puesto que, de no hacerse así, no nacerá el dere-

(33) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Efectos de la residencia en las inversiones extranjeras*, en «Revista de Derecho Privado» (febrero, 1972), p. 96 ss.

(34) El Decreto 899 de 25 abril 1963 autorizó la libre instalación, ampliación, mejora y translado de industrias agrarias; sin embargo, ciertas dimensiones mínimas y autorización han de contar otras industrias derivadas de la agricultura y ganadería.

(35) En base a estas normas, las inversiones alemanas federales han alcanzado un relieve y volumen muy significativos, al sobrepasar los mil millones de marcos en este sector, cfr. COMMERZBANK: *Deutsche Direktinvestitionen in ausgewählten Länder*, en «Aussenhandelsblätter der Commerzbank», 6 (1974), p. 10.

(36) Cfr. JOSWIG, *Einschränkung der Liberalisierung ausländischer Investitionen in Spanien*, en «Die Wirtschaftsprüfung», 3 (1973), pp. 621 ss.; GRANELL, *El Decreto 2.495/1973 y el control de las inversiones extranjeras en España*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1 (1974), pp. 141 ss.

(37) No obstante, según las «Disposiciones transitorias» (Segunda) las sucursales de personas jurídicas extranjeras que se encuentren operando en España sin autorización administrativa deberán comunicar al Ministerio de Comercio los datos que, referentes a su actividad, se determinen reglamentariamente.

(38) Quedan excluidas de la obligación mencionada las inversiones efectuadas conforme a las modalidades previstas en el párrafo 4 del art. 3 del Reglamento, o las que efectuadas en pesetas interiores determine la Dirección General de Transacciones Exteriores (art. 28, párrafo 2 del Reglamento). Respecto a los modelos normalizados que deben rellenarse para la declaración véase la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 enero 1975. cfr. «B. O. E.», de 31 enero 1975, p. 2131.

cho de transferencia al exterior que tienen los titulares de dichas inversiones extranjeras (art. 23 de la Ley y 31 del Reglamento) (39). Con efecto retroactivo, se exige la declaración de todas las sociedades españolas en que se hubiese efectuado una inversión extranjera (número 3 del art. 32 del Reglamento) (40) y en el "Boletín Oficial del Estado" se publicarán las listas de dichas sociedades españolas para que, a partir de la publicación, cumplimentan dicho requisito (art. 32, párrafo 1.^o del Reglamento).

5. EL AMBITO DE INVERSION EXCEPCIONALMENTE EXCLUIDO: LAS EMPRESAS RELACIONADAS CON LA DEFENSA NACIONAL

Existe un ámbito muy concreto para las inversiones extranjeras donde quedan excepcionalmente excluidas, como ocurre en casi todas las legislaciones comparadas que rigen esta materia, cual es el de la defensa nacional. A este respecto, el artículo 28 del nuevo ordenamiento establece: "Quedan excluidas de la presente Ley las empresas cuyas actividades estén directamente relacionadas con la defensa nacional". Por su parte, el Reglamento confirma lo establecido por la Ley (art. 39). Es decir, aquellas industrias como las de armamento, explosivos, gases de guerra, etc.

El ordenamiento también excluye concretamente de la posibilidad de inversión por extranjeros a los inmuebles rústicos y urbanos que por su situación estratégica puedan quedar implicados dentro de ese ámbito de la defensa nacional, tal como se reconocía anteriormente (41). Los artículos 17 de la Ley y 21 del Regla-

(39) La Resolución del IEME de 11 agosto 1964 concretó lo referente a las transferencias al exterior de las inversiones realizadas con anterioridad al régimen del Decreto-Ley de 1959. El Decreto de la Presidencia del Gobierno de 17 mayo 1962 confirmó la plena transferibilidad. El Decreto 2.820 de 23 noviembre 1967 fue dado para las sociedades que capitalizan el saldo de la cuenta de regularización diciendo que no determina la merma de los derechos de los participes extranjeros.

(40) Cfr. BONET CORREA, *El régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero en Francia*, en «Anuario de Derecho Civil», XXI-1 (1968), p. 167; Id., *El régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero en Italia*, en «Anuario de Derecho Civil», XXI-4 (1968), p. 891; Id., *El régimen jurídico alemán de las inversiones de capitales privados*, en «Anuario de Derecho Civil», XXII-3 (1969), p. 597; Id., *El régimen jurídico de la inversión de capitales extranjeros en Bélgica*, en «Anuario de Derecho Civil», XXIII-4 (1970), p. 765.

(41) Considerando la normativa anterior, cfr. CUADRADO COMAS, *El Registro de la Propiedad y la defensa nacional*, en «Revista de Derecho Español y Americano», 23 (1960), p. 35; GÓMEZ CALERO, *La legalidad vigente en orden a prevenciones de carácter militar impuestas a adquisiciones de inmuebles por extranjeros en determinadas zonas del territorio patrio*, en «Revista de Derecho Militar», 16 (1963), p. 121; LUCAS FERNÁNDEZ, *Adquisiciones por extranjeros de fincas en zonas estratégicas: autorización del Ministerio del Ejército*. *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1973 (Tang Bo Khoe y Señora v. Hans Richartz)*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-4 (1973), p. 1258.

mento, especifican a este respecto: "Cuando la adquisición de inmuebles se lleve a cabo por extranjeros, sean o no residentes, les será de aplicación la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional, si la finca objeto de la adquisición se encuentra en alguna de las zonas del territorio nacional especificadas en dicha legislación". Las restricciones alcanzan también cuando se trate de fincas para ser declaradas de interés turístico nacional (art. 20 de la Ley y 24 del Reglamento) (42).

6. EL AMBITO DE LAS INVERSIONES RESTRINGIDAS CUANTITATIVAMENTE Y CUALITATIVAMENTE

El ámbito de las inversiones extranjeras que resulta restringido cuantitativamente y cualitativamente, y donde es necesaria una autorización previa, es el que comprende la mayor parte de los supuestos, o la regla general de esta nueva legislación. En ella se distinguen cuatro modalidades de inversiones directas por los extranjeros; las realizadas mediante: a) Participaciones sociales en empresas españolas; b) Las actividades empresariales de no residente; c) Otras formas de inversión; d) La adquisición de inmuebles por extranjeros o residentes españoles en el extranjero.

a) En cuanto al ámbito de las participaciones sociales que un inversor extranjero realice en una empresa o sociedad española (artículo 4 de la Ley y del Reglamento), requerirán previa autorización administrativa cuando, como consecuencia de la inversión, la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la sociedad española, o del porcentaje de inversión libre señalado en la legislación específica. El Consejo de Ministros será quien podrá autorizar, con carácter general, las inversiones extranjeras por encima del límite del 50 por 100 cuando se trate de sociedades que se dediquen a determinados tipos de actividad (art. 6 de la Ley y del Reglamento) (42 bis).

Ahora se prescinde de la clasificación realizada en la normativa anterior de "inversiones en empresas españolas de preferente interés económico y social" y empresas que no reúnan dicha condición, según los criterios de prioridad y selección del "Programa Nacional de Ordenación de las Inversiones"; actualmente ese criterio discrecional

(42) Cfr. SAPENA, *Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas*, en «Revista de Derecho Notarial», LVII-LVIII (1967), p. 63 ss.; GUAITA, *La actividad de los particulares en los centros y zonas de interés turístico nacional*, en «Temis», 25 (1969), p. 105 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Erwerb von Grundstücken und Ferienhäusern in Spanien*. Madrid, 1974.

(42 bis) La Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 enero 1975 concreta la documentación que debe acompañarse a las solicitudes de autorización al Consejo de Ministros para efectuar inversiones extranjeras en empresas españolas, cfr. «B. O. E.», 31 enero 1975, p. 2128.

y selectivo es más amplio, si bien el ministro de Comercio (43) haya afirmado que dicha selectividad se hará en base a criterios objetivos o atendiendo a: una dimensión adecuada de la inversión mayoritaria, sin que agrave el problema de la empresa pequeña y media; a una tecnología más avanzada, donde la empresa pueda impulsar nuevos métodos y nuevos productos; a una financiación adecuada en cuanto a la relación entre recursos propios y ajenos y, sobre todo, entre recursos exteriores e interiores; a una capacidad exportadora y los compromisos que respecto a ella pueda establecer la empresa para su contribución a mejorar la balanza de pagos y a su esfera competitiva a escala internacional, y a una localización debida para equilibrar las desigualdades regionales de nuestra economía. A su juicio, la aplicación de dichos criterios será clara, objetiva, flexible y nunca excluyente, basada en una tradicional política liberal. Efectivamente, creo que si tal política se lleva a efecto dentro de este marco más explícito y claro que el anterior, nos ahorrará las críticas hechas anteriormente tanto por los interesados nacionales como extranjeros (44).

Dentro de este ámbito de las participaciones sociales ahora se considera un nuevo supuesto: el de la sociedad de nacionalidad española en la que, a su vez, invierta otra sociedad española en la que existe participación de inversión extranjera (arts. 7 de la Ley y del Reglamento). En este caso, donde se advierte la influencia que ha ejercido la teoría del control en las sociedades (45), a los efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en una sociedad española, se computará como tal la efectuada en ella por otra sociedad española en la que, a su vez, exista participación extranjera, así como las realizadas mediante la aportación de capitales interiores a los que se refiere el artículo 2, párrafo 2.^º del Reglamento.

A este respecto, el artículo 7 del Reglamento añade en su número 2: Las inversiones realizadas por sociedades españolas en las que exista participación extranjera superior al 50 por 100 de su capital se computarán como participación extranjera al 100 por 100; y, en el número 3 aclara: Cuando la inversión extranjera en la sociedad inversora supere el 25 por 100 del capital, sin exceder del 50 por 100, el porcentaje de participación extranjera en la sociedad destinataria de la inversión se presumirá que es proporcional a la participación ex-

(43) FERNÁNDEZ CUESTA, *Las inversiones extranjeras en la actual política económica española*. Madrid, 1974, p. 6.

(44) GARRIGUES WALKER, *Cuestiones más importantes que pueden plantearse al inversor extranjero ante el nuevo sistema español*, cit. *passim*; JOSWIG, *Einschätzung der Liberalisierung ausländischer Investitionen in Spanien*, cit., p. 621 ss.; WÜLKER, Gerda, *Aussenhandel ohne Netz und doppelten Boden. Umfrage des DIHT bei den Auslandshandelskammern*, en «*Informationen für die Wirtschaft*». Zeitschrift der Industrie- und Handelskammer Nordschwarzwald, 7 (1974), p. 117, refiriéndose a España.

(45) Cfr. SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*. Berlin-Tübingen, 1955, v. la traducción española de PUIG BRUTAU, *Apariencia y realidad en las Sociedades mercantiles*. Barcelona, 1958. Entre nosotros, DE LA CÁMARA y PRADA, *Sociedades comerciales*, en «*Revista de Derecho Notarial*», LXXI-LXXXII (julio-diciembre, 1973), p. 1 ss.

tranjera que tenga la sociedad inversora en su propio capital; y, se añade, que: excepcionalmente se computará como participación extranjera al 100 por 100 la que efectúe una sociedad española con participación extranjera igual o inferior al 50 por 100, pero superior al 25 por 100 de su capital, cuando los socios extranjeros tengan una situación de dominio o prevalencia en la empresa, derivada de cualquier circunstancia que permita comprobar a la Administración la existencia decisiva de los socios extranjeros en la gestión de la sociedad; dicha comprobación se efectuará de acuerdo con los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

En cambio, no serán computables las inversiones realizadas por sociedades españolas, en las que exista participación extranjera, cuando dicha participación no exceda del 25 por 100 del capital de la sociedad española; también, cuando participe en su capital el Estado, bien directamente o a través del Instituto Nacional de Industria o de cualquier otro organismo autónomo.

Pero la determinación del porcentaje de inversión extranjera, cuando intervengan formas atípicas de inversión, adopten o no la denominación de cuentas en participación, se estará a lo que determine la autorización administrativa correspondiente, conforme se establece en el capítulo V del Reglamento.

Estas sociedades españolas con participación extranjera podrán recurrir al crédito interior (arts. 8 de la Ley y del Reglamento). El acceso de las mismas al crédito interior a medio y a largo plazo se regirá por las siguientes normas: a) Si la participación extranjera no excede del 25 por 100 del capital social, en las mismas condiciones que las sociedades españolas que tengan participación extranjera; b) Si la participación extranjera excede del 25 por 100 del capital social, podrá obtenerlo hasta un importe equivalente al 50 por 100 de la suma del capital social desembolsado más las reservas efectivas. El Ministerio de Hacienda, previo informe del Ministerio de Comercio, queda facultado para adoptar las medidas oportunas: a) Para acomodar, si ello fuera necesario, el contenido de las normas de este artículo a las exigencias de la política financiera; b) Para señalar las condiciones en que las sociedades a que se refiere el apartado b) del párrafo 2º precedente pueden recurrir al crédito interior en cuantía superior a la establecida en dicho número.

Por último, la nueva Ley y Reglamento (arts. 9 de ambas) reconocen a los titulares de estas inversiones efectuadas con capital extranjero el derecho de transferencia al exterior, sin limitación cuantitativa alguna, los beneficios y dividendos legalmente repartidos e incluso el producto de la venta de los derechos de suscripción de títulos valores. Asimismo, gozarán del derecho de transferir al exterior los capitales invertidos y las plusvalías obtenidas por las enajenaciones que realicen.

b) En cuanto a las inversiones llevadas a cabo por las actividades empresariales de no residentes son las consideradas por los artículos 13 de la Ley y del Reglamento. Son las inversiones extranjeras

destinadas a la creación, funcionamiento y operaciones en España de establecimientos o sucursales de empresas extranjeras, o de explotaciones que realicen personas físicas no residentes, las cuales requerirán siempre autorización administrativa (46).

Las personas físicas no residentes y las sucursales y establecimientos de sociedades extranjeras en España podrán acudir al crédito interior, previa autorización administrativa (arts. 14 y 15 de la Ley y del Reglamento, respectivamente).

En todo caso, en la creación de sucursales deberá cumplirse lo previsto en los artículos 88 y 97 del Reglamento del Registro Mercantil (art. 14, apartado 1 del Reglamento). En ningún caso las sucursales podrán emplear sus fondos para efectuar inversiones en sociedades españolas salvo que se trate de inversiones de cartera, mediante la adquisición de valores admitidos a cotización oficial en Bolsa (art. 14, apartado 2 del Reglamento).

Los titulares de estas inversiones gozarán de la facultad de transferir al exterior su participación en los gastos generales de la casa matriz, así como los beneficios obtenidos mediante la actividad propia de la empresa en España, dentro de los límites y en las condiciones que se hubiesen establecido en la autorización administrativa (artículo 16 del Reglamento). Ahora la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 20 de enero de 1975 ha venido a establecer los requisitos necesarios para la creación de sucursales o establecimientos, así como las que ya se encuentran operando en España, además de unas normas específicas de actuación (46 bis).

c) Respecto de otras formas de inversión extranjera, la novedad que contiene la legislación revisada es la referente a una modalidad concreta, cual es el "contrato de cuentas en participación", además de cualquier otra forma no prevista (arts. 15 de la Ley y 17 del Reglamento).

La consideración de esta figura obedece al desarrollo que ha tenido en estos últimos diez años en variedad de empresas y negocios que la han tomado como base para la utilización del crédito, con las ventajas que supone su insuficiente regulación por el Código de comercio (arts. 239 a 243), donde el gran margen de autonomía de la voluntad concedido a las partes, con ausencia de requisitos y solemnidades, hacen de la misma el instrumento más conveniente para conseguir el ahorro privado bajo la dirección de un comerciante, sin necesidad de las exigencias, garantías y deberes que requieren otras modalidades de crédito (préstamos, bonos, obligaciones, etc.) o de participación (acciones, pólizas, etc.), gozando el comerciante (indi-

(46) En consideración a la legislación anterior, cfr. TIEMANN, *Die Errichtung von Niederlassungen ausländischer Unternehmen in Spanien*, en «Aktiengesellschaft», 1 (1968), p. 13 ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Die Errichtung einer Tochtergesellschaft in Spanien*, en «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht», 4 (1973), p. 445 ss.; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Firmenniederlassung in Spanien*. Madrid, 1974.

(46 bis) Cfr. «B. O. E.», núm. 23, de 27 enero 1975, p. 1754.

vidual o social) de las grandes ventajas de la gestión y de las mínimas de responsabilidad en cuanto a la participación. La posibilidad de establecer una serie de condiciones y cláusulas generales de la contratación por el gestor frente al partícipe (las más de las veces un tanto unilaterales, cuando no abusivas) han servido en nuestra época para los nuevos negocios inmobiliarios (urbanos y turísticos), los cuales, en momentos de crisis, ya empiezan a demostrar la insuficiente garantía con que cuentan los cuentapartícipes (47).

Otra modalidad atípica para nuestro tradicional ordenamiento privado y público (fiscal), que ha hecho su aparición con las inversiones de capital extranjero, son las "sociedades consultoras o de ingeniería industrial" (48). Se trata de sociedades compuestas por técnicos de grado superior extranjeros que, además de la aportación de un capital en moneda exterior, contribuyen con sus conocimientos y técnicas, procedimientos y conjuntación, así como a la realización total de un complejo industrial, su utillaje y maquinaria.

El Decreto de 4 de abril de 1968 del Ministerio de Industria se refirió acerca del registro de dichas empresas y se parte del principio de libertad de su establecimiento (49). Ahora, con la nueva normativa, no obstante, habrán de contar con autorización administrativa previa para su establecimiento en España. En realidad, esas empresas de ingeniería o consultoras son filiales, o están dentro de una "holding", para canalizar las importaciones de material y utillaje industrial cooperando a la canalización de la producción de su grupo.

Desde ahora, los titulares de estas formas de inversión gozarán de la facultad de transferir al exterior el importe de los capitales invertidos y de los beneficios obtenidos, si bien dentro de los límites y en las condiciones que se establezcan en la autorización administrativa (art. 18 del Reglamento). No obstante, las establecidas anteriormente, en un régimen de autonomía, sin las precisiones contenidas en una autorización, sin duda, darán lugar a reconsideraciones con la Administración, sobre todo en el momento en que se plantea la repatriación de los beneficios, debido a los grandes volúmenes financieros que manejan estas empresas.

d) En lo que atañe a la adquisición de inmuebles por extranjeros, o residentes españoles en el extranjero (50), la nueva ordena-

(47) Actualmente, la prensa da a conocer la suspensión de pagos de la sociedad «SOFICO», una anónima gestora que utiliza el contrato de cuentas en participación, por lo que sus cuentapartícipes ni son propietarios, ni accionistas, como algunos han podido creer. V. *El caso SOFICO es más grave que el de MATESA*, en «Informaciones» del 13 febrero 1975, p. 1.

(48) Cfr. ASOCIACIÓN PARA EL PROGRESO DE LA DIRECCIÓN: *Varios, Investigación, ingeniería y patentes en España*. Madrid, 1972.

(49) No obstante, las empresas consultoras y de ingeniería españolas gozarán frente a las extranjeras de preferencia para la contratación de sus servicios (art. 9), cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación en España por extranjeros*, 2.^a ed. Madrid, 1970, p. 298.

(50) Con anterioridad, cfr. DE LAS HERAS, *La adquisición de bienes inmuebles por extranjeros*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 216 (1946), pági-

ción establece un régimen especial haciendo la distinción básica entre: adquisiciones por particulares para uso propio (que es más aligerada y fácil en sus trámites), e inversiones que suponen la adquisición de inmuebles por extranjeros para finalidad de negocio, con un trato similar a las inversiones directas por suponer el desarrollo de una actividad lucrativa.

En el primer caso de adquisición de inmuebles para uso propio, los artículos 16 de la Ley y 19 del Reglamento establecen que: "Las personas físicas españolas o extranjeras, con residencia en el extranjero, y las personas jurídicas extranjeras podrán adquirir, con las limitaciones y requisitos establecidos en esta Ley, fincas rústicas (51) y urbanas (52), siempre que el precio de las mismas se haga efectivo mediante la aportación dineraria exterior referida en el artículo 2 apartado 1, a) de esta Ley". Y añade: "El Ministerio de Comercio podrá autorizar, en las condiciones que se establezcan con carácter general, a las personas no residentes en España la utilización de "pesetas interiores" para la adquisición de fincas urbanas" (52 bis). Se cuida, pues, de que el precio de la compra se pague con "aportación dineraria exterior", ya que el pago en "pesetas interiores" es una excepción tan sólo consentida para los "no residentes" en España o para los extranjeros residentes (art. 21 de la Ley y 25 del Reglamento). Tal es el caso cuando se trate de inversiones en inmuebles por personas físicas extranjeras residentes en el extranjero y para uso propio, siendo el inmueble una finca urbana (chalés, villas, pisos), en general, viviendas de uso individual o familiar (art. 23 del Reglamento). Con posterioridad a este texto, el Ministerio de Comercio, por una Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 20 de diciembre de 1974 (53), viene a liberalizar al extranjero de la necesidad de que obtenga una autorización previa para llevar a cabo las adquisiciones de estas fincas, disponiendo con carácter general que las personas físicas extranjeras no residentes puedan comprar solares o parcelas, cuya superficie no sea superior a cinco mil metros cuadrados, cuando vayan a ser destinadas a la construcción en ellas de chalés o viviendas de uso individual o familiar para uso propio del adquirente.

Que la aportación dineraria sea exterior (bien en divisas convertibles o producto de ellas en "pesetas interiores") es la condición que va a determinar posteriormente la facultad del inversor para poder transferir al extranjero la totalidad del precio real en caso de

na 291 ss.; GÓMEZ CALERO, *Sobre la adquisición de determinados inmuebles por extranjeros en centros o zonas de interés turístico nacional*, en «Revista General de Derecho», 260 (1966), p. 392 ss.; AGUILAR CANOSA, *La adquisición por extranjeros de bienes inmuebles en España*. Barcelona, 1973; TIMM, *Grunderwerb in Spanien*, en «Internationales Wirtschaftsbriefe», 18 (1972) p. 587 ss.

(51) Con anterioridad, se regulaban por el Decreto-Ley 11 de 22 marzo 1962.

(52) Anteriormente, la Circular 205 del IEME de 15 de noviembre 1961.

(52 bis) Sobre estas condiciones v. Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 enero 1975, cfr. «B. O. E.», 31 enero 1975, p. 2127.

(53) V. «B. O. E.», núm. 3.081, de 25 de diciembre de 1974, p. 26174.

venta o enajenación (art. 26, apartado 1 del Reglamento), lo mismo que si se trata de extranjeros no residentes en España (art. 26, apartado 2 del Reglamento).

Además, se podrán transferir al exterior los alquileres de los inmuebles adquiridos con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo de la Ley, si bien ha de estar totalmente pagado el precio de la adquisición y que el titular se encuentre al corriente de las obligaciones fiscales derivadas del inmueble (54) (art. 27 del Reglamento). Creo que debe entenderse como todavía no "totalmente pagado el precio" del inmueble cuando el titular acepte un préstamo hipotecario de una entidad de crédito española (art. 20, apartado 2 del Reglamento). Con mayor razón ahora, después de la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores, de 20 de diciembre de 1974 (55), en la que se autoriza con carácter general a la Banca delegada y a las Cajas de Ahorro a conceder créditos hipotecarios en pesetas a favor de personas físicas residentes en el extranjero y con destino a la adquisición en España de villas, chalets y, en general, de viviendas de uso individual o familiar del adquirente. No obstante, estos créditos en pesetas interiores deberán reunir las condiciones siguientes: a) No podrán utilizarse para el pago de un inmueble de nueva construcción a una persona de nacionalidad española residente en España; b) No podrán ser otorgados en condiciones más favorables que aquellos que se apliquen con carácter general a los créditos similares otorgados a favor de residentes; c) Deberán amortizarse con alguno de los medios de aportación dineraria exterior que señala el artículo 2, apartado 1, a) del Reglamento de Inversiones Extranjeras; d) Deberá destinarse al pago del inmueble que no se hipoteca. En definitiva, resultará suponiendo una aportación dineraria del exterior.

En el segundo caso, tratándose de adquisiciones de inmuebles por extranjeros para finalidad de negocio o actividad empresarial, el artículo 19 de la Ley y el 23 del Reglamento puntualizan que las adquisiciones de las personas físicas extranjeras residentes en el extranjero o las personas jurídicas extranjeras, se les reputará una "actividad empresarial" cuando: 1) Adquieran bienes inmuebles de naturaleza rústica (56), los cuales, si son de extensión superior a cuatro hectáreas de regadío o a veinte de secano (57), han de contar con

(54) Cfr. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: *Principes fiscaux applicables aux investissements étrangers en Espagne*. Madrid, 1963.

(55) V. «B. O. E.», núm. 3.081, de 25 de diciembre de 1974, p. 26174.

(56) Según la legislación anterior, cfr. MARTINHO, *La adquisición de fincas rústicas por extranjeros*, en «Revista de Derecho Notarial», XXXVI (1962), página 365 ss.

(57) En el caso de que el inmueble objeto de la transmisión sea parte de secano, parte de regadío, se computará a efectos de la necesidad de la autorización administrativa en la proporción de cinco hectáreas de secano por una de regadío. La calificación de la finca como de secano o regadío será la que resulte de los datos del Registro de la Propiedad o de la calificación en la Contribución Territorial Rústica, prevaleciendo la información más reciente. En cuanto a las obligaciones del vendedor (artículo 22, apartados 1.1, 1.2 y 1.3 del Reglamento).

Para la calificación de un inmueble sobre su situación en poblado o en urba-

una previa autorización administrativa (arts. 18 de la Ley y 22 del Reglamento) (57 bis); 2) La adquisición de solares considerados como inmuebles urbanos conforme a la Ley del Suelo y Ordenación Urbana. 3) La adquisición de más de tres viviendas en un mismo inmueble.

En general, y para ambos casos de inversiones por extranjeros, o residentes españoles en el extranjero, se dispone que no podrá otorgarse la correspondiente escritura de compraventa ni inscribirse en el Registro de la Propiedad sin que el interesado presente una certificación bancaria, expedida por una entidad que ejerza funciones delegadas del Banco de España, en la que consten los datos de la efectividad de la aportación, así como que ésta se destina a la finalidad de compra de inmuebles (art. 20 del Reglamento).

Por último, en ambos casos, la inscripción en el Registro de la Propiedad será constitutiva para los actos y contratos (58) a que se refiere el número 1 de los artículos 18 de la Ley y 22 del Reglamento y no tendrá eficacia alguna mientras no queden debidamente inscritos (59).

7. EL AMBITO DE LAS INVERSIONES REGIDAS POR SU LEGISLACION ESPECIAL

Otro ámbito es el de las inversiones extranjeras en actividades específicas, que resulta remitido por la nueva legislación a su normativa concreta, sin perjuicio de lo ahora dispuesto en todo aquello no regulado por tal actividad específica. Los inversores extranjeros requerirán autorización administrativa previa cuando pretendan realizar inversiones en las empresas o sociedades de sectores especialmente regulados, tal como se dispone por los artículos 29 de la Ley y 40 del Reglamento y las "Disposiciones Finales".

nización, v. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 septiembre 1972.

(57 bis) Sobre la documentación que debe acompañarse a las solicitudes de autorización, v. la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 de enero 1975, cfr. «B. O. E.», 31 enero 1975, p. 2128.

(58) La Orden de 21 agosto 1962 aclaraba consultas acerca del alcance del art. 5 del Decreto-Ley de 22 marzo 1962, sobre adquisición del dominio y demás derechos reales por extranjeros, cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Contratos translativos del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles otorgados en España por personas naturales o jurídicas extranjeras*, en «Revista de Derecho Privado» (febrero, 1969), p. 84 ss.

(59) Ya la Ley de 13 de mayo de 1960 estableció la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos que atribuyesen a los extranjeros el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles, cfr. TAULET, *Los extranjeros y la inscripción obligatoria*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 388-389 (1960), p. 703 ss.; CUADRADO COMAS, *El Registro de la Propiedad y la defensa nacional*, en «Revista de Derecho Español y Americano», 23 (1960), p. 235 ss.

Este ámbito de inversiones se concreta respecto a las empresas siguientes:

- a) Las empresas de prestación de servicios públicos (60).
- b) Las empresas que explotan o posean estudios, laboratorios o, en general, para la producción cinematográfica en España, así como las dedicadas a producciones de esta índole, al doblaje o a actividades análogas (61).
- c) Las empresas explotadoras de emisoras locales de radiodifusión (62).
- d) Las empresas periodísticas (63).
- e) Las agencias informativas (64).
- f) Las empresas editoriales (65).
- g) Las empresas mineras (66).
- h) Las empresas dedicadas a la investigación y explotación de hidrocarburos (67).
- i) Las empresas bancarias (68).

(60) Ley 8 abril 1965 sobre contratos del Estado. El Reglamento general de contratación del Estado (Decreto 28 diciembre 1967). Sobre normas para clasificar contratistas del Estado (Orden 28 marzo 1968). Se reforma por Ley de 17 marzo 1973, cfr. LARUMBE, *Comentarios a la reforma del texto articulado de 8 de abril de 1965 de contratos del Estado por Ley 5/1973, de 17 de marzo*, en «Revista de Administración Pública», 72 (1973), p. 327 ss.

(61) Este sector viene regulado concretamente por el Decreto-Ley de 25 enero 1946 que no admitió inversiones de capital extranjero, pues, las acciones de las empresas cinematográficas debían de ser nominativas e intransferibles a extranjeros (art. 2); no obstante, por razones de reciprocidad, o alta conveniencia nacional, y previa deliberación del Consejo de Ministros, se han podido superar las restricciones (art. 5). En el caso de «coproducciones» cinematográficas, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 23 abril 1964 establece normas particulares, cfr. SALAZAR LÓPEZ, *Diccionario legislativo de cinematografía y teatro*. Madrid, 1966.

(62) Decreto de 9 julio 1954, sobre transferencia de concesiones de emisoras locales de radiodifusión.

(63) La Ley de Prensa e Imprenta de 18 marzo 1966 (art. 17).

(64) Ley de Prensa e Imprenta, cit.

(65) Ley de Prensa e Imprenta, cit. (art. 50).

(66) Sobre la participación de capital extranjero en minería, el Decreto 4.111, de 10 diciembre 1964, cfr. SARAVIA, *Las inversiones extranjeras en las empresas mineras y de hidrocarburos en particular*. Madrid, 1960; QUEVEDO VEGA, *Derecho español de minas*. Madrid, 1964. p. 1018; TORDESILLAS, *El Derecho minero y las inversiones extranjeras (minas, canteras, hidrocarburos)*. Madrid, 1965; GUAITA, *Derecho administrativo especial: aguas, montes, minas*. Zaragoza, 1970.

(67) La Ley de Hidrocarburos de 26 diciembre 1958 y su Reglamento (Decreto 977 de 12 junio 1959), se caracteriza por la libertad de inversión de capital extranjero (art. 7), cfr. SARAVIA, *op. cit., passim*; TORDESILLAS, *op. cit. passim*; LUCAS FERNÁNDEZ, *La contratación por extranjeros en España*, 2.^a ed. Madrid, 1970, p. 250. Para la explotación de estaciones de servicio o surtidores de venta de productos petrolíferos, se necesita autorización previa del Gobierno (Orden de 30 noviembre 1963) (art. 23). Sobre los requisitos para la explotación de hidrocarburos (Ley de 27 junio 1974).

(68) Para los Bancos industriales y de negocios, la Orden de 21 mayo 1963 prevé la posibilidad de una inversión de capital extranjero que alcance hasta un 50 por 100 (art. 3). Para la creación de nuevos Bancos, la inversión no podrá exceder del 15 por 100 del capital social (art. 1, apartado e), según el Decreto 63 de 13 enero 1972, cfr. VICENTE-ARCHE, *El desarrollo de la reforma bancaria y credi-*

- j) Las empresas de seguros (69).
- k) Las empresas dedicadas al refino de petróleo (70).
- l) Las sociedades que tengan por objeto el transporte aéreo (71).
- m) Las empresas navieras (72).
- n) Las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas a extranjeros y sociedades extranjeras (73).
 - k) Las sociedades contratistas de obras, servicios y suministros con el Estado u otros organismos autónomos (74).

Aunque falte una referencia concreta tanto en la Ley como en el Reglamento, también se rigen por normas especiales las inversiones extranjeras que traten de participar en sociedades españolas que constituyan empresas farmacéuticas (75) (Orden de 28 octubre 1967).

ticia, en «Revista de Derecho Mercantil», 91 (1964), p. 149 ss.; ABELLA, *Régimen de sucursales de Bancos Industriales y de Negocios*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», 99 (1972), p. 517 ss.

(69) Cfr. CABALLERO, *Inversiones extranjeras en materia de seguros y reaseguros*. Madrid, 1960; DEL CANO, *Derecho español de seguros*. Madrid, 1971.

(70) En particular la Ley de 26 diciembre 1958 y Reglamento (Decreto 12 junio 1959); en general, el Decreto de 23 diciembre 1966. Sobre la adquisición por extranjeros de valores correspondientes a empresas españolas petrolíferas, Orden de 15 marzo 1962; para las transferencias al exterior de capitales y dividendos producto de las inversiones en estas empresas, Decreto de 17 mayo 1962, cfr. DE LIS, *Legislación petrolífera española*. Salamanca, 1966.

(71) La participación de capital extranjero en las empresas aéreas tan sólo puede alcanzar el 25 por 100, cuando se trate de concesionarios de un servicio regular aéreo (arts. 74 y 80 de la Ley de Navegación Aérea de 21 julio 1960); este porcentaje se puede superar por autorización del Gobierno (art. 91), cfr. INSTITUTO «FRANCISCO DE VITORIA»: *Comentario a la Ley española de navegación aérea*. Madrid, 1962; BONET CORREA, *La responsabilidad en el Derecho aéreo*. Madrid, 1963; BRAVO NAVARRO, *La empresa de navegación aérea y su régimen jurídico*. Madrid, 1972.

(72) La participación de capital extranjero en las empresas navieras españolas se regula por el Decreto 390 de 10 febrero 1966, pudiendo alcanzar hasta el 40 por 100 del capital social; para aumentar este porcentaje se necesita autorización del Consejo de Ministros.

(73) Decreto 672 de 17 marzo 1966 por el que se regulan las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas a extranjeros y sociedades extranjeras en relación con el Decreto-ley 16 de 1959, cfr. MARTÍN-RETORTILLO, *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en «Revista de Administración Pública», 44 (1964), p. 25 ss. y *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*. Madrid, 1966; CARMONA, *Manual de aguas. Legislación, jurisprudencia y doctrina*. Madrid, 1966; ALVAREZ RICO, *Las concesiones de aguas públicas superficiales*. Madrid, 1970.

(74) Decreto 3.740 de 16 de diciembre 1965 que regula la participación de empresas extranjeras en la contratación de obras del Estado y Organismos Autónomos. Respecto a las cláusulas generales para la construcción y explotación de autopistas el Decreto de 25 enero 1973; para las autopistas de peaje y sus sistema de financiación exterior, el Decreto de 15 febrero 1973.

(75) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Efectos de la autorización de farmacia*, en «Revista de Administración Pública», 48 (1965), p. 191 ss.; ROLDÁN, *Algunos aspectos de la industria farmacéutica en España*, en «Revista del Trabajo», 14 (1966), p. 321 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Registro de especialidades farmacéuticas*, en «Revista de Administración Pública», 60 (1969), p. 9 ss.; MULLERAT, *Los productos farmacéuticos y su patentabilidad*, en «Revista de Derecho Privado» (abril, 1970), página 344 ss.

8. MODALIDADES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

La nueva Ley y Reglamento han previsto con la mayor precisión y amplitud que el anterior ordenamiento (76), las modalidades de inversión que pueden llevar a cabo las personas físicas y jurídicas extranjeras, o las españolas residentes en el extranjero. En el artículo 2 de la Ley y del Reglamento, se dice que las inversiones extranjeras podrán realizarse: *a) Mediante aportación dineraria exterior en los supuestos y formas que reglamentariamente se determinen; b) Aportando directamente a una empresa equipo capital de origen extranjero; c) Aportando directamente a una empresa asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación extranjeras; d) Con cualquier otro medio, previa autorización administrativa.*

Las inversiones extranjeras, asimismo, podrán realizarse mediante la utilización o aportación de capitales interiores, cuyo valor tenga la consideración de "pesetas interiores" o de pesetas ordinarias.

A) En cuanto a la aportación dineraria exterior, el Reglamento vigente (art. 2, apartado 1.1) dice que "se considerará aportación dineraria exterior la que se efectúe con los siguientes medios: *a) Contravalo en pesetas de divisas convertibles admitidas a cotización en el mercado español; b) Pesetas procedentes de saldos de cuentas extranjeras en pesetas convertibles; c) Cualquier otro supuesto que la reglamentación sobre transacciones y transferencias con el exterior lo permita".*

La aportación dineraria exterior comprende particularmente las "divisas convertibles" y no todas las divisas extranjeras, como imprecisamente manifestaba la reglamentación anterior. Las divisas convertibles habrán de justificarse mediante certificación bancaria acreditativa de haber ingresado en la cuenta corriente de la persona o empresa que recibe la inversión (77).

En cuanto a las "pesetas convertibles" son las que se originan de los saldos de cuentas extranjeras, según lo considerado por el Decreto 1.146 de 15 de julio de 1961 y la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, las cuales pueden ser mantenidas en cuentas bancarias (Circular número 283, del IEME, de 8 de marzo de 1972 y Orden de 16 de marzo de 1973) (78).

B) Cuando la aportación extranjera consista en la aportación de

(76) El Decreto-Ley de 1959 hablaba tan solo de «capitales en moneda extranjera». El Decreto 2.320, de 24 diciembre 1959 ya señalaba como aportaciones de capital extranjero las «divisas», el «equipo-capital», las «pesetas transferibles» y las «pesetas convertibles», la «asistencia técnica», las patentes y las licencias de fabricación.

(77) Orden 25 agosto 1959.

(78) Dentro de nuestro sistema de control de cambios, la Resolución del IEME de 19 de julio de 1961, fundamentalmente, establece y clasifica las cuentas bancarias extranjeras, así como las formas en que las mismas pueden ser movilizadas por la Banca delegada, que son: cuentas extranjeras en «pesetas convertibles» y cuentas extranjeras en «pesetas interiores», cfr. GIL MENDOZA, *Cuentas extranjeras y transferencias: precisión de conceptos*, en «Revista de Derecho Notarial», LV (1967), p. 205 ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero*, en «Revista de Derecho Privado» (octubre, 1973), p. 807 ss.

“equipo capital”, se recoge la experiencia pasada (79) y ahora el Reglamento, en su artículo 2, apartado 1.2, concreta, respecto a la valoración del equipo capital de origen extranjero que habrá de ser empleado por la propia empresa será, como máximo, la que se fije a efectos del pago de derechos arancelarios; su importación habrá de ser autorizada por los organismos competentes. La doctrina ha tratado de otras cuestiones y denunciado abusos o fraudes, como cuando se trata de equipo capital usado, deficiente o inadecuado, denunciando la necesidad de un control real (80).

C) En cuanto a la aportación de “asistencia técnica” (81), patentes (82) y licencias de fabricación extranjeras (83), el Reglamento

(79) Las Resoluciones del IEME de 12 enero 1965 y 30 noviembre 1968 (Norma 38) que ya establecieron normas para la valoración, cfr. VÁZQUEZ RICHART, *Valoración de las aportaciones no dinerarias*, en «Técnica Contable», 131 (noviembre, 1959); BADÍA LABAL, *El origen extranacional de los bienes aportados como factor determinante de la extranjería de la inversión directa*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1 (1971), p. 151 ss.

(80) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Ventajas e inconvenientes de las inversiones extranjeras en sociedades españolas*, en «Revista de Derecho Notarial», LXX (1971), p. 7 ss.

(81) Sobre los contratos de cooperación técnica, el Decreto de 25 febrero 1965 y 18 diciembre 1965. En la doctrina, cfr. OCDE: *L'assistance thécnique et le développement économique de l'Espagne*. París, 1968; FERNÁNDEZ PELÁEZ, *Dictamen sobre aportación de asistencia técnica a sociedad anónima*, en «Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto» XVIII-39/41 (1963), p. 304 ss.; BERMEJO, *Problemática de la asistencia técnica*, en «Economía Industrial», 37 (1967), p. 46 ss.; DE JUAN, *Problemas de asistencia técnica*, en «Documentación Administrativa», 113 (1967), p. 139 ss.; BENÍTEZ, *Régimen fiscal de los convenios de asistencia técnica*. Madrid, 1969; FERNÁNDEZ CANTOS, *El capital extranjero en España, cánones por asistencia técnica y necesidades de nuestra investigación científica*, en «Boletín de las Cortes Españolas», núm. 1.069, del 17 octubre 1969, página 26191; FRANZREB, *Registrierungspflicht für Schutzrechts- und Technologie-Verträge in Spanien*, en «Die Wirtschaftsprüfung», 23 (1973), pp. 623 ss.

(82) Cfr. LLADÓ, *Patentes, Royalties, Know-How*, en «Coloquios sobre investigación (Patronato «Juan de la Cierva»). Madrid, 1969, p. 61; BERCOBITZ, *Los requisitos positivos de la patentabilidad en el Derecho alemán, con una referencia final al Derecho español*. Madrid, 1969; MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA: *Estudio sobre la transferencia de tecnología hacia los países en vías de desarrollo de la OCDE (Nota sobre las reuniones y entrevistas con ocasión de la misión en España del funcionario de la OCDE, Mr. François Chesnais)*. Madrid, 1969; FERNÁNDEZ NOVOA, *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*. Madrid, 1970; MULLERAT, *Los productos farmacéuticos y su patentabilidad*, en «Revista de Derecho Privado» (abril, 1970), p. 344 ss., y *La obligación de reseñar el nombre del autor junto a las marcas distintivas de productos químicos, farmacéuticos y análogos*, en «Revista de Derecho Privado» (septiembre, 1971), p. 821 ss.; OLMO, *Cooperación técnica y financiera* (X Sesión Plenaria del Comité Hispano-Mexicano de Hombres de Negocio en Monterrey). Madrid, 1971; ASOCIACIÓN PARA EL PROGRESO DE LA DIRECCIÓN: *Varios, Investigación, ingeniería y patentes en España*. Madrid, 1972; PELLA, *Los contratos de licencia de explotación de patentes y los «royalties». Estudio del problema en sus aspectos industrial, económico y jurídico*. Barcelona, 1972; AGUILAR, *Estudio práctico del contrato internacional de asistencia técnica*. Madrid, 1972; DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Gewerblicher Rechtschutz in Spanien*. Madrid, 1974; GÓMEZ, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Madrid, 1974.

(83) Cfr. FRÜHBECK, *Neue spanische Gesetzgebung über Lizenzverträge mit Ausland*, en «Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters», 12 (1973), p. 680 ss.

(art. 2, apartado 1.3) dispone que habrá de hacerse previa la autorización de sus contratos y su valoración por los organismos competentes.

D) Las inversiones extranjeras también podrán realizarse, según el Reglamento (art. 2, apartado 2) mediante la utilización o aportación de capitales interiores, cuyo valor tenga la consideración de "pesetas interiores" o de pesetas ordinarias (83 bis). A estos efectos, las personas jurídicas extranjeras, con exclusión de sus establecimientos en España, y las personas físicas no residentes, españolas o extranjeras, podrán utilizar los saldos de sus cuentas extranjeras de "pesetas interiores", previa autorización administrativa. Las personas físicas extranjeras, residentes en España, podrán utilizar con el mismo fin sus fondos en pesetas ordinarias.

9. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS

En cuanto a los derechos y obligaciones de los inversores extranjeros hay que destacar en la nueva normativa el sentido de liberalidad y su precisión en cuanto al retorno del capital, intereses, ganancias, dividendos, plusvalías y demás beneficios obtenidos, tan sólo con los condicionamientos universalmente reconocidos por otras progresivas legislaciones de inversiones de capitales extranjeros.

Por tanto, en principio, nada se opone a una desinversión si se han cumplido los requisitos correspondientes a su realización veraz. No obstante, habrán de cumplirse las obligaciones siguientes: a) Declarar la inversión en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio; b) Haber desembolsado o pagado la totalidad del capital o precio invertido; c) Estar al corriente y efectuado el pago de los impuestos fiscales (84), y d) Pedir autorización en caso de sucesión testada e intestada, donación por causa de muerte o actos de naturaleza análoga.

En cuanto a la declaración de la inversión extranjera, los artículos 22 de la Ley y 28 del Reglamento establecen que están obligados a declarar las inversiones extranjeras y su liquidación para su inscripción en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio: a) Los titulares de la inversión extranjera; b) Los fedatarios que intervengan en alguno de los actos referentes a las mismas; c) Las

DEUTSCHE HANDELSKAMMER FÜR SPANIEN: *Lizenz- und Know-How-Verträge mit spanischen Firmen*, 7.^a ed. Madrid, 1974; *Lizenzverträge mit spanischen Firmen*, en «Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Regensburg», 29-7 (1974), p. 210; NEUSEELAND, *Neues Investmentgesetz-Büro für ausländische Investitionen Lizenzverträge*, Köln, 1974.

(83 bis) Sobre la utilización de saldos de cuentas extranjeras de pesetas interiores para la realización de inversiones, v. la Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 23 enero 1975, que da normas concretas, cfr. «B. O. E.», 31 enero 1975, p. 2127.

(84) Sobre consultas vinculantes en materia tributaria acerca de inversión de capitales extranjeros en empresas españolas, v. Decreto 3 diciembre 1971.

entidades bancarias en las que se domiciliarán los expedientes de cobros y pagos exteriores derivados de la inversión extranjera y a través de las cuales se efectuarán las correspondientes operaciones.

Según el Reglamento (art. 28, apartado 2), quedan excluidas de la obligación mencionada las inversiones efectuadas conforme a las formas previstas en el número 4 del artículo 3 de este Reglamento o las que, efectuadas en pesetas ordinarias, determine la Dirección General de Transacciones Exteriores (84 bis). La Resolución de 20 de diciembre de 1974 autoriza con carácter general a las personas físicas extranjeras, residentes en España, el poder destinar fondos en pesetas ordinarias para una actividad empresarial en nombre propio, eximiéndolas de realizar la declaración establecida. La dirección General de Transacciones Exteriores regulará el procedimiento y establecerá los correspondientes impresos normalizados para efectuar la declaración (84 ter).

El derecho de transferir al exterior, reconocido en este Reglamento a los titulares de inversiones extranjeras nacerá a partir de que hayan sido declaradas en debida forma para su inscripción en el Registro.

Además, los inversores extranjeros documentarán sus actos de inversión en documento autorizado por fedatario público español (85). Dichos fedatarios públicos, así como los registradores de la propiedad, con carácter previo al ejercicio de las funciones y atribuciones que les confiere la legislación vigente, deberán requerir a los particulares para que exhiban los documentos que acrediten haber obtenido las autorizaciones exigidas por la legislación de inversiones extranjeras en España.

Las sucesivas transmisiones de los títulos efectuadas en el extranjero, entre no residentes, con pago en divisas, requerirán la intervención de fedatario español, si el nuevo adquirente desea que los títulos aparezcan inscritos a su nombre en el Registro de Inversiones (art. 29 del Reglamento).

Otras obligaciones, según el artículo 30 del Reglamento, son las respectivas a los cobros y pagos derivados de la inversión extranjera,

(84 bis) La Resolución de 20 de diciembre de 1974 autoriza con carácter general a las personas físicas extranjeras residentes en España el poder destinar fondos en pesetas ordinarias para una actividad empresarial en nombre propio, eximiéndolas de realizar declaración.

(84 tres) La Resolución de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 25 enero 1975 regula el procedimiento de declaración de las inversiones extranjeras con los modelos normalizados a cumplimentar, cfr. «B. O. E.», 31 enero 1975, p. 2131.

(85) Cuando el extranjero no conoce el idioma español, cfr. PUIG SALELLAS, *Lectura a extranjeros: el concepto de «intérprete oficial» del art. 150 del Reglamento Notarial*, en «Revista de Derecho Notarial», XLIV (abril-junio, 1964), p. 164 ss. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 octubre 1965 también resuelve quiénes ostentan la calidad de intérprete oficial para realizar la traducción. Sobre la traducción de las escrituras públicas a idioma extranjero, cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1973*, en «Anuario de Derecho Civil», XXVI-4 (1973), p. 1260 ss.

que se domiciliarán en una entidad bancaria delegada, a elección del titular, a través de la cual se realizarán todas las operaciones exteriores relacionadas con dicha inversión. En tanto los títulos permanezcan en España, el titular de la inversión podrá disponer en todo momento del cambio de entidad bancaria en que estén domiciliados los cobros y los pagos derivados de la inversión, comunicándolo al Registro de Inversiones.

10. EL PROCEDIMIENTO Y LAS COMPETENCIAS EN LA INVERSIÓN DE CAPITALES EXTRANJEROS

La nueva normativa española establece su cuadro de competencias mediante cuatro escalones jerárquicos para el ámbito de las inversiones extranjeras, siendo competentes: *a) El Consejo de Ministros; b) El Ministerio de Comercio; c) La Dirección General de Transacciones Exteriores; d) La Junta de Inversiones Exteriores.*

El procedimiento de tramitación para los supuestos que requieren autorización administrativa previa, dice el artículo 27 de la Ley, será el establecido en disposiciones reglamentarias.

a) En cuanto al Consejo de Ministros, los artículos 25 de la Ley y 33 del Reglamento, le conceden las atribuciones siguientes: 1. Autorizar las inversiones extranjeras cuando la participación extranjera excede del 50 por 100 del capital de la sociedad española; 2. Autorizar las inversiones de sociedades españolas con participación extranjera en otras sociedades españolas cuando dicha inversión supere el 50 por 100 del capital de las mismas, según el cómputo efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo séptimo; 3. Autorizar las inversiones extranjeras cualquiera que sea su porcentaje, cuando así lo disponga expresamente la legislación específica aplicable; 4. Autorizar con carácter general las inversiones extranjeras, por encima del límite del 50 por 100, en las sociedades que se dediquen a determinados tipos de actividad; 5. Autorizar, en su caso, la modificación del objeto social, el aumento de capital o incremento del porcentaje de participación extranjera, siempre que la inversión extranjera hubiera exigido autorización administrativa del Consejo de Ministros; 6. Autorizar la modificación de las condiciones impuestas en su caso a la inversión extranjera por autorización administrativa del propio Consejo de Ministros, 7. Autorizar las inversiones extranjeras cuando pretendan realizarse en empresas de prestación de servicios públicos, siempre que la inversión extranjera supere el 25 por 100 del capital de la empresa; 8. Autorizar la transmisión por actos "inter vivos" del dominio, o la constitución o cesión de derechos reales, a favor de extranjeros, de inmuebles de naturaleza rústica sitos en el territorio nacional, cuya extensión sea superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano (86); 9. En general,

(86) Para estos casos, la solicitud de autorización del Consejo de Ministros se presentará ante la Dirección General de Transacciones Exteriores. Dicho centro,

cuantas competencias le vengan atribuidas por la Ley de Inversiones Extranjeras y disposiciones complementarias.

b) Al Ministerio de Comercio, según los artículos 26 de la Ley y 34 del Reglamento, le corresponden aquellas competencias no asignadas al Consejo de Ministros, a no ser que estuviesen expresamente atribuidas a otros Departamentos ministeriales. Compete, pues, al Ministerio de Comercio: 1. Elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, las disposiciones reglamentarias en materia de inversiones extranjeras; 2. Aprobar las disposiciones sobre inversiones extranjeras en España en el ámbito de su competencia; 3. Elevar al Consejo de Ministros propuestas en relación con las competencias que le atribuye el artículo anterior; 4. Notificar a los interesados las resoluciones del Consejo de Ministros en los expedientes de inversiones extranjeras; 5. Resolver los recursos administrativos, cuya competencia corresponda en materia de inversiones extranjeras; 6. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre inversiones; 7. Cualesquiera otras competencias que le encomiende el Consejo de Ministros, en relación con las inversiones extranjeras en España y las que tenga atribuidas por la legislación vigente.

c) A la Dirección General de Transacciones Exteriores, según el artículo 35 del Reglamento, le compete: 1. Autorizar la utilización para efectuar inversiones extranjeras de cualquier otro medio de pago, según lo prevenido en el apartado d), número 1 del artículo 2 del presente Reglamento, así como de los saldos de las cuentas extranjeras de pesetas interiores; 2. Autorizar las inversiones extranjeras destinadas a la creación, funcionamiento y operaciones en España de establecimientos o sucursales de sociedades extranjeras o actividades empresariales que realicen personas físicas no residentes; 3. Autorizar la apertura de créditos en pesetas a residentes en el extranjero o a residentes en España por cuenta o con garantía de residentes en el extranjero; 4. Autorizar las inversiones en el extranjero que pretendan realizarse mediante la formalización de contratos de cuentas en participación o a través de formas no previstas en este Reglamento; 5. Informar las solicitudes de acceso al crédito exterior de las sociedades españolas con participación extranjera; 6. Autorizar la transmisión de la titularidad de alguna de las inversiones previstas en el artículo 3 de este Reglamento, cuando dicha titularidad haya sido adquirida conforme a lo previsto en la disposición adicional cuarta; 7. Tramitar los expedientes sobre inversiones extranjeras en España; 8. Asumir la Secretaría de la Junta de Inversiones Exteriores; 9. Cualesquiera otras competencias que le encomiende el ministro de Comercio en relación con las inversiones extranjeras en España y las que le confiere la legislación vigente.

recabará los informes de los Ministros de Justicia y Agricultura y los que se estimen necesarios por razón de las cuestiones planteadas y formulará la correspondiente propuesta para su elevación por el Ministerio de Comercio al Consejo de Ministros (art. 38 del Reglamento).

d) A la "Junta de Inversiones Exteriores" le compete, según el artículo 36 del Reglamento: 1. Formular las oportunas propuestas en los expedientes que hayan de ser sometidos al Consejo de Ministros; 2. Informar en los expedientes de declaración de "interés turístico nacional"; 3. Informar aquellos asuntos que, sobre inversiones extranjeras en España, le sean sometidos; 4. Cualesquiera otras atribuciones que le sean encomendadas por la legislación vigente.

Los actos administrativos dictados en aplicación de la Ley y del Reglamento podrían ser objeto de los recursos pertinentes, incluso el contencioso administrativo (87), de conformidad con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción.

Este conjunto de preceptos que regulan los ámbitos de las competencias de los diversos escalones de la Administración económica del Estado han ganado en concreción y detalle respecto a la anterior normativa, donde no existían, proveyéndose ahora los cauces procesales para aquellas situaciones y relaciones conflictivas, que también tienen una imagen ante el Derecho internacional privado, según ha demostrado la experiencia.

No obstante, estas normas, cuantitativa y cualitativamente, aún son lo suficientemente protecciónistas, discrecionales y un tanto complejas en sus varios escalones de trámite, por lo demás, conformes con nuestra manera centralizada de llevar la economía, ante la falta de entidades institucionales en el sector.

11. LA CUESTION DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS Y NEGOCIOS DE INVERSION EXTRANJERA

Dado que nuestro régimen jurídico de las inversiones de capital extranjero queda encuadrado dentro de dos ámbitos perfectamente delimitados, uno facultativo y otro dispositivo, si bien en este último abarca un número de actos más amplio y de relaciones jurídicas privadas, civiles y mercantiles, la nueva normativa, aunque implicada dentro de la administración económica del Estado, se declara de derecho sustantivo, debido a los efectos constitutivos registrales que im-

(87) V. La Ley de 27 diciembre 1956 que lo regula, cfr. ARANZADI, *Procedimiento administrativo general*. Pamplona, 1965; QUINTANA, TRUJILLO y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*. Madrid, 1965; MARTÍN RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, en «Estudios de Derecho Público y Privado», II (Valladolid, 1966), p. 255 ss.; GARRIDO FALLA, *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España*, en «Revista de Administración Pública», 55 (1968), p. 65 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La experiencia española de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 481 (1970), p. 1349; CARRETERO, *El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo*, en «Revista de Administración Pública», 65 (1971), p. 99 ss.; PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, reformada en 17 de marzo de 1973*. 3.^a ed. Barcelona, 1974.

plica su actividad negocial (arts. 18, apartado 2 y 23 de la Ley y 22, apartado 2, 29, 30 y 31 del Reglamento).

Por tanto, se declara que, de conformidad con lo establecido en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 del Título Preliminar del Código civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a esta Ley y al Reglamento y los realizados en fraude del mismo (Disposición Final, Segunda, de la Ley y del Reglamento).

Con esta norma, el legislador da un paso más, al reforzar las disponibilidades de la administración económica del Estado, sustituyendo meros requisitos de control y forma, como son el obtener una autorización previa o el tener que hacer una inscripción, elevándolos a propuestos sustantivos en las relaciones jurídicas.

Con la declaración de nulidad de los actos realizados por los inversores que sean contrarios a lo dispuesto en la nueva normativa, se viene a dirimir la cuestión ya planteada por la doctrina (88) respecto a la naturaleza y efectos jurídicos de las autorizaciones administrativas, tratados como fundamentales, o ya meramente adjetivos, tal como la jurisprudencia había apreciado, al considerar que, el no haber contado con dicha autorización, no se sancionaba con la nulidad de pleno derecho el negocio civil celebrado, puesto que sólo se exigía como "un medio de vigilancia" (Sentencia de 8 de abril 1958) (89), ya que las violaciones de los artículos del Código civil no pueden fundarse en las disposiciones del poder ejecutivo, como las de moneda extranjera y, en modo alguno pueden afectar a la eficacia jurídica y cumplimiento de dicho contrato (Sentencia de 3 julio 1936); también, que la autorización administrativa no produce la nulidad del convenio, sino, en todo caso, la carencia de efectos supeditados a la autorización (Sentencia de 11 febrero de 1961), o que, la autorización no es más que un requisito complementario que no afecta a la perfección del contrato, sino a la consumación (Sentencia de 7 de junio de 1966).

Ahora, con la nueva normativa para las inversiones de capital extranjero, el requisito de la "autorización previa" deviene un elemento más y esencial del negocio jurídico que la implica y que lleva a cabo el inversor, dependiendo de su obtención la validez y eficacia del mismo.

Es más, ahora el "deber de comunicar" al Ministerio de Comercio por las personas físicas y jurídicas extranjeras que tienen sucursales y se encuentran operando en España sin autorización administrativa, respecto a los datos que se refieren a su actividad, también, si no se lleva a cabo, supondrá un acto contrario a lo dispuesto en

(88) V. mi estudio: *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en «Anuario de Derecho Civil», XIII-1 (1960), p. 262 ss., y *El control de cambios y las obligaciones dinerarias*. Roma-Madrid, 1967; MANZANEDO, *El comercio exterior y el ordenamiento administrativo español*. Madrid, 1968; BONET CORREA, *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en «Anuario de Derecho Civil», XXIV-1 (1971), p. 149 ss.

(89) V. ARANZADI, *Repertorio de jurisprudencia*, II (1958), núm. marg. 1467.

la Ley (Disposición Transitoria, Segunda, de la Ley y del Reglamento).

Por la misma razón, serán nulos todos aquellos actos de quienes deban declarar las inversiones extranjeras, o su liquidación, y no hagan la "inscripción" en el Registro de Inversiones del Ministerio de Comercio (ar's. 22 de la Ley y 28 del Reglamento) (89 bis).

Y ya dentro del ámbito puramente civil de las inversiones, se añade el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando se trate de actos y contratos referentes a inmuebles de naturaleza rústica, cuya extensión sea superior a cuatro hectáreas de regadío o a veinte de secano, o los de cabida inferior, que, con los pertenecientes a quienes pretendan adquirirlos, completen extensiones superiores; además de la previa autorización para poder ser transmitidos por compra, permuta, licitación pública o privada, donación y, en general, cesión por cualquier acto "inter vivos", habrán de ser debidamente inscritos, pues, de lo contrario, no tendrán eficacia alguna (art. 18 de la Ley y 22 del Reglamento).

Por último, la consideración que hace la nueva normativa en cuanto a los actos realizados en fraude a ella viene a concretar una de las modalidades derivadas de una época excesivamente recargada por el legalismo y amparada en el formalismo de las relaciones negociales privadas. El fraude a las normas sustantivas o reglamentarias es un mal frecuente en nuestra época, combatido desde sus orígenes por la jurisprudencia, sensibilizada por las cuestiones de fondo y de justicia intrínseca, tanto como la de forma. Por eso, dentro del ámbito de las relaciones patrimoniales, nuestro Tribunal Supremo pudo puntualizar que era nulo el pago de una deuda en moneda extranjera, cuando "se demuestre que lo convenido tuvo por única finalidad la de que el pago se efectuase en forma prohibida, sustrayendo fraudulentamente disponibilidades monetarias con el consiguiente daño para la economía nacional" (Sentencia de 6 de abril de 1963).

En estas últimas décadas, viene siendo muy frecuente que los deudores de moneda extranjera acudan a amparar su impago tanto en la imposibilidad de las prohibiciones, como en la omisión de las formalidades requeridas por la Administración económica respecto de sus actos y negocios celebrados (SS. 3 octubre 1957, 8 abril 1958, 8 junio 1963 y 20 junio 1969).

También el ámbito de las inversiones extranjeras se presenta propicio para ciertos abusos y fraudes a través de grupos político-económicos (90), o bien de grandes empresarios sin escrúpulos, ampara-

(89 bis) Ya se ha dicho que esta «terrible medida» no tendrá la eficacia prevista, cfr. *La «nueva» legislación sobre inversiones extranjeras. La puerta abierta a las multinacionales*, en contrapunto, «Revista de Economía y Empresa», 1 (1974), página 24 ss.

(90) En el caso de la empresa española S. A. C. A., exportadora de maquinaria agrícola a Cuba, se presenta un notorio abuso mediante el control adquirido a través de inversiones de capital americano, el cual logra paralizar sus exportaciones, cfr. Royo, *Liaisons dangereuses. Quand la CIA ordonne de la fermeture d'une usine en Europe*, en «La Nation Européenne», 21 (1967), p. 10 ss.

dos en sus posiciones monopolísticas, o aliados a otros grandes "trusts", a fin de imponer el propio egoísmo de su ganancia y beneficio frente a los intereses públicos de otros países, en que se sitúan, valiéndose de la simulación (91) o el fraude (92).

(91) Las sociedades «Sidro» y «Sofina», belgas, controlaban a la sociedad «Barcelona Traction» canadiense que, desde el año 1918, hizo en su mayor parte inversiones ficticias de capital extranjero en España a través de hábiles simulaciones; las «contre-lettres» que probaban sus simulaciones fueron depositadas ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya, quien no llegó a examinar el fondo del asunto, por acoger una de las excepciones preliminares puestas por el Gobierno español, cfr. MIAJA DE LA MUELA, *Aportación de la Sentencia del Tribunal de la Haya en el caso de la «Barcelona Traction» a la jurisprudencia internacional*. Valladolid, 1971; sobre el mismo caso, en «Revista Española de Derecho Internacional», XXIII-2/3 (1970), p. 202 ss.

(92) Un caso de fraude a la ley a través de inversiones extranjeras, la Sentencia de 23 septiembre 1970, cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Ventajas e inconvenientes de las inversiones extranjeras en sociedades españolas*, en «Revista de Derecho Notarial», LXX (enero-marzo, 1971), p. 14, n. 11.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

CARBONNIER (Jean): "Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho". Prólogo y traducción por Luis Díez-Picazo, de la 2.^a edición francesa, revisada y ampliada. Editorial Tecnos. Madrid, 1974. 367 páginas.

Este libro del profesor de Derecho civil, en París, Jean Carbonnier, contiene varios trabajos publicados a lo largo de los años (1949-1970) en diversas Revistas, completados ahora con algún ensayo inédito. Tienen de común su referencia a la Sociología jurídica y también que todos y cada uno de ellos están animados del espíritu original y crítico, del humor irónico que se advierte en toda la obra del autor. Aquí manifestado de modo y manera más abierta y desenfadada.

Esta obra es más para leída que para contada o resumida en una nota bibliográfica. Su mayor atractivo se encuentra en lo ingenioso e imprevisto del planteamiento de las cuestiones. El lector no debe esperar una exposición ordenada o sistemática. Ya nos advierte el autor en el mismo título del libro, de su carácter no riguroso. Lo que se puede ver también en la clasificación de su contenido. Se le divide en cuatro partes: "Derecho y no Derecho", "El gran Derecho y el pequeño Derecho", "Los tres pilares del Derecho" y Juegos de Derecho". Mas, en verdad, los "jurisludes" comienzan ya en el prefacio, y no son menos lúdicos los ensayos bajo el nombre de "Nocturno", "El sueño", "Del gay saber al saber", que la comedianta dialogada del capítulo IX, "Declaración judicial". Como en aquel regalo de Navidad que Rudolf von Jehrung hiciera a los juristas de todos los tiempos con "Jurisprudencia en broma y en serio" (1), el libro de Carbonnier reseñado podría también ostentar el lema "ridendo dicere verum".

Carbonier muestra la necesidad de que el estudio del Derecho esté bien-asentado en la sociología. ¿Qué método sociológico habrá de utilizarse para ello? Algunos de los ensayos recogidos en "Derecho flexible" están esmaltados con los datos (más o menos hipotéticos) tomados de etnógrafos, de prehistóriadores y también de psicólogos de la infancia. Pero, al tratar, "a modo de conclusión", del método sociológico a aplicar para el estudio del Derecho, propone como principal tarea la función documental. Se muestra también, prudentemente escéptico respecto a la existencia de leyes jurídico-sociológicas y sobre una posible función normativa de la sociología.

(1) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum.* Leipzig, 1884. Hay una traducción de Román Riaza, publicada en 1933, pero es incompleta, según nos advierte el mismo traductor..

Parece bien justificado el llamar la atención sobre el valor de los estudios sociológicos para el Derecho. Las normas jurídicas tienen una infraestructura social que no se debe desconocer y las reglas jurídicas a su vez operan sobre la realidad social. Importan los modos de convivir los hombres. Sus grupos y clases, el juego de las fuerzas económicas, el influjo de creencias e ideologías. Una visión realista de la sociedad, me parece, no ha de limitarse a las apariencias de lo reglado y a los datos de las encuestas. La realidad social se nos muestra ordenada, asegurada, encorsetada por leyes y tradiciones, por la autoridad de lo sucedido y repetido, pero también cambiante según modas, y desordenada por el juego de reglas y poderes encontrados. El examen sociológico habrá de escudriñar y descubrir los privilegios y poderes ocultos o semiocultos de autoridades y funcionarios estatales y no estatales (burocracias, gremios, colegios profesionales, sindicatos, grupos de presión, nacionales o supranacionales, organizados o accidentales); los que crean, permiten o fomentan cotos de caza reservados para la explotación o ganancia y que sólo pueden advertirse con el examen de lo que muestran u ocultan presupuestos, aranceles, balances, licencias, declaraciones de protección, incentivos y de exención.

En las consideraciones sobre sociología, de Carbonnier se deja en la sombra la importancia sociológica de las ideas políticas. Aunque su continuado operar se traduzca en los diversos actos sociales; las propias del autor me atrevería a decir que se adivinan cuando transcribe la emocionada plegaria de Agur: "No me des pobreza ni riqueza; concédemel pan que necesito, pues tengo miedo de que la abundancia me harte y reniegue de ti, y diga ¿quién es el Eterno?, y tengo miedo también de que por ser pobre me vea arrastrado al robo y deshonre el nombre de mi Dios" (Proverbios, XXX, 8-9).

Me permitiré todavía otra indiscreción, sugerida por la lectura del "Derecho flexible". Es evidente el valor de los estudios sociológicos para el buen conocer del Derecho; mas dicho valor no lleva consigo que se haya de predicar el uso del llamado método sociológico para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Lo que conviene advertir, porque no es raro que, siguiendo el proceder de Eugen Ehrlich, se deduzca del estudio de la Sociología la necesidad de emplear el método sociológico para la interpretación jurídica; modo de pensar que se ha podido creer confirmado observando que de una regla abstracta no es posible obtener la solución de un caso concreto; y ello con el resultado de que se piense que la realización del Derecho queda siempre al arbitrio de los jueces. A mi modo de ver, la realidad social del mundo moderno hace que los jueces, los funcionarios y, en general, todos los llamados a aplicar el Derecho se encuentren ante las exigencias de ser servidores y no señores de las reglas jurídicas; se les pide una cierta actitud de neutralidad ante los encontrados intereses en juego, y, con esto, la renuncia a sus propias creencias, simpatías e intereses personales o de clase; su cometido es colaborar en favor del respeto de las reglas de juego establecidas (2). En la dicha realidad social no se da el supuesto dilema entre una judicatura mecánica y el libre arbitrio judicial. El paso de la regla

(2) EHRLICH señala que tiene esa finalidad el método conceptual del pandectismo, *Die juristische Logik*, 2.^a ed., Tübingen, 1925, p. 289.

abstracta a lo sucedido de hecho no implica un salto en el vacío. La interpretación y la aplicación de las normas jurídicas suponen una actividad creadora, pero limitada y sin que la solución del caso tenga que quedar a resultas de lo que el juez quiera o estime mejor. Las reglas de Derecho no dan —salvo excepciones— solución “ad hoc” para cada supuesto; señalan o indican el modo de proceder para decidir las cuestiones que puedan presentarse. Establecen modos de medir conductas; mas, en general, no imparten un metro rígido, como el de madera, sino un metro adaptable, flexible, que como el de plomo o acero permite medir superficies rectas y curvas. Utilizando otra imagen, puede decirse que la regla de Derecho no establece para todos el traje único, del mismo corte y medida, ni siquiera un “prêt à porter”, sino que proporciona modelos o patrones obligatorios conforme a los que hacer trajes a la medida. Quien aplique el Derecho habrá de crear una regla para cada caso, conforme a su peculiaridad y circunstancia, pero siguiendo el modelo o directiva establecida por la regla jurídica.

Entre los estudios recogidos en “Derecho flexible” puede destacarse el titulado “La hipótesis del no-derecho”. En él se dicen verdades de a puño a legisladores y juristas. A los hombres de gobierno se les exhorta con estas palabras: “no legisléis más que temblando”, “entre dos soluciones preferid siempre la que exija menos derecho y dejé más campo de acción a las costumbres y a la moral” (p. 62). En otro estudio (“Carácteres jurídicos”) acusa al legislador de no evitar la angustia que expande a su alrededor. “Debiera pensar que toda ley, aun cuando sea excelente en su contenido, es un mal, por la perturbación que introduce en el psiquismo de sus destinatarios” (p. 306).

El psiquiatra, es cierto, ha de estudiar la angustia ambiental creada por la inseguridad y el temor originados por la amenaza de esas siempre y en ritmo “in crecendo” nuevas disposiciones, imposibles de prever y de conocer; mas también habrá de considerar el complejo que atenaza a políticos, tecnócratas y burócratas de toda especie, los que se glorian contando el número de disposiciones por ellos promulgadas; necesidad enfermiza de afirmación de su personalidad, que podría calificarse de “complejo de Napoleón”.

La llamada de atención de Carbonnier hacia el “no-derecho” puede estar justificada como reacción a la tendencia de reglamentarlo todo. La oposición entre el ámbito de lo jurídico y la esfera de lo no jurídico era bien conocida por la antigua doctrina, que individualizaba lo “indiferente jurídico” o “espacio jurídico vacío”. La amistad, el noviazgo, la gratitud, la confianza, la mera promesa, la declaración sobre la conducta futura, citadas como ejemplo, no son del todo extraños al Derecho (3). Es también una realidad social que las normas jurídicas impregnan la convivencia de los hombres modernos, sea de modo consciente o inconsciente. El ámbito de lo lícito, en el que se respeta el libre actuar de las personas, está protegido y delimitado por las normas jurídicas. Los principios generales del Derecho matizan el vivir social de modo positivo o negativo, con más o menos intensidad. Las costumi-

(3) Pueden recordarse, por ejemplo, la tacha de testigos, las causas de revocación de donaciones, la influencia de la buena y la mala fe, los vicios de la voluntad, la obligación moral, las eximentes, atenuantes y agravantes de los delitos.

bres o las leyes que se respetan espontáneamente, de las que se olvida su origen o reconocimiento estatal, regulan los más de los tratos y el tráfico normal y corriente. De modo que sería un error sociológico, de signo contrario al "panjurismo" criticado por Carbonnier, el desconocer la influencia general y discreta de lo jurídico en todo el vivir social (4). Del mismo modo que lo sería desconocer "el rechazo" social frente a las disposiciones estatales desaforadas o contrarias al sentir popular.

Carbonnier ha censurado no sólo al legislador, sino también al gremio de juristas, por su prurito de ampliar siempre más el ámbito de lo regulado jurídicamente. Me parece justa la censura, aunque incompleta. Es verdad que los juristas son cómplices del legislador en la confección de leyes innecesarias; a ellos se debe también que las Compilaciones del Derecho foral no sean el soñado vehículo para la afirmación y restauración de normas consuetudinarias y tradicionales, sino que, por el contrario, hayan sido ocasión de un "Juristenrecht" supertécnico y alejado del sentir del pueblo. He dicho también que la censura es incompleta; la merecen, en igual o mayor medida que los juristas, los burocratas de todo origen que vienen llenando las páginas del "Boletín Oficial del Estado" con una masa inmensa de disposiciones, tantas de las cuales merecen o han merecido ser recogidas por "La Codorniz".

La lectura de "Derecho flexible" me ha sido una tentación difícil de resistir, para comentarla o para a su hilo hacer disgresiones; pero creo que con lo ya dicho basta y sobra por ahora. Pienso que debo todavía señalar especialmente a la atención del lector los estudios dedicados a "La familia", "La propiedad" y "El contrato", reunidos bajo el título de "Los tres pilares del Derecho". Esta tercera parte, como todo el libro, está ilustrada por citas poco frecuentes en libros de Derecho o de Sociología; las que van de Balzac a Gide, de Marcuse a Marañón; con referencia también a textos del Talmud y de teólogos protestantes (5).

(4) Lo que se manifiesta en los dichos "tengo derecho", "no hay Derecho". El tráfico en el mercado de verduras, citado como ejemplo, es cierto que no da lugar a pleitos que lleguen al Tribunal Supremo, pero también es cierto que la infracción de las reglas que lo regulan, legales, consuetudinarias (por ejemplo, preferencia en la cola) y reglamentarias, lleva a la intervención de la policía, a los juicios de faltas y a la reacción coactiva del público.

(5) Cita así a Lutero, Calvin y Sozzini como prueba de que la Reforma no fue una teología del enriquecimiento ilimitado (p. 232, n. 4). Pero TAWNEY—al que se refiere—destaca, por el contrario, la apasionada condena de Lutero del poder del dinero y del capitalista sin conciencia que explota al campesino y al artesano (*Religion and the Rise of Capitalism*, 1448, páginas 91, 99, 105). Respecto a Calvin, dicho autor expone su doctrina de la admisión de la usura (préstamo con interés) y define cuál sea su ideal de sociedad: una sociedad que "busca la riqueza con la sobria gravedad del hombre consciente a la vez del disciplinar su propio carácter con el paciente trabajo y de consagrarse ellos mismos a un servicio aceptable a Dios" (id., página 114). Tawney, siguiendo aquí a MAX WEBER (*Die protestantische Ethik*, Arch. Socialwiss. n. Socialpol., 1904, 1905), señala el nuevo clima social debido al calvinismo, que abandona el ideal de la pobreza y el estimar la riqueza como un peligro para el alma, en favor del elogio del trabajo personal producto de riqueza; lo que lleva a valorar la riqueza como muestra del favor divino.

Me parece de justicia, antes de terminar esta nota, dar las gracias por la traducción de "Derecho flexible". Luis Díez-Picazo, a quien tanto debe la ciencia del Derecho, en la investigación y en la docencia, por segunda vez traduce un libro extranjero de Derecho. Tarea, ésta, la de traducir, modesta, poco agradecida y en general incluso poco justificada; la que aquí se explica y tiene su buena razón en que el libro de Carbonnier, como "Topica y jurisprudencia", de Theodor Viehweg, los dos traducidos por Díez-Picazo, son obras excepcionales, cuyo conocimiento se facilita o se hace asequible a un mayor número de lectores; pues sea cual fuere el juicio que cada uno haga de sus tesis, tienen la rara virtud de espolear a que nos interroguemos sobre problemas básicos del Derecho.

C. B.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARANZADI: "Legislación civil. Leyes procesales. Pamplona, 1974, 2235 páginas.

La Editorial Aranzadi ha proseguido su plan de publicaciones bajo la denominación de "Legislación civil Aranzadi". Después de haber visto la luz pública los volúmenes titulados "Código civil" y "Leyes civiles sustantivas", de las que aquí se diera oportunamente cuenta, aparece ahora el tomo dedicado a las normas procesales. En este tercer tomo se ha mantenido la estructura y formato de los anteriores y con sus mismas características.

Se recoge en primer lugar el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, a continuación, se transcriben por orden cronológico las disposiciones que en todo o en parte se consideran de mayor importancia en materia adjetiva o procesal. Se completa esta labor con una lista de disposiciones de valor complementario, ordenada alfabéticamente.

Como en los volúmenes anteriores, la obra se avalora con abundantes notas, con citas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, referidas al Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Ellas se hacen, en especial, respecto al articulado de la Ley Ritiaria Civil y al de la Ley sobre Arbitrajes privados de 22 diciembre 1953.

La distinción hecha en la obra reseñada entre disposiciones transcritas y disposiciones complementarias, meramente citadas, ha debido ofrecer serias dificultades a los recopiladores. Así, no se explica bien que el llamado Decreto de extranjería sea citado meramente en la "Relación de disposiciones complementarias", dada su continuada importancia.

Tres índices completan el libro: índice cronológico, índice de disposiciones complementarias no recogidas en el tomo, con referencia al Repertorio de Legislación Aranzadi, e índice alfabético de conceptos, referido a las 340 disposiciones recogidas en el volumen.

R.

BALDO DEL CASTAÑO (Vicente): "Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías". Prólogo de Luis Díez-Picazo. Editorial Tecnos. Madrid, 1974, 280 páginas.

La legislación de las ventas a plazos es un ejemplo claro de las normas ocasionales, aquí impuestas por las exigencias de las industrias que se dicen necesitadas de expansión. Poder de los intereses económicos que hace olvidar al legislador los criterios de la buena técnica jurídica y que no sienta mayores escrúpulos en favorecer al vendedor a costa del comprador. Ello hace que la inserción de la Ley sobre ventas a plazos en el sistema general del

Derecho privado resulte difícil y se requiera la labor del comentarista para encontrar adecuada solución a los casos que pueda ir ofreciendo la práctica (1).

El libro de cuya publicación se da cuenta es una nueva e importante contribución el estudio del tema. Comienza con una breve y bien ponderada exposición de los pros y contras de la figura en el campo económico y en el social. A seguida se hace un examen de la Ley de 17 de julio de 1965. Se trata después, en el capítulo III, de la acción resolutoria. Muy especial atención se dedica al pacto de reserva de dominio, que pudiera decirse constituye el centro neurálgico de la obra. Respecto a dicho pacto, el autor propone las siguientes conclusiones: 1.^a, que el pacto es "un mito jurídico", fruto de una cláusula de estilo, generalmente impuesta por los vendedores; 2.^a, que la calificación como depósito o precario de la posesión del comprador son contrarias a la realidad y a la técnica jurídica; 3.^a, que pretender que la voluntad de las partes altere las reglas sobre transmisión del dominio constituye un peligro para la seguridad del tráfico y un recurso para defraudar a los acreedores; 4.^a, que la finalidad de la reserva del dominio es la de una garantía real para el pago del plazo aplazado; 5.^a, que la Ley de 17 de julio 1965 configura la reserva de dominio como una hipótesis mobiliaria o prenda sin desplazamiento; 6.^a, que la Resolución de 13 de noviembre 1968 admite la garantía de la reserva a favor de los finanziadores del comprador, sin que hayan tenido relación con el vendedor y sin que éste se hubiera reservado dicha garantía (págs. 199-200). Completa el autor el estudio de las garantías a favor del vendedor con el examen de "otros medios de protección del deudor". Trata, por último, en los capítulos VI y VII de los conflictos de intereses con terceros y de las situaciones concursales. Cierra el libro un índice bibliográfico.

Sobre el valor del libro que se reseña, nos dice el profesor doctor Luis Díez-Picazo, con autoridad que no es grato reconocer, que se trata de una aportación que "hay que saludar con alegría", que "Vicente Baldó se ha lanzado al tema, bien pertrechado de bibliografía, española y extranjera, y con un espíritu analítico digno de todo elogio. Al mismo tiempo que el Derecho español, el autor ha tenido muy en cuenta el Derecho comparado y, en forma especial, el Derecho belga, por creer, probablemente con razón, que hubo una cierta inspiración belga en nuestro Derecho de 1965". Añadiendo que "como presentador de la obra, me basta con poner de relieve el interés de los temas tratados y el rigor científico con el que el tratamiento se ha hecho" (Prólogo, págs. 12 y 14).

R.

(1) En este ANUARIO se ha publicado un importante trabajo del profesor doctor RODRIGO BERCOVITZ, titulado, *Las ventas a plazo de bienes muebles* (Ley de 17 de julio de 1965). A. D. C., XIX, fasc. 1, enero-marzo 1966, páginas 117-185, quien también es autor de *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971.

BRONZETTI: "Personae giuridiche e associazione non riconosciute nella giurisprudenza". Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata. Edizioni Cedam. Padova, 1973, 280 págs.

La colección de sentencias comentadas, dirigida por el profesor Mario Rotondi, se ha visto enriquecida ahora con este estudio sobre las personas jurídicas. Habrá de advertir al lector no ducho en Derecho italiano que bajo la denominación de personas jurídicas no se entiende comprendidas las sociedades; ello es natural en Derecho italiano, dada la sistemática del Código civil de 1942, pues este código regula tan sólo las asociaciones y fundaciones en el título II, de su libro primero, bajo la rúbrica "Delle persone giuridiche", mientras que las sociedades se regulan por las disposiciones del libro IV (art. 2.247 y sig.), según establece el artículo 13.

Conforme a su título, la obra se ocupa en primer lugar de las personas jurídicas reconocidas, es decir, de las asociaciones y fundaciones. Esta primera parte se divide en cuatro capítulos, denominados "la persona jurídica en general", "la capacidad y la autonomía patrimonial de las personas jurídicas", "los órganos de la persona jurídica" y "la transformación y la extinción de la persona jurídica". Siguiendo también aquí el sistema del Código civil italiano, se trata conjuntamente de las asociaciones y de las fundaciones, aunque teniéndose en cuenta las especialidades de la fundación; así se hace especial referencia a los criterios distintivos de las figuras, al negocio de fundación y al de dotación, a la administración de la fundación y a su control por la autoridad gubernativa.

El último capítulo del volumen está dedicado a las asociaciones no reconocidas: que es al que se consagran un mayor número de páginas (pp. 169-270). Recoge una muy rica casuística. Termina examinando la cuestión de si en Derecho italiano, por analogía a lo que sucede con las asociaciones y los comités (arts. 36-42 del C. c. it.), están también admitidas las fundaciones no reconocidas. El autor se inclina, en contra de Galgano y siguiendo la opinión de Rescigno y de Messineo, en favor de su inadmisibilidad, y ello a pesar de señalar la existencia de una cierta orientación de la jurisprudencia favorable a admitir las fundaciones "fiduciarias".

El contenido del libro sigue el mismo orden en la exposición que los anteriores volúmenes de la colección; es decir, cada rúbrica o cuestión de las tratadas en cada capítulo comprende una referencia orientadora y breve de las direcciones de la doctrina científica y, en su caso, de la jurisprudencia, sobre los conceptos y problemática correspondiente; después se insertan los considerandos más importantes de las sentencias recogidas.

No obstante, las diferencias existentes entre el Derecho italiano y el Derecho español, este libro interesará a los juristas españoles por la abundante casuística que recoge, en una materia en que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no es muy rica.

R.

COLOMBO (Giovanni E.): "Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti". Pubblicazione dell'Istituto di diritto privato e comparato dell'Università de Milano. Studi di diritto privato italiano e straniero, diretti da Mario Rotandi. Nuova serie. Vol. XVI, Cedam. Casa editrice dott. Antonio Milani. Padova, 1972, 242 págs.

El significado jurídico de la empresa y el del conjunto unitariamente organizado de sus bienes (que en Italia se denomina "azienda" y que en castellano podríamos también llamar "hacienda" de la empresa) ha hecho correr ríos de tinta. El libro de Colombo se ocupa de alguna de las cuestiones de mayor interés práctico respecto a la "hacienda", las que origina la transferencia total o parcial del complejo de bienes de la empresa.

El autor nos informa, ante todo, del método que piensa seguir. Critica el "método de la inversión", es decir, el de partir de la construcción de una "teoría" a priori sobre la naturaleza de la "hacienda" de la empresa, para deducir de ella las consecuencias jurídicas de su transmisión; admite, eso sí, lo útil de la búsqueda de normas de una institución más amplia, que puedan ser aplicables al supuesto en cuestión de una manera directa o analógica.

El primer tema planteado es el del paso automático de los créditos y de las deudas al transferirse la "hacienda" de una empresa, desde el patrimonio del que la enajena al del adquirente. Lo desbroza el autor criticando las posiciones doctrinales de quienes dan una respuesta afirmativa, partiendo de alguna de las teorías que entienden que la naturaleza jurídica de la "hacienda" de la empresa es la de una "universitas facti" o una "universitas juris"; crítica que extiende a los que deducen el paso automático de créditos y deudas de una supuesta naturaleza económica de la "hacienda". Mas en concreto, nos dice que ninguno de los caminos seguidos hasta el momento por la doctrina han llegado a demostrar de modo convincente el traspaso automático de los créditos (o de algunos créditos) con la "hacienda". Pero tampoco llega a una conclusión rígidamente negativa. Entiende que si bien es la regla que los créditos de la "hacienda" no se transmiten automáticamente con la "hacienda", dicha regla ofrece una serie de excepciones, en relación con los créditos que constituyen el vínculo que liga ciertos bienes al complejo de la "hacienda" de la empresa; así afirma, en base al artículo 2.558 del Código civil italiano (1), que existirá la transmisión automática de aquellos créditos cuyo objeto consista en el goce de bienes específicos insertos por el enajenante en la organización de los bienes de la empresa.

Respecto del paso de las deudas, rechaza que se produzca automáticamente su asunción por el adquirente a consecuencia de la transmisión a su favor de la "hacienda" de la empresa; entendiendo que las deudas no tienen la naturaleza de obligación "propter rem" de la "hacienda", y que no se

(1) Este artículo en su párrafo primero dice: Si no se ha pactado diversamente, el adquirente de la "hacienda" se subroga en los contratos estipulados para el ejercicio de la misma "hacienda" que no tengan carácter personal.

encuentra ningún argumento jurídico o económico en favor de dicho paso automático (2).

Este capítulo se completa con el estudio comparado de los Derechos de la República Federal alemana, de Bélgica, de España, de Francia, de Gran Bretaña y de Estados Unidos. En contra de la opinión de Solá Cañizares, llega a la conclusión de que tanto en los países continentales como en los del "Common Law", no se entiende que formen parte de los elementos constitutivos de la hacienda los créditos y deudas que origina su ejercicio y que, en su consecuencia, la enajenación de la "hacienda" no supone una automática subrogación por parte del adquirente en sus relaciones obligatorias activas y pasivas.

Los dos últimos capítulos del libro reseñado tienen un interés un tanto limitado, al consagrarse prácticamente a la exégesis de ciertos artículos del Código civil italiano. El capítulo II, sobre los efectos de la transmisión de los créditos de la "hacienda" respecto a los terceros, comenta y destaca las particularidades del artículo 2.559, sobre créditos relativos a la "hacienda" (3), respecto a las reglas generales sobre la cesión del artículo 1.264 (4). El capítulo III, sobre la responsabilidad del adquirente por deudas relativas a la "hacienda" cedida, examina el alcance de los párrafos primero y segundo del artículo 2.560 (5).

R.

NAVARRO VALLS (Rafael). "Divorcio: Orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio". Prólogo por el profesor Manuel Batlle Vázquez. Editorial Montecorvo. Madrid, 1972, 270 páginas.

Este libro se ocupa del matrimonio, visto desde el ángulo del Derecho canónico, pero también se considera con cuidado desde el punto de vista del Derecho estatal o civil. Las difíciles cuestiones de las que se ocupa han

(2) También habrá de tenerse en cuenta las disposiciones especiales de la legislación bancaria y sobre seguros.

Conforme al artículo 2.112 del mismo Código, el contrato de trabajo en vigor, en el momento de la transmisión de la "hacienda", obligará al adquirente.

Respecto a las deudas, según el art. 2.560, el enajenante no se libera de las deudas inherentes al ejercicio de la "hacienda" cedida anteriores a la transmisión, si no resulta que los acreedores la han consentido. En la de una "hacienda" comercial, el adquirente responde de las deudas que resulten de los libros de comercio obligatorios.

(3) Art. 2.559. La cesión del crédito relativo a la "hacienda" cedida, aún a falta de notificación al deudor o de su aceptación, tiene efecto respecto a terceros desde el momento de la inscripción de la transmisión en el registro de empresas. Pero el deudor cedido queda liberado si paga de buena fe al enajenante.

(4) Art. 1.264. La cesión tiene efecto respecto al deudor cedido cuando éste la acepta o le ha sido notificada. Pero, aun antes de la notificación, el deudor que paga al cedente no queda liberado si el cesionario prueba que el mismo deudor conocía la cesión hecha.

(5) En notas anteriores se ha recogido dicho artículo en forma extractada.

sido estudiadas a fondo, con erudición, cita abundante de la doctrina de autores españoles y extranjeros y con repetida referencia al Derecho comparado.

De los tres capítulos en que la obra se divide, el primero se dedica a las cuestiones procesales que origina el "exequatur" de las sentencias extranjeras de divorcio vincular. En esta parte del trabajo se atiende con especial atención el Derecho comparado, y en ella se hace un examen detenido del Derecho italiano. Al tratarse del Derecho español, el autor se detiene en el estudio de los efectos indirectos y reflejos de las sentencias extranjeras de divorcio y sobre los casos en que ellas son eficaces sin necesidad de "exequatur".

El capítulo segundo lleva el título "Orden público español y divorcio vincular". Comienza enfrentándose con el escurridizo concepto de orden público, para pasar a las aplicaciones jurisprudenciales del orden público respecto al divorcio. Se van señalando después supuestos de atenuación al aplicarse el orden público; primero, en el caso de la capacidad del extranjero para contraer matrimonio, y luego, respecto de las cuestiones sobre filiación natural, condición de los hijos del divorciado, límites de la capacidad de obrar de la mujer divorciada, nacionalidad de ésta, bigamia, efectos del divorcio sobre el régimen patrimonial de los divorciados y sobre las sucesiones; con una referencia a la situación de los saharauies musulmanes. El autor condensa su pensamiento sobre el cual sea el criterio técnico recomendable en estos casos, diciendo que el camino procesal adecuado es el de considerar la sentencia extranjera como una mera cuestión de hecho y que en el aspecto sustantivo lo correcto es la atenuación de una rigurosa incidencia del orden público. No entiende adecuado el argumento usado en la jurisprudencia de la concesión o equiparación entre ciertos efectos de las sentencias extranjeras de divorcio vincular y las propias de las sentencias judiciales de separación.

El capítulo último de la obra lleva la rúbricas "la indisolubilidad en el matrimonio canónico y la sentencia extranjera de divorcio". Comienza examinando el principio de la indisolubilidad en el matrimonio canónico y las excepciones admitidas a dicho principio. El examen de los efectos civiles del matrimonio canónico lleva al autor a afirmar la competencia propia y exclusiva de la Iglesia sobre todos los efectos naturales y civiles del matrimonio, así como el sometimiento a su jurisdicción de las causas matrimoniales; excluyéndose tan sólo de ella los efectos meramente civiles. Este apartado se completa con una referencia al Derecho concordatorio establecido en varios países, más detenida sobre el concordato italiano de 1929 y sobre la ley italiana de 1 de diciembre 1970, admitiendo el divorcio. Especial atención se dedica a la recepción del sistema matrimonial canónico en el Derecho español, con comentario de los artículos 75 y 76 del Código y de su relación con el artículo 51 del mismo. Termina el libro con el planteamiento del problema de las sentencias extranjeras de divorcio respecto de los matrimonios canónicos; en su efecto directo advierte un reforzamiento de la aplicación del orden público, mas no así sobre los efectos indirectos; piensa el autor que la sentencia extranjera de divorcio no altera para nada la validez del matrimonio canónico en sus efectos directos y consustanciales, pero que

sí es posible que incida limitadamente sobre la eficacia del mismo. Solución ésta apoyada en la Resolución de 23 de abril de 1970 y en la construcción de la laguna de la “ineficacia relativa”.

R.

ROTONDI (Mario): “Inchieste di diritto comparato. Bust et méthodes du droit comparé. Scopi e metodi del diritto comparato. Aims and methodes of comparative law”. Fines y métodos del Derecho comparado. Ziele und Methoden der Rechtsvergleichung. Cedam-Casa editrice Dott. Antonio Milani. Padova. Oceana Publications, inc., New York, 1973, 762 págs.

La labor infatigable del profesor Mario Rotondi en pro del estudio del Derecho comparado ha logrado un nuevo llamativo éxito con la publicación de este libro.

La promoción de la investigación sobre Derecho comparado la estima necesaria y fundamental para conocer la esencia misma del Derecho. Desde 1926, cuando de modo solemne proclama la importancia primordial del Derecho comparado, en su lección inaugural en la Universidad de Pavia, no ha cesado de incitar y animar a los juristas, en Italia y fuera de Italia, para que trabajen y ahonden en el estudio del Derecho comparado.

Ahora, en un momento en el que institutos, centros, asociaciones y facultades vienen creándose en todo el mundo, con el fin de proseguir las investigaciones comparativas en el campo del Derecho, el profesor Mario Rotondi ha estimado debía invitar a cierto número de especialistas de cada país, escogidos —nos dice— entre los más eminentes, para que expongan en un artículo de pocas páginas (no más de veinte) sus puntos de vista sobre los métodos y fines de la investigación comparativa en materia de Derecho.

La respuesta a esta invitación se recoge en la obra reseñada. Los nombres de cuarenta y dos especialistas, cuyos trabajos se publican, son los siguientes: Ancel, Blagojevic, Brusin, Cappelletti, Coing, David, Dekkers, Del Veechio, Dölle, d'Ors, Eörsi, Feldbrugge, Friedmann, Genzmer, Gilissen, Graveson, Grzybowski, Gutzwiller, Hazard, Hirsch, Kahn, Freund, Kisch, Knapp, Ionasco, Lukis, Makarov, Maridakis, Mizuta, Neumayer, Recaséns-Siches, Rheinstein, Rotondi, Rozmaryn, Sacco, Schwarz-Libermann von Wahlen-dorf, Schwind, Serick, Szirmai, Troller, Tune, Wengler y Zweigert.

La simple lectura de la enumeración hecha bastará para observar que han respondido a la invitación del profesor Mario Rotondi algunos de los más respetados maestros del Derecho de los diversos sistemas jurídicos. Se ha logrado así un cuadro muy completo del pensamiento jurídico contemporáneo en torno a la problemática del Derecho comparado.

El libro reseñado tiene todavía otro interés. Tiene el valor de dar a conocer al lector datos sobre la vida y la obra de cada uno de los autores, pues cada trabajo de éstos va precedido de su “curriculum vitae”.

R.

ROTONDI (Mario): "Studi di Diritto comparato e teoria generale". Padova, Cedam. Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1972, 838 págs.

§ 1. El nombre y la obra del profesor Mario Rotondi son universalmente conocidos. Su extraordinaria actividad organizadora ha buscado vencer la inercia de los juristas de fuera y dentro de Italia para unirlos en una labor común. Así, se ha propuesto realizar respecto al Derecho comparado lo que respecta a la unificación del Derecho y al Derecho agrario trataran de conseguir Scialoja y Bolla. Obra magna, dentro de la mejor tradición italiana, de institucionalizar la colaboración de juristas de todos los países en una obra común. Esta labor, incesante, continuada, infatigable, a costa de trabajo continuado y eficaz, ha logrado resonantes éxitos. Ello es bien de agradecer, como importante contribución a la ciencia jurídica. Mas la actividad de Mario Rotondi, que le lleva a dar conferencias en tantos países de este y aquel lado del Atlántico y a escribir en revistas jurídicas de todo el mundo, se compagina de modo asombroso con una riquísima, casi increíble, producción científica. La publicación de sus "Scritti giuridici" comienza en el volumen I, con "Studi di diritto industriale"; sigue con el volumen II, del que ahora damos cuenta, y continua con el volumen III, de "Studi di diritto delle obbligazioni", y el IV, que se titula "Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e di dottrina".

§ 2. La obra reseñada reúne treinta y siete trabajos que vieran la luz en publicaciones (unas 85) de los más diversos países, desde 1924, hasta un trabajo en publicación en el momento de editarse el volumen reseñado. Significativamente, éste comienza con la lección inaugural de su enseñanza en la Universidad de Pavia. Se titula "Il diritto come oggetto di conoscenza. Dogmatica e diritto comparato". En ella se contiene su profesión de fe sobre la importancia y significado trascendente del Derecho comparado. Se nos dice allí que sólo de su ciencia universal es de esperar un conocimiento sistemático del fenómeno jurídico (p. 19). Después se reúnen estudios de muy diverso contenido. Aquí ha parecido que podría ser útil al lector, que en lugar de irlos enumerando, conforme a su índice, se les cite clasificados por materias.

- Sobre *Derecho comparado*, además de la ya citada lección inaugural: "L'azione di arricchimento nella giurisprudenza e nella dottrina francese e italiana" (p. 35);
"Per lo studio delle riforme legislative e del diritto comparato" (p. 157);
"L'Istituto di diritto commerciale comparato di Milano (I suoi compiti e il suo programma" (p. 289);
"Interesse comparatistico dello studio della società per azioni nel diritto inglese" (p. 309);
"Osservazioni sulla responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici per l'illecito penale del representante e del dipendente in Italia e in Argentina" (p. 383);
"Interesse comparatistico e peculiarità del diritto fallimentare nord-americano" (p. 455);

“Interesse compartistico dello Studio della cambiale in diritto inglese” (p. 479);
 “Emerico Amari” (p. 571);
 “Una inquista internazionale sulla disciplina delle società per azioni” (p. 715);
 “Il diritto comparato in Italia nell’ultimo secolo” (p. 725);
 “Per il centenario della Société de Legislation comparée” (p. 747);
 “Diritto comparato” (p. 771).

Sobre Derechos extranjeros:

“La Costituzione dell’M. R. S. S.” (p. 165);
 “Il trust nel diritto inglese” (p. 225);
 “Di alcuni aspetti particolari del proceso civile inglese” (p. 331);
 “I lavori per la riforma dei codici in Francia” (p. 375);
 “I contratti di borsa al New York Stock Exchange” (p. 493);
 “La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e l’evoluzione della libertà della concorrenza alla uguaglianza nella concorrenza” (p. 543).

Sobre la unificación de los Derechos:

“Il progetto italo francese delle obbligazioni” (p. 405);
 “La limitazione delle responsabilità mediante fondazione di un ente autonomo (Proposte di una legge comune europea)” (p. 617).

Sobre cuestiones de naturaleza general:

“Equità e principi generali di diritto” (p. 21);
 “Interpretazione della legge” (p. 249).

Sobre Derecho civil:

“Appunti sulla inmemorabile” (sobre la posesión inmemorial) (p. 14).

Sobre Derecho mercantil:

“L’analogia della legge commerciale nei confronti delle fonti sussidiarie del diritto commerciale” (p. 173);
 “La nationalité des sociétés et proposition d’un registre international des sociétés” (p. 201);
 “Premesse storiche all’interpretazione dell’art. 1 del codice di commercio” (p. 237);
 “L’arbitrato delle associazioni commerciali” (p. 469);
 “Evoluzione e involuzione dell’autonomia del diritto commerciale in Italia” (p. 651).

Sobre Derecho procesal:

“La fortuna e il destino della liquidazione coatta” (p. 347).

Sobre colisión de leyes:

“Distinzione di due elementi della norma —configurazione della fattispecie e comando— e sua applicazione nel diritto intemporiale e internazionale” (p. 359);
 “Effetti internazionali delle espropiazioni e nacionalizzazioni nei confronti di m’archi” (p. 517).

Sobre enseñanza del Derecho:

- “Proposta di istituzione dei cicli di corsi di diritto stranieri da tenersi a turno in varie sedi universitarie” (p. 511);
“Suggerimenti vecchi e novi per promuovere gli studi di diritto comparato” (p. 605);
“Gli studi giuridici in Italia nell'ultimo secolo” (p. 695);
“Per la formazione di giuristi europei” (p. 753).

§ 3. Los trabajos enumerados, escritos en muy diversas fechas, han sido puestos al día por el autor con unas muy completas referencias bibliográficas, con citas de autores de todos los países, incluso de los publicados en los Estados nacidos por la descolonización. Es de notar especialmente la extensa bibliografía sobre Derecho comparado, con la que se cierra el volumen (páginas 787-831). En ocasiones, el antiguo estudio recogido se completa con unas apostillas referidas a la legislación y doctrina más reciente. italiana y extranjera; a este respecto pueden destacarse las referentes al enriquecimiento injusto, a la analogía y al proyecto italiano-francés de las obligaciones.

R.

REVISTA DE REVISTAS*

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

CERRO, Eduardo: *Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío*. R. D. P., febrero 1973, págs. 109 y ss.

Señalando la remontísima antigüedad de esta costumbre en las partes de la Bética y Lusitania comienza este documentado trabajo.

Dentro de ella examina la aplicación territorial en la zona de La Codosera y Alburquerque, una segunda constituida por Olivenza y Jerez de los Caballeros y una tercera constituida por el territorio donde tuvo su asentamiento la Orden de los Caballeros Templarios.

Termina su estudio con una referencia sobre la posibilidad de aplicación territorial de este Fuero a Ceuta.

J. A. R.

DÜTZ: *Verwirkung des Rechts auf Anrufung der Gerichte*, NJW, 1972, páginas 1025-1028.

Se trata de estudiar cuáles son los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de los derechos.

Se diferencian dos clases de Verwirkung:

- La de los derechos materiales (materiellrechtliche Verwirkung).
- La de las acciones (Verwirkung der Klagemöglichkeit).

Se estudian las razones por las cuales la teoría sobre la Verwirkung, nacida en el seno del Derecho Mercantil, es de aplicación también al Derecho Procesal.

C. S.

NAGORE YARNOZ, Javier: *La Compilación de Derecho Civil de Navarra; su incidencia en el Derecho Civil y en la práctica notarial*, R. D. N., número LXXX, abril-junio, págs. 411 y ss.

Tres son los puntos básicos que a juicio del autor han de ser examinados en el estudio de este cuerpo de Derecho positivo, a saber:

1.^º La forma de su promulgación, a propuesta de la Diputación Foral y en virtud de las atribuciones conferidas al Jefe del Estado, por la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica.

(*) A cargo de José Ramón ANTON RIESCO y César SEMPERE.

2.^º El reconocimiento de la costumbre como fuente especial del Derecho y en especial como primera fuente, aun cuando se oponga al Derecho escrito, siempre que no sea contra la moral o el orden público.

3.^º La prelación jerárquica de las fuentes establecidas en la Ley 2 de la Compilación, que establece que "En Navarra la prelación de fuentes del Derecho es la siguiente: 1) La costumbre. 2) Las leyes de la presente Compilación. 4) Los principios generales del Derecho navarro. 4) El Derecho supletorio."

J. A. R.

2. Derecho de la persona.

ALONSO PÉREZ, Mariano: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, R. D. P., enero 1973, págs. 7 y ss.

Es el trabajo hecho por el autor para tomar parte en las oposiciones a cátedra.

Comienza con el examen de las relaciones que afectan a la materia y siguiendo a De Diego las divide en personales y patrimoniales, también en consonancia con las modernas doctrinas y códigos.

A continuación realiza el estudio histórico de este patrimonio desde el Derecho romano a la Ley del Matrimonio Civil.

La parte tercera del trabajo se dedica a examinar los bienes que integran el patrimonio de los hijos en el Código civil, profeticio, artículo 161, adventicio, artículo 160.

Seguidamente pasa el examen de la gestión y disfrute de estos patrimonios, distinguiendo con criterio moderno entre actos de administración, disposición y representación, deteniéndose en el examen del defensor judicial.

Finaliza el trabajo con un estudio de las obligaciones de los padres respecto de estos bienes y contiene una breve referencia al Derecho foral con especial atención del Derecho aragonés.

S. A. R.

ALVAREZ ALVAREZ, José Luis: *El estatuto de la mujer soltera o viuda en el Derecho privado español*, R. D. N., número LXXX, abril-junio, páginas 7 y ss.

El autor indica que el presente trabajo se refiere a la mujer soltera y viuda, dejando para más adelante el que hace referencia a la mujer casada, la separada y aquella cuyo matrimonio ha sido anulado.

Hace una breve referencia histórica relativa a Grecia, Mesopotamia, India, Egipto, Israel e India. Se detiene en el examen de Roma y el Derecho musulmán y el estudio de los fueros castellanos.

Hace a continuación un examen exhaustivo de Derecho comparado y el Derecho español de la Codificación, con breve referencia a la doctrina patria.

Seguidamente entra en el Derecho positivo y abarca los Códigos civil y

mercantil, las leyes fundamentales, la de 24 de abril de 1958, 22 de julio de 1961 y 22 de julio de 1972.

Pasa a continuación al examen de la nacionalidad, tutela, matrimonio, ausencia, dote obligatoria y los derechos especiales de la mujer viuda para en el ámbito civil concluir con el estudio de los Derechos forales.

Finaliza su brillante trabajo con el estudio del Derecho penal y sienta las conclusiones pertinentes.

J. A. R.

RITTSTIEG: "Aufenthaltsrecht durch Heirat", NJW, 1972, págs. 993-994.

Partiendo de la base de que los alemanes tienen un Derecho de residencia en Alemania y de que a los extranjeros se les niega este derecho (Aufenthaltsrecht), se plantea el autor los diversos problemas que surgirían en el supuesto de un matrimonio entre un alemán y un extranjero. ¿Ganaría éste el Derecho de residencia?

C. S.

3. Derecho de cosas.

LALAGUNA, Enrique: *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en Derecho español*, R. D. P., mayo 1973, págs. 383 y ss.

Tras una breve introducción donde alude al planteamiento sistemático de su estudio, pasa el autor a dar un concepto y hacer una clasificación de los modos de adquirir la propiedad.

Enumera a continuación, a través del artículo 609, los modos de adquirir en el Derecho español, si bien haciendo la crítica del citado precepto y una revisión de las objeciones hechas por la doctrina, así como su pretendido valor práctico.

Enumera entre los modos originarios la ocupación y la usucapión y deja entre los derivativos la tradición, donación, sucesión mortis causa y la ley.

Desciende a la casuística en el estudio de la donación haciendo un exhaustivo estudio desde los orígenes históricos hasta el momento actual de las posturas doctrinales más importantes y sienta al final del estudio las conclusiones que a su juicio deben imperar en la materia.

J. A. R.

ROTH: *Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privarechtlichen Umweltschutzes*, NJW, 1972, págs. 921-926.

Se trata de estudiar el problema de la protección del medio ambiente.

Se señalan dos perspectivas desde las cuales puede estudiarse el problema, a saber:

- Desde el Derecho público.
- Desde el Derecho privado.

Este trabajo se dedica exclusivamente a desarrollar desde el plano del Derecho privado el problema de la protección del medio ambiente, interpretando para ello diversos artículos del B. G. B. (100, 823, 862, 906).

El tema central lo constituye el reconocer la existencia de una acción a favor de los particulares contra los agentes productores de perturbaciones en el medio ambiente.

Se trata también el tema del ejercicio de esta acción señalando su diferencia con el ejercicio de otras acciones de Derecho privado.

C. S.

4. Obligaciones y contratos.

BRICH: "Abtretung von Gewährleistungsansprüchen an Bauwenken und Einrede nach 320 B. G. B.", NJW, 1972, págs. 896 y ss.

Se trata de analizar un aspecto de la relación:

Contratista-vendedor y comprador de una vivienda referido al Derecho de garantía del vendedor frente al contratista para el caso de que existan defectos de construcción en la vivienda.

Se analiza el traspaso de ese Derecho de garantía del vendedor al comprador, por el hecho de la compra de la vivienda.

Se estudia el ejercicio de ese derecho de garantía por parte del vendedor y por parte del comprador.

C. S.

GÜLLEMANN: "Haftung und Versicherungsschutz für Schäden in Parkhäusern", NJW, 1972, págs. 889-893.

Ante la dificultad de entablar una acción de daños por perjuicios causados en un automóvil o en su interior o por robo del mismo o de los efectos que en él se encontraban, ya que se desconocería el autor de los mismos (por regla general), este trabajo trata de analizar cuándo y en qué casos la administración del aparcamiento viene obligada a una indemnización por daños.

Acto seguido se discute:

La naturaleza de este contrato: ¿contrato de depósito? ¿De arrendamiento?, y sobre los efectos derivados de calificarlo de una u otra forma.

Se pasa a analizar los casos en que se debe responder y las formas en que puede exigirse esa responsabilidad.

C. S.

LLAMAS VALBUENA, Eugenio: *Nueva perspectiva de la política arrendaticia urbana*. R. D. P., febrero 1973, págs. 126 y ss.

Después de una breve introducción, el autor hace un examen de cómo se halla el estudio de la materia en el Derecho comparado actual.

Así, Alemania, Inglaterra, Francia, Italia y en cada una de ellas estudia los criterios de la actual regulación y los principios básicos e inspiradores de las mismas, abarcando desde la distinción germánica entre intervencionismo y libertad por un lado a la total liberalización que parece ser la tónica actual del Derecho italiano.

Tres son los elementos básicos que examina en la regulación de la materia en el Derecho español. El ámbito de aplicación de la ley actual, la permanencia de la relación arrendaticia urbana como pilar básico del intervencionismo estatal y el problema de la renta como segundo pilar de la misma.

Finalmente, sienta las conclusiones para una legislación más justa y acorde entre las que descuellan, entre otras, un sistema periódico de revisión de rentas y creación de un subsidio-renta acompañada de un sistema fiscal más benigno en la materia.

J. A. R.

5. Derecho de familia.

BOSCHAN, Siegfried: *El Derecho de familia en la República Federal de Alemania*. R. D. P., junio 1973, págs. 497 y ss.

Bajo el título señalado se enumeran las diversas partes del Derecho de familia, sin entrar nada más que en los principios o normas más fundamentales.

Así existe un apartado dedicado a los requisitos del matrimonio relativo a los impedimentos, capacidad y normas de Derecho internacional.

Un segundo apartado se refiere a la formia, seguido por el examen de los efectos de la celebración.

El cuarto epígrafe se refiere a la separación.

A renglón seguido se estudian las posiciones de los hijos legítimos e ilegítimos dentro de la situación familiar, encontrándose en este apartado las normas relativas a la patria potestad.

El apartado séptimo examina los requisitos relativos a la adopción y el octavo regula las normas relativas a la tutela para finalizar el trabajo con el enjuiciamiento sobre las normas relativas a la curatela y asistencia.

J. A. R.

NIN DE CARDONA, José María: *¿Crisis del contrato de espousales?* R. D. P., abril 1973, págs. 309 y ss.

Cemienza el estudio señalando la dificultad de encuadrar la naturaleza jurídica de esta figura entre el contrato y la convención lícita de efectos reducidos.

Apunta igualmente la timidez con que se encuentra regulado dentro de nuestro Código civil.

Igualmente afirma la pérdida de interés que tiene en la actualidad entre los tratadistas.

Analiza los requisitos que impone el Código de Derecho canónico para su validez y examina en forma clara el canon 1.017.

Aborda el problema en códigos modernos, como los de Uruguay, Guatemala, Salvador y Perú, donde únicamente se mira la figura como un simple hecho privado y observa que el chileno lo estudia como agravante del delito de seducción.

Recoge las palabras de Ripert cuando afirma que se ha consumado la ruina de los esposales como institución jurídica.

Explica la identidad entre el Código francés y el español en torno a la efectividad de esta figura y culmina su estudio citando a García Goyena y Puig Peña, que son los autores que más se han ocupado de la institución.

J. A. R.

SIMO SANTONJA, Vicente Luis: *Divorcio y separación en los países afroasiáticos*.

D. D. N., núm. LXXXI-LXXXII, julio-diciembre, págs. 404 y ss.

El trabajo del autor es quizás el más documentado que existe en España sobre la materia y por lo que representan noventa y dos páginas sobre materia tan delicada y distinta en Derecho Internacional Privado. No en vano estudia el problema en primer término de los países musulmanes deteniéndose en Argelia, Egipto, Arabia Saudita, Jordania, Irak, Irán, Yemen, Líbano, Libia, Marruecos, Pakistán, Siria, Somalia, Sudán, Túnez, Turquía, Madagascar, Congo, África del Sur, Sudáfrica, Costa del Marfil, Etiopía, Gambia, Kenia, Liberia, etc., etc.

Seguidamente analiza la materia objeto de su trabajo en otros países asiáticos que abarcan desde China Popular a Filipinas, pasando por Israel y Japón.

Divide el estudio en dos líneas generales: una, integrada por las normas de conflictos de leyes, y la otra, constituida por las normas de Derecho material, propias de cada estado.

J. A. R.

6. Derecho de sucesiones.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La interpretación del testamento en Derecho común*. R. D. P., abril 1973, págs. 281 y ss.

Como dice su autor, quieren ser estas páginas un nuevo y pequeño aporte más a lo que Scaevola llamó la interesante y muy delicada materia de interpretación de testamentos, tema inagotable.

Comienza el autor su trabajo refiriéndose al concepto e importancia de la materia, la necesidad y el objeto de la interpretación, así como a sus dificultades.

A continuación examina las diferencias entre la interpretación del testamento y la de los contratos y la ley.

Es interesantísimo el estudio de los órganos encargados de esta interpre-

tación, como son tribunales, notarios, albaceas, árbitros e incluso el propio testador, donde recoge la opinión de Kipp y del maestro Roca Sastre.

Seguidamente se refiere al momento de interpretación y a la posibilidad de pruebas extrínsecas. Examina la regla del artículo 675 y las especiales del Código civil, plantea el problema de la aplicabilidad de las reglas de los contratos y concluye su magnífico, clarísimo y documentado estudio con el examen del problema en la doctrina y la jurisprudencia, repasando el problema sobre la casación y el arbitraje.

J. A. R.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *La legítima del Código civil en la adopción.* R. R. P., junio 1973, págs. 518 y ss.

Con el epígrafe titula la ley de reforma y la doctrina da comienzo este estudio que continúa con la adopción como fuente legitimadora de los hijos para pasar después a explicar las líneas sistemáticas del trabajo.

Con unas consideraciones previas sobre el concepto peculiar que el autor da de la legítima, entra el estudio profundo del tema.

Primeramente enumera los principios de la reforma y luego estudia los diversos casos de concurrencias, adoptivos solos, adoptivos con legítimos, con hijos naturales reconocidos.

Examina también los derechos legitimarios del hijo adoptivo en la familia de origen, mostrándose de acuerdo con la doctrina imperante en que conserva sus derechos en ella.

Finaliza lo que a la adopción plena se refiere con la legítima del padre adoptante y la de los parientes por naturaleza en la sucesión del adoptado.

Por último, estudia los problemas legitimarios que plantea la adopción simple y concluye todo el trabajo con el examen de los problemas de Derecho transitorio.

J. A. R.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, José: *Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria.* R. D. P., mayo 1973, págs. 420 y ss.

Señala en la introducción que el problema se plantea entre la dicotomía de traslativa o declarativa de la propia partición.

Después de estudiar la comunidad hereditaria y sus peculiaridades, continúa con el examen del Derecho hereditario y realiza la distinción entre la naturaleza y los efectos de la partición.

Sienta al final de su trabajo como conclusiones más importantes: que la partición es una resultante de la formación de una comunidad hereditaria y de la formación que en ella tiene el Derecho hereditario como tal derecho.

Que el efecto básico es convertir en propietarios a unos titulares mediante la adjudicación a cada uno de ellos de los derechos que integran el haber hereditario.

El Derecho hereditario deja de serlo por el hecho de la partición, convirtiéndose en algo concreto y determinado por el acto de la partición que revela de esta forma su naturaleza esencialmente traslativa.

J. A. R.

III. DERECHO NOTARIAL

ARNOLD: "Das Protokoll über die Auslegung des EWC-Gerichtstands und vollstreckungsübereinkommen durch den Gerichtshof in Luxemburg". NJW, 1972, páginas 977-981.

Se trata de analizar el articulado del protocolo de 1971 para la interpretación de los tratados, concluidos en el seno de la C. E. E., sobre competencia judicial y ejecución de Sentencias, de 1968.

La razón de ser de este protocolo se encuentra en la necesidad de uniformar la interpretación de estos tratados con vistas a que la unificación que persiguen del Derecho mercantil no se vea defraudada a través de diferentes interpretaciones realizadas por los tribunales de los países miembros.

El tema fundamental lo constituye la atribución al G. H. de Luxemburgo de la competencia para la interpretación y la coordinación de este Tribunal con los Tribunales nacionales a los efectos de la interpretación de los tratados.

C. S.

IV. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades.

GANNSMÜLLER: "Nochmals: Unbeschränkt haftende Kommanditisten der GmbH. and Co. KG". NJW, 1972, págs. 1034-1035.

Se estudia la diferente responsabilidad que tienen los socios comanditarios y los socios con responsabilidad personal.

Para ello se distinguen los conceptos de responsabilidad (Haftung) y de sobrellevanza de las pérdidas (Verlusttragung) y se analiza el ejercicio de la acción (Ersetzanspruch) de indemnización que tienen los socios frente a la sociedad.

C. S.

4. Obligaciones y contratos.

BAUER: "Analoge Anwendung des 158i V V G auf den Fall des Prämienverzuges". NJW, 1972, págs. 932-933.

El supuesto que se da más en la práctica de la aplicación del artículo 158 i V V G es el siguiente: el seguro de responsabilidades civiles en materia de accidentes de automóvil.

¿Qué ocurre en el supuesto de que el conductor de un coche alquilado sufra un accidente y el arrendador del automóvil no haya cumplido alguna de sus obligaciones frente al asegurador del mismo?

Hay que distinguir según de qué obligaciones se trate; si de Obligenheitsverletzungen o de Rechtspflichtverletzungen, siendo la más importante, entre estas últimas, la del pago de la prima del seguro.

El artículo 158i V V G está pensado para las primeras, aunque intenta aplicarse analógicamente a las segundas; a lo que se opone el autor de este artículo y el B. G. H.

El resultado es que el asegurador no se encuentra obligado frente al conductor del automóvil y éste vendrá obligado a indemnizar a aquel en el caso de haber participado en el incumplimiento.

C. S.

GREDE: "Die vertragliche Haftung der Banken für Kreditauskünfte". NJW, 1972, págs. 926-930.

Se trata de analizar en qué casos viene a responder el Banco por los daños causados como consecuencia de informes por él emitidos (Kreditauskünfte).

Se distinguen dos supuestos:

- Que entre el que solicita la información y el Banco medie un contrato bancario (Bankvertrag).
- Que no medie relación de clientela.

Mientras que en el primer caso no se presenta problema, pues existe un contrato que sirve de base a la responsabilidad, en el segundo caso para que se dé ésta deben existir indicios de una relación contractual.

C. S.

ZAHRNT: "Die Kreditkarte unter privatrechtlichen Gesichtspunkte". NJW, 1972, páginas 1077-1081.

Se trata de analizar la naturaleza jurídica de este instituto, diferenciándolo de otras figuras afines del Derecho alemán (Carta de crédito, fianza, etc.).

Se afirma que para su comprensión debe partirse del contrato de garantía causal.

Se analizan las relaciones:

- Banco-cliente.
- Banco-traficante (Händler).
- Cliente-traficante (Händler).

C. S.

V. DERECHO PROCESAL

WALCHSHÜFER: "Die Berücksichtigung nachgereichter Schriftsätze im Zivilprozess". NJW, 1972, págs. 1028-1034.

A la luz del principio de oralidad, informante del proceso, se estudia la posibilidad de presentar nuevos alegatos una vez transcurrido el término de la fase oral del proceso.

El tema central del trabajo consiste en saber si el tribunal viene obligado a abrir de nuevo el trámite oral y en qué casos vendría obligado a ello.

C. S.

WEBER: "Nochmals: Zum Beweisantritt der nicht beweisflichtigen Partei". NJW, 1972, págs. 896-897.

Se estudia en este artículo el reparto de la carga de la prueba en el proceso.

Se analiza el siguiente ejemplo: "A reclamar el pago de un préstamo a B y éste afirma haberlo pagado."

Se analiza también la función del juez en el reparto de la carga de la prueba para el caso de que éste exija la prueba de un hecho no propuesta por las partes.

C. S.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

- FG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).

- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM' = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín)
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svenst Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.—HASTA QUE LLEGUE EL MOMENTO DE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES AL ESTADO NO PROCEDE EXTENDER LA NOTA MARGINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 6, PÁRRAFO 2.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. (Resolución de 17 de marzo de 1972. *Boletín Oficial del Estado* de 13 de abril de 1972.)

Hechos.—Resultando que aprobado por Orden Ministerial de 27 de julio de 1966 el Pliego de Condiciones de explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró, por Decreto de 26 de enero de 1967 se adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las referidas autopistas a diversas entidades representadas por don José Ferrer Bonsoms y otros; que en cumplimiento del título I del citado Pliego de Condiciones, por escritura autorizada en Barcelona el 24 de febrero de 1967, ante el Notario don Antonio Clavera Armenteros, se constituyó la Compañía Mercantil “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, que fue inscrita en el Registro de la Ciudad Condal; que el 20 de abril del mismo año 1967 se otorgó en Madrid escritura autorizada por el Notario don José Luis Díez Pastor, por la que el entonces ministro de Obras Públicas, don Federico Silva Muñoz, en representación del Estado español, adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró a la Compañía Mercantil “Autopistas Concesionaria Española, S. A.”, representada por su presidente, don José Ferrer Bonsoms; que la cláusula 8.ª del contrato, bajo el epígrafe “expropiaciones”, decía así: “Solicitará asimismo (el concesionario) del Registro de la Propiedad, en el momento oportuno, la extensión de las notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.ª, y artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión, que puede llevarse a cabo con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento”; que en la cláusula 4.ª, bajo el epígrafe “legislación aplicable”, se disponía que en aquellos puntos no expresamente regulados por el contrato, serían de aplicación las normas contenidas en el repetido pliego de cláusulas de explotación y otras disposiciones que citaba, y que, en instancia de fecha 16 de enero de 1970, “Autopistas Concesionaria Española, S. A., solicitó al Registrador de la Propiedad de Granollers la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, al margen de la finca número 1.412 del término municipal de Montornés, perteneciente a la Compañía Mercantil “Prefabricados de Hormigón, S. A.”.

Resultando que el Registrador de Granollers calificó el documento con la siguiente nota: "Denegada la extensión de la nota marginal interesada en la antecedente instancia, por los siguientes motivos: 1.^º Dicha nota marginal, según el artículo 6.^º, párrafo 2.^º, del Reglamento Hipotecario, ha de extenderse al margen de una finca que era de propiedad privada y ha pasado a ser un bien de dominio público del Estado, Provincia o Municipio, según el artículo 5.^º del mismo Reglamento, en relación con el artículo 399 del Código civil. La parte de finca expropiada a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", a que se refiere la instancia, pasa a integrarse en el conjunto de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de la autopista de que aquella entidad es titular y tiene inscrita a su favor en una inscripción de referencia practicada en este mismo Registro de la Propiedad en el tomo 586 del archivo, libro 24 del Ayuntamiento de Montornés, Folio 77, finca 2.121, inscripción 1.^a. Por ello, lo procedente es aplicar el artículo 63 del Reglamento e inscribir la parte de finca expropiada a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.". 2.^º Para practicar la nota marginal solicitada, en el caso de que fuera procedente (y no lo es por lo indicado en el primer motivo), debía acompañarse necesariamente el título de expropiación que, según el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículos 60 y 62 de su Reglamento, es "el acta en que consten el pago y la ocupación o solamente el acta de ocupación, acompañada en este caso del documento que acredite la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo del depósito del mismo". 3.^º También falta acreditar el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o, en su caso, la declaración de exención de dicho Impuesto. Los defectos indicados en los dos últimos motivos son subsanables, pero el primero es insubsanable y por eso procede la denegación."

Resultando que la compañía concesionaria, representada por el procurador don Antonio María Anzizu Furest, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que lo solicitado al Registrador había sido la extensión de la nota marginal prevista en el párrafo 2.^º del artículo 6.^º del Reglamento Hipotecario y no la inscripción regulada en el artículo 63 del citado texto; que la entidad concesionaria de las mencionadas autopistas, al contratar con el Estado, había adquirido derechos y obligaciones que no podían ser alterados sin expresa consentimiento de ambas partes; que una de tales obligaciones era la de solicitar la anotación pretendida que tenía carácter necesario e independiente de la inscripción y cuyo incumplimiento podía dar lugar a la resolución unilateral de la concesión por parte del Estado, y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 65 de la Ley Hipotecaria, 6, párrafo 2.^º, 31, 44, 60, 61, 62 y 63 de su Reglamento, 1.257 y 1.334 del Código civil, 126 y siguientes de la Ley de Patrimonio del Estado, la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1955 y la Orden Ministerial de 27 de julio de 1966, que impone a la sociedad concesionaria el deber de solicitar la anotación pretendida.

Resultando que presentado por la misma entidad otro recurso contra idéntica calificación del mismo Registrador recaída en otra instancia con igual

pretensión referente a otra finca, sita en el término municipal de Montmeló, el nombrado procurador, con los mismos argumentos y basado en la identidad de interés, solicitó la acumulación de ambos, y el presidente de la Audiencia acordó la misma por auto de 8 de abril de 1970.

Resultando que el funcionario calificador recibió ambos recursos acumulados e informó: que las partes de finca expropiadas a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", no habían podido pasar a ser dominio público toda vez que ni siquiera fueron adquiridas por el Estado, como se desprendía de la cláusula 8.^a de la escritura de concesión, en donde se dice que el concesionario asumirá todos los derechos y obligaciones propios del beneficiario con arreglo a la Ley de Expropiación forzosa y satisfaría, por consiguiente, todas las indemnizaciones procedentes por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales que se efectuasen para la ejecución de los proyectos; que según la vigente Ley de Expropiación forzosa y su Reglamento, la expropiación supone una transmisión de propiedad libre de cargas en favor del beneficiario (artículo 8.^o); que según el artículo 53 de la citada Ley, en relación con los 55, 62 y siguientes de su Reglamento y 32 y 63 del Reglamento Hipotecario, las actas de ocupación y pago serán títulos bastante para la inscripción en los Registros públicos de la transmisión del dominio; que sólo en el caso de que el expropiante sea el Estado, los bienes expropiados pasan a ser propiedad del mismo y si los destina a un servicio, o uso público, se convierten en bienes de dominio público, único supuesto en el que es procedente la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.^o del artículo 6.^o del Reglamento Hipotecario, quedando en consecuencia exceptuados de la inscripción y fuera del Registro; que en las expropiaciones realizadas a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", los bienes expropiados habían pasado a ser propiedad de dicha Entidades y sólo se convertirán en bienes de dominio público del Estado cuando la concesión reverta al mismo con todos sus bienes y elementos, como ocurre con todas las concesiones de Obras Públicas; que así resulta además de la escritura de concesión, cuya cláusula 32 dice textualmente que "la concesión terminará el 6 de febrero del año 2004, y llegado ese día, la autopista revertirá al dominio público"; que esta cláusula resuelve toda la cuestión, porque si cuando termine la concesión la autopista reverte al dominio público, es evidente que ahora no lo es y, por tanto, no procede la exclusión del Registro de la Propiedad de los bienes que la integren; que a mayor abundamiento, los bienes adscritos a la RENFE, entidad paraestatal que realiza un servicio público, constan inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la misma; que el hecho de que en la cláusula 8.^a-1.^a de la escritura de concesión se establezca que el concesionario solicitará del Registro de la Propiedad la nota marginal del artículo 6.^o, párrafo 2.^o, del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar lo que resulta del resto de tal cláusula, de otras de la misma escritura y de las claras y concretas disposiciones de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa y del Reglamento de la Ley Hipotecaria, ya que en la misma cláusula se hace una referencia a la Ley de Expropiación Forzosa y a la inscripción de la concesión con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario; que si bien los artículos 31 y 60 regulan la inscripción general de la concesión, el 63 regula la inscripción en favor del

concesionario de los bienes expropiados "que hayan de formar parte de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente" al servicio y explotación de la concesión; que esta última inscripción es incompatible con la nota marginal del artículo 6.^º del Reglamento, aplicable sólo a los bienes privados que pasan a ser de dominio público; que, por ello, la cláusula 32 de la escritura de concesión determina que sólo al terminar el plazo de la misma, ésta pasará al dominio público, lo que está en contradicción absoluta con la parte de la cláusula 8.^a-1.^a, que establece se solicite la extensión de aquella nota marginal; que por tal razón hay que considerar esta parte de la cláusula como un error material o de interpretación completamente inoperante por estar en contradicción con la legislación positiva vigente; que el criterio del recurrente, que pretende apoyarse en la teoría de algunos tratadistas de Derecho administrativo que sostienen que el concesionario adquiere un derecho real sobre los bienes de la concesión, no es compartida por otros autores ni ha sido hasta ahora recogida en el derecho positivo regulador de las expropiaciones y su inscripción; que para el caso concreto de la concesión a favor de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", han quedado precisados estos extremos en las sentencias de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 y 5 de diciembre de 1969, en las que se desestimaron unos recursos interpuestos por la mencionada entidad contra fallos del Tribunal Económico-Administrativo provincial de Barcelona, que, en lo sustancial, confirmaban unas liquidaciones por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales giradas por la Oficina Liquidadora de Granollers; que aun admitiendo la moderna teoría de Derecho administrativo, resulta evidente que sólo tiene aplicación y se refiere a las concesiones sobre bienes que eran ya de dominio público con anterioridad a su otorgamiento; que en un caso concreto sería la concesión de un servicio de baños en la zona marítimo-terrestre de dominio público; que en este supuesto, el concesionario, según la mencionada teoría, tendría un derecho real administrativo sobre los terrenos objetos de la concesión, pero como precisa la doctrina, no tiene tal carácter el que pertenece al concesionario sobre los bienes propios afectos a la explotación, y éste es precisamente el caso de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", y que, en cuanto a los extremos 2.^º y 3.^º de la calificación recurrida en que se señalan defectos subsanables, parece evidente que en el caso de que procediese la extensión de la nota marginal solicitada, sería necesaria acompañar a las instancias los títulos justificativos de la expropiación, y acreditar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o, en su defecto, la declaración de no sujeto o exento respecto a la expropiación forzosa realizada.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto a los defectos subsanables y la revocó respecto del inconsanable por entender que las autopistas, vías de comunicación especialmente concebidas para la rápida circulación de automóviles, aunque no especialmente reguladas en la legislación española, son consideradas por la extranjera, especialmente la italiana, como bienes de dominio público y es evidente que, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a los derechos

dé un concesionario, éste no puede enajenarlos libremente, por lo que hay que considerarlos bienes "extra commercium", excluidos de las normas generales de la propiedad privada y, en consecuencia, de la inscripción registral, agregando en relación con el caso concreto planteado, que la cláusula 8.^a-1.^a de la adjudicación a la compañía concesionaria dispone que la misión solicitará, en su momento, "la extensión de las notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.^a y artículo 6.^º, párrafo 2.^º del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión que puede llevarse a efecto con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento".

Resultando que el funcionario calificador aceptó la decisión presidencial en cuanto confirmaba la existencia de los defectos subsanables y apeló de la misma respecto a la revocación del defecto insubsanable de la nota.

Doctrina.—"Considerando que en el presente expediente, en el que figuran acumulados dos recursos gubernativos, se plantea la cuestión de si como consecuencia de la expropiación de unas fincas que pasan a integrarse en la concesión administrativa de "Autopistas Concesionaria Española, S. A.", el asiento registral que corresponde practicar es la nota marginal a que hace referencia el artículo 6.^º del Reglamento Hipotecario, por entender que los referidos inmuebles adquieren el carácter de bienes de dominio público, o si, por el contrario, ha de ser una inscripción de los mismos a favor del concesionario tal como preceptúa el artículo 63 del mismo Reglamento";

"Considerando, que tanto el artículo 2.^º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, como el 3.^º del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, distinguen cuidadosamente entre expropiante y beneficiario de la expropiación, al disponer que se "entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria", siendo únicos titulares de dicha potestad el Estado, la Provincia y el Municipio, y considerar como beneficiario al "sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados", pudiendo ser beneficiarios "las entidades o concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición";

"Considerando, que aunque el documento presentado en el Registro y sobre el que ha recaído la nota calificadora no ha sido el título inscribible a favor del expropiante o beneficiario que establece la norma cuarta del artículo 32 del Reglamento Hipotecario y que es el que permitiría determinar si la finca expropiada fue efectivamente adquirida por el Estado con la condición de bien de dominio público, como se afirma en la instancia presentada, o si, por el contrario, la adquisición se realizó por el concesionario para formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, de las disposiciones que regulan la concesión y más concretamente del Decreto 1.962-1.966, de 30 de junio, sobre expropiación forzosa de los terrenos afectados por la construcción de las autopistas Barcelona-La Junquera y Móngat-Mataró y del pliego de cláusulas de explotación de dicha autopista aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1966, resulta que el concesionario tendrá el ca-

rácter de beneficiario de la expropiación, asumiendo todos los derechos y todas las obligaciones propias de tal, con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa”;

“Considerando que la nota marginal prevenida en el párrafo 2.^º del artículo 6.^º del Reglamento Hipotecario, procede extenderla en aquéllos casos en que un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiere la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo 5.^º del citado Reglamento, pero esta norma de carácter general debe ceder ante la más especial que se contiene en el artículo 63 y que se refiere al supuesto concreto de las concesiones administrativas, estableciendo que para que la adquisición por expropiación forzosa o por convenios particulares de fincas que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación produzca efectos respecto a tercero, es necesario que se inscriba a favor del concesionario haciendo constar esta incorporación y que no podrá verificarse inscripción alguna posterior sin la oportuna autorización ministerial;”

“Considerando que a la vista de lo expuesto es forzoso declarar que, como precepto más concreto y particular y al no haberse acreditado que la finca expropiada ha sido adquirida por el Estado como bien de dominio público, ha de aplicarse el mencionado artículo 63 del Reglamento, y hasta tanto no llegue la fecha en que debe producirse la reversión de los bienes al Estado, tal como indica la cláusula 32 de la escritura de adjudicación de concesión administrativa, según la cual “la concesión terminará el día 6 de febrero del año 2004” y “llegado este día, la autopista revertirá al dominio público”, no procede extender la nota marginal solicitada, sin perjuicio de que al presentar el título inscribible a que se refiere la norma 4.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, recayendo nueva calificación, pueda acreditarse cumplidamente el mencionado extremo.”

“Esta Dirección General ha acordado con revocación parcial del Auto apelado, confirmar el defecto primero de la Nota del Registrador, único que ha sido discutido en la apelación.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

En la precedente resolución existen una serie de materias que, por un lado, ofrecen el aspecto puramente administrativo y, por otro, el registral. Ello permite calificar a dicha Resolución de importante ante esa gran batalla que está dando el derecho público frente al privado y que obliga a replantear conceptos básicos procedentes de este último derecho. Ni la solución legislativa de la inscripción de los bienes del Estado es pacíficamente aceptada por la doctrina, ni el fenómeno traslativo de la expropiación forzosa tiene unánime aceptación en el comentario que sobre el mismo hacen los autores, ni es único el concepto de concesión administrativa, ni, por último, la reversión como fenómeno que ayuda a los efectos de la conclusión de la expropiación y de la concesión, nos van a dar muchas pistas para la solución del problema planteado.

Si a todo lo dicho añadimos que la legislación sobre autopistas no es

muy precisa en estos puntos, veremos que las dificultades suben de tono en orden a una posible solución acorde con las finalidades que persiguen los instrumentos administrativos y la seguridad jurídica que la publicidad registral les puede proporcionar.

El supuesto planteado por los hechos que van a dar lugar a la Resolución es si procede aplicar en una expropiación forzosa de terrenos para la construcción de una autopista la normativa del artículo 6, 2.^º, del Reglamento Hipotecario, que ordena extender una nota marginal cuando los bienes privados pasen a ser de carácter público o, de si, por el contrario, la norma aplicable es la del artículo 63 del mismo Reglamento, más especial y acorde con el supuesto planteado.

Para una mejor exposición de la materia se me antoja distinguir cuatro puntos clave que pueden darnos pautas para un razonar lógico en orden a la solución pretendida: 1) Inscripción de bienes en el Registro a favor del Estado. 2) Mecanismo de la expropiación forzosa. 3) Inscripción de autopistas; y, 4) Reversión invocada por la Resolución como pieza clave para la solución dada al caso.

1. Inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad a favor del Estado.

El artículo 5 del Reglamento Hipotecario—precepto dictado de espaldas a los principios hipotecarios que rigen el sistema—, en su párrafo 1.^º, excluye de inscripción a los bienes de “dominio público” a que se refiere el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de defensa del territorio. Creo que ya he dicho en otro lugar que lo que el artículo 5 del Reglamento Hipotecario quiere decir, o lo que pretende, es que respecto de los bienes a que se refiere, al no estar en el tráfico jurídico, es que no cabe hacer inscripciones sucesivas de transmisión, pero ello no impide que si no están inscritos se inscriban, haciendo constar por nota marginal su condición de afectados y de que si están inscritos a nombre de un particular se inscriban a nombre del Estado y, por medio de una nota, se haga constar su condición de demaniales. Todo ello sobre la base de que es inadmisible, hipotecariamente hablando, atribuir por medio de una nota marginal la titularidad de unos bienes. El tránsito patrimonial que cualquier medio adquisitivo lleva consigo a favor del Estado exige una inscripción o inmatriculación, sin perjuicio de que el uso o servicio a que sean destinados se haga constar por medio de una nota marginal.

La virtualidad taumatúrgica de esa nota, postulada por el artículo 6 del Reglamento Hipotecario, carece de sentido cuando los bienes adquiridos por el Estado no están inscritos. Al no poderse practicar la misma, por falta de previa inscripción, los bienes del Estado quedan sin protección registral y expuestos a todo el mecanismo que los principios de fe pública registral y legitimación ofrecen al que logre una inscripción preferente de los mismos. No hay que olvidar el carácter obligatorio que la Ley del Patrimonio del Estado (24 diciembre de 1962) impone a la inscripción de los mismos.

La opinión que mantengo no es nueva, ya que antes y mejor que yo la han sostenido otros, incluidos ciertos administrativistas. En el "Boletín del Colegio Nacional de Registradores", número 26, año 1968, se publicó una nota de colaboración de la Comisión de Estudios Hipotecarios sobre la "inscripción de pantanos", en la que se decía que legislativamente no faltan normas que presuponen la inscribibilidad de aquellos bienes y así, el artículo 303 del Reglamento Hipotecario, entre las circunstancias que debe contener la certificación de dominio para la inmatriculación hace figurar "el servicio público u objeto". El artículo 17 del mismo Reglamento no hace distinciones a este respecto; el artículo 30 considera inscribibles los montes públicos, e incluso existe una Ley de 1941 para inmatriculación de riberas de ríos en virtud de actas de delimitación, que también regula la inscripción de bienes de dominio público. Podemos citar el Decreto de 11 de mayo de 1968, para la ordenación y urbanización de la avenida de La Paz, de Madrid, en cuyo artículo 15 se dice que "en defensa de la intangibilidad de las zonas verdes, viales, parques y jardines y, en general, espacios libres de uso público, el suelo correspondiente se inscribirá en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Madrid, con la calificación de inalienable, en su caso, y especificación de su destino". La Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 5 de noviembre del mismo año, en los artículos 117 y 218, respectivamente, dice que "la afectación se hará constar... en su caso en el Registro de la Propiedad".

MARTÍNEZ DE BEDOYA (I), en la recensión que hace del trabajo monográfico de MENDOZA OLIVAN ("El deslinde de los bienes de la Administración"), en la "Rev. Cr. D. I.", número 470, año 1969 y pág. 251, cita a MARTÍN RETORTILLO, quien se pregunta hasta qué punto sigue teniendo sentido la regla de la no inscripción en el Registro de los bienes de dominio público; igualmente aporta las Resoluciones de la Dirección General de 14 de diciembre de 1953 y 24 noviembre 1964, que apuntan la idea de la necesidad de inscribir los bienes de dominio público.

Por todo ello, aunque la solución que la Resolución comentada da al problema es coincidente con la idea de inscripción que aquí se mantiene, deja marginada esta interpretación evolutiva de los artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario, haciendo aplicación del 63 del mismo, que contempla un caso específico de incorporación de bienes a una concesión.

2. *Mecanismo de la expropiación forzosa.*

La doctrina tradicional, con ligeras variantes, ha ofrecido un aspecto limitado de la expropiación forzosa sobre la base de la legislación existente. En una u otra forma se venía a decir que el efecto final de la expropiación forzosa es provocar un cambio de titularidad de los bienes que son objeto de la misma, que del patrimonio del particular pasan al de la entidad expropriante o al del beneficiario. Sin necesidad de hacer apeaderos, en CASTÁN y FERNÁNDEZ DE VELASCO, recurrimos a GARRIDO FALLA, que ofrece la construcción tradicional: "clásicamente se ha entendido bajo el nombre de expropiación forzosa un instituto de Derecho público que consiste en la transferencia

coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico". Pero esta visión tradicional se encuentra superada en la actualidad, en cuanto que, de una parte, a las razones de utilidad pública se les ha añadido el interés social y, de otra, en la expropiación se encuentra comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio. Lo cual hace, como dice el autor últimamente citado, que a la inicial nota característica de la transferencia coactiva se ha unido una serie de hipótesis que se caracterizan ejemplificativamente por su semejanza con negocios conocidos por el Derecho civil (venta, permuta, censo, arrendamiento).

De todo ello cabe deducir que unas veces la expropiación forzosa provoca un cambio de titularidad o transferencia de propiedad a semejanza de la venta o de la permuta y otras, como apunta Carretero Pérez ("Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa", Madrid, 1966, pág. 158), puede existir expropiación sin transmisión de dominio, ya que cabe que vaya dirigida a la extinción del derecho o de la cosa expropiada, o bien puede referirse a la constitución obligatoria de un derecho real o personal administrativo sobre la misma.

En el presente supuesto es claro, tanto de los antecedentes como de los considerandos de la Resolución, que lo que se discute es si los bienes hacen tránsito al Estado o a la Entidad concesionaria de la autopista. Es decir, que la esencia de la expropiación en el presente caso se centra en el posible acto traslativo y no constitutivo de cualquier derecho real. Es claro que conforme a la legislación vigente de Expropiación Forzosa (artículo 2 de la Ley de 16 diciembre de 1954, como el artículo 3 del Reglamento de dicha Ley, de 26 de abril de 1975), puede perfilarse la figura del expropiante y del beneficiario, siendo el primero el que ostenta la potestad expropiatoria y el segundo el que recibe el beneficio "y adquiere el bien o derechos expropiados". Caso de no existir más que expropiante, es evidente que la figura del beneficiario se refunde en el mismo. Beneficiario existe cuando la potestad expropiatoria se ejerce por la Administración en beneficio de "entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición". En estos casos, además de la representación de la Administración, figurarán en los documentos hábiles para la inscripción los que ostenten la representación de la entidad beneficiaria.

FERNÁNDEZ CABALEIRO ("Comentarios a esta Resolución", en Rev. Cr. D. I., número 491, julio-agosto 1927, pág. 883), especulaba sobre lo que el beneficiario podía adquirir en estos casos: o el pleno dominio de los bienes o un derecho real sobre los mismos en virtud de su condición de concesionario. Y concluye diciendo que el beneficiario lo que adquiere es un derecho real sobre los bienes expropiados y no su dominio, ya que éste pertenece exclusivamente al Estado expropiante. En apoyo de tan singular doctrina cita el artículo 2 de la Ley de Expropiación Forzosa y la mención que el mismo

hace del “concesionario”, que, como hemos visto, puede ser beneficiario de la expropiación.

Entiendo que el que el concesionario —titular de una concesión administrativa— pueda ser “beneficiario” de una expropiación, no quiere decir que lo que adquiera ha de ser de la misma condición de los bienes sobre los cuales se ha constituido la concesión, sino que como clarísimamente establece el artículo 63 del Reglamento Hipotecario son bienes que van a formar parte de una obra pública, por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, y que serán afectados por ese derecho de revisión que toda concesión lleva consigo, pero su titularidad pertenecerá al concesionario o beneficiario. Es lo mismo que los terrenos ganados al mar en la construcción de puertos deportivos. Lo que sucede es que la Ley de Autopistas y el Decreto sobre cláusulas generales de construcción, conservación y explotación, son producto de una improvisación legislativa acuciada por las “urgencias” de los tiempos actuales, como veremos a continuación.

3. *Inscripción de autopistas.*

He desarrollado esta materia en otro trabajo mío (“Complementos al Derecho hipotecario”, Madrid, 1974, pág. 254) y, por ello, voy a simplificar las ideas que allí expongo. La cláusula 56 del Decreto de 5 de enero de 1973 nos da la forma a seguir en este punto, pues dispone: “El concesionario viene obligado a inscribir en el Registro de la Propiedad y a favor del Estado, la totalidad de los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión y sean susceptibles de ello, y a solicitar del mencionado Registro las notas marginales preventivas en el artículo 32, norma 1, y artículo 6.^º, párrafo 2.^º del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión, que deberá llevarse a cabo con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento”.

Toda concesión administrativa supone unos bienes de dominio público sobre los que se establece el derecho generador de la concesión. Por ello, para que la concesión de la autopista surja es preciso que los terrenos sobre los que se ha de construir sean del Estado y, caso de no serlo, se adquieran por el mismo a través del procedimiento de expropiación forzosa. Así viene a presuponerlo los artículos 16 y 17 de la Ley de 10 de mayo de 1972 y la cláusula 56 del Decreto de 16 de febrero de 1973, antes citado. Pero, como veremos, existen ciertas contradicciones entre las disposiciones que dicha normativa pone en juego. La Ley de 10 de mayo de 1972, en su artículo 17, prevé que en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, sin perjuicio de que en el párrafo primero del mismo artículo considere que los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporen al dominio público del Estado. Ello supone, como lógicamente se deduce de lo ya dicho, una alteración de la doctrina que parecía emanar de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957, conforme al cual el “beneficiario” es el titular de las ventajas de la expropiación y el adquirente de la cosa expropiada por intermedio

del ente expropiante. La Legislación Hipotecaria, por su parte, admite que la inscripción la pueda solicitar el expropiante o el beneficiario, disyuntiva que sólo puede entenderse en el doble caso de que exista expropiante y beneficiario, pues en los demás casos sólo el expropiante sería el titular de la inscripción y el legitimado para pedirla, pero no cabe admitir que en caso de expropiante y beneficiario, ambos estén legitimados para la petición de inscripción a su favor, pues existiendo beneficiario sólo a este cabe pedir y obtener la inscripción.

Si, conforme al artículo 119 de la Ley del Patrimonio del Estado, en las adquisiciones de bienes que se realicen en virtud de expropiación forzosa, llevan implícita la afectación de los bienes al dominio público, y si conforme a la legislación administrativa sólo cabe la concesión sobre bienes pertenecientes al dominio público, es evidente que lo procedente, hipotecariamente hablando, es la inscripción de los bienes expropiados a favor del Estado, para luego, sobre ellos, se pueda fundamentar como finca independiente la inscripción de la concesión. Esta serie de ideas encajan en la tesis anteriormente sostenida en torno a la interpretación dada a los artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario.

Por todo ello, el mecanismo sería la previa inscripción a nombre del Estado de los bienes expropiados (cosa de difícil cumplimiento si en la expropiación figura la entidad concesionaria como beneficiaria), tal y como ordena la cláusula 56 del Decreto 25 enero 1973; en segundo término, la inscripción de la concesión en sí a través de la escritura pública correspondiente y la posterior incorporación de los bienes expropiados a la concesión, que se inscribirán especialmente a nombre de la misma, haciendo constar su incorporación por nota marginal en la de la concesión. Al no tener posibilidad documental de inscribir los bienes a nombre del Estado, ya que la documentación administrativa de la expropiación forzosa sólo legitima al beneficiario (acta de ocupación y pago o acta de ocupación y resguardo que acredite la consignación del justo precio a que se refiere el artículo 32 del Reglamento Hipotecario), lo procedente es la inscripción directa a nombre de la entidad concesionaria y la posterior o simultánea incorporación de los bienes a la inscripción de la concesión, pues ya en las condiciones de la inscripción de la concesión figurará la reversión de los bienes a favor del Estado.

Todo ello nos lleva a esa inevitable solución que la Resolución comentada ofrece a través del vehículo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario. Difíciloso sería seguir la tesis mantenida por el artículo 56 del Decreto de 16 de febrero de 1973, citado y atrevidísima la postura de CABALEIRO que postula una nota marginal en la inscripción de los bienes expropiados y una inscripción especial del "derecho que el concesionario adquiere" sobre dichos bienes al amparo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario que, conforme a su texto, sólo a la incorporación en propiedad de bienes se refiere.

4. Reversión administrativa.

Uno de los argumentos que la Dirección emplea en el Recurso es el de que no procede la nota marginal del artículo 6,2 del Reglamento Hipotecario hasta tanto “no llegue la fecha en que debe producirse la reversión de los bienes al Estado”.

Convendría concretar a qué reversión se refiere el considerando de la Resolución, pues de una parte juega la posible reversión de los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa o a la reversión que lleva implícita toda concesión administrativa al finalizar el plazo de su concesión. Digo esto, ya que la primera parece quedar eliminada al someter los bienes expropiados al fin de la concesión, y la segunda sería discutible que comprendiese esos bienes que se van incorporando sucesivamente a la concesión.

Los bienes de propiedad particular que se incorporan a la concesión y pasan a formar parte integrante de la misma, ¿están sujetos a la reversión administrativa al finalizar el plazo de la concesión?

La contestación a esa pregunta ha de ser afirmativa, ya que tradicionalmente se ha venido predicando la idea de la “unidad pertenencial” que lleva consigo el que la reversión comprenda las instalaciones afectas a la explotación, entrando el Estado en el goce de la explotación de la autopista y de todas sus dependencias. Así se había pronunciado el Tribunal Supremo al referirse a los ferrocarriles (Sentencia 6 mayo 1911), y la doctrina administrativa: VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA, PERA VERDAGUER y ARIÑO ORTIZ.

La Dirección General postula que, llegado el momento de la reversión, será procedente practicar la anotación preventiva del artículo 6,2 el Reglamento Hipotecario acreditativa de que los bienes han pasado del concesionario a ser de “utilidad pública” o demaniales. Ahí creo que es donde a la Dirección General le ha faltado el criterio progresivo de que siempre suele dar muestras, pues, a mi entender, y conforme a lo que vengo sosteniendo, lo procedente hubiese sido extender una inscripción de los bienes a favor del Estado, cancelando la de concesión a nombre de la entidad concesionaria, y poniendo una nota marginal acreditativa de que los bienes, al estar afectos a una utilidad o servicio público, carecen de posibilidad de negociación, salvo una posible nueva concesión que sobre ellos se constituya.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—NO PROCEDE EXTENDER DICHA ANOTACIÓN PREVENTIVA CUANDO LOS BIENES EMBARGADOS ESTÁN INSCRITOS A NOMBRE DE TERCEROS ADQUIERENTES DISTINTOS DEL DEUDOR. (Resolución de 18 de marzo de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 13 de abril de 1972.)

HECHOS.—Resultando que, por débitos fiscales de la “Sociedad General de Tranvías Eléctricos Interurbanos de Palma, S. A.”, la recaudación de tributos del Estado de dicha ciudad decretó el 23 de febrero de 1971, en tres expedientes ejecutivos, el embargo de una finca que había sido de la Sociedad deudora, pero que en aquel momento figuraba inscrita a nombre de otro titular; que los correspondientes mandamientos se presentaron en

el Registro el 25 de febrero; que el 2 de abril ingresó en la misma oficina, ejecutoria expedida por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma, en virtud de la cual y como consecuencia de sentencia del Tribunal Supremo, la titularidad del inmueble señalado se transfería por título de resolución y reversión a la "Sociedad General de Tranvías Eléctricos Interurbanos de Palma, S. A.", y que el mismo 2 de abril se presentó en el Registro primera copia de una escritura de fecha 31 de diciembre de 1970, mediante la cual, la expresada Compañía, cedía al Instituto Nacional de Previsión el referido inmueble en pago de deudas por seguros sociales.

Resultando que, con fecha 13 de abril de 1971, se devolvieron al recaudador los mandamientos presentados, con la siguiente nota en cada uno de ellos referente a la finca cuestionada: "Denegada la anotación de la finca... por constar vendida a tercera persona; defecto insubsanable... que impide tomar anotación de suspensión aunque hubiera sido solicitada."

Resultando que el Abogado del Estado de Palma interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que en la fecha en que se presentó en el Registro la ejecutoria que transfería la propiedad de la finca objeto del recurso, a la Sociedad de Tranvías —2 de abril de 1971—, estaban en poder del Registrador, pendientes de despacho, los mandamientos de embargo del recaudador de contribuciones, sin que hubiese expirado el plazo de sesenta días durante el cual tiene vigencia el asiento de presentación; que, por tanto, lo procedente es que una vez que hubiera inscrito el dominio de la finca a favor de la compañía, hubiese anotado los embargos pendientes a favor del fisco; que, sin embargo, no lo hizo así, sino que dio preferencia a la inscripción de la cesión al Instituto Nacional de Previsión en virtud de escritura presentada el mismo día de la ejecución que, a su juicio, los principios hipotecarios de prioridad y trato sucesivo llevan a otras consecuencias que seguidamente dirá; que la retroacción de las inscripciones, en cuanto a sus resultados, al momento de sus respectivos asientos de presentación, impide el bloqueo de las pretendidas anotaciones por la cesión, registralmente posterior, al Instituto Nacional de Previsión; que tampoco es admisible la negativa del Registrador, porque la finca figurase inscrita a nombre de otro titular cuando se presentaron los mandamientos de embargo, ya que, durante el plazo de vigencia de los correspondientes asientos, pasó la titularidad a la Compañía de Tranvías; que el hecho de que posteriormente entrara en la oficina registral el título de cesión al Instituto Nacional de Previsión no debe impedir la extensión de las anotaciones de embargo anteriormente reclamadas; que por otro lado, no son incompatibles la extensión de las anotaciones y la inscripción de la cesión, y que la teoría que da preferencia a los títulos de dominio anteriores, pero presentados registralmente después, sobre las anotaciones ordenadas con posterioridad, pero ingresadas antes en el Registro, podrá entrar en juego en un planteamiento judicial de la cuestión, pero no compete resolverla al Registrador que debe atenerse exclusivamente a las reglas formales referentes a la extensión de asientos, ya que, conforme al artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, los créditos tributarios anotados o inscritos en el Registro tienen preferencia sobre cualesquiera otros, sea la que fuese su clase y condición.

Resultando que el Registrador informó: Que efectuada la presentación de los mandamientos de embargo el 25 de febrero de 1971, se inició el estudio calificadorio para la extensión, si procedía, de los correspondientes asientos; que la función del Registrador es esencialmente autenticadora y declarativa de derechos, sin producir efectos de cosa juzgada, misión que compete a los Tribunales; que normalmente los registradores tienen obligación de despachar los títulos presentados, por orden cronológico, salvo si falta alguna inscripción intermedia y siempre a instancia de parte interesada (Resoluciones de 14 de diciembre de 1957, 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 26 de mayo de 1965, 11 de agosto de 1939, 27 de mayo de 1938, 5 de junio de 1918, 30 de abril de 1936 y 22 de julio de 1940); que la doctrina científica mantiene el mismo criterio; que aplicando al caso del recurso lo dicho sobre orden de despacho y rogación, se llega a las siguientes conclusiones: 1.^º La Hacienda Pública, al presentar el 25 de febrero los tres mandamientos para anotación preventiva de embargo adquirió un turno de despacho. 2.^º Del mismo modo, la Compañía de Tranvías y el Instituto Nacional de Previsión, al presentar el 2 de abril siguiente la ejecutoria y la escritura pública de cesión de pago, respectivamente, adquirieron también un turno de despacho y con ese turno el derecho a que tales títulos se resolvieran antes que cualquier otro documento que fuera presentado con anterioridad; que el orden de presentación de los documentos fue: 1.^º Mandamientos. 2.^º Ejecutoria, y 3.^º Adjudicación o cesión en pago al Instituto Nacional de Previsión; que en opinión del recurrente, el Registrador debió seguir el siguiente orden de despacho: 1.^º La ejecutoria, que fue presentada en segundo lugar. 2.^º Los tres mandamientos de Hacienda, que fueron presentados en primer lugar, y 3.^º La escritura de cesión en pago, que fue presentada en tercer lugar, y es más, debió realizar toda esta alteración del orden de despacho y la consiguiente lesión de los derechos de los interesados, sin petición oral ni escrita de ninguno de ellos, y es con la exigencia de esta actuación de oficio con la que el informante no está de acuerdo, por lo que mantiene su discrepancia y oposición; que no puede pretenderse que la Compañía de Tranvías, por el mero hecho de presentar la ejecutoria, solicitó que se despachara antes que los mandamientos que ya obraban en el Registro y cuya anotación posterior le perjudicaría, pues implicaría un gravamen sobre la finca; que el informante, al seguir el orden cronológico, por aparecer inscrita la finca cuestionada a favor de tercera persona, tuvo que denegar la extensión de las anotaciones pretendidas, por imperio del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es el que entra en juego en este caso y no el 17 del mismo texto legal; que el artículo 44 de la Ley Hipotecaria elimina las anotaciones preventivas de embargo del ámbito del artículo 17 al no darles preferencia sobre títulos de fecha anterior, aunque se inscriban en el Registro con posterioridad; que de seguirse el criterio del recurrente habría que esperar para extender los asientos al último minuto del plazo de vigencia del asiento de presentación; que aunque la nota de calificación de los mandamientos de embargo es de 13 de abril de 1971, sus efectos deben retrotraerse a la fecha del asiento de presentación, puesto que, en definitiva, la nota puesta al pie del título no es más que una consecuencia del orden interno de la oficina; que no alcanza

a comprender la finalidad del recurso, dados los claros términos del artículo 44 de la Ley Hipotecaria; que seguramente por ello se alega por la representación del Estado que el artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, da preferencia, respecto a los demás, a los créditos tributarios que se hagan constar en el Registro; que tal argumento es también inaceptable, puesto que la finca está inscrita a nombre del Instituto Nacional de Previsión, persona distinta a la Compañía de Tranvías, que es la deudora, y que por último y como argumento irrefutable, señala que el recurso gubernativo se refiere a una calificación que suspende o deniega un asiento registral pendiente de realizarse, pero en el presente caso media una inscripción firme a favor de tercero, que conforme a los artículos 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y únicamente en méritos de una sentencia firme recaída en juicio declarativo seguido contra el Instituto Nacional de Previsión, podría ser variada y dar lugar a que se tomaran las anotaciones preventivas, situación ésta a la que no se podría llegar por impedirlo el artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Resultando que el presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe.

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó que el Registrador debe tener en cuenta en su calificación la situación registral en toda su amplitud al tiempo de hacerla, y que, si a pesar de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria interpuso el recurso gubernativo, es porque existen razones para hacerlo, pero que por ser extrañas al procedimiento registral no se han expuesto en el mismo, citando como resolución fundamental aplicable al caso la de 7 de febrero de 1959 a más de la general sobre calificación de 9 de mayo de 1946.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si está debidamente extendida la nota calificadora por la que se deniega la anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de apremio por débitos fiscales al encontrarse la finca en el momento de la presentación del mandamiento inscrita a nombre de persona distinta del deudor, pero habiéndose presentado posteriormente, vigente aún el asiento de presentación del mandamiento y antes de extender la nota, una ejecutoria en virtud de la cual la finca en cuestión se transfería nuevamente a la entidad deudora y a continuación una escritura por la que ésta enajenaba el inmueble, títulos ambos que fueron inscritos”;

“Considerando que como tiene declarado este centro directivo en repetidas resoluciones, el principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, impone a los registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de sus presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí”;

“Considerando que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el Registrador se procede a la previa calificación en virtud del prin-

cipio de legalidad y una de las circunstancias que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación es la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o a la que haya de perjudicar la inscripción a practicar, y denegándose ésta cuando resulte inscrito aquel derecho a favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos 1.^º y 2.^º, de la Ley Hipotecaria y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, regla 1.^a del Reglamento Hipotecario”;

“Considerando que, como igualmente se ha declarado en reiteradas Resoluciones, la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles e ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados, pero de esta facultad y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos, a fin de practicar, como en este caso se pretende, por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado”;

“Considerando que, aunque la cuestión planteada por el presente recurso guarde cierta analogía con la que fue objeto de la Resolución de 7 de febrero de 1959, que cita el recurrente, en la que se mantuvo la doctrina de que un documento presentado posteriormente a otro debía haber sido despachado antes, a fin de remover el obstáculo que se oponía a la inscripción del primeramente presentado y cuyo asiento de presentación seguía vigente, el supuesto de hecho difiere notablemente, ya que en el de aquella Resolución era indudable la coincidencia de intereses en uno y otro documento al ser el presentado en segundo lugar un mandamiento por virtud del cual, y al practicarse determinada cancelación, la finca quedaba inscrita de nuevo a favor de quien la escritura presentada en primer lugar la transmitía, en tanto que en el presente caso falta tal coincidencia de intereses y la alteración por sólo el Registrador del orden de despacho en los documentos hubiera constituido una actuación contraria a los principios que informan el procedimiento registral”;

“Considerando a mayor abundamiento que tampoco cabe desconocer la preferencia que establece el artículo 44 de la Ley Hipotecaria —que remite el artículo 1.923 del Código civil— respecto de los títulos públicos que fueron otorgados con anterioridad a la práctica de una anotación de las señaladas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la mencionada Ley y que se presentan en el Registro con posterioridad a la fecha de estas anotaciones, circunstancia que se aprecia en este supuesto al haberse autorizado la escritura ya inscrita en 31 de diciembre de 1971 y decretado el embargo casi dos meses después”;

“Considerando, por último, que al haberse practicado la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión, el asiento extendido se encuentra de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia

de los Tribunales y producirá todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 66 de la misma Ley pueda acudirse ante la jurisdicción competente para discutir sobre la validez o nulidad del título que provocó la inscripción."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la Nota del Registrador."

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

El presente caso versa sobre el eterno tema del principio de prioridad, esencia y fundamento del sistema hipotecario español. De las diferentes variantes en que el principio se manifiesta, aquí se recoge la que hace referencia al problema de la incompatibilidad de derechos en su aspecto sustantivo, para luego también estimar ese aspecto formal del "orden de despacho de documentos" que, como complemento, se exige para dar vigencia al primero. De nada serviría la formulación del principio, si luego se dejase al arbitrio o a la complicidad del solicitante y del Registrador el "orden" en que deberían despacharse los documentos.

Burocráticamente, por razones de simpatía u otras especiales, pudiera producirse el ascenso del documento que gana puestos o que, siendo problema aplazable, queda sujeto a la ley del "cajón". Pero registralmente —aparte de la responsabilidad que ello pueda llevar consigo— es inadmisible, pues supondría una violación clara del principio sagrado de la prioridad.

Conforme a estas dos facetas señaladas, vamos a intentar exponer críticamente el contenido de esta Resolución. Distinguimos:

a) *Aspecto sustantivo del principio.*

La esencia del mismo la reflejan claramente los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, en cuanto conceden al documento que llega antes al Registro el rango para su despacho preferente, cerrando el Registro a los posteriores o anteponiéndose el derecho con los posteriores compatibles.

Pero este principio de prioridad no quiere decir que una vez presentado un título y ganada preferencia para su despacho, deba inscribirse, pues el título está sujeto a la calificación registral que, como sabemos, comprende también la situación que los asientos registrales ofrecen en relación con el principio de trato sucesivo. Conforme al mismo, cuando la finca o derecho que se pretende inscribir resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen, los registradores denegarán la inscripción solicitada, pudiendo, no obstante, "suspender" la inscripción en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser "causahabiente" del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante, extenderá anotación preventiva por defecto subsanable (artículos 20, 2 de la Ley Hipotecaria y 103 de su Reglamento).

El caso planteado en los hechos constitutivos del supuesto no encaja plenamente en esta última "suavización" del principio y sí queda encuadrado en

el caso primero. Por ello, el Registrador procede bien, inicialmente, al denegar unas anotaciones de embargo sobre finca que está inscrita a favor de persona distinta del embargado. Decimos esto, pues de los hechos no consta que en el mandamiento o mandamientos del embargo se hiciera constar que el embargado fuera "causahabiente" del titular registral, cosa que sólo constaba en el Registro en forma indirecta a través del asiento de presentación. Es de destacar mi postura en torno a la palabra "causahabiente" que yo entiendo debe ser admitida en su sentido restrictivo o limitado, pues en el ejemplo que poníamos podía verse burlado el espíritu del artículo 1.473 del C. c. y del 17 de la L. H. Frente a esta postura, ROCA y LA RICA sostuvieron una concepción amplia hablando de "*sucesor o adquirente en general*", cosa que recoge TIRSO CARRETERO en el comentario crítico que hace a esta Resolución en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" de 1972 (número 491, página 894), estimando "perniciosa" mi interpretación. Son tan estrechos los límites en los que deben moverse estos comentarios que solamente caben los calificativos de las posturas. La suya, por supuesto, me parece "progresiva", de "captura al paso" y de "lege ferenda", pero la mía era de "lege data", sin excluir la posibilidad de la "lege ferenda". Yo exponía hechos y él ilusiones.

Pero aun admitiendo esa tesis "progresiva" en torno a la interpretación del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, resultaría que el Registrador, al calificar de subsanable la falta, no hubiera procedido—hipotecariamente hablando—in forma correcta, pues el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, al determinar la preferencia sustantiva de "créditos", remite al artículo 1.923 del Código civil y, conforme a los hechos, resulta que las anotaciones preventivas se dictaron con posterioridad a los títulos de adquisición de la finca a favor de la persona embargada, pero que al no haberse presentado en el Registro sino después de la petición de embargo, tienen la preferencia que les confiere el artículo 1.923 del C. c. antes citado.

b) *Orden de despacho de los documentos.*

Una de las consecuencias adjetivas o formales del principio de prioridad es el despacho ordenado de documentos para evitar que ello pueda suponer una violación del principio de prioridad. Uno de los considerandos de la Resolución lo dice expresamente: "impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí".

Al lado de este deber riguroso existe la flexibilidad del examen del Registro—en razón de la función calificadora—y de los asientos pendientes de inscripción, para, con todo ello, llegar a una solución jurídica del problema. Por ello, en uno de los considerandos de la Resolución se dice que "la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados, pero

de esta facultad y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos a fin de practicar, como en este caso se pretende por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado".

Dentro de las excepciones que el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tiene y que señala la doctrina (títulos anteriores no inscritos que corroboran el título inscrito, falta de simultaneidad en el otorgamiento, inclusión de finca en testamentaría, estando previamente enajenada, aparición de herederos de mejor derecho, etc.), cabría también incluir la que puede surgir de ese examen de documentos pendientes, siempre que se tratase de "documentos compatibles entre sí", pero no como en el caso que ofrecen los hechos relatados en los que, como hemos visto, los embargos son posteriores a la venta, aunque los mismos se presenten antes en el Registro. En el fondo eso es lo que pretendía el abogado del Estado en su escrito: que el Registrador alterase "por sí" el orden de presentación y gravase de embargo la finca vendida como libre, todo ello sin consentimiento o intervención de los interesados legitimados para ello. Fuerte pretensión, sobre todo, cuando como en el presente caso, no está apoyada por un precepto que la autorice.

La Resolución, al ir avanzando en sus argumentos, aporta en su considerando cinco una razón de analogía con los hechos que ofrece la de 7 de febrero de 1959, pero inaplicable, pues el supuesto de hecho difería, según la Resolución, notablemente. En dicha Resolución había un documento de venta y un posterior mandamiento de cancelación de inscripción que facilitaba la inscripción de venta presentada en primer lugar, aunque en el mismo se imponía la prohibición de enajenar de la tercera parte de los bienes que primeramente se vendieron. Ello generó el problema de la prioridad y, si bien la escritura que en primer lugar se presentó ganó rango para ser despachada, era evidente que sin el apoyo del mandamiento no lo hubiera podido ser, pues en el Registro figuraba como titular otra persona distinta de la que transmitía y solamente al ser cancelada su titularidad por imperio del mandamiento se permitió dar vigor a dicha enajenación. Es decir, aquí entró en juego ese criterio de la calificación que compaginaba el principio de prioridad con el de atender a los "documentos pendientes de despacho".

En dicha Resolución se negaba el criterio del Registrador mantenido en su calificación, pues al mismo tiempo que cancelaba la inscripción que impedía la venta, resolvía que la prohibición de enajenar debería ser tenida en cuenta también y solamente podría ser válida la enajenación de la tercera parte de las fincas vendidas. Una razón poderosa asistía al Registrador, y era la dificultad de pedir el cumplimiento parcial de un mandamiento en el que se decretaba una cancelación y una prohibición de enajenar. Pero la Dirección alegó en el último considerando que, conforme al artículo 44 de la Ley Hipotecaria y el 145 del Reglamento, se permite el acceso al Registro de los actos anteriores a la anotación preventiva de prohibición.

Por todo ello, vemos que, conforme a las alegaciones del abogado del Estado, había una cierta analogía —analogía que niega la Dirección— entre

un caso y otro; lo que sucede es que ambos tienen el mismo fundamento jurídico basado en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, cosa sumamente conseguida por la Dirección General, sobrando el rechazo que la misma hace de la Resolución de 7 de febrero de 1959, que aun siendo aplicada en su letra y espíritu hubiese llevado a la misma conclusión.

La delicadeza del tema en orden a la consideración de los documentos pendientes de inscripción y a la llamada por la Dirección "coincidencia de intereses" provoca una actuación de finura jurídica en la que entran en juego no sólo los puros principios hipotecarios, sino la legislación entera que regula prelaciones y, a veces, suprime prioridades. Acaso tenga razón TIRSO CARRETERO cuando me reta a profundizar en la distinción entre prioridad sustantiva (artículos 32 y 145, 2º, de la Ley Hipotecaria) y la prioridad formal (artículo 17 y 313 de la misma).

OBJETO SOCIAL.—EL OBJETO SOCIAL DETERMINA EL ÁMBITO DEL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. AUN CUANDO NO FIGURE EN LOS ESTATUTOS LA FACULTAD DE VENDER, ACTUÓ VÁLIDAMENTE EL ADMINISTRADOR AL ESTAR COMPRENDIDA DENTRO DEL GIRO Y TRÁFICO DE LA EMPRESA. (Resolución de 17 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado de 9 de junio de 1972*.)

Hechos.—Resultando que mediante escritura otorgada en Tarrasa el 27 de octubre de 1969 ante el notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta general universal de accionistas, celebrada el 8 de enero anterior, segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea 150 metros cuadrados, que vendió al matrimonio recurrente; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social, de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955"; y que, como documento unido, figura una certificación de una Junta extraordinaria celebrada el 24 de octubre de 1969, en que se acordó por unanimidad "la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de T.I.U.R.S.A.", segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrita la

segregación a que se refiere el precedente documento en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 124, finca 1.421, inscripción 1.^a. Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta general de dicha compañía, de 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifica ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la expide, al tratarse del propio señor Izquierdo, se suspende la inscripción y, a solicitud del presentante, tomo anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Antonia Escudero Pérez y Jaime Segarra Bisbal, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que consta en la propia escritura ser objeto de la compañía vendedora "la compraventa y explotación de terrenos" y en el transcripto artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un administrador..."; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta general de 8 de enero de 1969, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, prescindiendo de la divergencia en la fecha, error puramente mecanográfico, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse mediante una simple operación aritmética la superficie que hecho de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite, la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que, como fundamentos legales, citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó: Que no había denegado la inscripción, sino que sólo la había suspendido por considerar subsanables los defectos observados; que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender, la referencia en el artículo

14 de los Estatutos, único que se transcribe, al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando no están comprendidos en el giro y tráfico de la Empresa, exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios —a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta universal, celebrada según se dice en la escritura el 8 de enero de 1969 y según la certificación inserta literalmente el 24 de octubre de dicho año, ni tal certificación; que la señalada diferencia de fechas induce también a pensar en su falta de autenticidad, tanto más cuanto que lo mismo el acta que la certificación contienen sólo la firma del señor Izquierdo, que es el socio a quien se faculta para vender, faltando la firma del otro socio, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24, 61 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no basta a efectos de identificación en su cabida dar dos medidas lineales, que según la forma del polígono darán resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Què si bien no resulta claro, a veces, qué debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es "la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas"; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encargaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Re-

gistrador para suspender la inscripción de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transcrito en la escritura, "la de vender"; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nelia Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados.

Doctrina.—“Considerando que el primero de los defectos atribuidos en la nota calificadora a la escritura hace referencia a que, entre las facultades del administrador de la sociedad anónima vendedora, que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos y que se ha insertado en la mencionada escritura, no figura la de vender, y, además, resulta de dicho artículo que la representación de la sociedad “en juicio y fuera de él para todos los asuntos de su giro y tráfico” corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, según disponga la Junta general, por lo que la cuestión planteada en primer lugar consiste en resolver si para la venta formalizada tenía el administrador las facultades suficientes para actuar en nombre de la sociedad”;

“Considerando que una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima, establecida en el artículo 11, número 3, apartado b), de la Ley de 17 de julio de 1951, es precisamente la de que dicho objeto social concrete el límite de las facultades de representación de los administradores, al establecer el artículo 76 de la citada Ley que “la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde al Consejo de Administración”, y que “en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”, expresión, está última, que debe entenderse sustancialmente equiparada a la de objeto social”;

“Considerando que en la escritura calificada y a los efectos de delimitar el ámbito de la representación del administrador, se ha hecho constar en la comparecencia, al expresar el concepto en que intervienen los otorgantes, que el objeto social de la entidad vendedora es “la compraventa y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas”, y como además el notario autorizante afirma que tiene a la vista la escritura de constitución de la sociedad y datos de su inscripción en el Registro Mercantil, de todo ello resulta que el objeto social aparece suficientemente determinado en el título calificado y que el administrador único ha actuado dentro de sus facultades representativas, por lo que no adolece la escritura del primero de los defectos señalados.”

“Considerando que el segundo defecto plantea el problema de si la finca que ha sido objeto de segregación y venta en la escritura calificada, se co-

rresponde con la que en el acuerdo de la Junta general de la sociedad se autorizó al administrador para transmitir, y no parece que en este aspecto haya dificultad para su identificación con los datos que se aportan, no completos pero sí suficientes, ya que en la certificación incorporada se concreta plenamente la finca principal y se indican las medidas lineales que permiten determinar la superficie de la parcela segregada, y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al practicar la inscripción de la segregación, por lo que, al no haber ninguna duda sobre esta cuestión, no hay obstáculo para la posterior inscripción de la compraventa, dado que en la descripción de la finca en la escritura se han completado las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento;"

"Considerando que el tercero de los defectos hace referencia a la validez de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta general extraordinaria de una sociedad anónima, expedida exclusivamente por el secretario-presidente de la misma, que es a la vez administrador compareciente en la escritura mediante la cual se ejecuta dicho acuerdo, estando la sociedad integrada únicamente por dos socios, uno de ellos el citado secretario-presidente, y habiendo adoptado ambos el acuerdo por unanimidad;"

"Considerando que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella y sí, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que, con este último carácter, ejecute el acuerdo social."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del registrador."

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

A medida que la calificación registral debe comprender la consulta de una normativa que se multiplica, una doctrina que la comenta y una jurisprudencia que la aplica y la interpreta, la labor se hace cada vez más densa y difícil. Así le debió pasar al compañero de turno en esta ocasión y ante el gran temor de no haber agotado todas las fuentes de información optó por suspender la inscripción que se le solicitaba en base de tres argumentos que constituyen los tres defectos y a los que nos vamos a concretar en estos comentarios. No obstante, cabe apuntar que, aunque la decisión procede de un Registro de la Propiedad, la materia tiene una profunda raigambre mercantil en cuanto roza representaciones, facultades y legitimaciones del administrador de una sociedad anónima.

a) Ausencia de facultades del administrador.

El Registrador había dicho en su calificación que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseñan en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta

en la escritura, no figura la de "vender" y el acto que se pretende inscribir es el de una segregación y compraventa de una parcela de terreno perteneciente a la sociedad.

La Dirección General de los Registros contesta a esta alegación aduciendo el artículo 11, 3, apartado b), de la Ley de 17 de julio de 1951 que al exigir la determinación del objeto social permite dar cumplimiento a la concreción del límite de facultades de representación de los administradores, pues conforme al 76 de la misma Ley "en todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa" y en la escritura se hace constar el objeto social (compraventa y explotación de terrenos), habiendo actuado el administrador dentro de sus facultades representativas.

Había hace tiempo en el programa de oposiciones a Notarías, y en el cuestionario de Mercantil, una pregunta e interrogante que decía: *¿La determinación del fin implica limitación de capacidad?* Creo que aquí puede existir una razón que avale la doctrina de la Dirección. Se contestaba entonces a esa pregunta, más o menos de este modo: es necesario distinguir entre la capacidad jurídica del género de negociaciones a que dicha capacidad puede aplicarse. La capacidad y personalidad jurídica es independiente de la voluntad de los que constituyen la sociedad, pues ésta, una vez constituida, tiene una personalidad jurídica que lleva aneja una capacidad general. El fin asignado juega en dos campos diferentes: 1) Reduce la esfera de acción a un determinado género de negociaciones, pero no constituye medida de su personalidad. 2) Su cumplimiento determina la extensión del ente social. En suma, como defiende LANGLE Y BÉRGAMO y alguna Resolución de la Dirección General (24 de febrero de 1924) la determinación del fin no implica nunca una limitación de la capacidad de la compañía para la realización de los actos necesarios para su consecución. Limita únicamente su poder de dirección y disposición, como afirma KOSAK.

Ello nos permite sacar una primera conclusión: si la determinación del fin no implica limitación de la capacidad y solamente afecta al poder de dirección y disposición, quiere decir que dentro de los límites que el fin señala la actuación de la sociedad es plena, pudiendo realizar toda la serie de actos que el mismo lleve consigo.

Se me ocurre traer aquí un famoso trabajo firmado por NÚÑEZ LAGOS ("Revista de Derecho Notarial", enero-marzo 1954, pág. 227), donde el autor trata sobre el problema de la notoriedad mercantil y el poder por apariencia que, según él, recoge el artículo 286 del Código de Comercio en forma análoga a la "prokura" de los Códigos alemán y suizo. En dicho artículo se contiene —sigue diciendo el autor— una presunción "iuris tantum" de poder (fuente) y una extensión mínima y rígida "iuris et de iure" de ese poder. Para que ello se dé es preciso que existan estos dos requisitos: a) Que el factor o gerente pertenezca notoriamente a una empresa conocida, es decir, notoriedad en el cargo, ejercicio público de sus funciones. b) Que el contrato recaiga sobre objeto comprendido en el giro o tráfico del establecimiento. Esta notoriedad mercantil, concluye NÚÑEZ LAGOS, puede ser tenida en cuenta por el Notario "dentro de la esfera de los actos y contratos del giro y tráfico del establecimiento".

Todo ello, como vemos, refuerza el argumento utilizado por la Dirección en orden a la capacidad, legitimación y amplitud de poderes del administrador, siempre que el mismo se mueva dentro del fin social o de las operaciones pertenecientes al giro o tráfico de la empresa. Puestos a ser minuciosos, la nota de suspensión debiera haber comprendido no solamente la falta de facultad para vender, sino también la de segregar, acto de riguroso dominio para la Dirección General y que exige, conforme a la doctrina civil, "mandato expreso".

b) *Deficiencias de la certificación del acuerdo ejecutivo.*

Para que el administrador pudiera realizar el acto de segregación y venta era preciso el acuerdo de la Junta general de la Sociedad, en la cual se le autorizaba expresamente para la realización del mismo, exigiéndose la identificación del objeto del acto a realizar.

El Registrador de la propiedad suspende la inscripción, pues en la certificación referida no se dan los datos suficientes para determinar la superficie de la finca ni los linderos de la misma. A ello contesta la Dirección General diciendo que los datos que se aportan en la certificación, no completos pero sí suficientes, permiten una concreción de la finca principal y se indican las medidas lineales que permiten determinar la superficie de la parcela segregada, entendiéndolo así el funcionario calificador al practicar la inscripción de la segregación, no habiendo obstáculo para la inscripción posterior de la compraventa.

El defecto de identificación de fincas por falta de referencias concretas no sólo de los datos de inscripción, sino de los linderos y superficie, es desgraciadamente frecuente en documentos que pretenden inscribirse o que complementan los que sirven de base a la inscripción. Está muy descuidado este aspecto en los campos del documento complementario y en los administrativos y judiciales. Pero en el caso presente hay una contradicción entre ese defecto, predicable en forma muy genérica, pero no aplicable al caso regulado en el cual el Registrador inscribe la segregación, habiendo ya identificado la finca, y niega o suspende la inscripción de la venta cuando tiene datos suficientes para el logro de los precisos que permiten la plena identificación.

c) *Defecto formal de la certificación.*

La ley exige para que las certificaciones de los acuerdos de las Juntas generales sean válidas, que sean expedidas por el secretario con el visto bueno del presidente. La Ley parece partir en su letra de que secretario y presidente sean personas distintas, pero no existe en el texto de la misma nada que prohíba que puedan ser personas idénticas o, lo que es lo mismo, que en una misma persona se reúnan los cargos de secretario y presidente, aunque en el presente caso ambos cargos se identifican con el de administrador.

Es preciso traer aquí una opinión doctrinal de peso que justifique la posible existencia de un "administrador único" en el caso de pequeñas empresas que no exijan la constitución de un Consejo de Administración, que

parece, en principio, presuponer el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas al exigir que cuando la administración de sociedad se encargue a "varias personas conjuntamente", se entiende constituido el órgano colegiado del Consejo de Administración.

GARRIGUES y URÍA, a quien se remite RUBIO y GARCÍA MINA, admiten que los estatutos puedan establecer un sistema de administración en el que se pueda encargar la misma a una sola persona (administrador único) útil para las pequeñas empresas o el de administradores solidarios, que, sin duda, se ofrecen con menos frecuencia, aunque quizá resulte indispensable cuando sólo existan dos consejeros para evitar las dificultades de aplicación que, en este caso, podrían derivarse del sistema de deliberación y acuerdo del artículo 78 (mitad más uno de los componentes y mayoría absoluta de consejeros).

Este órgano social necesario y permanente, compuesto en la forma dicha últimamente, se desdibuja, ya que la legislación parte del supuesto de que existirá Consejo de Administración cuando la administración de la sociedad se confía conjuntamente a varias personas. Para que se entienda constituido el Consejo de Administración "*ipso facto*" —dice GARRIGUES y URÍA— es preciso que la designación de los varios administradores se haya hecho de suerte que las facultades de administración hayan de ejercitarse conjuntamente. Si, por el contrario, las facultades de administración se encomiendan solidariamente a los distintos administradores, entonces no hay razón para entender constituido el Consejo de Administración por lo mismo que la administración, en tal caso deja de ser colectiva. Igual sucede en el caso de administrador único. El supuesto de administración solidaria lo admite y contempla el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil en su apartado h).

La figura de administrador único o solidario, en caso de ser varios, es muy propia de las pequeñas empresas o sociedades anónimas de carácter familiar que han sido estudiadas en algunos aspectos por LA CÁMARA ("Estudios de Derecho Mercantil") y en ellas una de los diversos problemas que plantean es el poder dar vida a esa exigencia de que la certificación del acuerdo social sea firmada por el secretario con el visto bueno del presidente. Sería antijurídico admitir la forma unilateral o solidaria de administración y luego exigir el requisito formal de la firma de dos personas cuando estos cargos se reúnen en una sola. Uno y otro se contradicen y es preciso compatibilizarlo como hace la Dirección General, quien afirma que "no cabe negar validez a las certificaciones expedidas sólo por ella (una sola persona)".

OBJETO SOCIAL.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 1972. (Resolución de 25 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de mayo de 1972.)

Hechos.—Resultando que, mediante escritura otorgada en Tarrasa el 10 de enero de 1969, ante el notario don José Gabriel Erdozain Gaztelú, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Alcolea, en ejecución de acuerdo de Junta general

universal de accionistas, celebrada el 8 de enero del mismo año (según certificación expedida el 10), segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término municipal de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, o sea, 150 metros cuadrados (parcela número 86 del plano particular de la compañía vendedora), que vendió al matrimonio recurrente, que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no de cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos, corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955"; y que, como documento unido, figura una certificación de una Junta extraordinaria celebrada el 8 de enero de 1969 en que se acordó por unanimidad "la venta de una parcela de terreno de 7,5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la Urbanización de T.I.U.R.-S.A.", segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "INSCRITO el precedente documento, por lo que respecta a la segregación, en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 130, finca 1.423, Inscripción 1.^a. Respecto a la venta, habiéndose observado que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo que en la Junta general de dicha compañía a 8 de enero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura, no tiene validez, por la incompatibilidad del que la expide, al tratarse del propio señor Izquierdo; se ha SUSPENDIDO la inscripción, y a solicitud del presentante se ha tomado ANOTACION DE SUSPENSION por el término de sesenta días a favor de Jaime Segarra Bisbal y Antonia Escudero Pérez, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que consta en la propia escritura ser objeto de la vendedora "la compraventa y explotación de terrenos" y en el transcrto artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderán solidariamente a un administrador..."; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos, y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro y tráfico de la Empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender;

que cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse en el acuerdo de la Junta general ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 7,5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse mediante una simple operación aritmética la superficie que echa de menos el registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y en tal supuesto no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que, como fundamentos legales, cita los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguiente de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura en forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe al giro y tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando cae fuera del giro y tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que coinciden en ello el administrador y el notario autorizante al decir en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta universal de accionistas celebrada el 8 de enero de 1969, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960), se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios —a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticos ni el acta de la Junta universal ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo en su consideración de secretario-presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiese sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales que, según la forma del polígono, producirán un resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial, fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso; Que si bien no resulta claro, a veces, que debe entenderse por giro y tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es "la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas"; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encomendaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro y tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el registrador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transcrita en la escritura, "la de vender", que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder de órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la Ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que sólo existían los dos socios citados.

Doctrina.—"Considerando que este expediente plantea la misma cuestión que es defendida, además con idénticos argumentos jurídicos que las resueltas por las Resoluciones de 17 y 25 de abril de 1972, que declararon: a) que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la sociedad, por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble —y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada— no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta; y, c) que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando

ambos cargos recaen en una misma persona, no cabe negar validez a las certificaciones expedidas, sólo por ella y sí, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez el administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador."

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La presente Resolución coincide con la anteriormente comentada de 17 de abril de 1972 no sólo en los hechos que suponen el punto de partida de la misma, sino que en el único considerando que la Dirección destina a la misma toca y resuelve en la misma forma el aspecto cuestionado. Por ello, excusamos de hacer ningún comentario, remitiéndonos al anteriormente hecho.

OBJETO SOCIAL.—REITERA LA DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 1972. (Resolución de 26 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de junio de 1972.)

Hechos.—Resultando que, por escritura otorgada en Tarrasa el 29 de enero de 1969 ante el notario don José Gabriel Erdorain Gaztelu, la sociedad "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", representada por su administrador, don Antonio Izquierdo Aldecoa, en ejecución de acuerdo de Junta general universal de accionistas celebrada el "ocho de enero" de dicho año 1969 (según certificación expedida el 28), segregó de una heredad que le pertenecía, sita en el término de Viladecaballs, una parcela de terreno edificable de 5 metros de ancho por 20 de fondo, o sea, 100 metros cuadrados (parcela número 74 del plano particular de la compañía propietaria), que vendió a doña Dominica Casanova Tello; que en la citada escritura de compraventa se reseña la de constitución social de fecha 13 de febrero de 1967, en la que fue nombrado el administrador por un plazo de cuatro años, y otra de rectificación de 9 de febrero de 1968, en la que se especifica que el plazo de duración del cargo de administrador es de cinco años y no de cuatro como indicaba la precedente; que se transcribió el artículo 14 de los Estatutos Sociales, según el cual "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, incluso el otorgamiento de poderes generales mercantiles y para pleitos corresponderá solidariamente a un mínimo de un administrador y a un máximo de cuatro, los que usarán el título de gerente y, en todo caso, no incompatibles según el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955"; y que como documento unido figura una certificación, fechada el 28, de la Junta general extraordinaria celebrada el "25 de enero de 1969", en que se acordó por unanimidad "la venta de una parcela de terreno de 5 metros de anchura por 20 de largo, edificable según las normas de la urbanización "T. I. U. R. S. A.", segregada de la finca matriz que se describe en la escritura de venta.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la nota del tenor literal siguiente: "inscrito el presente documento respecto a la segregación, en el tomo 1.497, libro 30 de Viladecaballs, folio 133, finca 1.424, inscripción 1.^a. Respecto a la venta, observándose que entre las facultades del administrador de la compañía "Terrenos Industriales y Urbanos, S. A.", que se reseña en el artículo 14 de los Estatutos Sociales, único que se inserta en la escritura, no figura la de vender; que en el acuerdo de la Junta general de dicha compañía, de 8 de febrero de 1969, que el señor Izquierdo manifiesta ejecutar, no se especifican ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, y que la certificación que de tal acuerdo se transcribe en la propia escritura no tiene validez por la incompatibilidad del que la escribe al tratarse del propio señor Izquierdo, se ha suspendido la inscripción y, a solicitud del presentante, se ha tomado anotación de suspensión por el término de sesenta días a favor de Dominica Casanova Tello, en los mismos tomo, folio y finca citados, anotación letra A".

Resultando que el nombrado procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que consta en la propia escritura ser objeto de la compañía vendedora "la compraventa y explotación de terrenos" y en el transcrita artículo 14 de los Estatutos Sociales se dice que "la administración de la sociedad y su representación en juicio y fuera de él, para todos los asuntos de su giro y tráfico, corresponderá solidariamente a un administrador..."; que si el objeto de la sociedad es la compraventa y explotación de terrenos y el administrador está facultado para todos los asuntos de giro o tráfico de la empresa, al vender un terreno que pertenece a la misma no se puede hablar de carencia de facultad de vender; que en cuanto al segundo defecto señalado de no especificarse el acuerdo de la Junta general, ni la superficie métrica ni los linderos de la finca, aparece transcrita la certificación de la Junta general extraordinaria de accionistas en que se acordó la venta de una parcela de 5 metros de ancho por 20 de largo, con cuyos datos puede obtenerse, mediante una simple operación aritmética, la superficie que echa de menos el Registrador; que si el funcionario calificador admite la inscripción de la segregación será porque ha identificado la finca y, en tal supuesto, no es admisible que rechace la inscripción de la venta; que en cuanto al último apartado de la nota que atribuye incompatibilidad para firmar la certificación al señor Izquierdo, resulta de la propia escritura que la sociedad vendedora es una compañía anónima con sólo dos socios, que constituyen válidamente la Junta general extraordinaria y acuerdan por unanimidad la venta, por lo que lógicamente no existe incompatibilidad al no haber otros socios para certificar; y que como fundamentos legales citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

Resultando que el Registrador informó que el objeto social se indica en la comparecencia de la escritura de forma vaga e imprecisa, sin que estime suficiente en cuanto a las facultades del administrador para vender, la referencia en el artículo 14 de los Estatutos, único que se transcribe al giro o tráfico de la Empresa; que si bien la Resolución de 16 de octubre de 1964 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1969 admiten la

capacidad jurídica de las sociedades para realizar actos no comprendidos en su objeto social, cuando caen fuera del giro o tráfico de la Empresa exigen acuerdo específico tomado en Junta general; que coinciden en ello el administrador y el notario autorizante al decir que en la escritura que aquél ejecuta acuerdo de la Junta universal de accionistas —celebrada el 8 de enero de 1969, según la escritura y el 25 del mismo mes y año según la certificación inserta en ella—, con lo cual se entra en el verdadero fondo de la cuestión; que reciente jurisprudencia del Centro Directivo y del Tribunal Supremo (Resolución de 24 de junio de 1968 y Sentencia de 20 de abril de 1960) se hacen eco de las modernas orientaciones tendentes a separar el tratamiento de la gran sociedad anónima y la pequeña sociedad con escaso número de socios —a veces sólo dos—, en la cual, dadas sus especiales características, las normas legales deben aplicarse con gran flexibilidad y prudencia para facilitar su funcionamiento y evitar todo posible perjuicio a uno de los socios; que por dichos motivos no se pueden considerar como auténticas ni el acta de la Junta universal, ni la correspondiente certificación inserta literalmente en la escritura firmada sólo por el señor Izquierdo en su consideración de secretario-presidente, sin el visto bueno del otro socio, con lo sencillo que hubiese sido que firmase también ambos documentos, todo ello con infracción de lo dispuesto en los artículos 24 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas; y que, en cuanto a la falta de expresión de linderos y superficie métrica de la finca, si bien en la escritura se cumple lo establecido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, no ocurre así en el acuerdo de la Junta en que se basaba la venta, lo que impide saber si la finca que se autoriza a vender es o no la misma que se describe en la escritura, pues aparte de no consignarse los linderos de lo vendido, no es suficiente a efectos de identificación en cuanto a la cabida, dar dos medidas lineales, que según la forma del polígono producirán un resultado distinto.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Resultando que, al haberse omitido el preceptivo informe notarial, fue solicitado el mismo y el fedatario que autorizó el instrumento expuso: Que si bien no resulta claro, a veces, qué debe de entenderse por giro o tráfico de una empresa, en el presente caso aparece claro el objeto social al decirse en la escritura que es “la compra, venta y explotación de terrenos mediante su urbanización, tanto para zonas industriales como para urbanas, construcciones de inmuebles y cualquier otra actividad que tenga similitud con las indicadas”; que aunque los estatutos se hubieran limitado a decir simplemente que la administración y representación de la sociedad se encomendaba a un administrador, sin especificar sus facultades, su representación se extendería a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la Empresa, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º, del artículo 76, de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las sociedades anónimas; que dicho precepto formula con carácter absoluto el principio del ámbito legal de la representación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador en sus relaciones internas con la sociedad; que así lo entiende también la doctrina, por lo que carece de fundamento legal la razón que alega el Regis-

trador para suspender la inscripción, de no figurar entre las facultades del administrador, en el artículo estatutario transrito en la escritura, "la de vender"; que a mayor abundamiento existe acuerdo de la Junta general universal de accionistas, adoptado por los dos únicos socios existentes entonces, el señor Izquierdo y su esposa, doña Nuria Bolet Solá, para la venta de parcelas, sin que a juicio del informante sea necesario describirlas con todo detalle, puesto que se indica el número de las mismas en el plano particular de la finca, acuerdo que al proceder del órgano soberano y supremo de la sociedad debe cumplirse por no ser contrario a la Ley ni a la moral; y que carece de fundamento igualmente la incompatibilidad que señala el Registrador para expedir el administrador la certificación que acredita dicho acuerdo, ya que existían los dos socios citados.

Doctrina.—“Considerando que este expediente plantea la misma cuestión que es defendida, además con idóneos argumentos jurídicos que las resueltas por las Resoluciones de 17 y 25 de abril de 1972, que declararon: a) que en la venta formalizada en la escritura discutida tenía el administrador facultades suficientes para obrar en nombre de la sociedad por estar el acto concluido dentro del giro o tráfico de la empresa, al ser su objeto social la compraventa de terrenos, lo que le autorizaba para realizarlo válidamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11-3.^º y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la descripción de la finca segregada y vendida reúne las circunstancias exigidas por los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, y que al resultar plenamente identificado el inmueble—y el mismo funcionario calificador lo ha entendido así al inscribir la segregación realizada—no hay obstáculo para inscribir igualmente la posterior venta, y c) que si bien normalmente las certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas deben expedirse por el secretario con el visto bueno del presidente, es indudable que cuando ambos cargos recaen en una misma persona no cabe negar validez a las certificaciones expedidas, sólo por ella y si, como ocurre en el presente caso, el secretario-presidente es a la vez el administrador único de la sociedad, tampoco puede decirse que exista incompatibilidad para que con este último carácter ejecute el acuerdo social”.

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Ante la similitud de situaciones, aunque las personas varíen, la solución debe ser la misma y los comentarios deben de remitirse a los ya hechos para la Resolución del día 17 antes reproducida. No obstante, como en los “vistos” de la Resolución se hacen referencia a unas cuantas Resoluciones, debemos apuntar su contenido.

Entre las Resoluciones citadas se destacan la de 19 de diciembre de 1942, que estima autorizado el marido en un matrimonio para realizar una segregación cuando su mujer le dio poder para vender. La de 6 de diciembre de 1954, que se refiere al caso de una delegación permanente de facultades sin

que en el poder conste el nombre del Presidente y del Secretario (el hecho se refería a época anterior a la vigente Ley de Sociedades Anónimas y Registro Mercantil). La de 5 noviembre de 1956, que expresa la trascendencia de la fijación del objeto social, determinante cohesivo entre el elemento personal y el patrimonio. Y la de 6 de octubre de 1964, en la que se fija la actuación de los administradores para la realización de los actos y contratos que estén dentro del giro o tráfico de la Empresa, exigiéndose en otro caso el correspondiente autorización.

Todas ellas vienen a corroborar lo dicho anteriormente y facilitan la sucesiva línea conceptual de la Dirección General en este caso, al que también se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959.

INMATRICULACIÓN DE EXCESO DE CABIDA.—**ES INSCRIBIBLE UN AUTO JUDICIAL DE DECLARACIÓN DE EXCESO DE CABIDA EN EL QUE AUNQUE SE APRECIEN MÍNIMOS DEFECTOS FORMALES NO PLANTEA NINGUNA CONTRADICCIÓN CON OTRAS TITULARIDADES REGISTRALES, NI OFRECE DUDA SOBRE LA AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO.** (Resolución de 19 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de junio de 1972.)

Hechos.—Resultando que en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarrasa se siguió expediente de dominio a instancia de don José Gómez Serrano para inmatricular a su favor un exceso de cabida de una finca que le pertenecía, denominada “Campo de San Cugat”, sita en el término de San Cugat del Vallés, cuya cabida según el título “es de dos cuarteras y un cuartan, iguales a sesenta y nueve áreas, cincuenta y tres centiáreas”, siendo así que en realidad mide “12.243 metros cuadrados, equivalentes a 324.048 palmos cuadrados, por lo que existe un exceso de cabida de 4.290 metros cuadrados sobre la superficie que consta en el Registro, cuya diferencia se pretende inmatricular”; que según lo acordado en el expediente, se libraron exhortos a los juzgados de Alicante y Barcelona, en cumplimiento de los cuales se citó a varios interesados; “que mediante excepción de carta-orden se citó por edictos en el Ayuntamiento y Juzgado de Paz de San Cugat del Vallés al titular catastral de la finca... y a cuantas ignoradas personas pudiera perjudicar la inscripción”; que “asimismo se publicó la citación en el “Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona”... y en el “periódico “Diario de Barcelona””; y que “no habiendo comparecido persona alguna en el término fijado en las citaciones” se abrió el período de prueba y practicada ésta y emitido informe favorable por el Fiscal, el Juez dictó Auto declarando “justificado el dominio de don José Gómez Serrano sobre el exceso de cabida... que consta en el Registro de la Propiedad, de 69 áreas 53 centiáreas, hasta la cabida de la finca de 12.167 metros cuadrados con 22 centésimas”.

Resultando que, presentado en el Registro testimonio del anterior Auto, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: “suspendida la inscripción del Auto inserto en el testimonio que precede, que ha sido presentado en unión de una certificación expedida por el mismo secretario, rectificando

determinados errores del mismo testimonio, por observarse los siguientes defectos: Primero, no expresarse en el Auto la forma en que se han practicado las citaciones de las personas que se relacionan en la primera parte del Resultando quinto, como provienen los artículos 286 y 277 del Reglamento Hipotecario, en relación con los 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Segundo, falta de autenticidad en el testimonio presentado por no reseñarse en el último pliego la numeración del primero. Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse".

Resultando que el nombrado procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que todo proceso judicial terminado por resolución firme sólo puede ser atacado por la vía del recurso de revisión y sólo al amparo de las causas taxativamente enumeradas en el artículo 1.796 de la Ley Procesal Civil; que el Registrador, con su personal criterio referente a las citaciones, invade la esfera judicial, y si estima que no fueron realizadas en forma, debió denegar la inscripción, que la doctrina de la Dirección General, contenida entre otras en las Resoluciones de 29 de mayo de 1941, 18 de abril y 18 de diciembre de 1942, 9 de agosto de 1943, 29 de marzo y 31 de julio de 1944, 27 de noviembre de 1961 y 6 de junio de 1968, es acorde con lo expuesto; que en cuanto al pretendido segundo defecto, su improcedencia es manifiesta al no existir precepto legal alguno que obligue a consignar en el último pliego de los testimonios judiciales la numeración de los anteriores; que el testimonio presentado está sellado y rubricado en todos sus pliegos por el secretario de Juzgado, y que el artículo 201, regla sexta de la Ley Hipotecaria, dice que el testimonio del Auto aprobatorio del expediente de dominio es título bastante para practicar la inscripción, sin conseguir discriminación alguna acerca de cómo ha de extenderse dicho testimonio.

Resultando que el Registrador informó: Que en el auto se dice que fueron librados exhortos para la citación nominal de interesados, no expresándose en ninguna parte la forma en que se habían llevado a cabo tales citaciones, exigencia derivada de los artículos 201 de la Ley Hipotecaria, 277 y 286 de su Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que en cuanto al segundo defecto, los artículos 18 de la Ley Hipotecaria, 34 y 98 de su Reglamento, imponen al Registrador el deber de calificar las formas extrínsecas de los documentos presentados, por lo que, independientemente de que exista o no una disposición aplicable a los testimonios judiciales para la reseña al final de la numeración de los pliegos, como exige el artículo 241 del Reglamento Notarial para las copias notariales, no cabe duda de que la omisión de dicha reseña priva de autenticidad a los pliegos anteriores al último en que figura la firma del secretario, sin que constituya garantía la rubrica sin antefirma, por lo que podrían ser sustituidos sin su consentimiento ni conocimiento, y que no ha invadido la esfera judicial, ya que se ha limitado a calificar, como legalmente está previsto, las formas extrínsecas de los documentos presentados, de acuerdo con lo declarado en la resolución de 15 de julio de 1971.

Resultando que el juez que intervino en el procedimiento informó: que en lo referente a las formas de hacerse las citaciones, el problema puede

tener trascendencia en una reanudación de trácto sucesivo interrumpido, pero no en un expediente de exceso de cabida que no puede plantear contradicción con otras titularidades registrales, y que, con relación al segundo defecto, aparece aún más evidente su falta de fundamento legal, ya que no puede dudarse de la autenticidad de un testimonio judicial cuando todos los folios aparecen rubricados por el secretario y sellados con el sello del Juzgado, sin que sea admisible extender a un documento judicial exigencias establecidas para los notariales.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y juez que trató el expediente de exceso de cabida, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos.

Doctrina.—“Considerando que la primera cuestión a tratar en este recurso hace referencia a si constituye un defecto que impide la inscripción el no haberse expresado en el auto la forma en que se llevó a cabo la citación de las personas de que hace mención el artículo 201, regla 3.^a de la Ley Hipotecaria, tal como se establece en el artículo 286 del Reglamento Hipotecario en relación con el 277 del mismo Reglamento y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”;

“Considerando que el artículo 286 del Reglamento Hipotecario requiere que en los expedientes de dominio que tengan por objeto la reanudación del trácto sucesivo, se haga constar en el auto aprobatorio la forma en que se hayan practicado las citaciones de la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley y este rigor formal que pudiese ser excesivo, tiene su justificación —como en su informe el juez ha indicado con acierto— en tratar de evitar posibles contradicciones con los datos dimanaentes de los libros registrales, circunstancia que no puede tener lugar cuando el expediente de dominio verse sobre un exceso de cabida —como sucede en este caso— en que la finca origen del procedimiento figura ya en el Registro inscrita a nombre del propio interesado, y por ello sin duda el artículo 287 del Reglamento que regula este último tipo de expedientes, no existe tal mención en concreto y se limita a establecer que “se observarán las reglas precedentes en cuanto ic sean aplicables”;

“Considerando en cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de autenticidad del testimonio del auto judicial librado, por no haberse indicado en su último pliego la numeración del anterior, tal como se exige para las escrituras públicas en el artículo 241 del Reglamento Notarial, y que al no haberse reseñado podría dar lugar a una sustitución del mismo, es de advertir que, aparte la inaplicación evidente del citado precepto al referido testimonio judicial, la posibilidad apuntada carece de fundamento al haberse observado por el funcionario expedidor las formalidades adecuadas, toda vez que los dos folios del pliego aparecen rubricados por el fedatario y estampado en los mismos los sellos del Juzgado.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado que revocó la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Cada vez que se suscita en los recursos gubernativos la calificación de un documento judicial, hay como una especie de defensa interpretativa desfavorable a la intervención registral, desconociendo de una parte las buenas y eficaces relaciones entre lo judicial y lo registral, puestas de manifiesto públicamente en el discurso de inauguración del II Congreso Internacional de Derecho Registral por el ministro de Justicia, y antiguo presidente del Tribunal Supremo, Ruiz Jarabo. De otra parte, no creo que se ha profundizado debidamente en la intervención calificadora del documento judicial a la luz de textos importantes e históricos que pueden suministrar algunas pautas. Por último, los grandes defensores del documento judicial desconocen la sensible cantidad de pequeños defectos que los mismos contienen al presentarse ante el Registro y ello se debe, sin duda, a esa impresionante legislación que agobia al profesional del Derecho a la hora fundamental de tomar decisiones.

En una conferencia que pronuncié, seguida de coloquio, ante las más genuina representación de la Judicatura y Abogacía de Almería, suscitó un tema curioso en el que la intervención registral era la única que podía descubrir y atacar una "*invalidez*" de un documento que el juez "tenía" que autorizar y el notario que "protocolizar". El supuesto se basaba en unas notas que publiqué en la revista de "Derecho Notarial", número 72, del año 1971, bajo el título "Protocolización de partición judicial". Recuerdo que en el coloquio que siguió a la conferencia, uno de los magistrados se mostró disconforme con la solución que había dado al problema y le tuve que leer, pues lo llevaba preparado a tal fin, parte de la "exposición" o preámbulo del Real Decreto de 3 de enero de 1876, en el que se destaca que la toma de razón en los Registros de la Propiedad no es una "función mecánica y rutinaria", sino que para conseguir el gran fin que se pretende se dictaron varias disposiciones encaminadas "a fijar el carácter de que quiso investir a los Registros y a los funcionarios llamados a desempeñarlos, descollando entre ellas la que atribuye al Registrador la facultad de examinar y calificar todos los títulos inscribibles o que produzcan cancelación de otros, sin distinción alguna, ya sean autorizados por notarios, ya aparezcan expedidos por cualquier otro funcionario público del *orden administrativo o judicial*".

El Real Decreto citado continúa aclarando la razón justificativa de la intervención registral y el ámbito en el que la misma se debe mover, pero sin que dentro del mismo pueda restringirse ni uno solo de las atribuciones que se le confieren. No me resisto a copiar literalmente esas frases que dicen así.

"Esta competencia de los Registradores para calificar la *validez* de los documentos que se presentan a inscripción y de los derechos en ellos consignados, alcanza igualmente a los actos en que interviene la autoridad judicial, porque, prescindiendo de que ningún artículo de la Ley Hipotecaria prohíbe a los funcionarios de que se trata hacer aquella calificación y admitir o denegar en su consecuencia la inscripción de los documentos expedidos por los jueces o Tribunales, existen algunos artículos que atribuyen de un modo expreso esa facultad a los Registradores al tratar de los mandamientos

judiciales de cancelación, cuyos preceptos demuestran la existencia de un principio general establecido en la Ley, que ésta aplica a un caso concreto. De negárseles semejante atribución se infringiría además varios artículos de dicha Ley, entre ellos los que se refieren a la independencia en que se hayan del poder judicial los funcionarios administrativos encargados del Registro de la propiedad, y a la responsabilidad que contraen el extender los asientos en los libros, y se autorizaría con perjuicio de tercero la inscripción de cualquier documento obtenido por el fácil medio de un acto de jurisdicción voluntaria o de una providencia dictada de plano a instancia de una sola parte, abriendose los libros del Registro a todo género de títulos y documentos que de otro modo serían rechazados."

"Con el debido uso de aquella facultad —sigue diciendo la exposición—, tampoco se menoscaban las prerrogativas de los Tribunales, toda vez que al calificar los Registradores los documentos judiciales, en cumplimiento del deber que les impone la Ley Hipotecaria, *no examinan* los fundamentos de la sentencia, auto, providencia o diligencia, cuya inscripción se solicita, sino que *se limitan* a examinar la naturaleza del mandato judicial y la del juicio o procedimiento en que ha recaído, para apreciar el carácter de los mismos y los efectos que las leyes en cada caso atribuyen a dichos mandatos, así como lo que resulta de los libros del Registro en favor de un tercero que no ha sido parte en aquel juicio; calificación que en todo caso queda limitada a suspender o negar la inscripción del documento, y que no es definitiva, porque los interesados tiene facultad para recurrir a los mismos Tribunales en el correspondiente juicio o para entablar la vía gubernativa ante los superiores jerárquicos del Registrador en el orden administrativo."

Creo que no se puede decir más bellamente, con pureza de estilo literario, la esencia de la función registral ante el documento judicial. Ampliar funciones puede provocar competencias, pero reducir el ámbito supone renuncias peligrosas que atentan a la seguridad del tráfico jurídico y que supondrían esa "falta de independencia en que se hallan del poder judicial los funcionarios administrativos encargados del Registro de la Propiedad". Lo que sucede es que en el presente caso la ostensible razón que el Registrador tenía para defender su primer motivo la pierde al intentar imponer de "lege ferenda" una exigencia que sólo mediante *trasvases puede admitirse*. Dos hemos señalado los fallos de la calificación y dos han de ser nuestros comentarios.

- a) *Defecto de expresión de la forma en que fueron realizadas las notificaciones.*

El Registrador dice que en el "auto" que se pretende inscribir no figura la "forma" en que se han practicado las citaciones de las personas que se relacionan en la primera parte del resultado quinto, como previenen los artículos 286 y 277 del Reglamento Hipotecario, en relación con los 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Dirección General, con gran habilidad, dice que en el caso de inmatriculación de excesos de cabida, como la finca origen del procedimiento figura ya en el Registro inscrita a nombre del interesado, el artículo 287 del Reglamento no exige tal mención en con-

creto, limitándose a establecer que "se observan las reglas precedentes en cuanto le sean aplicables".

No niego que la Dirección General tuvo gran destreza al sacar a relucir ese artículo reglamentario, pero presumo que era para compensar el indefendible segundo defecto que el Registrador puso al "auto". Creo que si se hubiera limitado al primero, otra hubiese sido la solución. Pero prescindiendo de razones de "equidad", veamos la interpretación legal.

El expediente de dominio cumple la triple finalidad de servir de título para la inmatriculación de fincas, reanudación de trato sucesivo y verificar o hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas. Todo ello conforme con los artículos 199 y 200 de la Ley Hipotecaria. Entre los requisitos que la Ley Hipotecaria y su Reglamento dictan en los artículos 201 y siguientes está la materia de "notificaciones" que reviste seria importancia no sólo en un cumplimiento, sino en la forma en que se cumple. Por ello, el artículo 277 del Reglamento Hipotecario dice, respecto del expediente de dominio destinado a facilitar la inmatriculación de fincas, que las citaciones previstas en la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley deberán practicarse en la forma determinada por los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reafirmando la misma doctrina para los expedientes destinados a la reanudación del trato sucesivo en el artículo 286 del mismo Reglamento.

Para la inmatriculación de excesos de cabida parece, en principio, que las normas han de ser parejas, pero el artículo 287 del Reglamento Hipotecario dispone al final del mismo esta frase enigmática: "*observándose las precedentes reglas en cuanto les sean aplicables*". Lo curioso del caso es que, examinada la legislación, no existe precepto que "elimine" la observancia de las reglas anteriores en materia de notificaciones y sí en algunas otras, y menos en la "forma" en que se hicieron y en la constancia documental en que se hicieron, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 262).

Entiendo endeble el argumento de la Dirección al tratar de justificar la omisión, basándose en el informe del juez, quien considera que la exigencia "tiene su justificación en tratar de evitar posibles contradicciones con los datos dimanantes de los libros registrales, circunstancia que no puede tener lugar cuando el expediente de dominio verse sobre un exceso de cabida en que la finca origen del procedimiento figura ya inscrita a nombre de interesado".

La inmatriculación de excesos de cabida, aun siendo facilitada enormemente en la legislación hipotecaria, ha querido ser rodeada de una serie de garantías importantes que reflejan, por ejemplo, el artículo 298 del Reglamento Hipotecario y que parecen dar a entender el artículo 287 del mismo. Pero un cuando así no fuera y aun considerando que la sustancia física de la finca no aflora a la presunción publicitaria del Registro y estimado que, conforme dice LACRUZ, inscritos los linderos de la finca, lo de menos es la extensión de su superficie, es preciso traer a colación aquí el artículo 384 y siguientes del Código civil, que el regular el deslinde—y deslinde en el fondo es lo que se está haciendo en un expediente de dominio destinado a reflejar un exceso de cabida—exige el consentimiento de todos los interesados o las soluciones equitativas que se le den al caso. Citación de los colin-

dantes, consentimiento u oposición de los mismos es decisivo en estos casos. Dejar en nebulosa este requisito y la forma en que se ha cumplido es afirmar esa "falta de independencia" que niega rotundamente el Decreto antes apuntado del año 1876. Viene reforzada esta opinión nuestra por la Resolución del 5 de julio de 1971, que ya hemos comentado en estas páginas. (Fascículo 4.^o del año 1973.)

b) *Falta de autenticidad del testimonio del auto judicial.*

El Registrador, en exceso de celo o en un rapto de "oficiosidad", añadió al primer defecto el de que en el testimonio judicial no se había indicado en el último pliego la numeración del anterior, tal como se exige para las escrituras públicas en el artículo 241 del Reglamento Notarial.

La Dirección General le contesta que carece de fundamento su alegación, al haberse observado por el funcionario expedidor las formalidades adecuadas, toda vez que los dos folios del pliego aparecen rubricados por el fedatario y estampado en los mismos los sellos del Juzgado. Creo que fue ORTEGA el que había dicho que "o se precisa, o se calla uno o hace literatura", y el funcionario de turno debió omitir totalmente este pretendido defecto, y caso de haberlo aludido, debió echarle literatura al asunto. Al no hacerlo así se quedó la cosa en la pobreza de la vía muerta del artículo 241 del Reglamento Notarial, aplicable a los documentos notariales, pero insuficiente para los judiciales hasta que venga un Ministro "eficacia" que sepa hacer un traspase de disposiciones.

Qué duda tiene, y en eso estoy con el funcionario calificador, que sería de desear en el campo de los documentos inscribibles una mayor uniformidad y, sobre todo, un acercamiento del documento judicial y del administrativo en su perfección al notarial. Ello supondría una gran contribución a esta gran labor que el Registro de Propiedad lleva a cabo y que tiene la gran repercusión de ofrecer en el campo jurídico de la contratación de los inmuebles el principio de seguridad. Pero si lograr perfecciones es siempre un anhelo, descubrir defectos y corregirlos es también un deber.

Pero entre la busca del defecto y el criterio jurídico de calificación debe siempre existir un gran equilibrio. No debemos olvidar aquellas magníficas frases de GONZÁLEZ PALOMINO (prólogo a sus estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio), que decía: "Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la caza del requisito; pero la caza en sentido venatorio: para *desrequisitar los requisitos*. Porque la mentalidad jurídica es *antiburocrática* por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burocrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo, no."

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA: RESERVA LEGAL.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS ENTRE LOS ACCIONISTAS, MEDIANTE LA ENTREGA DE NUEVOS TÍTULOS CON CARGO A UNA AMPLIACIÓN DE CAPITAL, SIN DETRAER PREVIAMENTE LA RESERVA LEGAL ESTABLECIDA CON CARÁCTER OBLIGATORIO POR LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. (Resolución de 19 de febrero de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de marzo de 1972.)

Hechos.—Resultando que la sociedad recurrente tenía en 31 de diciembre de 1970 un capital social de 675.000 pesetas y una reserva por prima de emisión de acciones de 225.000 pesetas, sin tener constituida reserva legal alguna; que el balance cerrado en la indicada fecha arrojó un beneficio de 163.504 pesetas, el cual, en Junta Universal de accionistas celebrada el 18 de junio de 1971, se acordó aplicar en la siguiente forma:

— A distribución de beneficios mediante el aumento del capital social con entrega de una acción liberada por cada ocho antiguas ...	84.375
— A previsión para impuestos ...	63.989
— A remanente ...	15.140
<i>Total del beneficio distribuible</i> ...	163.504

Que según consta en certificación de la referida Junta, se acordó también “no destinar cantidad alguna a la reserva legal prevista en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos Sociales, por cuanto, entre otras razones, la reserva por prima de emisión de acciones que en el mismo artículo prevé la Ley, sobrepasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad, hasta el punto de ordenar que no se podrá disponer de aquélla hasta que la reserva legal haya alcanzado la quinta parte del capital desembolsado”; que en su lugar se convino que el reparto de beneficios tuviera lugar mediante la entrega de acciones liberadas en la proporción acordada previamente de una nueva por cada ocho antiguas; que, en consecuencia, el capital social fue aumentado en 84.375 pesetas, quedando fijado en 759.375 pesetas, representado por 10.125 acciones al portador, de 75 pesetas nominales cada una, y que, para formalizar los anteriores acuerdos, el 13 de julio de 1971 don Andrés Aldazábal Zuberogoitia, en representación de la Compañía Minera de Barcelona, S. A., otorgó, ante el notario de dicha capital, don Joaquín Antuña Montoto, la correspondiente escritura pública.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, fue calificada con la siguiente nota: “Denegada la inscripción del documento que antecede, que ha sido complementado por una certificación expedida por el secretario del Consejo de Administración de la “Sociedad Compañía Minera de Barcelona, S. A.”, en esta ciudad, a 13 de octubre de 1971, con el visto bueno del presidente, cuyas firmas ha legitimado el notario de Barcelona, don Joaquín Antuña Montoto, el 14 de los corrientes, por cuanto los acuerdos de la Junta General Universal de Accionistas de dicha Sociedad

celebrada el 18 de junio de 1971, referentes a distribución entre los accionistas de acciones procedentes de ampliación de capital, con cargo a los beneficios del ejercicio de 1970, sin detraer la reserva legal, infringen los artículos 106 de la Ley de Sociedades Anónimas y 34 de los Estatutos Sociales."

Resultando que don Juan Hernández Arbós, actuando en su calidad de Consejero Delegado de la "Compañía Minera de Barcelona, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que el artículo 34 de los Estatutos Sociales recoge lo preceptuado por el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas en orden a la reserva legal y, a su vez, dicho artículo 106 dispone también que las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya llegado al indicado límite; que de la interpretación conjunta del referido artículo 106 se deduce que la reserva por prima de emisión y la reserva legal cumplen idéntica finalidad, que es la de constituir un fondo de garantía para el fortalecimiento de la sciedad; que este criterio es compartido por la doctrina y resulta destacado en el anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas; que si ambas reservas responden a un mismo fin, cual es el fortalecimiento de la sociedad y la defensa de la integridad del capital social, resulta evidente que en el presente caso no existe obligación de dotar la reserva legal, ya que la reserva por prima de emisión constituida representaba antes de la ampliación el 33,333 por 100 del capital y después de dicha ampliación el 29,629 por 100, porcentaje que excede ampliamente del 20 por 100 previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la reciente legislación española, inspirada en la alemana, reconoce la idéntica naturaleza jurídica de la reserva legal y de la reserva por prima en la emisión de acciones, preceptuando el artículo 5.^º c), de la Orden de 5 de junio de 1964, referente al régimen fiscal de las sociedades de inversión mobiliaria, que se destinará a incrementar la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones; que de lo dicho se desprende que una vez cubierto con exceso, a través de la reserva por prima en la emisión de acciones, el fondo de garantía que exige el repetido artículo 106, y teniendo ambas reservas idéntica misión de cobertura, no existe en el presente caso obligación de detraer el 10 por 100 de los beneficios, por lo que no resulta ajustada a Derecho la calificación registral, y que no puede en modo alguno alegarse la infracción de los artículos 106 de la Ley y 34 de los Estatutos, ya que si no se ha efectuado la referida retracción de los beneficios, ha sido por el hecho de que la reserva por prima de emisión cubre con exceso el límite obligatorio de la reserva legal, y como de aquélla no puede disponerse, a tenor del artículo 106, quedan debidamente salvaguardados los derechos de tercero y el principio de defensa del patrimonio social.

Resultando que el Registrador mantuvo su calificación por los siguientes razonamientos; que si bien es cierto que el párrafo 2.^º, del artículo 106, de la Ley de Sociedades Anónimas asimila las cantidades percibidas por prima en la emisión de acciones a las destinadas a reserva y no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya alcanzado el 20 por 100 del capital desembolsado de la sociedad, constituyendo así un fondo de garantía y defensa

del patrimonio social, no tiene la finalidad nivelatoria de la cuenta de pérdidas y ganancias y, por tanto, no existe la obligación de aplicarlas a la absorción de resultados adversos, de suerte que, enjugada la reserva legal, puede la sociedad mantener en el pasivo aquellas cantidades y lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias resultado negativo por importe superior a la referida suma; que contrariamente a la tesis del recurrente, el artículo 5.^º de la Orden de 5 de junio de 1964 refuerza lo que acaba de decir, toda vez que obliga a aplicar a la reserva legal el importe de las cantidades percibidas en concepto de prima en la emisión de acciones, hasta que aquélla alcance el 50 por 100 del capital social, significando claramente con esto la diferencia entre ellas, pues no siendo así carecería de sentido la norma señalada respecto al reflejo contable que deben tener las primas en la emisión de acciones hasta alcanzar el porcentaje indicado, puesto que de ser idénticas reserva legal y reserva por prima en la emisión de acciones, no sería necesario lo preceptuado; y que, como fundamentos de derecho, indicaba los artículos 106 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas, 4 del Código civil, 53 del Reglamento del Registro Mercantil y 5.^º de la Orden de 5 de junio de 1964.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión a resolver en este recurso aparece centrada en si cabe que una sociedad pueda indefinidamente prescindir de la formal constitución de la reserva legal, ordenada en el artículo 106 de la Ley, debido a que la propia sociedad tiene un fondo por prima de emisión de acciones que supere con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal, y persistir en tal comportamiento con ocasión de nueva ampliación de capital y emisión de acciones con prima”;

“Considerando que la reserva legal—que es, según pone de manifiesto la doctrina, un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta parte del capital desembolsado—, tiene por finalidad la cobertura del saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias, nivelando un balance deficitario, y en última instancia sirve para la defensa de la integridad del capital social, y a esta finalidad obedece su constancia en la correspondiente partida en el pasivo del Balance, tal como establece el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas;”

“Considerando, en cambio, que la retención de cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima—y que responde fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales que asumen—no constituye propiamente una reserva del mismo tipo que la legal, aunque se la quiera asimilar a ella, pues su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado, y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas, vieniendo, pues, a significar aquella retención sólo un primer paso para la formalización de tal reserva, de la cual resulta, claro está, garantía; y de ahí la lógica consecuencia establecida en el párrafo 2.^º del mismo artículo, de que mientras no se alcance el límite legal de la quinta parte del capital social, se prohíba la distribución de las primas entre los socios, para no disminuir la garantía global de la sociedad;”

“Considerando que a diferencia de la legislación alemana —artículo 150-2.^º

de la Ley de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965—, en donde las primas de emisión entran a formar parte siempre de la reserva legal y, salvo en contados casos, no cabe disponer de ellas para distribuirla entre los accionistas, el legislador español sigue el procedente del Código civil italiano —artículo 2.430— y permite, tal como se indicó en el considerando anterior, que una vez cubierto el límite del artículo 106 de la Ley, adquieran el carácter de reservas disponibles y pueda, con cargo a ellas, según establece el artículo 94 de la misma, aumentarse el capital social, operación, por el contrario, irrealizable si se trata de hacerla con cargo a la reserva legal;”

“Considerando que, en el caso cuestionado, no se ha formalizado la reserva legal, dotándola en la forma prevista por la Ley, según se deduce de la propia exposición de hechos, pues ni se ha incluido en el pasivo la cifra de dicha reserva, ni en el activo de los bienes afectos a la misma; y ello supuesto, la escritura de aumento de capital mantiene el equívoco inicial con el argumento de la identidad entre reserva legal y la que llama reserva por prima de emisión de acciones, lo cual, como se ha indicado, no se ajusta a los preceptos legales.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

En la cuestión suscitada por el presente recurso se plantean una serie de problemas en orden a la esencia de las reservas, clases de éstas, casos en que cesa la obligación de constituir la reserva legal y si dentro de los mismos cabe aplicar como caso excepcional el que prevé el artículo 106, párrafo 2, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Quizá la visión panorámica que he presentado exceda un poco de los límites en los que pretendo moverme y en los que la Resolución se pronuncia, pues la problemática pudiera reducirse a si una sociedad puede prescindir indefinidamente de constituir la reserva legal por tener un fondo por prima de emisión de acciones que supere con exceso, según los datos contables, al que debiera haber por reserva legal.

Hay que partir en principio de la finalidad de toda reserva. Sigo en este punto a RUBIO y GARCÍA MINA: “Las reservas cumplen una función genérica: promover un fondo de previsión ante las posibles alternativas del negocio, y las específicas, según los casos, de asegurar la estabilidad de la empresa, aumentar la confianza de los acreedores, regularizar la percepción de dividendos, compensando años favorables con otros menos satisfactorios y atender con normalidad y permanencia a empleados y trabajadores”. Es decir, hay fines económicos y sociales.

Partiendo de estas ideas, creo que estamos ya en vías de poder afrontar los caracteres de la reserva legal y los casos en que cesa la obligación de su constitución.

a. Carácteres de la reserva legal.

Impone la reserva legal el artículo 106 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas. Precisamente por estar impuesta por la Ley se denomina legal. El ordenamiento estima —sigue diciendo RUBIO— que determinados supuestos, y hasta un determinado importe, los fines que persiguen las reservas representan un interés general que debe tutelarse preceptivamente. La reserva legal no viene a ser, como dice el considerando segundo, más que un capital adicional formado obligatoriamente mediante la detracción en cada ejercicio de una cuota parte de los beneficios hasta que se alcance una cifra igual a la quinta del capital desembolsado.

De ahí que pueda precitarse de esta reserva su carácter imperativo, supone una detracción o segregación de beneficios, es una especie de capital complementario, su cuantía es mínima, pudiendo ser elevada y su destino está prefigado, pudiendo sólo disponerse de la misma para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.

b. Casos en que cesa la obligación de constituirla.

La obligación de constituirla —según dice GARRIGUES URÍA— se inicia cuando el beneficio social supera el seis por ciento del capital nominal de la sociedad y cesa no en su constitución, sino en la obligación de dotar a la misma, siempre que no se obtenga beneficio, éste no supere la cifra citada o cuando el fondo de reserva haya alcanzado la quinta parte del capital social. La obligación de dotar la reserva renace tan pronto como por cualquier causa la cuenta de reserva haya descendido a un porcentaje inferior a la quinta parte del capital desembolsado.

Legalmente parece que no hay más causas o casos en que cesa la obligación frente a la reserva legal, pero la resolución comentada ofrece, conforme a los hechos, un supuesto en el que se discute —y éste es el fondo de la cuestión— si es posible que cuando la “reserva por prima de emisión de acciones” a que se refiere el artículo 106.2.º de la misma Ley de Sociedades Anónimas, sobre pasa con exceso la legal y tiene idéntica finalidad que aquélla, puede prescindirse de la reserva legal.

En principio parece que no existe ningún inconveniente en ello, pero la solución del caso se mediatisa por los caracteres y fines que a reserva por prima de emisión se le conceden en el Derecho español que, conforme a la Resolución, no sigue a la legislación alemana, sino a la italiana. Es decir, vence la interpretación doctrinal que al precepto dieron en su día GARRIGUES y URÍA, quienes, al discurrir sobre la institución, decían que las cantidades correspondientes a la prima de emisión pueden ser destinadas o a incrementar la reserva legal o a constituir una reserva eventual, o a incrementar los fondos de las reservas voluntarias o a su inmediata distribución entre los accionistas. La última solución es la que se discute más, pues los fondos de reserva no se consideran como beneficio, sino como aportación complementaria del accionista, por ello la legislación alemana prevé como destino obligado de los fondos de prima el incremento de la reserva legal.

En el Derecho español no se permite la distribución de los fondos proce-

dentes de la prima de emisión, más que en el caso de que la reserva esté integrada, es decir, haya alcanzado o recobrado el nivel previsto en el primer párrafo del artículo 106. Es decir, concluyen dichos autores, la prima en sí no es un beneficio. Se sigue aquí el modelo italiano, que no obliga a imputar directamente a la reserva legal las cantidades percibidas por la prima, pero considera tales cantidades como asimiladas a la reserva.

Estas ideas y las mantenidas en la Resolución comentada, permiten establecer la esencia y finalidad de estas primas de emisión de acciones que las diferencian sustancialmente de la reserva legal:

- Responden fundamentalmente a adecuar las aportaciones de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales.
- Su finalidad inmediata y concreta es de segundo grado y se reduce a forzar la dotación de la reserva legal del primer párrafo del artículo 106 de la Ley de Sociedades Anónimas.
- Una vez cubierto el límite que señala el artículo 106, párrafo 1.º, adquiere en el carácter de reservas disponibles y puede, con cargo a ellas, aumentarse el capital social (artículo 94 de la Ley). Se asemeja esta disposición a la que contiene el artículo 107 respecto de las reservas voluntarias.

Por todo ello, es preciso reconocer la justicia de la Resolución comentada que mantiene la nota calificadora del Registrador y destruye los argumentos utilizados por la parte que promueve el recurso.

SOCIEDAD ANÓNIMA.—CONVOCATORIA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.—Es VÁLIDA LA CONVOCATORIA HECHA DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES, POR LO QUE LA FALTA DE PRUEBA DE ALGÚN HECHO SÓLO PUEDE SER CALIFICADO DE FALTA SUBSANABLE. (Resolución de 4 de abril de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de abril de 1972.)

Hechos.—Resultando que la “Compañía Mercantil Viroterm, S. A.”, domiciliada en Madrid, fue constituida mediante escritura otorgada el 2 de abril de 1955 ante el notario don Blas Piñar López; que en la actualidad ostente la presidencia don J. Eudaldo Puig López, siendo el consejero de más edad don Francisco Gómez Gallardo; que en el artículo 28 de los Estatutos Sociales se dice que: “En caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad”, y 21 y 29 establece que: “El Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros”; que don Francisco López Gallardo, “como presidente en funciones” por ausencia de don Eudaldo Puig López, el 20 de noviembre de 1971 ordenó al secretario de la sociedad que cursase telegramas a los consejeros no presentes convocándoles para una reunión que tendría lugar el 23 en la calle del Cid, números 4 y 6, de Madrid; que la reunión se celebró en la fecha señalada, con asistencia de tres de los cinco consejeros integrantes del Consejo, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Revocar totalmente los poderes que le fueron concedidos a don José Corta-

dellas Carbonell en la sesión del Consejo de 13 de julio anterior, quedando expresamente desautorizado para realizar acto alguno en nombre de la sociedad; revocar y declarar nulos los poderes y delegaciones que se le habían conferido a don J. Eudaldo Puig López en la reunión del Consejo de 21 de junio de 1971, el cual queda expresamente desautorizado para ejercitar acto alguno en representación y nombre de la compañía, salvo las facultades estrictas que al presidente del Consejo de Administración le confieren los Estatutos; nombrar, con carácter provisional, gerente de la sociedad al consejero don Francisco Gómez Gallardo, facultándole expresa y ampliamente para que pueda nombrar persona de su confianza en quien delegue con mayor o menor amplitud el ejercicio de esta función, otorgándole el correspondiente mandato y facultándole para comparecer a tal efecto ante notario; conceder la representación de la sociedad, con la más amplia delegación de poderes del Consejo sin más excepciones que las que resulten expresamente de la Ley, a los señores don Francisco Gómez Gallardo, don Antonio Casado de Amezua Corso y don José Luis Enríquez Escudero, actuando para ello siempre mancomunadamente dos cualesquiera de ellos y con facultades para suscribir todos los documentos necesarios para la gestión de la sociedad, firmando siempre en nombre de ella dos de los tres designados; y que el día 25 de los mismos mes y año, don Antonio Casado de Amezua y Corso, actuando como secretario y en representación de "Viroterm, S. A.", otorgó ante el notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, escritura pública en que se protocolizaron los anteriores acuerdos.

Resultando que, presentada, en el Registro Mercantil de Madrid, primera copia del anterior documento, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del presente título por el defecto de carecer don Francisco Gómez Gallardo de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha actuación, según dispone el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo, y sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada, particular que se corrobora con acta de 22 de noviembre del pasado año, autorizada por el notario de Madrid, don Domingo Irurzun, que figura asimismo presentada bajo el número 420 del Diario 292. El señalado defecto, al producir la invalidad de la reunión del Consejo, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968, por lo cual tiene el carácter de insubsanable. No procede tomar anotación de suspensión".

Resultando que don Cayetano Hernández Fernández, en representación de don Antonio Casado de Amezua y Corso, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según consta en el Acta de la Sesión 83 del Consejo, que se incluye por testimonio en la escritura presentada, la ausencia de Madrid del presidente titular de "Viroterm, S. A.", se acreditaba "por Acta notarial que se une a esta Acta del Consejo", por lo que su existencia consta por tanto en el Registro; que tal acta fue la otorgada ante el

notario don Manuel Ramos Armero el 19 de noviembre de 1971, con el número 4.293 de su protocolo y en ella se acredita que constituyó el notario en el domicilio social de "Viroterm, S. A.", "calle Espanoleto, 23, bajo izquierda, donde no encontró a don Eudaldo Puig López, recibiéndome en su despacho don Julio Fernández Labiada, empleado de dicha sociedad, quien a mi pregunta, advertido de mi carácter y función, así como del objeto de mi visita, me indica que el señor Puig López está en París y después va a Londres...; acto seguido me desplacé al Hotel Gran Versalles, Covarrubias, 4, siendo las diez horas y diez minutos, donde en la conserjería, advertido el empleado que me atiende de mi carácter y función y tras solicitar la presencia de don J. Eulalio Puig López, me exhibe la ficha correspondiente, indicándome que se marchó el día 18"; que a mayor abundamiento, en el propio título presentado se dice que la reunión del Consejo "estaba solicitada por tres consejeros", siendo, por tanto, de celebración obligatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en que se dice que "el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros"; que el defecto señalado por el Registrador consiste en no acreditarse con la documentación presentada la circunstancia que justifique la convocatoria de la reunión en la forma en que se había hecho; que si la falta hubiese sido calificada de subsanable se habría resuelto la cuestión presentando el Acta notarial aludida autorizada por el señor Ramos Armero, con el número 4.293 de su protocolo; que no existe ninguna razón que justifique el carácter insubsanable atribución a la falta, pues la documentación aportada por el señor Puig López sólo acredita que estuvo en Madrid el día de la celebración de la Junta, pero no que estuviese cuatro días antes en que se hizo la convocatoria, momento al que sin duda se refieren los Estatutos; que para una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y en su caso de los artículos 28 y 29 de los Estatutos, se deben tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina, los posibles riesgos para la Empresa, que no hay duda existían en el presente caso, que en el supuesto de que se modifique el carácter insubsanable atribuido a la falta señalada ofrece presentar el Acta autorizada por el señor Ramos, que demuestra cumplidamente la ausencia de Madrid del presidente, señor Puig López, en el momento de la convocatoria; y que aparte de los anteriores razonamientos, la reunión tenía validez por haber sido solicitada verbalmente y por escrito por tres consejeros, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 1º, del artículo 29, de los Estatutos Sociales.

Resultando que los Registradores titulares del Mercantil de Madrid dictaron acuerdo manteniendo la calificación impugnada por los siguientes razonamientos: Que en el Acta de la reunión del Consejo celebrada el 23 de noviembre de 1971, que mediante fotocopia se incorporó al título presentado, constan por declaración de los interesados las incidencias de la convocatoria en forma coincidente en líneas generales a la alegada por el recurrente; que en la misma Acta se consigna la declaración del presidente interino, señor Gallardo, expresiva de que fue requerido notarialmente y bajo apercibimiento de la responsabilidad a que hubiera lugar por el consejero señor Enríquez,

para convocar la reunión en virtud de que estaba solicitada por tres consejeros, por lo que era obligatorio; que el 22 de noviembre de 1971, don Eudaldo Puig López, como presidente del Consejo de Administración de "Viroterm, S. A.", requirió al notario, don Domingo Irurzun Goicoa, para que, a la vista de un telegrama firmado por el secretario de la sociedad, que había recibido el día 20 en su domicilio de Barcelona, convocándole para una reunión del 23, le acompañase al lugar señalado por la misma, calle del Cid, números 4 y 6, y momentos antes de la hora fijada preguntó al nombrado secretario si fue el quien remitió el telegrama y, en caso afirmativo, quién ordenó la convocatoria, es decir, quién se atribuye el cargo de presidente y por qué; que el requerido se abstuvo de contestar en el acto, pidiendo cédula de notificación para hacerlo en el plazo reglamentario; que el 25 de noviembre se personó el requerido en el despacho del notario requirente, contestando por escrito en el sentido de que efectivamente el telegrama de convocatoria fue puesto por el dicente, que recibió la orden de convocatoria de don Francisco Gómez Gallardo y que en cuanto al por qué se trata de una cuestión subjetiva que lógicamente el declarante ignora, aunque es evidente que con ello el señor Gallardo ejercitaba las prerrogativas y deberes que le imponen los artículos 28 y 29 de los Estatutos de "Viroterm, S. A.", razón por la cual el compareciente se consideró obligado a obedecer la orden recibida, haciendo constar asimismo y en relación con igual asunto, que la reunión del Consejo estaba solicitada de forma fehaciente desde hacía muchos días por tres consejeros y que la gestión de "Viroterm, S. A.", que presentaba notorias anomalías, por lo que su situación estaba amenazada de graves riesgos que hacían precisa la urgente reunión del Consejo; que el 13 de diciembre de 1971, debidamente convocada, se reunió la Junta general de accionistas de "Viroterm, S. A.", con asistencia de socios que representaban el 50,03 por 100 del capital social, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Ejercer la acción de responsabilidad contra los consejeros don Antonio Casado Amezua, don José Luis Enríquez Escudero y don Enrique Gómez Gallardo; desautorizar el carácter de reunión del Consejo a la celebrada el día 23 de noviembre por los citados señores, invalidando como Acta de la misma el documento presentado en el Registro Mercantil; destituir de sus cargos a los expresados señores; revocar y dejar sin efecto alguno los poderes conferidos a don José Luis Enríquez y don Francisco Gómez Gallardo; designar nuevos consejeros a don Matías y a doña María del Carmen Matías Troyano; que los referidos acuerdos fueron protocolizados por escritura autorizada por el notario de Madrid, don Domingo Irurzun Goicoa, el 13 de diciembre del mismo año, presentada en el Registro Mercantil y pendiente de despacho; que el 4 de febrero de 1972 se presentó en la misma oficina un mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de la capital, demandante de Autos seguidos a instancia de don Antonio Casado de Amezua y Corso y la "Compañía de Inversiones y Compra, S. A.", contra "Viroterm, S. A.", en el que se ordena anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos tomados por la última Empresa citada, en la referida Junta general, encontrándose el citado mandamiento pendiente de despacho; que la nota de calificación fue puesta después de haberse manifestado verbalmente al interesado los defectos advertidos; que una vez presen-

tado el escrito del recurso y después de la hora de cierre de la oficina, se observó la falta de firma en el escrito de interposición; que la carencia de la precitada firma pone de manifiesto la falta de personalidad del recurrente y por ende la nulidad del recurso interpuesto; que aunque a tenor de lo dispuesto en la regla 4.^a, del artículo 56, del Reglamento del Registro Mercantil, expresivo de que si se apreciare falta de personalidad en el recurrente podrá limitarse a este punto del acuerdo, expondrá los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la calificación recurrida; que relacionando entre sí todos los extremos de la nota y teniendo en cuenta el Acta del 22 de noviembre de 1971, es evidente que de la documentación presentada no resulta ni puede resultar acreditada la “ausencia jurídica”—distinta de su sentido vulgar—de don J. Eudaldo Puig López en el momento de la convocatoria; que los artículos 181 y siguientes de nuestro Código civil definen técnicamente la ausencia jurídica, que no es la simple falta de presencia, sino que tiene que ser en ignorado paradero, probada y no presunta; que en Derecho Mercantil, dada la mayor fluidez de la vida comercial, podrá admitirse la ausencia en paradero conocido, pero con imposibilidad de regreso, para justificar la adopción de medidas urgentes; que constantemente se hacen nombramientos de administradores de sociedades con domicilio fuera del lugar en que lo tiene la Empresa, incluso en el extranjero, y esto no impide la buena marcha de la entidad; que así, ocurre precisamente en el presente caso, en que el señor Puig López tiene su domicilio legal en Barcelona, calle Gilaz, número 7, sin que del Registro Mercantil resulte ninguna restricción por motivo de su residencia; que en el citado domicilio de Barcelona se recibió en la tarde del 21 de noviembre de 1971 el telegrama convocándole, en nombre del presidente en funciones, para la reunión del 23; que el referido don Eudaldo requirió el lunes siguiente, o sea, el 22, al notario de Madrid, don Domingo Irurzun Goicoa, para que levantase el acta anteriormente mencionada; que teniendo en cuenta lo dicho y el artículo 28 de los Estatutos Sociales, no puede considerarse en situación de ausencia a don J. Eudaldo Puig López y, en consecuencia, la convocatoria del Consejo realizada por don Francisco Gómez Gallardo, como presidente en funciones, es nula, como declaró el Tribunal Supremo en un caso muy similar resuelto por sentencia de 14 de febrero de 1968, y nulos los acuerdos tomados en la reunión convocada; que de la interpretación que pretende el recurrente del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los 28 y 29 de los Estatutos Sociales, apoyada en la opinión vacilante de un tratadista, es inadmisible en el Derecho español, por ser contraria al ordenamiento jurídico y a la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre este punto en la citada Sentencia de 14 de febrero de 1968; y que si don J. Eudaldo Puig López ha procedido con lenidad en el cumplimiento de sus obligaciones, los socios que se consideren perjudicados pueden ejercitar la acción social de responsabilidad en la forma que determina el artículo 80, párrafo 3.^º, de la Ley de Sociedades Anónimas o la acción individual de responsabilidad del artículo 81 de la misma Ley, sin perjuicio de poder utilizar cualquier otra acción que sea procedente conforme a las normas del Derecho común, pero sin que sea admisible el que a través de interpretaciones arbitrarias de preceptos estatutarios o legales se hagan convocatorias como la efectuada por

don Francisco Gómez Gallardo, que, por ser nula, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma.

Resultando que, al no aparecer firmado el escrito de interposición del recurso olvido del recurrente advertido por el Registrador el día de su presentación después del cierre de la oficina, la Dirección General, de conformidad con el principio de subsanación de defectos formales que aparece recogido en la legislación notarial y que también regula el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acordó la devolución del expediente al Registro de procedencia para que se cumpliese la formalidad omitida y una vez realizado este trámite lo remitiese de nuevo al centro directivo, indicación que cumplió con diligencia la oficina registral.

Doctrina.—“Considerando que la cuestión planteada se reduce a determinar si la convocatoria y celebración del Consejo de Administración de “Viroterm, S. A.”, que dio lugar a los acuerdos que debidamente protocolizados se presentaron en el Registro Mercantil para su inscripción, se ajustan o no a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y más especialmente en los 28 y 29 de los Estatutos Sociales”.

“Considerando que, conforme al tenor del artículo 29 citado, la reunión del Consejo de Administración, que tendrá lugar “tantas veces como lo exijan los negocios sociales”, vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente sobre dicha exigencia u obligatoriamente “a petición de tres de sus miembros”, requisito este último que se ha dado y parece probado en el escrito al Registro Mercantil, y resuelve en sentido positivo el problema fundamental de la procedencia de la convocatoria.”

“Considerando que la capacidad y actuación del consejero más antiguo formalizando tal convocatoria se ajusta igualmente a lo determinado categóricamente y sin ninguna reserva ni cautela por el también citado artículo 28 de los Estatutos, que dice que “en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad”, complementando el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha por “el presidente o el que haga sus veces”, sin que ante la falta de otras exigencias legales—toda vez que el repetido artículo 78, por lo demás, se limita a fijar las condiciones de convocatoria válida del Consejo, cual es la concurrencia a la reunión de la mitad más uno de sus componentes y las mayorías, siempre personales, necesarias para la adopción de acuerdos—quepa plantear, sobre la ausencia real del presidente, otra cuestión que la de no estar debidamente acreditada según viene a reconocer el propio recurrente y sin que la sentencia del Tribunal Supremo que se cita, motivada por una convocatoria hecha de modo directo por los consejeros, “que no puede equipararse a la hecha por el vicepresidente”, parezca de aplicación al caso debatido y pueda, por tanto, la falta de prueba de la repetida ausencia viciar de nulidad los acuerdos tomados y en consecuencia determinar el carácter de insubsanable del defecto advertido.”

“Esta Dirección ha acordado confirmar la nota del Registrador, excepto en lo relativo al carácter del defecto que ha de estimarse subsanable.”

CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La zona en que debe moverse el Registrador en su función calificadora le ofrece dos vertientes si la falta que se observa permite encuadrarla en el campo de lo subsanable o de lo insubsanable. Ciertamente que la doctrina aún no está de acuerdo en la diferenciación "sustancial" de ambas faltas, pero sí es lo cierto que la decisión registral produce unos efectos drásticos que deben ser tenidos muy en cuenta por el funcionario al fundamentar su decisión. El campo de lo válido, de lo nulo y de lo simplemente anulable se muestra muy fungible en la doctrina y en las mismas disposiciones legales. El arranque de la decisión registral es la condena *a muerte* del acto que se presenta a inscripción. La Dirección mitiga la pena y *redime* la misma en base de una serie de argumentos.

Como en el caso planteado existe una convocatoria y unos acuerdos, y el Registrador estima que siendo nula la convocatoria lo son también los acuerdos, es preciso que deslindemos ambos puntos.

a. Validez de la convocatoria.

La razón esgrimida por el Registrador es la de que don Francisco Gómez Gallardo (consejero de más edad) carece de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha función, según dispone el artículo 29 de los Estatutos Sociales, en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo y sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada.

La Dirección dice que conforme al artículo 29 de los Estatutos, que tendrá lugar "tantas veces como lo exijan los negocios sociales", vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente u obligatoriamente "a petición de tres de sus miembros". Que igualmente a falta del presidente, el artículo 28 de los Estatutos le "sustituirá el consejero de más edad", lo cual se complementa por el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha "por el presidente o el que haga sus veces". Ello supone que no cabe plantear problema sobre la ausencia real del presidente más que a los efectos de no estar debidamente acreditada, pero sin que la falta de dicha prueba vicie de nulidad la convocatoria y los acuerdos.

En este punto estimo que tiene razón la Dirección General de los Registros y Notariado y el comentarista de la Resolución, Tirso Carretero ("Rev. Cr. D. Inmobiliario", julio-agosto 1972, número 491, pág. 900), al decir que lo que debió alegar el Registrador como falta insubsanable era "la presencia" del presidente y no la falta de prueba de la ausencia. Es cuestión de precisión de expresión, pues en un caso puede uno desembocar en la falta subsanable y en otro en la insubsanable.

b. *Validez del acuerdo adoptado.*

Si la convocatoria estaba viciada de nulidad, es evidente —dice el Registrador— que el acuerdo del Consejo debe ser de igual categoría, viciándose los acuerdos adoptados en el mismo. La falta de constitución válida del Consejo parece que vicia sus acuerdos conforme al artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, y esto es lo que viene a confirmar la Resolución comentada *a sensu contrario*.

La falta de prueba de la ausencia no vicia de nulidad los acuerdos tomados y, en consecuencia, no determinan el carácter insubsanable de la falta. Ello nos lleva a la interpretación antes dicha, la prueba de presencia sí vicaría de nulidad la convocatoria y el acuerdo, haciendo insubsanable la falta. Para reforzar su postura la Resolución comentada rechaza la Sentencia de 14 de febrero de 1968, citada por el recurrente, en la que la convocatoria la realizan los consejeros y no el vicepresidente.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

La nulidad de una cláusula de elevación de la renta en un arrendamiento de local de negocio

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 9 de febrero de 1974)*

SUMARIO: 1. La importancia del contenido expresivo de los pactos de actualización de la renta en los arrendamientos urbanos.—2. El fundamento de la validez de las cláusulas de actualización de la renta y el de invalidez o nulidad de las cláusulas de elevación.—3. Los efectos indirectos de una cláusula de elevación de la renta en cuanto al beneficio de prórroga forzosa.

1. La importancia del contenido expresivo de los pactos de actualización de la renta en los arrendamientos urbanos.

En nuestra época se ha intensificado, cada vez más, el empleo de cláusulas convencionales nacidas al amparo de las normas de carácter facultativo o permisivo por las que las partes contratantes conforman sus intereses, no sólo al valor patrimonial subjetivo que ellas acuerdan en sus transacciones, sino que también prevén el alcance de ciertos factores externos u objetivos que, independientemente de su voluntad, suelen incidir en sus prestaciones económicas; tal es el caso de las alteraciones monetarias, ya por la desvalorización de la moneda o bien por su depreciación a través de una inflación velada, o ya quasi-galopante, como sucede en nuestros días.

Los acreedores de dinero, o de rentas monetarias, al ver disminuir el poder adquisitivo de sus capitales, o cantidades adeudadas en sus transacciones a largo plazo, o de trato sucesivo, acuden a poner remedio a esa pérdida o disminución del valor patrimonial de sus haberes. Entre las diversas modalidades que se han concebido por los particulares para atajar en sus contratos la pérdida de valor de la moneda, el poder adquisitivo de su prestación pecuniaria, están los llamados pactos o cláusulas de estabilización, o si se prefiere "cláusulas de actualización", tal como la doctrina del Tribunal Supremo viene reconociéndolas y calificándolas en esta última década.

Por ser una medida normativa que procede del ámbito privado de los contratantes, de sus pactos o convenios, el primer problema o cuestión jurídica es el de su validez y eficacia dentro de los ordenamientos positivos generales (Código Civil y Mercantil) y especiales (LAU), ya que al proceder de un acto o contrato, producto de la autonomía de la voluntad de las partes, ese margen de autonomía o de libertad que se emplea puede estar o no concedida por aquellos ordenamientos positivos.

En general, el ordenamiento civil establece un precepto de carácter facultativo, como es el artículo 1.255, donde se constata que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Este precepto, que procede de una época liberal, en nuestro siglo ha venido sufriendo muchos avatares en cuanto a sus plenos efectos, debido al constante proceso de sometimiento y subjeción a una legislación especial vinculante e imperativa, donde los márgenes potestativos se han hecho cada vez más reducidos. De aquí que, en principio, si el empleo de pactos, cláusulas y condiciones contractuales resultan válidos y eficaces, en un segundo examen se hace necesario ver si tales pactos, cláusulas y condiciones no resultan contrarios a todas esas nuevas leyes.

Al tratarse de un contrato de arrendamiento de un local de negocio, para el que se ha establecido una legislación especial, cuya norma vigente es la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el examen de la cuestión se reduce a ver si esa normativa permite dichos pactos o cláusulas. Dado que se trata de concertar el precio o renta del contrato, nos encontramos con que en su artículo 97 se proclama la libertad de las partes para que puedan pactar la renta que tengan por conveniente. Esta norma concreta es también de carácter facultativo, por lo cual, la cuantía a pagar en moneda de curso legal por el deudor o arrendatario resulta determinada por el convenio que haya establecido con el acreedor o arrendador del local.

Una nueva cuestión, tanto de alcance moral como jurídico, es la que se presenta respecto a los límites cuantitativos (en más o en menos) que puede alcanzar dicha renta. Normalmente es ésta una cuestión que las partes contratantes dilucidan en su trato, motivados por conveniencias personales o subjetivas de la situación en que se encuentran respecto a la relación que contraen, por lo que la estimación de un precio justo lleva consigo una gran carga de relatividad. Cuando las circunstancias son anormales, tanto subjetiva como objetivamente, la cuestión de la cuantía del precio o renta en los contratos onerosos y conmutativos se torna, en el primer caso, excesiva o usuraria, o bien, en el segundo, exigua y no equivalente.

El exceso o usura de la renta en un contrato de arrendamiento urbano se advierte notoriamente cuando su cuantía excede de los precios locales usuales, además de concurrir una serie de circunstancias subjetivas personales dolosas o fraudulentas que inciden directa o indirectamente, casi siempre, en el resto de los preceptos normativos de carácter imperativo del propio ordenamiento general o especial, como sucede concretamente para el mismo arrendamiento urbano cuando se otorga al arrendatario el beneficio de la prórroga forzosa del contrato (art. 97) y de su irrenunciabilidad (art. 6 LAU 1964).

que mal podrá ejercitar si aquel precio o renta excesivos prácticamente le coaccionan de tal modo que le conducen a la renuncia.

Cuando se trata de circunstancias anormales, procedentes de causas objetivas exteriores a la voluntad o comportamiento de las partes, que sobrepasan el riesgo normal de los negocios onerosos, conmutativos y de trato sucesivo, como sucede con las alteraciones monetarias por devaluación del dinero, es decir, cuando el Estado altera el valor nominal de la moneda de curso legal, o bien, cuando se deprecia en el tráfico negocial y financiero, la cuestión jurídica que se plantea se refiere no sólo a la quiebra del principio nominal que presiden los pagos de las deudas de dinero, sino también a la cuestión concreta que plantea cada relación jurídica por la ruptura del equilibrio de los valores económicos contenidos en las prestaciones contractuales de las partes, ya que la cantidad de dinero a pagar, debido a su alteración de valor, no corresponde con el de la utilidad económica del bien dado como contrapartida.

No obstante, la quiebra producida entre los valores nominales y comerciales y, en particular, de la unidad de valor por excelencia en las transacciones patrimoniales, cual es el dinero, debido al reconocimiento implícito del principio nominalista, el deudor se libera de sus pagos exclusivamente por la cuantía pactada y mediante la entrega de "monedas de curso legal" (artículo 1.170, párrafo primero del C. c.).

El reconocimiento implícito del principio nominalista para el pago de las deudas de dinero dentro de nuestro ordenamiento positivo no puede ser puesto en duda, ya que era el imperante en la época de la codificación, recogido tanto de su modelo más cualificado, el "Code Napoléon", como del italiano de 1865 y del belga (art. 1.240). Ahora bien, ha supuesto una gran ventaja que nuestro legislador no acogiera el principio nominalista de una manera expresa, tal como lo habían hecho el belga y hoy el italiano vigente, donde se acepta la moneda de curso legal y por su "valor nominal"; la simple exigencia de que, a falta de moneda específica, se ha de entregar la moneda de "curso legal", nuestro ordenamiento acoge aquella dirección o postulado nominal, pero sin su carácter imperativo, dando paso potestativamente a la elección de otras monedas de pago. El haber antepuesto el posible pacto de la especie monetaria para el pago de las deudas de dinero no es, como algún ilustre autor ha creído (1), una hipótesis académica, sino un viejo sentir en la tradición española del respeto a la libre autonomía de la voluntad de las partes y que se mantiene firmemente en el ámbito de los pagos monetarios.

No obstante, al surgir todo un ordenamiento específico monetario por parte de la Administración económica del Estado, imponiendo tanto el curso forzoso de una determinada moneda (el billete de Banco) (Ley de 1939) como un control de cambios a través del "Instituto Español de Moneda Extranjera" (2), el margen de elección de las especies monetarias ha quedado prácticamente reducido o dependiente de una autorización administrativa, por lo

(1) GARRIGUES, *Contratos bancarios*. Madrid, 1958, pág. 81, núm. 39.

(2) Actualmente suprimido, pero cuyas funciones sigue manteniendo el "Banco de España".

cual, a la cuestión de validez o invalidez de un pacto se añade la de su licitud o ilicitud dentro del ordenamiento monetario público vigente.

Los particulares, aun acatando las normas impositivas extravagantes para el ámbito del ordenamiento monetario, ante el deber de tener que entregar en sus transacciones moneda de curso legal forzoso, no han hecho más que tratar de usar el margen de posibilidades que les ofrece una factible renuncia o derogación indirecta del principio nominalista, en cuanto a la posibilidad de pactar una cuantía de moneda variable en sus prestaciones, en función de un índice económico que acuse los cambios de valor del poder adquisitivo de la moneda; de este modo, las variaciones del poder adquisitivo de la moneda se verán compensadas por el compromiso de entregar una mayor o menor cantidad de las de curso legal hasta que se salve la diferencia alcanzada entre su valor nominal y el comercial. Para ello, se acude a las cláusulas de estabilización, o pacto de determinación de la cuantía pecuniaria de la prestación obligatoria, en función del valor de un índice económico que se adecua por las partes en cada momento del pago; en realidad, estamos ante la transformación de una obligación pecuniaria por una deuda de valor.

De aquí que la redacción de una cláusula estabilizadora por las partes contratantes no sea tan simple o sencilla como se cree, pues debido a los muchos límites normativos con que han de enfrentarse en sus figuras nacionales, pueden acusar y caer en imprecisiones expresivas que le den un distinto significado y alcance a su conducta que pueda ser extralegal. Así, de haberse expresado que la renta "se elevará" o que la renta "se adecuará", según los índices del nivel medio de vida oficiales, puede conducir a unos efectos tan distintos de validez o nulidad, en cuanto a su contenido y resultado, como ocurre en el caso de autos, al rechazarla el Tribunal Supremo, debido a aquella elevación constante y permanente sin posibilidad de que, por advenimiento de una recesión, el arrendatario pueda hacerla repercutir en su renta, lo que sí ocurrirá si se trata de una cláusula de estabilización, por adecuarse sus efectos bilateralmente (SS. 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 15 febrero, 20 noviembre y 22 diciembre 1972).

2. *El fundamento de la validez de las cláusulas de actualización de la renta y el de invalidez o nulidad de las cláusulas de elevación.*

Con la presente Sentencia de 9 de febrero de 1974, el Tribunal Supremo vuelve a abundar en el criterio distintivo de dos tipos de pactos o cláusulas contractuales, las de estabilización o actualización y las de elevación de la renta, tal como ya tiene decidido reiteradamente en otras Sentencias, las de 21 de diciembre de 1970, 24 de junio de 1971, 7 de julio de 1972 y 25 de enero de 1973, volviendo a manifestar que "los pactos de actualización de la renta que se convengan entre las partes, sólo serán válidos cuando realmente sirvan a tal finalidad, es decir, cuando atemperan sus efectos a las alteraciones que en más o en menos experimente el coste de la vida y que, por el contrario, no serán válidos cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de la renta, sin permitir, a su vez, su disminución para

el supuesto de que baje el coste de la vida, o el importe de los salarios, o el valor de los artículos o índices que se fijen como módulos reguladores, en cuyo segundo grupo se encuentra comprendida la estipulación dicha, ya que sólo establece o prevé el supuesto de una acomodación de la renta a las fluctuaciones en alza del nivel general de los precios, lo que va en contra de la proporcionalidad equitativa de las recíprocas prestaciones, y que podrían incluso llegar a hacer antieconómica para el arrendatario la continuación del arrendamiento, convirtiendo, con ello, en ilusoria la utilización de la prórroga legal, que como derecho irrenunciable de los inquilinos y arrendatarios instituye la Ley de Arrendamientos Urbanos".

En el caso de autos estaba claro que las partes habían suscrito dentro de su contrato de arrendamiento una mera cláusula de elevación de la renta. Literalmente expresaban que, "dado el carácter industrial del arrendamiento, dicha renta se ajustará, anualmente, a las posibles y anuales fluctuaciones en alza del nivel general de precios, utilizándose para este cómputo el índice general de precios al por mayor". La manifestación de que la renta se ajustará a las posibles y anuales "fluctuaciones en alza", supone la implantación de un exclusivo efecto unilateral para el arrendador, sin contrapartida para el arrendatario en el caso de que se presente una posible baja por efectos de una deflación. Además, las fluctuaciones en alza deben ser tenidas anualmente, o sea, progresiva e indefinidamente, puesto que no se señala un límite de tiempo concreto.

Precisamente estos caracteres de un aumento de la renta, periódico, progresivo e indefinido, son los que han llevado a declarar al Tribunal Supremo como nulos estos pactos a cláusulas de mera elevación de la renta (Sentencias 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero y 21 diciembre 1970, 24 junio 1971 y 16 junio 1973).

Sin embargo, cuando el aumento de la renta, aun siendo periódico y progresivo, tiene un límite en el tiempo (cinco, diez, veinte años), el Tribunal Supremo declara válidas estas mismas cláusulas (SS. 18 febrero 1971, 21 abril 1972, 23 abril 1973 y 26 diciembre 1973). En estos casos, la admisión del aumento o elevación de la renta queda justificada por la inflación, por su efecto de pérdida de poder adquisitivo del dinero, que hace de la renta una cuantía equiparable para el arrendatario de local de negocio; no de otro modo se puede justificar el mantenimiento de la proporcionalidad equitativa de las recíprocas prestaciones entre los contratantes, cuando la constante subida de la renta no fuese menoscabada por la correlativa pérdida de poder adquisitivo de su cuantía monetaria.

De aquí que sea excepcional la postura del Tribunal Supremo, de considerar la validez de las cláusulas de elevación de la renta, si las partes concretan la duración del contrato, porque, entonces, hasta que llegue ese término, no se impide el ejercicio del beneficio de prórroga. En cambio, la regla general es su sanción de nulidad cuando la elevación es indefinida, debido a los efectos indirectos que implica sobre el arrendatario impidiéndole o, al menos, influyendo decisivamente para el ejercicio del beneficio que implica la prórroga forzosa, una vez que ha concluido el plazo de tiempo del contrato.

3. *Los efectos indirectos de una cláusula de elevación de la renta en cuanto al beneficio de prórroga forzosa.*

Desde el momento en que el ordenamiento especial de arrendamientos urbanos permite el libre establecimiento de una renta contractual, las diversas modalidades de fijar su cuantía, inicialmente y a lo largo de su vigencia, son practicadas por las partes contratantes conforme a la autonomía de su voluntad.

Estas modalidades pactadas por el arrendador y el arrendatario sobre la cuantía de la renta, además de ser normalmente equitativas, según corresponde a un contrato oneroso, comunitativo y de trato sucesivo, han de ejercitarse y acomodarse a las reglas de la buena fe, por lo cual, jueces y tribunales rechazan las pretensiones de las partes que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude a la ley (art. 9 LAU 1964).

Desde la aparición de las cláusulas de elevación de la renta, los Tribunales fueron conscientes de cómo podían constituir un medio para eludir la aplicación la norma imperativa correspondiente al beneficio concedido al arrendatario de la prórroga forzosa del arriendo (art. 57 LAU 1964). El convenio por el que las partes establecen que la renta se eleve continua e indefinidamente tiene como consecuencia un efecto indirecto sobre el arrendatario, llegado el momento de la prórroga del contrato en cuanto a su decisión de continuarlo o no en aquellas condiciones. Este efecto indirecto es caracterizado por el juzgador como el de la “ecuación renta-prórroga” (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970, 18 febrero 1971, 25 enero 1973, 23 abril 1973 y 9 febrero 1974).

El Tribunal Supremo ve en estas elevaciones progresivas de la renta con exclusivo efecto unilateral una manera de burlar la irrenunciabilidad a la prórroga o de quebrantarla por la desproporción entre la utilidad o beneficio y el uso de la cosa, pudiendo contribuir a que se superen las posibilidades económicas de los inquilinos, induciendo a su renuncia o, como expresa la actual Sentencia del Tribunal Supremo, “podrían incluso llegar a hacer anti-económica para el arrendatario la continuación del arrendamiento, convirtiendo, con ello, en ilusoria la utilización de la prórroga legal, que como derecho irrenunciable de los inquilinos y arrendatarios estatuye la Ley de Arrendamientos Urbanos”.

Resulta, pues, que la autonomía de la voluntad de las partes para establecer la renta (art. 97 LAU 1964) tiene unos límites en cuanto al ejercicio de sus relaciones jurídicas dentro del marco de la buena fe, por lo que la fijación de una renta excesiva, desproporcionada, progresiva e ilimitada implica un abuso de este derecho de libre estipulación de la misma. De igual modo, cuando el arrendador utiliza una cuantía excesiva como un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, como es la que impone la prórroga obligatoria del contrato de arrendamiento urbano (art. 57 LAU 1964), realizará un fraude a la Ley.

Ambas modalidades de abuso y fraude en el ejercicio de un derecho son

sancionadas por los jueces y Tribunales con la nulidad de lo establecido, si bien con la potestad de poder salvar el resto de la obligación contractual convenida, a fin de no perjudicar los derechos adquiridos por el arrendatario sobre el bien inmueble que usa y utiliza, bien como vivienda, ya como local de negocio (1). Esta potestad moderadora y de revisión que tienen los Tribunales, por su arbitrio judicial, es plenamente reconocida por el ordenamiento especial de Arrendamientos Urbanos en su artículo noveno, en cuanto medio de impartir una justicia conmutativa.

JOSÉ BONET CORREA

(1) La jurisprudencia francesa, en principio, llega a declarar la nulidad del contrato de arrendamiento totalmente; así, Cass. civ. 13 febrero 1969, en *Juris Classeurs Périodique*, 1969, 2,15492; Cass. civ. 5 junio 1971, en *Revue des Loyers*, 71,278. Posteriormente, tan sólo anula la cláusula como ilícita, Cass. civ. 6 junio 1972, en *Quotidienne Juridique*, 14 diciembre 1972 y Dalloz, 73,151; Cass. civ. 9 julio 1973, en *Journal Notarial*, 74, p. 291 y Dalloz, 74,24. Cfr. SERRES, en *Journal des Finances*, 12 diciembre 1968, y *Conflits dans les baux commerciaux*, en *Journal des Finances*, 18 abril 1974, p. 4.

II. SENTENCIAS

A cargo de María Angeles CALZADA CONDE, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Eduardo GALAN, José MACIAS MARTIN, José María MIGUEL GONZALEZ, José PERE RALUY, José POVEDA, DIAZ e Ignacio QUINTANA CARLO.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. NORMA REGLAMENTARIA OPUESTA A OTRA DE RANGO LEGAL: REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: *La reforma contenida en el caso 3.^º del número 2 del artículo 2 del Reglamento de arrendamientos rústicos de 29 de abril 1959, al establecer un requisito más para la aplicabilidad de la excepción contenida en el precepto, no puede tener efectividad contra lo dispuesto en la Ley de 1935, reiterado en la de 1942.* (S. 27 octubre 1973; no ha lugar.)

La sentencia recuerda la jurisprudencia sobre la materia contenida en las SS. de la sala 6.^a del T. S. y la de la sala 1.^a de 14 julio 1961.

2. ABUSO DE DERECHO: REQUISITOS: *Tiene ya dicho la sala I del T. S. que en el ejercicio lícito de un derecho no puede existir abuso del mismo sin la concurrencia de los requisitos exigidos, entre los que figura el ejercicio incivil y contrario a la equidad, de un interés jurídicamente protegido en colisión con otro no tutelado legalmente.*

CONGRUENCIA: ERROR MATERIAL EN UNA DEMANDA: *El error material de confundir en el suplico de la demanda la planta derecha con la izquierda, cuando la realidad de tal error surge con claridad del contenido de la propia demanda y de los hechos de la misma, no puede servir de base a la incongruencia.* (S. 9 febrero 1973; no ha lugar.)

3. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA Y ACTOS PROPIOS: *No puede alegarse la caducidad de la instancia, respecto de un proceso universal de juicio abintestato y de testamentaría acumulados, aparte de por tratarse de cuestión nueva hasta ahora no planteada en el pleito, porque aquel proceso se ultimó con la aprobación del cuaderno particional y consiguiente protocolización de éste, actuaciones y resoluciones todas que fueron consentidas por el propio recurrente, al que no le es lícito ahora solicitar la nulidad de la partición, lo que equivaldría a ir contra sus propios actos.*

FALTA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL DE LAS OPERACIONES DIVISORIAS DE LA PARTICIÓN: *Los artículos 1.079 y 1.081 de la ley procesal no exigen tal noti-*

ficción personal a las partes, sino que es suficiente la hecha al procurador del recurrente, de acuerdo con el principio general del artículo 6 de la propia Ley, aparte de que el propio recurrente, con su conducta posterior, ha ratificado y aceptado el cuaderno particional, no cabiendo una nulidad de actuaciones, ni aún encubierta en un proceso declarativo, cuando no se han ejercitado en tiempo los recursos ordinarios procedentes. (S. 6 febrero 1974; no ha lugar.)

4. NULIDAD ABSOLUTA: *Las causas en que puede fundarse la nulidad absoluta o inexistencia de cláusulas contractuales son, bien la falta de algún requisito esencial para que pueda haber contrato (art. 1.261 del Código civil), bien la existencia de pactos contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, en cuyo caso hay "prohibición" (art. 1.255 del Código).*

CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD: *Son características esenciales de los contratos nulos que pueden accionar contra los mismos las mismas partes que los suscribieron, sin que pueda oponerse la excepción de ir contra los propios actos, y que el contrato queda fuera de las reglas reguladoras de la prescripción y de la caducidad, por aplicación del conocido principio "quod nullum est, nullum producit effectum".*

INCAPACIDAD MENTAL Y FALTA DE CONSENTIMIENTO: *Son nulos, por aplicación del artículo 1.261 del Código el convenio familiar, ventas y demás contratos otorgados por quien se ha probado no tenía suficiente juicio, sin que importe que la declaración de incapacidad haya tenido lugar con posterioridad a tales actos.*

CONTRATOS SOBRE HERENCIA FUTURA: CATALUÑA: *El convenio familiar, la escritura de compromiso y el laudo arbitral en los que, modificando el auto del Juzgado de Primera Instancia que consideraba herederos a todos los hijos del causante, viene a establecer sustituciones fideicomisarias de las herencias que correspondieran a uno u otro de los hermanos, infringen los artículos 1.271 y 4 del Código civil.*

HEREDERO CONTRACTUAL Y SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA: SU FORMA: *Los citados documentos, al instituirse en ellos contractualmente un heredero llamado "electivo" a quien se grava con una sustitución fideicomisaria, infringen el artículo 63 de la Compilación, que exige que el heredamiento se otorgue en capitulaciones matrimoniales, y el 162 de la propia Compilación, cuando impone que el fideicomiso se disponga en testamento, codicilo, heredamiento o donación entre vivos o causa de muerte.*

CONTRATO DE ARBITRAJE: *Ha de ser inválido el laudo arbitral dictado, cuando previamente las partes en documento privado pactan determinado convenio, añadiendo una cláusula de que sólo habría de cumplirse en sus propios términos, cualquiera que fuese lo dispuesto en el propio laudo, puesto que no*

existe el compromiso previo a aceptar la decisión de los árbitros, que exige como condición esencial, el artículo 2.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953. (S. 14 marzo 1974; ha lugar.)

5. PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN POR RECONOCIMIENTO DE DEUDA: FECHA DE ÉSTE: Démándado el acreedor por el deudor para que acepte el pago, el reconocimiento de deuda se mantiene en sus efectos interruptivos hasta la fecha de la sentencia dictada en casación.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA PENDIENTE DE LIQUIDACIÓN: *Practicada la liquidación por el deudor, no aceptada por el acreedor y rechazada judicialmente la pretensión del deudor de que el acreedor acepte el pago, el reconocimiento de la deuda, aunque sea parcial, es bastante para interrumpir la prescripción.* (S. 10 junio 1972; ha lugar.)

NOTA: La renta pactada en un arrendamiento de industria se fija en un tanto por ciento de los ingresos, deducidos ciertos impuestos. A partir de un determinado momento, cesa la conformidad de las partes en cuanto a las liquidaciones practicadas. El arrendatario ofrece el pago de la renta que estima debida y al negarse a recibirla el arrendador, consigna, pero recae auto declarando mal hecha la consignación. El deudor acude a un procedimiento de mayor cuantía para que se declare que la renta debida es la fijada en virtud de la liquidación practicada por él y el acreedor acepte el pago. Su pretensión es desestimada en todas las instancias hasta casación. Despues los herederos del arrendador primitivo demandan el pago de la renta. El Juzgado de primera instancia admite la demanda condenando al pago inmediato de la cantidad reconocida por el deudor como debida, rechazando la excepción de prescripción.

La Audiencia Territorial de Sevilla revocó la sentencia apelada, desestimando la demanda y apreciando la prescripción.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia por haber contado la fecha del reconocimiento de la deuda desde el acto de conciliación del pleito promovido por el deudor para que el acreedor aceptara el pago, decidiendo que debe contarse desde que recayó la sentencia dictada en casación.

Ofrece alguna duda que el *reconocimiento parcial* de la deuda suponga interrupción de la prescripción por la parte de la deuda no reconocida. Mas quizás no sea exacto ver en nuestro caso tan sólo reconocimiento de la deuda, pues la oposición del acreedor en el pleito a recibir el pago nominal implica la reclamación del total que resulte de la liquidación.

J. M. M. G.

3. Derechos reales

1. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Son documentos auténticos los recibos suscritos por el vendedor y las letras de cambio negociadas por los Bancos de las que éstos certifican fueron pagadas por el comprador-librador, siendo reconocidos recibos y letras por el vendedor en confesión judicial. Acreditan por sí, sin necesidad de hipótesis, conjeturas o razonamientos, la compraventa como el pago del precio y con ello la equivocación del juzgador.*

TERCERÍA DE DOMINIO: TÍTULO: *No cabe limitar el concepto de justo título de dominio al documento en que el negocio jurídico se instrumenta; por ello su eficacia frente a tercero no depende de la fecha de éste establecida en base al artículo 1.227. El término técnico "título de dominio" no equivale a documento preconstituido, sino a justificación dominical.*

El requisito, exigido por el artículo 1.537 de la LEC, de que el actor presente el título en que se funde su demanda de tercería, tiene carácter meramente procedural, y una vez cumplido puede la parte utilizar los medios de prueba adecuados para acreditar su dominio. (S. 5 octubre 1972; ha lugar.)

El dominio aparece plenamente justificado, además de por los documentos controvertidos, por los recibos y letras de cambio satisfechas, que prueban el pago por la confesión judicial del vendedor y por la prueba testifical de la que aparece que los pisos han sido ocupados y disfrutados por el comprador desde la fecha de los documentos, constituyéndose con su concurso la comunidad de propietarios y extendiéndose a su nombre los recibos de gastos generales.

2. ACCIÓN DE DESLINDE ENTRE FINCA SEGREGADA Y MATERIAZ: *Al segregarse de una finca dos parcelas, cada una de las cuales se dona por la propietaria a dos de sus hijos, y donarse el resto a otro hijo, infringe el artículo 1.218 del C. c., la Sentencia que ordena practicar el destice entre una de las fincas segregadas y el resto distribuyendo el exceso de cabida proporcionalmente entre ambas, ya que, al decirse en la escritura de donación de la porción que quedaba como resto después de las dos segregaciones, que se trataba de dicho resto, es irrelevante la extensión superficial que se señalaba al mismo.*

DESLINDE: PREFERENCIA ENTRE LOS MÉTODOS APLICABLES: *Aplica indebidamente el artículo 387 del C. c., violando por inaplicación el 385 del mismo Cuerpo Legal la Sentencia que distribuye un exceso de cabida entre dos fincas colindantes, sin tener en cuenta que el artículo 387 solamente es aplicable cuando no deba aplicarse el 385. (S. 11 octubre 1972; ha lugar.)*

4. Obligaciones y contratos

1. COMPROVACIÓN DE INMUEBLE EN DOCUMENTO PRIVADO: *Es válida a todos los efectos legales desde el momento en que constan el consentimiento, el objeto y la causa, sin que a ello pueda ser obstáculo su constancia en documento privado, en razón a la libertad de forma imperante en el ordenamiento español.*

CAUSA DEL CONTRATO: MÓVILES DETERMINANTES: *Es lícita la causa cuando lo son los móviles o motivos perseguidos por las partes que puedan afectar a la eficacia del acto en cuanto actúan a modo de causa o finalidad impulsiva o determinante del mismo.*

ANULABILIDAD DE CONTRATO: *Es anulable el contrato de compraventa en la que el comprador es un organismo dependiente del Estado y en el cual no se cumplieron todos los trámites de carácter administrativo, pero dicha anulabilidad es preciso que sea pedida en el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.301 del C. c. por quienes, según el artículo 1.302, pueden hacerlo, es decir, los obligados principal o subsidiariamente, pero nunca por un tercero.* (S. 2 octubre 1972; no ha lugar.)

HECHOS: El "Consejo Superior de Misiones", organismo asesor del Ministerio de Asuntos Exteriores, dependiente del mismo, creado en 1940, y al que la Ley de 31 diciembre 1945 atribuye la condición de Organismo autónomo, desprovisto de personalidad jurídica independiente, compra una finca urbana en documento privado. El citado organismo se nutría, aparte de otros fondos, de una subvención anual con cargo a los Presupuestos del Estado. Por D. 19 agosto 1967 se suprime el citado organismo, y el Estado acuerda transferir a la Conferencia Episcopal española los bienes del mismo. El 13 agosto 1962 se había elevado a Escritura pública el contrato privado de compraventa, pero en la misma aparece como adquiriente la Asociación "España Misionera", formada, en esencia, por las mismas personas que habían formado parte de la Comisión permanente del Consejo Superior de Misiones. Dicha Escritura se inscribe en el Registro. El abogado del Estado solicita la declaración de nulidad de la Escritura y la declaración de que la finca es propiedad del Estado. En la contestación a la demanda se afirma que el Consejo Superior de Misiones se había creado con una doble faceta: la de asesoramiento ministerial, como un simple órgano del Estado y la de Agrupación de Ordenes y Congregaciones Religiosas que desempeñaban actividades, y que la ayuda del Estado se hacía a una obra misional y no a un órgano concreto de la Administración, con el carácter de subvención, por lo cual, continuando dicha obra la Asociación "España Misionera", era ella la propietaria. En primera instancia y en apelación se estima la demanda declarando la propiedad del Estado sobre la finca, y la nulidad, por ilicitud de causa, de la Escritura pública, ya que con ella se había pretendido detraer un patrimonio perteneciente al Estado en favor de la Asociación citada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en base a los argumentos anteriormente citados.

COMENTARIO.—Sólo queremos llamar la atención sobre el considerando extractado bajo el epígrafe "anulabilidad de contrato", pues no parece demasiado consistente la argumentación que utiliza. En efecto, parece claro que las causas de anulabilidad de los artículos 1.300 y ss. del C. c. no son extensibles a otros supuestos, salvo, como dice De Castro ("El Negocio Jurídico", pág. 500, nota 8), que leyes especiales utilicen el sistema de la anulabilidad para otros supuestos.

J. P. D.

2. VENTAS SIMULADAS Y CLÁUSULA DE RESIDUO: *Instituido heredero el actor en el testamento de su esposa, con la cláusula de que sólo podrá disponer de los bienes de la herencia por actos "inter vivos", después de consumir los propios, y de que los bienes quedados al fallecimiento del heredero han de pasar a determinados sobrinos, es nula la venta de bienes hereditarios realizada por el viudo a otros sobrinos, si se demuestra que éste no sólo conserva algún bien propio, sino que los demás privativos los ha vendido simuladamente a estos mismos sobrinos.*

VENTA SIMULADA: *Contra la afirmación de la sentencia de que la venta de los bienes propios del viudo sólo obedeció al propósito de poder vender des-*

pués los heredados de su cónyuge, nada prueba el hecho de que en la misma fecha vendió el viudo otras fincas de su propiedad a otras personas, ventas que no han sido impugnadas, puesto que estos contratos no han sido objeto de controversia en el pleito y, trátese o no de ventas reales o ficticias, nada desvirtúa este hecho la afirmación de la instancia.

VENTA SIMULADA Y POSIBLE DONACIÓN DISIMULADA: *Los motivos de recurso que alegan la interpretación errónea del artículo 633 y la falta de "aplicación del artículo 1.276", con la consiguiente validez de la donación encubierta bajo la venta simulada, no pueden prosperar en este caso, pues falta un requisito esencial como es el "animus donandi" para construir la figura de la donación; no es la generosidad la que induce a la simulación, sino el propósito de burlar, bajo apariencia legal, la limitación que puso la testadora, y sin que esto imponga desconocer la doctrina de las Sentencias invocadas en el recurso, dictadas para casos distintos en que el "animus donandi" era manifiesto.*

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: *Es de inexcusable observancia la aplicación del artículo 1.303, en cuanto a la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, por lo que debe ordenarse la devolución de la cantidad probada que uno de los supuestos compradores entregó. (S. 28 febrero 1974; ha lugar.)*

3. NOVACIÓN: *Para que exista la novación hay que entender que la extintiva precisa que conste de modo claro y terminante la voluntad de novar, no siendo preciso que dicha voluntad aparezca cuando exista una incompatibilidad manifiesta de las obligaciones.*

CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO COMO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: HAY QUE ESTAR AL MOMENTO INICIAL: *Si lo arrendado fue una unidad patrimonial con vida propia creada por el arrendador, el arriendo ha de calificarse como de industria, sin que obste a ello el que, con posterioridad a la iniciación del contrato, el arrendatario introdujera nuevos útiles para la fabricación, ya que el contrato ha de calificarse por lo realmente recibido por el arrendatario como contenido del mismo. (S. 25 mayo 1973; no ha lugar.)*

4. RETRACTO ARRENDATARIO URBANO: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO POR MEDIO DE TALÓN BANCARIO: *La doctrina de la Sala I del T. S. —en SS. de 5 julio 1944, 7 y 24 mayo 1966— tiene resuelto que la entrega de un cheque, una letra de cambio y, caso idéntico, el de un talón bancario, no puede equipararse a la consignación del precio, ya que para surtir efectos liberatorios de la obligación de reembolso que impone el artículo 1.518 del Código, ha de hacerse en dinero, pues los documentos bancarios sólo producen los efectos del pago cuando hubieren sido realizados como ordena el artículo 1.170 del Código civil y si dicha realización se efectuó mediante ingreso del importe del talón en la Caja de Depósitos fuera del término de caducidad señalado en la Ley no ha lugar a la acción de retracto. (S. 24 febrero 1973; ha lugar.)*

5. INCONGRUENCIA: *No se da la alegada contradicción porque la parte dispositiva de la sentencia impugnada no contiene esas tajantes declaraciones de eficacia que se le imputan, ya que si bien decreta la plena validez del primer contrato no hay, en cambio, análogo pronunciamiento respecto del segundo, cuya simultánea eficacia sería imposible.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *No existe esta alegada falta de legitimación por el hecho de que el contrato se celebrara con determinada persona física y su cumplimiento lo acciona la Sociedad Editorial, cuanto que es un hecho probado que la demanda sabía perfectamente que contrataba con el primero en virtud de la titularidad que ostentaba respecto a la Editorial que lleva su nombre, y tal fundamental afirmación fáctica de la sentencia no ha sido desvirtuada por la recurrente, que ni siquiera la combatió, por lo que quedan inócume.*

TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SU FORMA Y EL CONTRATO DE EDICIÓN EN EXCLUSIVA: *Los requisitos exigidos por el artículo 2.º de la Ley de Propiedad Intelectual y 9.º de su Reglamento, respecto de la necesidad de documento público e inscripción en el Registro especial, para que la transmisión goce de los beneficios de la Ley y produzca efectos respecto de terceros, no pueden practicarse para los contratos referidos a obras sin título determinado que se hayan de producir en lo futuro, exégesis que queda confirmada por numerosos preceptos de la Ley y el Reglamento, todos ellos referidos a obras concretas con título también determinado.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Con arreglo a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, la interpretación particular y apasionada que ofrece la recurrente —de que a falta de acuerdo sobre la revisión trienal del precio, el contrato quedaba desprovisto de tal esencial elemento y cada parte podía denunciarlo al final del trienio— no puede prevalecer frente a la exégesis correcta e imparcial del juzgador de instancia en el sentido de que la duración del contrato de edición es de veinte años.*

PODER IRREVOCABLE: *El principio general de la revocabilidad del poder tiene mitigaciones en ciertos casos, como sucede cuando el poder se confiere en cumplimiento o como complemento de un contrato principal concluido en interés del representante o de terceras personas, o se estipula subordinando su duración a cierto plazo o a determinado evento futuro, en cuyo caso la irrevocabilidad pactada tiene que durar todo el tiempo convenido o hasta que sobrevenga el evento.*

PODER IRREVOCABLE: SU FUNDAMENTO: *La tesis de la irrevocabilidad del poder tiene en tales casos su fundamento en los artículos 1.091, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código civil y ha sido reconocida por las Sentencias de esta Sala de 9 de noviembre de 1926, 13 de abril de 1928, 30 de abril de 1955 y 2 de noviembre de 1961, entre otras.*

SOLIDARIDAD DE OBLIGACIONES: *Según reiterada doctrina jurisprudencial, puede producirse la solidaridad entre varios deudores, sin necesidad de que medie pacto expreso sobre ella, bastando que del contexto de la obligación se infiera su existencia, y que igualmente es doctrina legal que también se origina cuando concurren varios en la comisión de un acto ilícito civil y hay unidad de acción o de resultado.* (S. 4 mayo 1973; no ha lugar.)

6. PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR LOS MISMOS: PRESCRIPCIÓN: *Si bien el artículo 139 del R. H. exige a todo el que solicite embargo preventivo de bienes inmuebles (debe querer decir anotación preventiva de demanda), que ofrezca indemnizar los daños y perjuicios que pueda originar, ello no constituye más que una garantía de tipo formal. Descartado entonces que la obligación surgida por la producción de dichos años derive del incumplimiento de una obligación legal, y no existiendo entre las partes relación alguna derivada de un contrato, la acción surgida tiene el carácter de extracontractual o aquiliana, que prescribe al año, como determina el artículo 1.968 C. c., máxime en el caso contemplado en que, por ser demandado el Estado, es de aplicación el artículo 40 de la L. R. J. A. E.* (S. 4 julio 1972; ha lugar.)

5. Derecho de familia.

1. SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL: NACIONALIDAD DE ESPAÑOLA CASADA CON EXTRANJERO: *El riguroso automatismo del primitivo artículo 22 del Código civil sufrió con la Ley de 15 de julio de 1954 una notable atenuación, dada la nueva redacción del artículo 23, número 3.º, según el cual sólo perderá nuestra nacionalidad la española que contraiga matrimonio con extranjero "si adquiere la nacionalidad de su marido", supuesto este último que ha de probar quien lo invoque, puesto que lo normal es el mantenimiento de la nacionalidad española.*

APLICACIÓN DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA: SU PRUEBA: *Si la legislación extranjera se trata en nuestro Código como una cuestión de hecho, es visto que se ha producido un error de hecho en la apreciación de la prueba al dar por supuesta la nacionalidad alemana de la actora, si se tiene en cuenta que su condición española antes de casarse no ha sido objeto de discusión en el proceso.*

SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL: *Puede impetrarla cualquier súbdito español de los Tribunales nacionales cuando se invoque por una de las causas legítimas de separación, todas ellas criminológicas, conforme al artículo 104 del propio cuerpo legal.* (S. 13 febrero 1974; ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia, con sólo dos considerandos extraordinariamente concisos, requiere alguna aclaración por la complejidad y dificultad del supuesto de hecho contemplado. Desde luego, el problema clave planteado es la de-

terminación de la nacionalidad de la mujer, puesto que si es española, la separación del matrimonio debe regularse por la legislación patria, mientras que si los cónyuges fueran alemanes habría que aplicar la legislación de ese país, el cual, por cierto, no conoce la simple separación matrimonial, sino el divorcio vincular.

La lectura del primer considerando, al referirse a la reforma de 1954, da la impresión de que el matrimonio en cuestión se habría contraído con posterioridad a dicha fecha, pero la verdad es que el matrimonio tuvo lugar en 1949. Por tanto, la aplicación con efectos retroactivos de la reforma de 1954 merecería ir acompañada de alguna fundamentación jurídica. Esta podría ser, por ejemplo, la doctrina de la posesión de estado de la nacionalidad española, invocada en uno de los motivos del recurso, aunque no acogida expresamente en la sentencia.

Pero además el matrimonio civil en cuestión se celebró en Irlanda en 1949, de acuerdo exclusivamente con la "lex loci". El marido, según parece, había contraído un matrimonio anterior en Alemania, sin que se sepa si había sido o no disuelto. Su nacionalidad en aquel momento es, por otra parte, una incógnita, pues queda en el aire si conservaba su primitiva nacionalidad alemana —que volvió a ostentar en 1970— o si era apátrida. En fin, no consta por ningún lado que tal matrimonio civil haya logrado su inscripción en el Registro Civil español del Consulado correspondiente.

El abanico de problemas que se deduce de estos hechos, en orden a la validez y eficacia de este matrimonio, es extraordinariamente amplio, si bien el Tribunal Supremo, seguramente por razones procesales formales, no llega a abordarlos. Especialmente me interesa destacar, pues es una corruptela que debe corregirse, que el Juzgado de Instancia debería haber rechazado la prueba del matrimonio civil por no reunir ésta los requisitos que exige el artículo 2 de la Ley del Registro Civil. De acuerdo con este artículo, siempre olvidado, la prueba del matrimonio civil, como la de cualquier otro hecho inscribible, ha de ser forzosamente la correspondiente certificación registral de la inscripción, y si bien, cuando falta ésta, son admisibles otros medios de prueba, es entonces requisito imprescindible que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida... Téngase en cuenta, además, que la inscripción de los matrimonios civiles contraídos en el extranjero por españoles, conforme a la forma del país, requieren para su inscripción la tramitación del expediente previsto en los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento, en el que debe acreditarse particularmente la libertad y acatolicidad de los contrayentes.

J. D. C.

2. **AVAL: CARÁCTER NO GRATUITO:** *No puede considerarse al aval acto gratuito por su carácter accesorio de un préstamo no gratuito, por los derechos de reembolso y subrogación que tiene el avalista, y por haberse prestado el aval solidariamente por varias personas, lo que permite al que pague reclamar de sus codeudores.*

SOCIEDAD DE GANANCIALES: NATURALEZA: DERECHO DE LA MUJER: *No constituye una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltarle el concepto de parte. Hasta la liquidación y consiguiente adjudicación, la mujer no tiene más que un derecho expectante que no la legitima para ejercitar la tercería de dominio.* (S. 11 de abril de 1972; no ha lugar.)

3. **RETRACTO ARRENDATARIO URBANO: LEGITIMACIÓN PASIVA: FINCA GANANCIAL:** *Basado el recurso en la alegación de haberse quebrantado el principio*

del litisconsorcio pasivo necesario, por entender el recurrente que la demanda de retrato lo fue sólo contra el marido recurrente, a pesar de que la adquisición que pudiera representar, y a que aquella se encaminaba, afectaba directamente a la sociedad de gananciales, por lo que habría de ser preciso demandar a la esposa, no cabe estimarlo, ya que se olvida la cualidad de representante de la sociedad conyugal y de la de gananciales que al marido otorgan el artículo 59 y el 1.412 del C. c. y tampoco tiene en cuenta el recurrente que la estimación de la pretensión actora y la venta consiguiente del bien retraído no son sino consecuencia de una decisión judicial de ineludible cumplimiento, con independencia, no ya del consentimiento de la mujer, sino de la mera opinión que ésta pudiera tener al respecto.

RETRATO: CANTIDAD QUE DEBE CONSIGNARSE: *No puede extenderse la obligación de consignar "los gastos del contrato y demás pagos legítimos preceptuados en el artículo 1.518 C. c." si no fueron notificados a quien ejerce la acción como parte de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión. (S. 19 enero 1974; no ha lugar.)*

6. Derecho de sucesiones

1. HERENCIA INDIVISA: ENAJENACIÓN POR UN COHEREDERO: *Afirmado por el vendedor en un contrato de compraventa hecho en documento privado que actuaba, además de por sí, en nombre de sus coherederos, y demostrado que no tenía autorización de éstos, es correcta la fundamentación de la Sentencia recurrida de que sólo la adjudicación en operaciones particionales de una herencia concede la propiedad de bienes determinados, y cada uno de los herederos no tiene capacidad para disponer de los bienes indivisos sin la autorización de sus coherederos, máxime basándose la Sentencia impugnada en la falta de capacidad mental del vendedor derivada de padecer esclerosis cerebral.*

NULIDAD DE CONTRATO: *Declarada ésta, y aprobado que el vendedor recibió un talón del comprador, al no haber probado los herederos de aquel que no hubieran hecho efectivo tal efecto, debe casarse la Sentencia que no condena a dichos herederos a la devolución de la suma importe del talón, devolución que ha de entenderse solicitada implícitamente en la petición de indemnización de daños y perjuicios. (S. 5 mayo 72; ha lugar.)*

2. PARTICIÓN DE HERENCIA POR COMISARIO: NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL: *Cuando entre los padres ejercientes de la patria potestad y los hijos sometidos a ella se producen situaciones de contraposición de intereses, el artículo 165 del Código preceptúa el nombramiento de su defensor judicial a fin de tutelar los derechos de los repetidos menores, y este precepto es de carácter imperativo y por ello de ineludible observancia.*

PARTICIÓN DE HERENCIA POR COMISARIO: CITACIÓN AL INVENTARIO: *La protección expresada respecto de los menores se ve reflejada en el artículo*

1.057 del Código al imponer al comisario que, cuando entre los coherederos exista algún menor, ha de formalizarse el inventario con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, disposición que en consecuencia tiene el mismo carácter de derecho necesario.

NULIDAD DE LA PARTICIÓN: De acuerdo con lo razonado anteriormente, ha de concluirse que son nulas, por imperio del artículo 4.^º, todas las operaciones que integran la partición, por falta de citación a todos los herederos y al defensor judicial del menor, cuyo nombramiento pudo solicitar del Juzgado cualquier interesado, al amparo de la amplitud que para ello otorga el párrafo 2.^º del ya citado artículo 165 del Código civil.

NULIDAD RADICAL: SUS EFECTOS: Conocido el hecho determinante de la nulidad por el Tribunal, debe deducir del mismo las consecuencias necesarias y procedentes en Derecho por el carácter de Derecho necesario de los preceptos citados.

NULIDAD DE LA PARTICIÓN: SU EXTENSIÓN A UNA RENUNCIA HEREDITARIA EN ELLA CONTENIDA: La nulidad de la escritura particional debe alcanzar a todo su contenido, sin excluir a la renuncia que en la misma efectúa la viuda del usufructo del tercio de libre disposición que le legó su esposo con cargo a sus derechos legitimarios, ya que en las nuevas operaciones de inventario, liquidación y adjudicación pueden varias los supuestos de hecho que la viuda tuviera en cuenta para llevar a cabo aquella renuncia. (S. 15 octubre 1973; ha lugar.)

NOTA: Alguna de las afirmaciones contenidas en esta Sentencia pueden parecer demasiado generales: así, el carácter tan imperativo del párrafo segundo del artículo 1.057 del Código, o que la nulidad de la partición deba alcanzar siempre a las renuncias de derechos hereditarios contenidas en aquélla. Para reducir a sus debidos límites la doctrina de esta Sentencia, conviene destacar algunos de los supuestos fácticos fundamentales del caso discutido.

Don M. L. F., cónyuge bínubo, fallece bajo testamento en el que legó a su esposa el usufructo vitalicio del tercio libre; la nuda propiedad de éste a una hija, menor de edad, de su segundo matrimonio; mejora a la misma hija en el tercio de este nombre, y en el de legítima estricta instituye herederos, por partes iguales, a esta hija y a otros dos hijos de su primer matrimonio. Nombra también contador partidor con amplios facultades. El comisario, con intervención de la viuda, otorga la correspondiente escritura particional, adicionada por otra posterior, omitiéndose la citación para el inventario, no sólo al defensor judicial de la menor —que no había sido nombrado—, sino también a los hijos del primer matrimonio, quienes son los que iniciaron el pleito reclamando desde el principio la nulidad de la partición.

Debe tenerse, por último, en cuenta que la renuncia a su legado efectuada por la viuda no obstó para que, según se deduce de los hechos, se le adjudicarán en la partición bienes en pleno dominio, lo que hubo de serlo probablemente en pago de su mitad de gananciales.

J. D. C.

II. ARRENDAMIENTOS.

1. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: *No es apreciable el abuso de derecho cuando el actor ejercitó su acción en defensa de un interés legítimamente protegido sin la menor intención de dañar a su adversario.*

NOVACIÓN EXTINTIVA O MODIFICATIVA: *La omisión, en un documento, de las cláusulas que en los convenios anteriores limitaban la facultad de ceder o subarrendar a la obtención de permiso escrito del propietario, no significa su derogación ni el nacimiento de una novación extintiva, toda vez que para que ésta se dé es indispensable que la facultad de novar se manifieste de modo expreso, o que la obligación que sustituye a la antigua sea absolutamente incompatible con ella, lo que no es de apreciar cuando el referido documento no es más que una simple adición al primitivo, cuyos efectos se extendieron a una habitación más, con la consiguiente modificación de renta pero sin modificación del resto de las estipulaciones que quedaron subsumidas en el nuevo.* (S. 29 septiembre 1973; no ha lugar.)

2. ABUSO DE DERECHO EN EL EJERCICIO DE ACCIONES ARRENDATICIAS: CONCEPTO: *No obra con abuso de derecho quien, al amparo de un precepto legal, ejerce acción resolutoria de un contrato de arrendamiento, recobrando el local de negocio para su libre explotación, porque ello no significa el ejercicio anormal de un derecho con el exclusivo propósito de dañar, sino defensa de un legítimo interés. Para que pueda apreciarse el abuso de derecho es preciso, aparte del uso de un derecho objetivo y exteriormente legal, la existencia de unos daños a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica e inmoralidad de este daño, manifestada en forma subjetiva cuando se trata de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio. No puede invocar el abuso del derecho el responsable de una conducta antijurídica que lleva aparejada una sanción prevista en la propia ley.* (S. 30 mayo 1973; no ha lugar.)

NOTA: Es sensible advertir cómo en la mayor parte de las formulaciones generales del T. S. sobre el concepto del abuso del derecho y especialmente en sus aplicaciones prácticas se tiende a centrar tal concepto en la variedad subjetiva del abuso del derecho—actuación con mero ánimo o espíritu—y se olvida, un tanto, la variedad objetiva consistente en una utilización anormal y antisocial del derecho, opuesta a su verdadera finalidad, que puede darse, aunque en la actuación haya un beneficio para quien ejerce el derecho, si dicho ejercicio aparece viciado por alguna anormalidad aun meramente objetiva. La sentencia del T. S. de 14 febrero 1944 sigue siendo la más perfecta formulación del abuso del derecho en su doble vertiente.

(J. P. R.)

3. REVISIÓN: DOCUMENTO FALSO: *El recurso de revisión, que es el más extraordinaria de todos los recursos, al darse contra sentencias que ya sean firmes, procede, sólo en excepcionales casos, a que se refiere el artículo 1.796 LEC. El 2.º de ellos se refiere a aquellas sentencias dictadas con apoyo en un documento, cuya falsedad se declare después de dictada.*

CARÁCTER GENERAL DE LA MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *El párrafo 4.º del*

artículo 1.796 LEC, ofrece un matiz un tanto genérico; pues, para que se den cualquiera de los supuestos de los tres primeros párrafos, siempre interviene una "maquinación fraudulenta", implícita en cada uno. (S. 15 marzo 1974; ha lugar.)

Doña E. L. D. arrendó, como suyo, un piso que en realidad era de su madre, teniendo para ello el consentimiento de esta. Madre e hija tenían firmado un contrato de arrendamiento y la madre demandó a la hija por subarriendo inconsentido, demanda a la que la hija se allanó, logrando así el deshacido del que se creía arrendatario de la hija. La propietaria y su hija son condenadas por falsificación de documento, el arrendamiento concertado entre ambas, y en base a esa sentencia el arrendatario de la hija recurre en revisión.

4. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: CRITERIOS: *La calificación de un arriendo es una operación meramente jurídica, que no depende de la denominación que le hayan otorgado los contratantes al momento de celebrar el contrato. Los actos de las partes, coetáneos y posteriores, nada importan cuando los términos del contrato son claros y no suscitan dudas sobre cuál haya sido la intención de las partes.*

ARRIENDO DE SOLAR O DE LOCAL DE NEGOCIO: HABITABILIDAD: *No es arriendo de local de negocio por falta de habitabilidad de la cosa arrendada, el de un solar en el que hay un cobertizo o tejavana que por su frente y algo más de la mitad de un lado carece de paredes de cierre, estando el resto hecho de pilares y tabiques de ladrillo sin revocar y careciendo de servicios higiénicos. Habitar es tanto como vivir en algún lugar, lo que no puede ocurrir cuando la edificación carece de un mínimo de condiciones de defensa contra las inclemencias del tiempo y protección contra agentes exteriores. (S. 18 octubre 1973; no ha lugar.)*

J. P. R.

5. ARRIENDO DE TEMPORADA VERANIEGA: PLURALIDAD DE TEMPORADAS: EXCLUSIÓN DE LA LAU: *Habiéndose concertado un contrato de arrendamiento por cinco temporadas veraniegas concretamente señaladas y correspondientes al año 1965 y a los cuatro siguientes, es evidente que dicho contrato estaba excluido de la LAU y que la declaración de su extinción tiene que ser solicitada con amparo en la legislación común. (S. 14 diciembre 1972; ha lugar.)*

NOTA: Aparece probado que, efectivamente, en el contrato de arriendo se estipuló que la duración sería de cinco temporadas, de abril a octubre de los años 1965 a 1969, afirmando la Audiencia Territorial que pese a ello no cabía considerarlo como arriendo de temporada porque a pesar de lo consignado en el contrato sobre temporada veraniega y plazo concertados "es evidente que la Ley sustituye a la voluntad de las partes en el momento de contratar y cualquiera que fuese su intención, si el local es ocupado todo el año con carácter permanente y continuado, con conocimiento de la arrendadora, queda el contrato incluido en la LAU. Frente a este criterio de la Audiencia dice el T. S. que concurren todos los requisitos subjetivos y objetivos propios del arrendamiento de temporada, ya que la intención y voluntad

de los contratantes fue concertar un arrendamiento de temporada con la sola duración de cinco temporadas veraniegas y que la localidad en que está ubicada la finca es esencialmente turística, destinada a la ocupación veraniega, y que el local tenía una finalidad, la de peluquería de señoras, propia de la época turística (!), habiendo reputado las partes excluido el contrato de la LAU; agrega el T. S. que no es obstáculo a lo indicado, que el demandado haya ejercido el negocio fuera de las temporadas pactadas y que el arrendador tuviera conocimiento de ello. La Audiencia había entendido que las normas imperativas deben prevalecer frente al fraude de ley utilizado con frecuencia en los lugares turísticos con el designio de lograr un resultado opuesto al perseguido por el texto legal, en tanto que la Sala I del T. S. afirma, sorprendentemente, que en el caso de autos no se da ninguna de las circunstancias que caracterizan el fraude de ley.

Lo cierto es que en pocos casos es tan fácil advertir más claramente, al menos para quien conoce la realidad de la contratación en la práctica, la existencia de un fraude a la ley impuesto por el arrendador para eludir la aplicación de la LAU; nada más sencillo, con la tesis del T. S., que eliminar la vigencia de la LAU en los lugares de veraneo mediante el simple arbitrio de contratos por varias temporadas con utilización real por todo el año —como en el caso de autos— y la posibilidad del arrendador de poner término al contrato pasado el período de unos pocos años contratados. Si el arriendo es por temporada, lo lógico es que, al término de cada temporada, se produzca el reintegro al arrendador de la posesión de la cosa arrendada para retornaría el arrendatario al iniciarse la nueva. Por otra parte, resulta dudosamente admitir que el negocio de peluquería sea *veraniego o de temporada*.

Obsérvese, finalmente, el contraste entre el criterio de esta sentencia, apegada al tenor literal del contrato y en que se prescinde de los actos de las partes como reveladoras de la verdadera naturaleza del contrato, y el mucho más ponderado y espiritualista de la sentencia de 31 enero 1973, en que se atribuyó papel relevante al destino real de la cosa arrendada, frente a los términos del contrato.

(J. P. R.)

6. INCREMENTOS DE RENTA ARRENDATICIA: CADUCIDAD DE LA EXIGENCIA DE INCREMENTOS: CARÁCTER DE LA CADUCIDAD: *La caducidad debe apreciarse aun de oficio. Una vez transcurridos el plazo de caducidad que arranca en la notificación de incrementos y que regula el artículo 101, núm. 2, regla 5.^a, de la LAU, no puede ejercitarse la acción, aunque se realice una nueva notificación de incrementos reproducción de la anterior, ya que no es dable admitir que puedan repetirse, por el arrendador, sucesivas notificaciones o requerimientos de aumento de rentas apoyados en las mismas causas a las que el arrendatario anteriormente había opuesto, en tiempo, su oposición, por ser contrario a la finalidad que la ley trató de lograr, estableciendo el indicado plazo de caducidad, limitativo, en cuanto al tiempo, para el ejercicio de la acción y porque prácticamente podría ser obstáculo indefinido para que se produjera la caducidad, criterio doctrinal coincidente con el de Sentencia de 30 enero 1965.*

CÓMPUTO DEL PLAZO: PLAZOS SUSTANTIVOS: *Tratándose de plazo sustantivo, no procesal, se entiende que cada mes es de treinta días, sin exclusión de inhábiles. (S. 28 junio 1963; ha lugar.)*

NOTA: Esta sentencia viene a resolver definitivamente y con verdadero acierto un delicado punto interpretativo del artículo 101 LAU, norma que, al

ser puesta en contraste con el artículo 106 de la propia Ley, sugiere realmente la duda interpretativa abordada y resulta en la sentencia en cuestión; el criterio del T. S., ya mantenido por buen número de decisiones de instancia, tiene en su abono, aparte la interpretación literal más verosímil de la norma, el argumento irrefutable de que no puede dejarse al arbitrio del arrendador la renovación indefinida de requerimientos; la inseguridad sobre la cuantía de la renta produciría una inadmisible perturbación en las relaciones arrendaticias.

(J. P. R.)

7. PRINCIPIO DE RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS: LEGITIMACIÓN PASIVA: *La parte demandada, que ha aceptado su calidad de arrendataria por el único título de subrogación implícitamente ejercitado con el pago de los recibos de las rentas giradas a su nombre, expresión documental de una relación jurídica mutuamente establecida, no puede alegar, por la doctrina de la vinculación a los actos propios, que no es ella la subarrendada, sino la comunidad, no formalizando esta excepción en la instancia.*

SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": DETERMINACIÓN DEL SUCESOR: *Si bien la subrogación se produce, automáticamente, por el solo hecho de la muerte del arrendatario, el arrendador no tiene por qué juzgar de títulos sucesorios que les son ajenos y tiene derecho a conocer con quién ha de seguir la relación arrendaticia, ateniéndose a la decisión que por los interesados se le comunique.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: *Basta para desestimar el recurso, el involucrar conceptos contradictorios que lo hacen improsperable.* (S. 15 diciembre 1973; no ha lugar.)

8. MUTACIÓN DE SOCIEDAD COLECTIVA: REDUCCIÓN DEL NÚMERO DE SOCIOS: *La modificación subjetiva por la separación de algunos de sus socios afecta a la esencia y naturaleza de la propia sociedad.*

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO URBANO: *La mutación de la persona jurídica titular del arriendo produce cambio de persona determinante de la resolución del contrato.* (S. 18 noviembre 1972; no ha lugar.)

9. TRANSMISIÓN "MORTIS CAUSA" DEL DERECHO ARRENDATARIO DE LOCAL DE NEGOCIO: DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD: *La facultad del núm. 2, del artículo 60, de la LAU, se halla limitada en su aplicación al supuesto de fallecimiento de uno de los socios y no al de la disolución voluntaria de la sociedad de que ambos formaban parte, según, entre otras muchas, SS. 21 noviembre 1950, 3 octubre y 21 diciembre 1955, y 1 febrero 1958.*

FUNDAMENTO Y LIMITACIONES DE LA TRANSMISIÓN: *La razón que movió al legislador a conceder al arrendatario el beneficio del artículo 60 LAU consistió en proteger a quienes, con su esfuerzo personal, crearon o mantuvieron una industria o negocio en el objeto de la locación, pero no a los que, con anterioridad a su fallecimiento hubieran cedido la totalidad o parte de su*

uso mediante un subarriendo o traspaso, por lo que la jurisprudencia de la Sala I (SS. 24 junio 1964 y 6 diciembre 1964) les negó, en tal evento, la facultad de transmitir el arriendo a sus herederos. (S. 13 abril 1973; no ha lugar.)

10. RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: ACTIVIDADES RESIDUALES: *Según el artículo 5 de la Ley de Sociedades anónimas, en relación con el 312 de la L. O. P. Judicial, el domicilio social de las Compañías anónimas lo constituye el que se haya designado en sus estatutos como sede jurídica de sus órganos de representación, administración y dirección y centro donde éstos deban ejercer las funciones mercantiles que les estén encomendadas para el logro de los fines de la entidad, labor que no se cumple a efectos del número 3 del artículo 62 de la LAU por el simple hecho de recibir en el local la correspondencia, recogerla cada ocho días y celebrar mensualmente las juntas de los consejeros, porque ello equivale a tener cerrado el local, ya que según la jurisprudencia tal hecho se produce cuando se trasladá a otro lugar el giro de las operaciones mercantiles que con anterioridad se ejercían, cesando en éste el desenvolvimiento de dichas actividades aun cuándo continúen desarrollándose algunas accesorias, esporádicas o intermitentes o se celebren, de vez en cuando entrevistas con algunos clientes, procediendo en tales casos la resolución por cierre. (S. 30 marzo 1973; ha lugar.)*

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DE VIVIENDAS POSIBILIDAD DE AMPLIAR MEDIANTE OBRAS LA CAPACIDAD DE AQUELLA DE QUE YA SE DISPONE: *Alegada por la parte demandada la existencia de una terraza que, en su opinión, podía haber sido susceptible de servir de base a una obra que permitiese la habitabilidad de un espacio que justificase la improcedencia de la reclamación —por causa de necesidad—, dijo acertadamente el Tribunal “a quo” que ello excede los límites que normalmente, y a estos fines singulares, impone el legislador.*

INJUSTICIA NOTORIA: INVOCACIÓN DE NORMAS ADMINISTRATIVAS Y REGLAMENTARIAS: *Es desestimable el recurso apoyado en unas disposiciones administrativas y reglamentarias insuficientes para fundamentar un recurso de injusticia notoria.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Procede desestimar el recurso basado en una cuestión que no fue planteada en el momento procesal oportuno. (S. 25 abril 1973; no ha lugar.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: EL ESTADO COMO ARREN-DATARIO: RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA GUBERNATIVA: *La reclamación previa en la vía gubernativa tiene la misma finalidad que el acto de conciliación cuando el demandado es el Estado; el requerimiento dirigido a la Administración por la propiedad de la finca en cumplimiento del artículo 65 de la LAU, sustituye, en cuanto a su forma y, sobre todo, por su finalidad, al acto*

conciliatorio y por ende a la reclamación previa en la vía gubernativa. (S. 19 mayo 1973; no ha lugar.)

13. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO PARA REEDIFICAR: DERECHO DE RETORNO: RENTA DEL NUEVO LOCAL: *Si las plantas entregadas al arrendatario en el nuevo inmueble no son las mismas de que disponía antes del derribo, debe efectuarse la reducción de un diez por ciento respecto a la renta anual fijada, de acuerdo con la normativa del artículo 85 de la LAU.* (S. 22 diciembre 1973; ha lugar.)

14. RESOLUCIÓN PARA REEDIFICAR: CONDENA A REEDIFICAR: DELIMITACIÓN DE COMPETENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA: *Si bien es función del Gobernador civil, el conceder o no la autorización para la demolición de fincas arrendadas (autorización que no puede ser revisada por la Autoridad judicial), es, en cambio, función propia de la Autoridad judicial, ante el vacío de la ley especial, aplicar la doctrina contenida en el C. c., en el presente caso el artículo 1.098, precepto dictado en términos generales para suplir por la ley la rebeldía de la voluntad del otorgante remiso a cumplir lo pactado, siendo circunstancias que podrían haber enervado la obligación de reedificar y la posterior reinstalación, la fuerza mayor, el caso fortuito o la imposibilidad de la prestación—si se tratare de hecho personalísimo—y sin que a la estimación de la acción principal sea óbice la argumentación de la parte demandada referente a las dificultades técnicas para la reedificación que no pueden ser consideradas como fuerza mayor.* (S. 24 abril 1973; ha lugar.)

NOTA: Queda confirmada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que condenó al arrendador y reconstruir el edificio en las condiciones previstas en la autorización gubernativa de derribo y dentro de plazos determinados.

15. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR DERIBO PARA REEDIFICAR: SUSPENSIÓN DE EFECTOS DE LA RELACIÓN ARRENDATICIA: *Es doctrina de la Sala I del T. S., si bien la inclusión de la causa 2.^a del artículo 62 entre las de resolución del artículo 114 LAU puede hacer pensar que en los supuestos de resolución por derribo para reconstruir, el primitivo contrato se extingue por pérdida del objeto, para dar lugar al nacimiento de otro nuevo, la verdad es que la interpretación sistemática de los artículos 81 y siguientes de la LAU permite hablar de una simple suspensión de los efectos de la relación arrendaticia surgida de aquel contrato, en los casos en que el arrendatario se haya reservado el llamado derecho de retorno.*

INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVAR LOCAL AL ARRENDATARIO DESALOJADO: *La asignación por el arrendador al arrendatario de un local que por sus dimensiones y demás características es prácticamente inservible para el comercio que el segundo ejercía en el inmueble derruido, equivale al incumplimiento total de la obligación de reservar.*

INJUSTICIA NOTORIA: CONTROVERSIAS SOBRE EL ALCANCE DEL VERBO "OCUPAR": *El de significado jurídico del verbo "ocupar" empleado en el artículo 82 de la LAU entraña un problema de derecho que no puede ser solventado por el cauce de la causa 4.^a —error de hecho— de las de injusticia notoria.* (S. 2 abril 1973.)

16. DERECHO CONVENCIONAL DE RETORNO, POR PARTE DEL ARRENDATARIO, AL EDIFICIO REEDIFICADO: PROCEDIMIENTO APPLICABLE: VINCULACIÓN A LO PACTADO: *Si el origen del proceso es un contrato por el que las partes, después litigantes, consienten en el desalojo voluntario del local de negocio que tenía arrendado el arrendatario, concediéndose al mismo el derecho de retorno al nuevo edificio que se iba a construir por el propietario, habiéndose establecido igualmente que la renta se fijaría de acuerdo con el artículo 81, letra b), apartado 5, de la LAU, es indudable que hay que estar a los términos de lo pactado y que debe considerarse que la acción para exigir el cumplimiento de lo pactado se basa en derechos reconocidos en la LAU, aunque no median la autorización del Gobernador civil y se regulara contractualmente el derecho de retorno al edificio reedificado.* (S. 12 junio 1973; no ha lugar.)

17. DERECHO DE RETORNO TRAS EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR DERRIBO DEL LOCAL ARRENDADO PARA REEDIFICAR: DEFICIENCIAS DEL LOCAL RESERVADO: *Si al recibir las llaves del local, lo que equivale a ocupación, comprobó la arrendataria las deficiencias del local y estimaba que se habían incumplido, por el arrendador, las previsiones y exigencias del artículo 83 de la LAU, lo procedente era ejercitar la acción derivada de dicho precepto, cosa que no sólo no se hizo, sino que abandonó el local, con la devolución de las llaves y la posesión que es el elemento esencial del arrendamiento y base imprescindible para ejercitarse los derechos dimanantes de tal carácter de arrendatario.* (S. 15 junio 1973; no ha lugar.)

18. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR DERRIBO PARA REEDIFICAR EL INMUEBLE: DERECHO DE RETORNO: PLAZO PARA EL DESALOJO: *El párrafo 2 del artículo 78 de la LAU no es que establezca un plazo de caducidad dentro del cual el arrendatario ha de ejercitarse el derecho de retorno, sino que impone al arrendador un plazo mínimo de preaviso al arrendatario en garantía de éste, pero tal plazo mínimo no hay inconveniente en que pueda ser ampliado por el arrendador en forma expresa o tácita. Es lógica y equitativa la interpretación del Tribunal "a quo" al entender que, al no fijarse plazo de desalojo en el escrito de notificación de la autorización administrativa de derribo y sí fijarse en dicha notificación la fecha en que se proponía empezar la demolición, el arrendador extendía hasta la misma el plazo que concedía para el desalojo y habiendo desalojado el inquilino antes de empezar las obras, ningún perjuicio ha ocasionado a la propiedad.* (S. 5 octubre 1973; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN ARRENDATARIA POR DERRIBO PARA REEDIFICAR: INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDADOR DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR LA DEMOLICIÓN

DENTRO DEL PLAZO DE DOS MESES: *Si el propietario del inmueble no cumplió con el compromiso contraído de iniciar la demolición del inmueble dentro de los dos meses a partir de la desocupación de la finca por los arrendatarios, quedó caducado el plazo para emprender las obras de demolición, y el incumplimiento, por el arrendador, lleva consigo la subsistencia o plena vigencia del arrendamiento, tan sólo en suspenso; el arrendatario puede hacer efectivo tal derecho dentro del plazo de prescripción de quince años de las acciones personales sin que sea aplicable, al caso, el plazo de dos meses señalados en el artículo 80 LAU para el derecho de retorno, ya que no concurre, para la estimación analógica la equivalencia de supuestos entre el caso enjuiciado y el previsto en el indicado artículo, no cabiendo acudir a la analogía cuando, no teniendo el caso solución expresa en la Ley especial, queda resuelto por remisión implícita al Derecho común.* (S. 26 junio 1973; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR CESACIÓN DE ACTIVIDADES: CONVERSIÓN EN ALMACÉN: *Si el arrendatario cesa en su actividad negocial y el local sirve sólo de almacén y depósito de trastos, patatas, carbón y otros elementos, forzoso es concluir que tal utilización no se realiza en función o como auxiliar de una actividad negocial, por haber cesado en ella el arrendatario, con lo cual no es que haya variado el destino, sino que tal destino ha desaparecido.* (S. 27 septiembre 1973; ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: ABANDONO DEL LOCAL POR UNO DE LOS COARRENDATARIOS: *Si la voluntad contractual fue reputar conjuntamente como arrendatarios a una madre y un hijo que vinieron ocupando el local, la primera, con su taller de modista, y el segundo, como oficina profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, y si éste último abandonó el local cuya total utilización en su industria de modista continúa la madre, ello supone una mutación subjetiva en el goce del local arrendado al sustituirse su disfrute conjunto por el uno de ellos, lo que es equivalente a una cesión o traspaso inconsentido, causa de resolución.* (S. 11 abril 1973; no ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: MODIFICACIONES DE SOCIEDAD PERSONALISTA: *Tiene declarada la jurisprudencia de la Sala I que en las sociedades de naturaleza personalista el arrendamiento se realiza generalmente en consideración a las personas que la integran, mucho más acusada la razón en casos, como el de autos, en que la propietaria del local y arrendadora era la esposa de uno de los socios y al acordar el socio sobreviviente la continuación del negocio por su cuenta con disolución de la sociedad arrendataria del local, en ejercicio del derecho de opción que le otorgaba la escritura fundacional, se ha producido una alteración del sujeto arrendatario por sustitución de la sociedad arrendataria por el arrendatario demandado que constituye la causa de resolución por traspaso ilegal.* (S. 10 marzo 1973; ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO ILEGAL REALIZADO POR UNO DE LOS COARRENDATARIOS: AFECTA AL OTRO ARRENDATARIO: *Tratándose de un contrato de arriendo, con un arrendador y dos arrentarios, sin cláusula*

de solidaridad, si uno de los arrendatarios transmite su derecho sin observar los trámites legales y ello provoca la resolución del arriendo, tal resolución ha de alcanzar al otro arrendatario que no se opone a la transmisión ilícita. (S. 31 marzo 1973; ha lugar.)

24. ACUMULACIÓN ALTERNATIVA DE CAUSAS RESOLUTORIAS: RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CESIÓN O SUBARRIENDO: Constante y reiterada jurisprudencia de la Sala I viene declarando que, por la dificultad de determinar el concepto jurídico en que el extraño al contrato ocupa, en todo o parte, el local, dado el interés en ocultarlo por los interesados para evitar el desahucio, es suficiente la intromisión de un tercero en la cosa arrendada para que la causa de resolución se produzca, sea por cesión, subarriendo o traspaso y como aparece probado que la sociedad extraña al arriendo señaló como domicilio social en el Registro Mercantil el local de autos y se estableció en él, es evidente que, cualquiera que sea el título o motivo en que lo verificara, ha dado lugar a la acción entablada.

CAUSA RESOLUTORIA CESADA: No es obstáculo a la resolución el que el tercero introducido en la cosa arrendada haya cambiado luego su domicilio, puesto que la causa de resolución ya se había producido. (S. 9 junio 1973; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CAMBIO SUBJETIVO EN UNA SOCIEDAD COLECTIVA: Es doctrina de la Sala I, mostrada en reiteradísimas resoluciones, la de que, dadas las características de toda sociedad regular colectiva, a la que no se ha dudado en catalogar como personalista, toda modificación subjetiva, esto es, de sus componentes, por la separación de algunos de ellos, afecta a la esencia y naturaleza de la propia entidad, por lo que si un contrato de arriendo se celebró cuando la sociedad —arrendataria— estaba compuesta por cuatro socios, al quedar reducidos a dos por la separación de los otros dos componentes, determinando, incluso, el cambio de la razón social, no puede desconocerse la existencia de una variación en el contrato al mutarse la persona jurídica titular del arriendo, cambio de personas determinantes de la resolución del contrato. (S. 8 junio 1973; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CESIÓN DE SU DERECHO REALIZADO POR EL SUBARRENDATARIO CON ANUENCIA DEL SUBARRENDADOR, PERO SIN EL DEL ARRENDADOR: Si el arrendatario de un local, con consentimiento del arrendador, subarrienda el mismo y ulteriormente el subarrendatario cede el local a un tercero, con anuencia del subarrendador, pero sin consentimiento del propietario, éste tiene derecho a resolver el arriendo, sin que sea aplicable a tal supuesto la norma del art. 114, causa 4.^a, de la LAU, en cuanto condiciona el ejercicio de la acción al cumplimiento de determinado requerimiento al subarrendador y subsiguiente pasividad de éste durante el plazo de dos meses.

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO EL RECURSO: No cabe atacar la interpretación de un contrato sin denunciar la infracción de los preceptos que rigen

dicha materia —arts. 1.281 a 1.289 C. c.—, ni cabe impugnar las declaraciones de hecho sin acudir al cauce de la causa 4.^a del art. 114 LAU.

CUESTIONES NUEVAS EN INJUSTICIA NOTORIA: *Los fundamentos nuevos son ineficaces en el recurso de injusticia notoria.* (S. 15 junio 1973; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR CESIÓN. REDUCCIÓN DEL NÚMERO DE COARRENDATARIOS: *Constante doctrina jurisprudencial proclama que, establecida la relación arrendaticia con una pluralidad de arrendatarios, la separación de alguno o algunos de ellos, continuando los demás en la ocupación del local, implica un cambio o modificación subjetiva en la persona del arrendatario, determinante de la resolución del arriendo por la causa 5.^a del art. 114 LAU.*

SUCESIÓN ARRENDATICIA “MORTIS CAUSA” EN EL ARRIENDO DE UN LOCAL DE NEGOCIO: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Según reiteradas sentencias, el art. 60 de la LAU ha de interpretarse restrictivamente de modo que comprenda sólo al heredero y no al legatario de cosa cierta y determinada —aunque ésta sea el negocio instalado en el local.* (S. de 25 mayo 1973; no ha lugar.)

RESOLUCIÓN POR CESIÓN ARRENDATICIA: PRUEBA: *La declaración, autorizada por la firma del arrendatario, en la que éste asegura que ha cesado en el trabajo por cuenta propia, en determinada fecha y que al frente del negocio continúa otra persona —el supuesto cessionario— y que, por tanto, ha extinguido el negocio en la fecha en cuestión, supone una prueba de la cesión y al no haber tenido en cuenta el Tribunal “a quo” el documento en que se recoge tal declaración, procede estimar el error de hecho en que ha incidido el indicado Tribunal* (S. 2 octubre 1973; no ha lugar).

29. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: INDETERMINACIÓN DEL TÍTULO DE INTRODUCCIÓN DEL TERCERO: *Es doctrina reiterada de la Sala I que la introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia, utilizando el local en beneficio propio y como sede de sus actividades industriales o mercantiles, sin consentimiento del arrendador, es causa de resolución del contrato, llámeselo al hecho determinante cesión, subarriendo o traspaso, sin necesidad de calificar exactamente la figura jurídica correspondiente.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR CESIÓN: “DIES A QUO”: PLAZO: *El artículo 1.969 C. c. se inspira en el principio de que, para el término de la prescripción de las acciones debe computarse el tiempo en que pudieron ejercitarse, y cómo la prescripción de la acción resolutoria de una relación arrendaticia no puede tener lugar ante una situación que viene ocultada por los interesados en ella, hasta tanto sea exteriorizada y declarado por el Tribunal “a quo” que el arrendador pudo, a lo sumo, haber tenido asomo de lo ocurrido a partir de cierta publicidad en las guías telefónicas, sólo la pasividad del arrendador a partir de tal momento se manifestaría como dejación del actor y punto de arranque del plazo de prescripción que es, para estos efectos, el de quince años.* (S. 1 junio 1973; no ha lugar.)

NOTA: Aunque la decisión es acertada, la fundamentación contenida en el primero de los párrafos anteriores es incorrecta; en efecto, la introducción de un tercero en un local de negocio, si se realiza a título de traspaso, aunque se verifique sin consentimiento del arrendador, no será siempre causa de resolución; antes, al contrario, si el arrendatario cumple con los requisitos legales establecidos en la LAU, el traspaso será válido por mucho que se oponga el arrendador. Sería deseable un mayor cuidado en la formulación de esas afirmaciones generales que pueden tener un efecto desorientador cuando no se realizan con la más exquisita precisión y que, al contener matices erróneos contribuyen a incrementar el ya confuso panorama de la doctrina arrendaticia. En cuanto a la doctrina sobre el "dies a quo" de la prescripción de la acción resolutoria es correcta, ya que, en efecto, sólo a partir del día en que el arrendador pudo conocer algún hecho indicativo de haberse operado una causa resolutoria se puede contar el plazo de prescripción; lo que no es admisible, *de lege ferenda*, es que las acciones resolutorias de contrato —sean de la clase que fueren y más con referencia a contratos de trato prolongado— tengan semejante desmesurado plazo de duración, ya que las exigencias de la seguridad jurídica debieran imponer plazos mucho más cortos, a lo sumo de cinco años.

(J. P. R.)

30. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: COMUNIDAD DE COPROPETARIOS: *Si la sentencia recurrida confirmando en un todo la dictada en primer grado, que analizó y ponderó con toda justicia la prueba practicada en la instancia, llegó a la conclusión de que no existió oposición de parte de los demás comuneros, a la realización de las obras llevadas a cabo por el arrendatario, con la completa conformidad de quien ahora pretende impugnarlas basándose en la falta de aquiescencia, que él fue quien se preocupó de conseguir, y si tales afirmaciones no se han desvirtuado en el recurso, éste debe ser desestimado.*

INJUSTICIA NOTORIA; FORMALISMO; EXIGENCIA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN EN LA EXPRESIÓN DE CONCEPTOS DE INFRACCIÓN: *La exigencia de claridad y precisión en la redacción de los escritos de formalización es incompatible con el alegato conjunto, alternativo, subsidiario o derivado respecto de un mismo precepto legal que se dice infringido, de dos o más conceptos de infracción d los señalados en el núm. 1 del artículo 1.692 de la LEC, al denunciarse la "infracción por interpretación errónea que provoca y determina su inaplicación".*
(S. 25 octubre 1973; no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: OBRAS DE ADAPTACIÓN: DESTINO DEL LOCAL: *Si el Tribunal de instancia llega a la conclusión, no sólo por la vía interpretativa del contrato, sino por la valoración conjunta de los medios probatorios, de que la sociedad demandada concertó el arriendo el 1 de agosto 1954 para trasladar al nuevo local el almacén que anteriormente tenía instalado en otro, con la finalidad de continuar en él, la actividad que desde hacía tiempo venía desarrollando, haciéndose constar, como destino del local, el de depósito de sus propios productos —aceites, jabones y derivados— el verdadero destino no era el estático de depósito simple, sino el más dinámico y funcional de almacén, con la significación mercantil del vocablo y si las obras en el local se hicieron en 1954 y como máximo a principios del siguiente, resultando de la esencia de las mismas que son obras de adaptación o acon-*

dicionamiento para servir a la finalidad arrendaticia, y es indudable que la interpretación contractual efectuada por la Sala de instancia, en lo que se refiere a la determinación del destino de lo arrendado, no se impugna en forma adecuada, ha de aceptarse la interpretación del órgano "a quo" al no ser absurda ni ilógica; en cuanto a las obras, dado el contenido de las mismas y la fecha de su realización, son de las que, según reiterada jurisprudencia, se estiman implícitamente autorizadas por la finalidad de adaptación al destino. (S. 30 noviembre 1973; no ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ELIMINACIÓN DE UN ELEMENTO MÓVIL: No es causa de resolución por cambio de configuración el hecho de que el arrendatario haya eliminado un marco en el que se sujetaba, a modo de media puerta, un armazón de madera y cristal con una taquilla o ventanilla, de naturaleza móvil, que ya antes podía abrirse y dejar expedito el paso entre la tienda y la trastienda. (S. 29 marzo 1973; no ha lugar.)

33. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DE OBRAS DADA POR EL ADMINISTRADOR DE LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA; INTERPRETACIÓN: Concedida por el administrador de la usufructuaria arrendadora autorización al arrendatario para "realizar las obras que crea conveniente para la instalación de una farmacia y mejor acondicionamiento de vivienda" y realizadas por el arrendatario obras consistentes "en la construcción de tabiques que transformaron lo que antes era una sola dependencia en tres, cambio de dimensión del hueco en puerta de entrada, construcción de un escaparate, cambio de las dos puertas de acceso a la casa, sustitución de dos rejas, colocando una celosía en su lugar de una, con desplazamiento de un hueco, y una persiana enrollable en el otro" es indudable que al no aparecer la finalidad de cada una de dichas obras en orden a aquella adaptación que las justificase, hay que estimar que dichas obras exceden de las necesarias e imprescindibles para el desenvolvimiento en el local y vivienda adquirido por traspaso, del nuevo destino al que se le asignaba, pues si a ello pudiera ir encaminada la construcción de los tabiques, todas las demás no pueden ampararse en lo que doctrinal y jurisprudencialmente vienen calificándose de obras de adaptación, y como todas modifican la configuración del local y no aparece fueran expresa o tácitamente consentidas por quien tuviere facultad para ello, pues aun reconociéndosela a la usufructuaria en su calidad de arrendadora la autorización indicada, que aparece en el recibo del pago de rentas no fue dada por la usufructuaria, sino por el administrador sin el refrendo de la misma y sin que por tanto puedan entenderse referidas a obras que no fueran de mera adaptación, hay que entender procedente la resolución del arriendo. (S. 23 abril 1973; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia con mejor criterio, a mi juicio, que las dos posteriores de la Audiencia Territorial y del Tribunal Supremo desestimo la demanda. De todos modos la sentencia del Tribunal Supremo constituye un nuevo aviso para los arrendatarios, a los que no conviene mover un ladrillo de la cosa arrendada en tanto no cuenten con la autorización del arrendador—ya que el T. S. viene atribuyendo escasa o nula eficacia a las de los administradores—, y con una autorización que de modo concreto cubra todas o cada una de las obras a realizar con los más mínimos

detalles ya que cualquier supuesto de duda será resuelto en favor del arrendador, como una reiteradísima casuística jurisprudencial viene demostrando.

(J. P. R.)

34. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: EXCLUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL: ACTOS PROPIOS: *La declaración de la sentencia recurrida de que la finca litigiosa, por su situación y valor en venta, debe excluirse de la legislación de arrendamientos rústicos, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.º, apartado C, de la Ley de 1935 (párrafo 2.º, núm. 3.º, art. 2.º D. de 1959), no queda sin efecto por el hecho de que el arrendador hubiese transformado con anterioridad, de acuerdo con el arrendatario, la renta pactada en metálico, en otra pactada en Qm. de trigo, ni tampoco porque hubiese renunciado con anterioridad a la facultad de enervar el derecho de acceso a la propiedad, por no representar tal forma de proceder expresión alguna de voluntad contraria a la acción que se ejercita, requisito indispensable para que pudiera aplicarse la doctrina de los actos propios, que en este caso no cabe alegar, pues las posibles fluctuaciones convencionales de la merced arrendaticia no alteran la naturaleza jurídica asignada por las normas legales a los predios rústicos o urbanos, y, por otra parte, el indicado apotegma carece de prevalencia frente al interés público y a las razones de justicia social que aconsejan no estabilizar estos contratos en perjuicio de la economía de todo el país.*

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: MULTIPLICIDAD DE PARCELAS: *La existencia de multiplicidad de parcelas comprendidas en el contrato unitario no significa su desmembración en tantas locaciones como fincas hayan sido objeto del mismo, puesto que, de otra forma, se operaría una novación por cambio de objeto en contra de la voluntad de los interesados.* (S. 16 noviembre 1972; no ha lugar.)

III. DERECHO MERCANTIL.

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: NULIDAD: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *La declaración de nulidad de un acuerdo de la Junta, no faculta al Tribunal para dar como válido el que estime hubiera debido ser el acordado por la Junta, o alterar o modificar aquel otro, toda vez que ni tiene facultad ni es hábil para ello este especial procedimiento, únicamente establecido para impugnar acuerdos sociales, teniendo, si el acuerdo es declarado nulo, que ser sometido nuevamente a la deliberación de la Junta General, a la que únicamente corresponde decidir sobre el mismo".* (S. 27 diciembre 1973; ha lugar.)

2. MODELO DE UTILIDAD: NOVEDAD: *"El motivo en que se denuncia al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicación indebida del artículo 49 de la Ley de Propiedad Industrial, ha de ser desestimado por cuanto incide en el error de estimar que el Tribunal a quo apoya su fallo en la aplicación de tal artículo, cuando realmente lo hace en el ciento ochenta de dicho cuerpo legal, ello con independencia de que el*

cuarenta y nueve, según el mismo dispone y tiene declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala es de aplicación general en cuanto define lo que es nuevo a los efectos del Estatuto". (S. 21 octubre 1972; no ha lugar.)

3. PATENTE DE INVENCIÓN: NOVEDAD: *No puede prevalerse el actor recurrente del conocimiento que, confiesa en el juicio, tuvo por las explicaciones que le facilitó el propio inventor, para la explotación del aparato ya patentado, y que merece la protección del Registro en toda su descripción y extensión, puesto que tal exhibición, durante un breve tiempo... debe considerarse como prueba o ensayo de su realización práctica, y perece el motivo que, de admitirse, sancionaría un ataque a la buena fe y recto criterio con que deben desarrollarse las relaciones mercantiles.* (S. 9 diciembre 1972; no ha lugar.)

Impugnada la patente que protege un procedimiento para la práctica de la plasmaféresis, procedimiento que había sido descrito en otra patente anterior concedida al mismo titular sobre un "aparato para verificar la plasmaféresis", y desestimada la demanda por la Audiencia, la parte actora recurrió en casación con fundamento en la supuesta infracción, por aplicación indebida, del artículo 50 del Estatuto de la Propiedad Industrial y, consiguientemente, infracción, por violación, del artículo 115, apartado primero de aquel texto legal.

4. LETRA DE CAMBIO: RENOVACIÓN: GASTOS: *En un arrendamiento de obra, no obstante estimar el Tribunal el incumplimiento de la parte actora, contratista, que no ha cumplido con las obligaciones derivadas de la contrata, condena a los recurrentes al pago de los gastos de renovación de las letras de cambio que suscribieron y sustituyeron por otras para demorar el abono de las cantidades que debían satisfacer; ello no en concepto de mora ni de intereses, sino "porque la renovación de las cambiales se produjo en beneficio exclusivo de las recurrentes para aplazar el pago de las cantidades que se adeudaban, desde antes de nacer el incumplimiento de su contraparte algunas de ellas".* (S. 6 noviembre 1973; no ha lugar.)

5. LETRA DE CAMBIO: ACCIÓN DE REGRESO: DESCUENTO: *No se enerva la acción de regreso cambiario por el hecho de que el descuento se hiciera ingresando el activo representado por las cuatro letras de cambio, en una cuenta corriente del demandado; ya que dicha cuenta corriente no era de las contratadas a plazo fijo, sino a la vista; por lo cual no puede prosperar el recurso por violación del artículo 1.196 del Código civil relativo a la compensación.* (S. 23 diciembre 1972; no ha lugar.)

CONTRATO DE SEGURO MERCANTIL: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *Según el artículo 385 del Código de Comercio, el contrato de seguro, naturalmente el mercantil, se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento..., por la que en todo contrato de esta índole la póliza es la norma fundamental para regular las relaciones entre las partes y que es lícito a aquéllas el poder alterar los términos fijados en la Ley para el ejercicio de las acciones que, en virtud de lo pactado competan a los contratantes y en con-*

secuencia no puede dudarse que los efectos de estas normas no se limitan, como se pretende en la sentencia recurrida, a la usucapión, sino que se refiere igualmente a la prescripción extintiva del ejercicio de toda clase de acciones derivadas del contrato mercantil de seguros". (S. 20 octubre de 1973; ha lugar.)

6. **QIEBRA: RETROACCIÓN: DEUDA GARANTIZADA CON HIPOTECA:** *En la quiebra de una sociedad mercantil frente a la pretensión del recurrente de que no es posible aplicar con absoluto rigorismo y sin discriminación alguna la pretensión de nulidad del artículo 878 a los diferentes negocios jurídicos contenidos en la escritura de hipoteca convencional cuya nulidad se cuestiona, el Tribunal sentencia que "aparte de que el reconocimiento de crédito contenido en la escritura es posterior a la fecha fijada como iniciación del período de retroacción de la quiebra, lo que hace aplicable el párrafo 2º del mencionado artículo 878 y doctrina jurisprudencial que lo desenvuelve (SS. 7 marzo 1931 y 29 octubre 1962), lo cierto es que, esta clase de negocios jurídicos garantizados con hipoteca, constituyen un acto preparatorio encaminado a la satisfacción de una deuda, que como tal encaja en la esfera del ius disponendi, que al llevarse a efecto dentro del plazo de retroacción no puede realizar el quebrado por hallarse incurso en la prohibición de dicho precepto (SS. 2 diciembre 1890 y 22 febrero 1963)". (S. 20 febrero 1974; no ha lugar.)*

IV. DERECHO PROCESAL.

1. **CUESTIONES IMPROPias DE UNA PRETENSIÓN JURÍDICA ANTE ÓRGANO JURISDICCIONAL:** *Pedido en la demanda que se declare: a) que el arrendamiento tiene la calificación de arriendo de local de negocio o alternativamente la de vivienda con pequeña industria doméstica de hospedaje; b) que el objeto del contrato es una determinada planta del inmueble; c) que a efectos del derecho de retorno la demanda goza sólo del derecho a la ocupación de una sola planta con el destino de la antigua cosa arrendada; d) el espacio que ha de tomarse en cuenta a efectos del derecho de retorno, y e) que el arrendador tiene derecho a asignar al demandado, a efectos del retorno, local o vivienda en planta distinta de la que actualmente ocupa, hay que afirmar que el simple enunciado de tales cuestiones pone de manifiesto su vaguedad e imprecisión, tendentes a obtener declaraciones meramente teóricas, que las hace impropias de una verdadera pretensión jurídica ante un órgano jurisdiccional.*

CUESTIONES COMPLEJAS Y EXTRAÑAS A LA LAU: *La complejidad de las cuestiones a que se refiere el párrafo anterior excede al marco específico del procedimiento especial establecido en la LAU.*

ESTIMACIÓN DE OFICIO DE LA INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: "REFORMATIO IN PEIUS": *El órgano de apelación, aun entendiendo inadecuado el procedimiento, confirmó, en cuanto al fondo, la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el aquietamiento de la parte recurrida, pues lo contrario hubiese supuesto una "reformatio in peius", siendo así que el carácter de*

orden público que el problema implica hubiese permitido una solución procesal distinta. (S. 23 octubre 1973; ha lugar.)

La sentencia absuelve en la instancia a la parte demandada, tras declarar la inadecuación de procedimiento, e impone las costas de la primera instancia a la parte actora, por ser preceptivas.

NOTA: No se ve por parte alguna que las cuestiones suscitadas sean vagas e imprecisas; pudiera aducirse que, dadas las circunstancias del caso, había falta de interés en el ejercicio de una acción declarativa de tal contenido, pero la falta de interés no puede confundirse con la imprecisión de uno o varios pedimentos. Respecto a la improcedencia de apreciar el efecto obstativo de la "reformatio in peius" cuando se trata de cuestiones de procedimiento, una vez más hay que afirmar la falta de base legal y la inadecuación, aun de *lege ferenda*, de una doctrina que de tal manera desorbita el formalismo del procedimiento, olvidando su aspecto secundario respecto al Derecho material, que haría aconsejable que, en ulterior reforma de nuestro proceso, se ampliase el poder de disposición de las partes sobre el mismo.

(J. P. R.)

2. **COSA JUZGADA: CONCEPTO DE IDENTIDAD:** *El artículo 1.252 del C. c. se refiere a la identidad absoluta, por lo cual, existiendo un documento que por su fecha no pudo producir efecto en el pleito anterior, y si éste, entre ambos litigios existe semejanza, pero no la más perfecta identidad.* (S. 5 octubre 1972; no ha lugar.)

3. **BASTANTEO DE PROCURADOR EN LOS PROCESOS ARRENDATICIOS URBANOS SEGUIDOS POR EL TRAMITE DE LOS "INCIDENTES": NECESIDAD: EFECTOS DE LA FALTA DE BASTANTEO:** *Si bien el requisito de bastanteo no será preciso en los procedimientos de cognición, porque en los mismos se excluye la comparecencia obligada por medio de procurador, sí será preciso el bastanteo en los procesos de que conozcan los Jueces de 1.º Instancia en los que es obligada la intervención de abogado y procurador—dada la remisión del artículo 126 LAU a los 4 y 10 de la LEC—, por lo cual al haberse omitido el bastanteo en el poder del procurador de la parte actora se quebrantó, en el juicio, una formalidad y vulneró una norma de orden público y de Derecho necesario por lo que hay que tener por nulas todas las actuaciones a partir de la demanda, según declara con reiteración la doctrina del T. S. en diversas sentencias.* (S. 8 octubre 1973; ha lugar.)

NOTA: La lectura de esta sentencia pone de manifiesto uno de los innumerables absurdos que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa Ley a la que la pereza de algunos de los llamados a aplicarla, y el temor de los mismos a tener que afrontar la problemática de una nueva Ley Procesal, les hace encontrar en ella recónditas virtudes, pero que constituye, hace cerca de una centuria, el tormento de miles de litigantes. La exigencia del bastanteo del que dice Guasp en sus "Comentarios a la LEC"—art. 3.º—, que la conveniencia de mantenerlo suscita graves dudas, dada su eficacia práctica y la posibilidad de obtener, por otros medios, el mismo fin que la ley se propone, constituye uno de los muchos absurdos de la Ley Procesal básica. Pero con ser grave la exigencia de este requisito, más grave aún resulta el rigor con que el T. S. aplica la norma, llegando, por la simple omisión del bastanteo, a anular todas las actuaciones practicadas a partir de la demanda, es decir, a esterilizar el tiempo y dinero gastado por las partes a lo largo de varios años, por la omisión de un simple requisito formal. Cuando la propia LAU, en su artículo 136,

causa 2.^a, sólo autoriza la viabilidad del recurso de injusticia notoria por el quebrantamiento de formalidades *esenciales* del juicio que hubieren producido *indefensión*, resulta inexplicable que, en aras de un supuesto principio de defensa a ultranza de normas de orden público y de derecho necesario se anule todo un proceso seguido en sus dos instancias y un recurso extraordinario, por la falta de un requisito que ninguna indefensión produjo a las partes, ni ninguna quebra introdujo en la igualdad de posiciones de las mismas; si el poder hubiese sido realmente defectuoso por no ser realmente *bastante* para atribuir al procurador la representación de la parte, hubiera sido perfectamente comprensible la nulidad, pero ésta resulta difícilmente admisible por la mera falta del bastanteo. A la vista de tales normas y tales interpretaciones no es extraño el progresivo desvío de los particulares respecto al proceso civil y la tendencia a composiciones privadas de las contiendas con todos sus graves inconvenientes.

(J. P. R.)

4. PROCEDIMIENTO APPLICABLE: CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO DE LAS NORMAS PROCESALES: CONFORMIDAD DE LAS PARTES: *La jurisprudencia tiene declarado; que las normas de carácter procesal que hacen referencia a la adecuación del procedimiento tienen un marcado matiz de orden público y no pueden ser sustituidas ni modificadas por voluntad expresa o tácita de las partes; que el que en la segunda instancia no reprodujera el demandado la excepción de inadecuación de procedimiento no libera al Tribunal de segunda instancia de examinar el problema dando como justificación el aquietamiento de las partes y el T. S. tiene la obligación de examinar de oficio el problema; que si el procedimiento legalmente aplicable es el de la LAU, hay que reconocer que al seguirse el trámite de mayor cuantía se ha apartado del señalado específicamente por la legislación reguladora de los derechos controvertidos, con trascendencia en el orden del interés procesal, ya que, aun partiendo de que la jurisdicción y competencia no varían, se altera la esencial del procedimiento con cauce diferente y como las cuestiones de procedimiento se han de subsanar, no sólo a instancia de parte, sino de oficio, tan pronto como se note la falta, procede casar y anular la sentencia dejándola sin efecto, sin que quede objetar alegando la conformidad de las partes y el hecho de haberse elegido un juicio de mayor cuantía que tiene plenitud de actuaciones por su naturaleza, pero cuya elección ha sido en contra de la Ley.* (S. 5 octubre 1973; ha lugar.)

NOTA: Lo que se dice al comentar la Sentencia 9 octubre 1973 sobre los efectos de la omisión del bastanteo, puede darse por reproducido, en la parte bastante, con relación a esta sentencia. Recusable es, desde luego, un sistema procesal que a los innumerables moldes procesales de la LEC acumula las no menos abundosas variedades procesales que proliferan en las leyes especiales, haciendo en muchos casos dudosísima la determinación de cuál es el procedimiento realmente aplicable, pero más perturbador es aún el rigorismo de los recursos extraordinarios —en este caso el de casación— en cuanto a la aplicación de las formalidades procesales, en una doctrina jurisprudencial que llega a anular un proceso seguido con el cauce de las máximas garantías y en el que, por lo tanto, no se había producido ningún quebrantamiento de formas causante de indefensión.

(J. P. R.)

5. DAÑOS PRODUCIDOS POR USO DE VEHICULO DE MOTOR: COMPETENCIA: *Se aplica la regla "forum commissi delicti", aunque se trate de la acción dimanante del título ejecutivo expedido en virtud de lo previsto en los artículos 10 y 15 del T. R. de 1968.* (S. 21 noviembre 1972; cuestión de competencia.)

6. QUIEBRA: AUTO DE DECLARACIÓN: COMPETENCIA: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: “... es de tener en cuenta que si contra el auto de declaración de quiebra no cabe recurso de casación, ni de infracción de ley o de doctrina (S. 10 noviembre 1966 y las resoluciones que en ellas se citan) ni de quebrantamiento de forma, por no tener el carácter de definitivo (artículos 1.689; 1.^º; 1.690, 1.^º y 1.752, 1.^º, de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil), tampoco pueden cabrer tales recursos contra las resoluciones que, decidiendo la declinatoria, estimen competente a un Juzgado determinado para hacer aquella declaración”. (S. 4 mayo 1974; no ha lugar.)

7. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL CONTRA VARIOS DEMANDADOS: *La acción ejecutada es de carácter personal y va dirigida contra dos demandados que residen en lugares diferentes. La regla 1.^a, apartado último, del artículo 62 LEC, defiere la competencia a la del domicilio de cualquiera de los demandados a elección del demandante.*

JUEZ ESPECIAL: *La designación de Juzgado especial con jurisdicción en todo el territorio nacional para conocer de todos los procedimientos que se tramiten contra la “Caja de C. P. C.”, implica evidentemente la alteración de cualquier norma que pudiera oponerse a la pretensión procesal formulada ante dicho Juez.* (S. 27 septiembre 1974; cuestión de competencia.)

8. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: NECESIDAD DE OÍR AL MINISTERIO FISCAL: *Es inexcusable el paso de los autos al M. F. cuando la parte interesada en la competencia muestra su oposición al requerimiento de inhibición.* (S. 25 septiembre 1974.)

9. RECURSO DE NULIDAD: LAUDO DICTADO FUERA DE PLAZO: *Si los árbitros proponen la práctica de pruebas, lo ha de ser en el propio plazo que, para su proposición y práctica, señalaron, al tiempo de su recibimiento, para que lo hicieran las partes, por lo que no es posible equiparar aquella posible iniciativa con la facultad que para mejor proveer se concede por la LEC a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin que, por lo tanto, y en ningún caso, puedan arrogarse facultades que la Ley no les concede, y bajo su dictado, acordar la suspensión y prórroga de aquel plazo o término que aceptaron.* (S. 23 septiembre 1974; ha lugar.)

10. RECURSO DE NULIDAD: CESE EN EL CARGO POR EL QUE SE DESIGNÓ ÁRBITRO: *Basado el recurso en que se había designado árbitro al decano del Ilustrísimo Colegio de Abogados de S. y había perdido la potestad arbitral en la fecha en que fue emitido el laudo, por haber cesado con anterioridad en dicho cargo, motivo de impugnación no comprendido en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, en relación con el 1.691, núm. 3.^º, LEC.* (S. 12 junio 1974; no ha lugar.)

11. CASACIÓN: TACHAS DE TESTIGOS: *Las tachas no impiden que el testimonio sea tenido en cuenta y valorado por el juzgador si adquiere el racional*

convencimiento de que el testigo tachado se ha producido verazmente; la prueba testifical, aun tachados los testigos, es de discrecional apreciación del Tribunal sentenciador, sin que, por ello, sea susceptible de casación.

PRESUNCIÓN: *La presunción es un medio de prueba cuya estimación corresponde al Tribunal sentenciador, sin que quepa, por mera y distinta apreciación acerca de la relación existente entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, la casación de la sentencia. (S. 17 mayo 1974; no ha lugar.)*

12. CASACIÓN: ADMISIÓN: CARÁCTER DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA: *No tiene el carácter de definitiva, a los efectos de lo previsto en los artículos 1.689 y 1.690 LEC, las resoluciones que declaran el estado de quiebra a un deudor y consecuentemente las que, resolviendo el incidente promovido al amparo de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 17 LSP, de 26-VII-1922, declaran la quiebra del deudor que faltare al cumplimiento del convenio al que se llegó en proceso de suspensión de pagos, del que no es sino su continuación o conversión. (S. 2 octubre 1974; no ha lugar a la admisión.)*

13. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Es requisito indispensable en esta clase de recursos extraordinarios que el recurrente precise cuál fue o cuáles fueron las probanzas que, debidamente propuestas, dejaron de practicarse y el precepto o preceptos de la Ley Procesal que pueden considerarse infringidos.*

DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER: *El Tribunal “a quo” no tiene por qué acceíder, pues su misión no es ni puede ser la de suplir las deficiencias probatorias de las partes.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *La infracción que se sanciona en el número 6º del artículo 1.693 LEC, es la incompetencia de jurisdicción estrictamente territorial.*

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA: *Habiéndose pedido, en el trámite correspondiente, alternativamente, la caducidad de la instancia o la admisión del recurso de apelación de la sentencia dictada en primer grado, y habiendo sido admitido el recurso con total y pleno acatamiento del apelante en cuyo concepto compareció y actuó hay abierta contradicción con lo que en este momento pone de manifiesto y con vulneración de la doctrina de los actos propios (S. 4 octubre 1974; no ha lugar.)*

La sentencia de primer grado se dictó en 1964 y se publicó en el “Boletín Oficial de la Provincia” en 1973, el apelado y condenado en rebeldía presentó al Juzgado escrito con dos peticiones alternativas, la caducidad de la instancia o que se le admita el recurso de apelación.

14. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RESOLUCIÓN RECURRIDA: *Las resoluciones con que terminen los expedientes seguidos con arreglo a lo establecido en*

la Disposición Común 15. del D. 18-junio-1959 no son susceptibles de ser recurridas en casación, a tenor de lo prevenido en el tít. XXI, Lb. II, LEC, puesto que ni recaen en los juicios a que alude el encabezamiento del artículo 1.690 de dicha Ley, o en los pleitos de carácter civil mencionados en el núm. 1 de dicho precepto, sino en un simple expediente de Tasas o Exacciones Parafiscales, como lo califica la indicada disposición 15, en armonía con el artículo 1.^º de la Ley 26-XII-1958, ni gozan del carácter de definitivas, que para ello exigen los 1.689 núm. 1, y 1.690, núm. 1, LEC, puesto que no ponen fin al proceso principal, ni hacen imposible su continuación. (S. 29 octubre 1974; no ha lugar.)

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: RESPECTO A LOS HECHOS FIJADOS POR EL ÓRGANO “A QUO” Y NO IMPUGNADOS DEBIDAMENTE: *Quien se aquietó con las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida sin impugnarlas debidamente no puede invocar con éxito normas jurídicas aplicables a un supuesto fáctico distinto del fijado por el órgano “a quo”. (S. 18 junio 1973; no ha lugar.)*

(J. P. R.)

**Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas
Extranjero, 1.150,— pesetas**
**Número suelto: España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas**