

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIII • Noviembre-Diciembre 1977 • Núm. 523

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria. La clasificación de las faltas», por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN	1225
«Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad», por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	1249
«Prolegómenos al régimen de horizontalidad en Derecho puertorriqueño», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1293

NOTAS:

«El razonamiento jurídico y el Derecho natural», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	1379
«El Registro Mercantil en el anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua», por IVÁN ESCOBAR FORNOS	1383

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEARO	1399
--	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1423
2. Jurisprudencia contencioso - administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ	1451
3. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1457

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1463
---	------

LIBROS:

«Gli organi delegati nella Spa», de ORESTE CAGNASSO, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1477
«Il Codice Civile della Repubblica Democratica Tedesca», de GIORGIO CRESPI REGHIZZI GABRIELE Y DE NOVA, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1480
«El Urbanismo, utopías y realidades», de FRANÇOISE CHOAY, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1484
«Madrid, ciudad con vocación de capital», de F. CHUECA GOITIA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1487
«Agonía y muerte del Municipio rural», de J. FARIÑA JAMARDO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1490
«La representanza del socio nell'assamblea», de SERAFINO GATTI, por JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ	1493
«Derecho Notarial», de CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1497
«Madrid, plazas y plazuelas», de D. DE MIGUEL, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1498
«La lesión y el nuevo artículo 954 del Código civil», de LUIS MOISSET DE ESPANES, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1502

ESTUDIOS

Notas al artículo 65 de la Ley Hipotecaria.

La clasificación de las faltas

INTRODUCCION

La distinción entre el carácter de subsanable o insubsanable de las faltas impeditivas de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad constituye una cuestión tradicionalmente espinosa en nuestro derecho hipotecario, hasta tal punto que los tratadistas y estudiosos de la materia suelen conceptuarla como de solución apriorística imposible.

En efecto, lo habitual en nuestros autores consiste en llevar a cabo una crítica de los preceptos legales, un examen, más o menos completo, de los diferentes aspectos de la calificación registral conforme al artículo 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y, generalmente, una renuncia sistemática a la conclusión de criterios generales diferenciadores.

Sin embargo, esta carencia de criterios suele provocar dudas constantes en la labor cotidiana del Registrador de la Propiedad, puesto que la eficacia de la distinción está absolutamente clara en la Ley. Mientras que la calificación de insubsanable de una falta determinada provoca la imposibilidad absoluta de acceso al Registro del título de que se trate, su tratamiento de subsanable permite dotar al título y al derecho que mediante el mismo se origina de un régimen de publicidad provisional, o bien a través del medio ordinario consistente en la anotación preventiva objeto de los artículos 42, 9.º, y 65, 2.º, de la Ley Hipotecaria, o bien del extraordinario de la inscripción caducable a que se refiere el artículo 98 del Reglamento.

Por otra parte, resulta extraño que el legislador de 1861, caracterizado por una gran profundidad técnica y un evidente ingenio en la construcción de un sistema hipotecario de publicidad positiva apoyado en un régimen civil de signo romano y espiritualista, introdujera una distinción tan aparentemente confusa. En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861, y con mayor razón la de 1909, publicada ya vigente el Código civil, pudo perfectamente calificar los diversos supuestos de ineficacia del título de acuerdo con la terminología clásica y prever sin más su posible complemento, convalidación, ratificación, confirmación, conversión o perfección. Sin embargo, la terminología hipotecaria se mantiene. Las faltas, no los vicios, son subsanables o insubsanables y con esta denominación se produce la ley vigente.

Siempre me llamó la atención que un tema tan trascendente fuera objeto de un tratamiento tan poco claro en la legislación, en la Jurisprudencia de la Dirección General y en la doctrina. Realmente es de los pocos supuestos en que el sistema hipotecario carece, aparentemente, de una respuesta lógica, hasta tal punto que la dificultad de parangonar los grados de ineficacia civil de los actos o negocios jurídicos y el carácter de subsanables o insubsanables de las faltas originadas constituye un quebradero de cabeza ya centenario para nuestros autores, e incluso para el legislador, que en la redacción vigente del texto hipotecario deja la cuestión sin respuesta clara.

Pues bien, estas breves notas intentan sentar un criterio práctico para la distinción, que será, seguro, discutible, pero que creo fundamentado tanto en función de los principios que rigen nuestro sistema como de los antecedentes legales de los textos vigentes y de los pronunciamientos de la Dirección.

El estudio comprende una exposición de los sistemas legales sucesivamente vigentes, una clasificación somera de las posturas doctrinales más características, sobre todo de los autores más recientes, y de las tendencias interpretativas de la Dirección y, por último, el desarrollo del criterio que se defiende.

I. SISTEMAS LEGALES

Se van a distinguir en este apartado los criterios sustentados por la Ley y el Reglamento Hipotecario en sus sucesivas redacciones, con un breve comentario a cada una de ellas.

A) LEY HIPOTECARIA DE 1861

Señalaba su artículo 65:

«Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida y faltas insubsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación.»

Redacción confirmada por la Ley de 1909, que en su artículo 19 parecía dar una nueva pista sobre la diferenciación entre unas y otras faltas:

«Cuando el Registrador notare falta en las formas extrínsecas o de capacidad en los otorgantes, lo manifestará a los que pretenden la inscripción, para que, si quieren, recojan el documento y subsanen la falta.»

En torno a estos dos preceptos se originaron las primeras discusiones doctrinales sobre la distinción entre faltas subsanables e insubsanables que ya desde el principio incidieron en el criterio de apoyarse en fórmulas civiles de diferenciación. En este sentido se mantuvieron, entre otras, dos grandes posturas:

a) Que tendrían el carácter de subsanables las faltas que afectasen al título en sentido formal, en su caracterización jurídica de documento, y de insubsanables las que afectasen al título en su consideración jurídica de origen de la mutación real, es decir, como acto o contrato.

El criterio parecía confirmado no sólo por la redacción del artículo 19 de la Ley de 1909, sino también por el Reglamento de 1870, pero fue abandonado muy pronto debido, de una parte, a la redacción que dio el Reglamento de 1915 a su artículo 118 y, de otra, al ataque frontal de la mayor parte de la doctrina.

b) La mayor parte de los autores entendieron que era preciso distinguir el grado de ineficacia que el vicio en el título originaba en el derecho, relación o, en definitiva, consecuencia jurídica que de aquél emanaba. La postura, si bien con argumentos netamente civiles, diferenciaba entre aquellos vicios que originasen la nulidad del derecho nacido del título y los que no produjesen tan drástico efecto, con independencia de que el vicio del título afectase a sus elementos formales, personales u objetivos. La postura, directamente apoyada en la redacción literal del artículo 65 de la Ley, fue defendida en momento inmediatamente anterior a la publicación de la Ley Hipotecaria de 1944-46 por POVEDA MURCIA, para el cual la distinción ha de efectuarse en función del carácter sustan-

cial o accidental del vicio que afectare al título. Es interesante que este autor, en relación a los vicios formales, insiste en el carácter netamente espiritualista de nuestro sistema civil y parte de la base de diferenciar la carencia de requisitos formales exigidos por la norma *ad solemnitaten* de los exigidos meramente *ad probationem*.

B) REGLAMENTO DE 1915

El Reglamento de 1915, cuyo criterio fue posteriormente ratificado por la Ley de 1944, introdujo una matización muy importante en la dicción legal entonces vigente. Decía su artículo 118:

«Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere el artículo 65 de la Ley, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.»

El precepto transcrito introduce en la discusión dos notas básicas:

a) La de que las faltas, tanto subsanables como insubsanables, pueden originarse en cualquiera de los campos que, conforme al principio de legalidad, constituyen el objeto de la competencia calificadora del Registrador de la Propiedad.

b) La insistencia del legislador (importantísima, a mi juicio) en que la calificación de la falta tiene como efecto típico la posibilidad o imposibilidad del Registrador de extender la anotación preventiva a que se refiere el artículo 65 de la Ley.

La modificación reglamentaria, dice ROCA, fue muy bien acogida por la doctrina y, según este autor, supone un avance notable en la técnica legal. Sin embargo, lo cierto es que no clarificó en absoluto la cuestión. Nos atreveríamos a decir que la confundió aún más, puesto que, como veremos luego, si bien abrió, aparentemente, las posibilidades del Registrador, oscureció notablemente la distinción entre el título objeto de inscripción y el derecho (obligación) objeto de publicidad, distinción intuida con toda claridad por el legislador de 1861.

El artículo 118 tuvo, no obstante, una virtud fundamental, puesto que constituyó un golpe de muerte para la teoría antes expuesta, que veía el origen de las faltas subsanables en la omisión de formalidades externas y el de las insubsanables en la ineficacia del título en sentido material.

Por otra parte, el precepto, cuya redacción ha recogido el actual artícu-

lo 65 de la Ley vigente, constituye el criterio legal sobre el que se apoyan las distintas posiciones doctrinales modernas que serán objeto de estudio más adelante.

C) SISTEMA LEGAL VIGENTE

Se encuentra recogido esencialmente en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria de 1944, si bien existen disposiciones fragmentarias referidas a supuestos concretos o definidores de principios que pueden arrojar luz sobre la cuestión.

a) *Doctrina general.*—Artículo 65 de la Ley:

«Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables.

Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá la anotación preventiva cuando la solicite el que presente el título.

En el caso de contener alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción, sin poderse hacer anotación preventiva.

Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.»

b) *Manifestaciones específicas de la distinción:*

1. Principio de tracto sucesivo. Artículos 20 de la Ley y 140 del Reglamento.

Artículo 20: «... En el caso de resultar inscrito el derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores *denegarán* la inscripción solicitada. Cuando no resulte inscrito a favor de persona alguna, harán anotación preventiva, que subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley.»

Artículo 103 del Reglamento Hipotecario: «No obstante lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán *suspender* en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causa-

habiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento y extenderá anotación por defecto subsanable.»

2. Principio de prioridad. Artículo 17 de la Ley.

«Inscrito o anotado (o presentado en el Diario) cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales... impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o *anotarse* ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible...»

3. Autorizaciones o requisitos administrativos. Artículo 98 del Reglamento Hipotecario.

«Cuando las leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualesquier otra intervención de una autoridad u... órgano administrativo, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador, si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva explícita de que transcurridos dos años será cancelado si no se hizo constar antes el repetido requisito.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.»

4. Notificación en el retracto arrendaticio. Artículo 55 T. R. de Arrendamientos Urbanos.

«Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas, deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones; la falta de justificación constituirá *defecto subsanable* con suspensión de la inscripción...»

Este conjunto de textos normativos constituye actualmente la base de interpretación para la distinción entre faltas subsanables e insubsanables, y ante él la doctrina ha adoptado criterios variados que se expondrán de forma sistemática.

II. CRITERIOS DOCTRINALES ACTUALES

Pueden clasificarse, a mi juicio, en tres grandes grupos:

A) POSICIONES EMPÍRICAS

a) ROCA SASTRE, que en un primer momento se adscribió al sistema clásico de interpretación del antiguo artículo 65, según que el vicio en el título provocara o no la nulidad de la obligación, concluye, a la vista de la redacción de la Ley vigente, en que no existe criterio específico y concreto que sirva de pauta para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables.

No obstante, ofrece una definición descriptiva que en cierto modo viene a identificarse con el criterio de GIMÉNEZ ARNÁU sobre subsistencia de la identidad del documento. En este sentido dice: Son faltas subsanables aquellos defectos de los que adolece un título, que sin constituir faltas reglamentarias, y siendo comprobables por el Registrador, provengan de la forma del mismo título o del acto que contiene o las origine el Registro, siempre que sin provocar la nulidad del referido acto, ni su intrascendencia real inmobiliaria, puedan subsanarse por medio de una nueva redacción documental, reforma u otra medida o formalidad, suspendiendo la práctica de la inscripción solicitada. Son faltas insubsanables las que en las mismas circunstancias no pueden subsanarse de ningún modo sin un nuevo otorgamiento sustancial, impidiendo en absoluto la práctica de la inscripción.

b) CHICO ORTIZ y BONILLA clasifican las faltas por razón de sus efectos, según supongan o no impedimento absoluto para la registración. Sin embargo, manifiestan como conclusión del capítulo que dedican a esta materia que ni en los textos legales, ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia de la Dirección se encuentran criterios claros que permitan la distinción conceptual entre faltas subsanables o insubsanables, por lo que el problema permanece en absoluta nebulosa.

c) GIMÉNEZ ARNÁU sigue un criterio parecido de libertad del Registrador en la adopción de la decisión que corresponda a la vista de cada caso concreto, pero ofrece como medio de interpretación de segundo grado el criterio de la permanencia documental, de tal forma que será insubsanable la falta en los casos en que el vicio implique la necesidad de reconstrucción íntegra del documento y subsanable en los demás supuestos.

B) POSICIONES QUE SE APOYAN EN LA DISTINCIÓN CIVIL DE LOS GRADOS DE INEFICACIA

Dentro de este grupo destaca la posición de SANZ FERNÁNDEZ. Para este autor, los conceptos análogos al de subsanación en derecho sustantivo son los de ratificación, convalidación o confirmación utilizados por el Código civil; los defectos que producen la nulidad absoluta no son susceptibles de convalidación ni de ratificación, y serán, por tanto, insubsanables; los que producen mera anulabilidad son susceptibles de confirmación y, por tanto, son subsanables. Cuando el defecto consista en obstáculo registral, por analogía, si es definitivo y absoluto será insubsanable, pero si pudiera llegar a eliminarse será subsanable.

C) POSICIONES CRÍTICAS DE LA DISTINCIÓN LEGAL

Su representante actual más caracterizado es CAMY SÁNCHEZ CAÑETE. Según él, no ha sido afortunado el artículo 65, al calificar como insubsanables las faltas que originan la denegación y de subsanables las que dan lugar tan sólo a la suspensión. En efecto, a su juicio, tan subsanable es la falta consistente en la no aprobación de un mero documento complementario como la que suponga la necesidad del otorgamiento de un nuevo negocio.

No obstante esta crítica a la terminología utilizada por el legislador, termina apoyando el criterio empírico antes aludido sobre la base de que en la apreciación de la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta habrán de tenerse en cuenta tanto la sustancialidad o accidentalidad del elemento viciado como el carácter imperativo o dispositivo de la norma que lo regula, todo ello en función de la posición que en materia civil mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de abril de 1963.

Por otra parte, señala que en caso de faltas insubsanables, que denomina impeditivas, pueden clasificarse éstas en absolutamente impeditivas o relativamente impeditivas, según la posibilidad futura de practicar el asiento solicitado, y en caso de faltas subsanables, que denomina sustitutivas, habrá de distinguirse según que el asiento provisional que se practique sea de la misma clase que el solicitado por el presentante (por ejemplo, arts. 94 y 98 del Reglamento Hipotecario) o de distinta naturaleza, como la anotación preventiva del artículo 65.

Estos son los criterios esenciales sobre la materia y, en realidad, como dicen CHICO y BONILLA, no resultan excesivamente aclaratorios. No obstante, de todos ellos pueden predicarse una serie de notas comunes.

- Todos los autores estudian la distinción dentro del principio de legalidad como una parte y una consecuencia de la facultad y la función de calificación del Registrador de la Propiedad.
- Tanto los criterios empíricos como los que con carácter general intentan la distinción se apoyan siempre en conceptos netamente civiles, unas veces referidos al título en sentido formal, otras al título en sentido material, otras, en fin, a la obligación o derecho dimanante de aquél.
- En general, todas las posiciones doctrinales insisten, como conclusión, en el carácter sustancial o accidental del vicio, pero con una peculiaridad, consistente en la huida de una terminología técnica para intentar la descripción con explicaciones descriptivas como «necesidad ineludible» en CAMY, «otorgamiento sustancial» en ROCA, «obstáculo definitivo y absoluto» en SANZ.
- Existe, por último, una paradoja digna de resaltar. Mientras que toda la doctrina posterior a 1915 alaba como más clara y técnica la dicción actual del texto hipotecario, sus conclusiones, lejos de mejorar las posiciones de los primitivos comentaristas de la Ley, son todavía más nebulosas que las sostenidas por aquéllos.

Para completar esta visión rápida de los criterios interpretativos de la distinción legal, conviene examinar, aunque someramente, la postura de la Dirección General sobre la materia.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA DIRECCION

La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha seguido en esta materia una evolución parecida a la ya examinada en la doctrina. Así, en una primera etapa se apoyó en la redacción literal del artículo 65 de la Ley Hipotecaria, y actualmente mantiene un criterio casuístico, en el que cabe señalar, no obstante, una serie de tendencias.

A) La de no calificar la falta, limitándose a señalar que los supuestos concretos que se le plantean son inscribibles o no, con independencia de la posibilidad de practicar o no anotación preventiva, es decir, de la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta. Esta tendencia de la Dirección ha sido, en general, destacada por los autores, pero sin extraer consecuencias de la misma. Sin embargo, es de fundamental importancia, a mi juicio, como veremos luego.

B) La de mantener un criterio favorable a la calificación de subsanable de las faltas en los títulos de origen judicial.

C) La de calificar, en general, como subsanables las faltas originadas en la carencia de requisitos formales, en la defectuosa descripción de las fincas, y en el contenido de los derechos, siempre que el título permita la identificación de unas y otros.

D) La de calificar, en general, de insubsanables las faltas provenientes de dudas sobre la personalidad del declarante, de la contravención de preceptos imperativos definidores o consecuencia de principios generales de derecho sustantivo o formal, como protección del patrimonio de incapaces, incompatibilidad de intereses, prohibiciones de disponer, competencia territorial del funcionario autorizante, tracto sucesivo y prioridad.

En definitiva, la Dirección carece, lo mismo que la doctrina, de criterios generales definidos, si bien de sus pronunciamientos concretos pueden extraerse consecuencias interesantes, sobre todo en el juego de los principios.

IV. POSICION QUE SE DEFIENDE

A) IDEAS GENERALES

La intención que preside estas notas consiste en contemplar el problema desde un punto de vista distinto al hasta ahora examinado. Decíamos antes que una de las características generales de las posiciones doctrinales relacionadas implica una acentuación de los aspectos civiles, con olvido de que nos encontramos ante una cuestión netamente registral, nacida independientemente del derecho sustantivo civil y carente de contenido si no es en el orden hipotecario. Para demostrarlo se van a distinguir varios puntos.

a) *La ubicación legal del artículo 65*

Como hemos visto antes, la sistemática doctrinal coloca el estudio de las faltas en el ámbito del principio de legalidad, como una parte de la calificación registral o, en todo caso, como una consecuencia de la misma. Sin embargo, la Ley Hipotecaria tanto en su redacción primitiva como en la vigente sigue un criterio distinto. La clasificación de las faltas y sus criterios de distinción no constituyen un nuevo párrafo del artículo 18 ni un precepto más definidor del principio de legalidad. Por el contrario, implican un mero condicionante de la posibilidad de practicar anotación preventiva. Su estudio y su regulación se ubican dentro del campo de la publicidad provisional, dentro de la institución de la anotación. ¿Cuál es la

razón? Una de dos: o el legislador huye de una sistemática aceptada tradicionalmente por la doctrina, lo cual sería explicable en 1861 pero no en 1944, o existe una razón de peso para mantener un criterio distinto. Quizá los siguientes puntos aclaren la cuestión.

b) *La redacción primitiva del artículo 65 de la Ley*

Según don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que trata el problema indirectamente, al profundizar en la posibilidad de extender la calificación registral al ámbito puramente causal del título cuya inscripción se pretende, la primitiva redacción que dio la Comisión de Códigos al artículo 65 no es la que aparece en el texto de 1861. Según esta primera redacción, el artículo 65 decía:

«Serán faltas subsanables en los títulos sujetos a inscripción, para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la inscripción a que éste se refiere.»

Posteriormente se tachó la palabra inscripción, poniendo entre renglones obligación, según resulta del Libro de Actas de la Comisión de Códigos.

Cabe preguntarse a la vista de este dato cuál era la preocupación fundamental de la Comisión. Y parece evidente que su acento se ponía en los siguientes extremos:

1. El de que la clasificación se introducía en la Ley «a los efectos de anotar preventivamente», es decir, con una finalidad típicamente registral o publicitaria, independientemente del grado de invalidez del título.
2. El de que el problema radicaba no en la ineficacia o vicio del título, sino de su consecuencia, con la duda de si debía considerarse ésta la «obligación», consecuencia civil, o la «inscripción», consecuencia registral. En otros términos el acento, siguiendo en este punto la terminología de NÚÑEZ LAGOS, se vertía no en el título u objeto de inscripción, sino en el derecho objeto de publicidad o en la inscripción o vehículo de dicha publicidad, que, en definitiva, constituyen dos caras o aspectos de la misma cuestión.
3. El de lo que interesa, por tanto, no es el grado de ineficacia, sino la posibilidad de publicación del derecho dimanante del título inválido.

c) *La Exposición de Motivos de la Ley de 1861*

La Exposición de Motivos viene a ratificar el criterio antedicho. También en ella la sistemática es muy explícita. Al tratar, en términos generales, de la publicidad provisional mediante el asiento de anotación preventiva, y como una parte del estudio de esta institución, la Exposición de Motivos dice literalmente:

«El Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes niegan fuerza coactiva. Cuando se presenta un título de esta clase no debe el Registrador anotarlo preventivamente. Pero como la falta puede ser subsanable o insubsanable deben ser distintas las resoluciones que en uno u otro caso se adopten en el Proyecto.

Si conceptúa el Registrador como insubsanable la falta, sería injusto, en caso de ser equivocada su apreciación, que se siguiera de ello perjuicio al que fue oportunamente a inscribir un título válido... (por lo que)... para obviar dicha dificultad propone la Comisión que en tales casos se ponga una nota al margen del asiento de presentación... Mas cuando los títulos que se llevan a inscripción sólo tienen defectos subsanables, entonces, al paso que una anotación preventiva pondrá a todos al corriente del verdadero estado de la finca, el que presente el título defectuoso encontrará la garantía de su derecho en el documento, que podrá exigir al Registrador para hacer constar en todo tiempo si había o no pendientes de inscripción otros títulos referentes al mismo inmueble o derechos reales y cuáles eran éstos al tiempo de hacerse la anotación, que sólo tiene carácter interino.»

De la lectura de estos párrafos resulta una consecuencia, a mi juicio, indudable. Para el legislador de 1861, lo fundamental no es cerrar el paso a los títulos defectuosos, sino evitar, en la medida de lo posible, que el no acceso de dichos títulos, al menos temporal o interinamente, pueda provocar perjuicios al titular del derecho o al tercero que contrata confiado en el contenido de los libros. Lo esencial en este punto no es el principio de legalidad, sino el principio de publicidad.

B) FORMULACIÓN DEL CRITERIO GENERAL DE DISTINCIÓN

Con lo expuesto en el apartado anterior, el problema se clarifica en gran medida. En efecto, el principio de legalidad, manifestado a través

de los artículos 3.º y 18 de la Ley Hipotecaria, exige que el título presentado sea público, perfecto, válido y concordante con los asientos precedentes del Registro. En este sentido:

- Su apreciación se inserta en la función de calificación del Registrador con el ámbito que corresponda según el tipo de documento presentado.
- Su consecuencia será la posibilidad o imposibilidad de practicar el asiento solicitado.
- En la clasificación del impedimento que, en su caso, impida la registración, y aquí sí es acertada la terminología de CAMY, tiene fundamental importancia la utilización de criterios civiles por el Registrador, puesto que de la posibilidad, según los casos, de convalidación, confirmación, ratificación, nuevo otorgamiento, declaración de codisposición, remoción del obstáculo registral, etc., dependerá de que en el futuro proceda o no practicar *el asiento pretendido*. En este sentido, la calificación del Registrador implica un juicio de amplio espectro del que depende el acceso definitivo del título al Registro. Precisamente por ello, al impedimento que surge de este pronunciamiento del funcionario calificador se refiere la Dirección cuando normalmente resuelve si el título es o no «inscribible».
- Por último, la decisión del Registrador en el ámbito propio de su facultad calificadora básica, que hemos examinado, no es definitiva, puesto que está sujeta a recurso gubernativo.

Hasta aquí hemos pretendido definir el juicio registral básico, a través del cual se manifiesta el principio de legalidad. Sin embargo, la cuestión no se agota. En el supuesto de que el título no sea registrable por adolecer de un impedimento que afecta a alguno de sus elementos, el problema que preocupa al legislador hipotecario no es ya su acceso ordinario y definitivo al Registro, que, evidentemente, es imposible de momento debido a la existencia del defecto, sino su no acceso, su carencia de publicidad en tanto se produce la sanación del vicio o defecto de que se trate.

Pues bien, precisamente en este momento introduce el legislador la figura de la anotación preventiva sustitutoria del asiento momentáneamente imposible, anotación que surtirá todos los efectos propios del asiento a que sustituye según su clase, pero por un período de tiempo determinado. Y a los efectos de determinar la posibilidad de esa publicidad provisional distingue la ley entre las faltas subsanables y las insubsanables, clasificación que, a diferencia de un posible catálogo de elementos

calificables dentro del ámbito del principio de legalidad, tiene las siguientes características:

a) Lo esencial no es si el título está afectado por una u otra clase de invalidez o ineficacia, o si es exigible o no un nuevo otorgamiento, o si el elemento del negocio afectado por el defecto es sustancial o meramente accidental desde el punto de vista civil (principio de legalidad), sino si el acto o negocio que constituye su esencia y el derecho que de él se origina puede ser dado a conocer a través de los libros del Registro de forma provisional (principio de publicidad).

b) Por ello, el juicio de valor del Registrador de la Propiedad ha de recaer esencialmente en esa posibilidad de publicidad, referida, naturalmente, tanto al derecho publicable como al asiento que publica, y en este sentido son lógicas las dos redacciones que la Comisión de Códigos dio al originario artículo 65 de la ley, puesto que la contemplación de los elementos del derecho inscrito o de la inscripción o asiento que lo ha de contener no son sino aspectos distintos de la misma cuestión.

c) El criterio apuntado en los apartados anteriores se refuerza notablemente si se piensa en las consecuencias de la calificación registral. En efecto, si la calificación es negativa, el título no accede al Registro, no es «inscribible». ¿Qué ocurre entonces?

1. Si el presentante interpone recurso gubernativo contra la decisión del Registrador sus posibilidades publicitarias permanecen, tanto a los efectos de mera advertencia como de rango hipotecario o, en su caso, de exclusión del título incompatible, puesto que la vigencia del asiento de presentación se prorroga al amparo de lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento Hipotecario.
2. Si el presentante no recurre, por las razones que sean, pero especialmente porque estima razonable el criterio del Registrador que califica, su situación es radicalmente diferente, puesto que transcurrido el plazo ordinario de vigencia del asiento de presentación o, en su caso, el especial de hasta diez días más, previsto en el artículo 97 del Reglamento, no existe medio de prorrogar su eficacia; es entonces cuando se hace necesario arbitrar un medio publicitario distinto del mero asiento de presentación, a fin de permitir el juego de los principios de tracto, prioridad y publicidad hasta que sanado el título pueda practicarse la inscripción, anotación o nota originariamente solicitada. Este medio es la anotación preventiva por defecto subsanable originadora de la distinción que estudiamos, cuya esencia y cuyas consecuencias son, por tanto, *exclusivamente hipotecarias*.

d) En este sentido existe, además, una diferencia procedimental esencial entre el juicio básico del Registrador o calificación en sentido estricto y su decisión posterior sobre la subsanabilidad o insubsanabilidad de la falta. El primero es susceptible de recurso. La segunda es inapelable. Decidida la existencia de un impedimento para la inscripción, el presentante puede o no recurrir. Si recurre podrá obtener prórroga del asiento de presentación. Pero si no recurre y la falta se aprecia por el Registrador como insubsanable, es imposible obtener por instancia superior la anotación preventiva sustitutoria.

Como consecuencia de todo lo dicho puede afirmarse que la distinción entre faltas subsanables e insubsanables constituye un juicio de valor del Registrador caracterizado por las siguientes notas:

- Es distinto de juicio básico de calificación registral.
- No es consecuencia de la calificación, sino que supone una decisión posterior y con distintos efectos.
- Tiene un origen y una finalidad estrictamente registral o hipotecaria.
- Se inserta en el principio de publicidad con efectos típicos de prioridad y no en el principio de legalidad.
- Procedimentalmente implica si se la considera de forma aislada una decisión no recurrible.

C) DESARROLLO DE LA DISTINCIÓN

Hasta aquí se ha planteado una teoría general sobre el origen, la naturaleza y las características de la distinción legal entre faltas subsanables e insubsanables, que nos lleva a un criterio: el impedimento para la registración de un título tiene la consideración de falta, en sentido hipotecario, cuando se plantea la cuestión de dotar al título viciado de publicidad provisional mediante anotación preventiva, que será compatible con la resultante de la prórroga del asiento de presentación en caso de recurso contra la calificación, o única posible en caso de inexistencia de recurso.

En el presente apartado se estudiará cuándo la falta tiene el carácter de subsanable o insubsanable. Para ello, como consecuencia de lo dicho anteriormente, deben tenerse en cuenta, a mi juicio, los siguientes criterios:

a) La finalidad de la decisión es típicamente publicitaria, por tanto, los elementos a tener en cuenta serán no sólo el título considerado en sí mismo y los precedentes registrales, sino además, y muy fundamental-

mente, el asiento futuro que ha de practicarse. En este sentido cobra plena virtualidad la originaria redacción del artículo 65: «Sin que provoque necesariamente la nulidad de la *inscripción*.»

b) El origen de la falta puede hallarse en cualquiera de los aspectos sujetos a calificación, según el artículo 65, párrafo último, pero en su clasificación no deberá tenerse en cuenta la ineficacia civil considerada en sí misma, sino en cuanto haga imposible un régimen de publicidad registral de carácter interino.

c) Puesto que la preocupación del legislador en esta fase no consiste en cerrar el Registro al título defectuoso, sino en extender la exactitud de los libros, su conocimiento y sus consecuencias hasta donde sea posible la presunción, lógicamente, debe recaer a favor de la subsanabilidad de las faltas. En este sentido, en la compleja labor de calificación, el régimen de presunciones debe ser el resultante de la totalidad del sistema civil, pero en la decisión sobre la posibilidad de publicidad provisional el Registrador sólo debe negar ésta cuando dicha publicidad sea inoperante o perturbadora.

De acuerdo con estos criterios, si se siguiere una fórmula clásica, podrían clasificarse los supuestos de insubsanabilidad, por razón de su origen, en cuatro aspectos:

- Por razón del título inscribible.
- Por razón del derecho objeto de publicidad.
- Por razón de los antecedentes del Registro.
- Por razón del nuevo asiento que ha de extenderse.

Sin embargo, este criterio de clasificación no es, a mi juicio, suficientemente ilustrativo si se tienen en cuenta los siguientes argumentos:

a) El estudio del título está íntimamente ligado a la existencia o inexistencia de sus consecuencias, y en este sentido se pronunciaba con gran acierto el primitivo texto hipotecario y la doctrina clásica hasta la redacción aparentemente clarificadora del artículo 118 del Reglamento Hipotecario de 1915.

b) El estudio de los antecedentes registrales se sitúa en el ámbito propio de uno de los elementos fundamentales del derecho subjetivo, es decir, la atribución de su contenido a un titular concreto.

c) El estudio del nuevo asiento y de sus requisitos, contenido en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, en sus párrafos primero a quinto, no es sino la traducción registral de los propios elementos esenciales del derecho subjetivo.

Por todo ello creemos que la distinción puede perfectamente apoyarse en el estudio directo y funcional del derecho o mutación real objeto de publicidad, sin perjuicio de que en el examen de sus elementos se tengan en cuenta los diferentes planos jurídicos en que pueden originarse la falta, conforme al último párrafo del artículo 65, es decir, el título y el contenido de los libros. Por otra parte, a efectos puramente metodológicos, y aunque la clasificación responde a un sistema típico de jurisprudencia de conceptos, no creo que exista inconveniente en admitir que el plano del hecho, acto o negocio originador de la relación jurídica, el plano de la propia relación y el plano de su publicidad o de la eficacia de la protección de su apariencia, no son sino puntos de vista o aspectos de un mismo fenómeno.

Sobre esta base, la pregunta del Registrador ante la falta es perfectamente definible. Se tratará de resolver qué es necesario o imprescindible para que un derecho sea objeto de publicidad provisional en el Registro de la Propiedad. Cabe examinar la cuestión desde el punto de vista civil y desde el punto de vista registral.

a) Desde el punto de vista civil y en función de los criterios clásicos sobre la estructura del derecho subjetivo serán necesarios los siguientes requisitos:

- Que el derecho o la mutación real, es decir, su nacimiento, reconocimiento, modificación, transmisión o extinción, exista jurídicamente.
- Que el derecho tenga naturaleza de real y su contenido sea susceptible de definición.
- Que su objeto sea un bien inmueble susceptible de identificación.
- Que la atribución patrimonial a un titular determinado pueda definirse, tanto en lo que se refiere al *de cuius* como al adquirente.

b) Desde el punto de vista registral, y en función de los principios que estructuran el sistema hipotecario, los requisitos civiles anteriormente contemplados tienen una traducción exacta:

- Los requisitos mínimos de existencia del título afectan al principio de inscripción.
- La posibilidad de definición del contenido y del objeto del derecho subjetivo implican las exigencias mínimas del principio de especialidad.
- La contemplación de la atribución personal del derecho en función de una cadena de titularidades constituye el principio de tracto sucesivo.

- Por último, y dentro del mismo aspecto de la atribución personal, es indispensable que ésta no esté excluida por la existencia de un título incompatible, es decir, por el principio de prioridad.

Si no se dan estos requisitos es imposible el juego del principio resultante de todos los anteriores y que constituye la razón de exigencia del Registro de la Propiedad, es decir, el de publicidad y, por tanto, no cabe la registración ni aun provisional. Si ésta se produjera, como veremos a continuación, sería inútil o perturbadora.

De acuerdo con estos criterios se va a intentar a continuación un examen detallado, no casuístico, de los supuestos de insubsanabilidad de las faltas.

1.º *Examen de la existencia del derecho. Principio de inscripción*

La cuestión está íntimamente relacionada con el estudio de la eficacia o ineficacia del título originador del nacimiento, reconocimiento, modificación, transmisión o extinción del derecho de que se trate y por ello constituye el campo donde mayores confusiones se han originado. Ello es debido, sin duda, a la ambigüedad del término «nulidad» o carencia de efectos *ab initio*. Si se parte de criterios civiles en la diferenciación entre faltas subsanables e insubsanables es imposible llegar a un resultado positivo, de una parte, como veíamos antes, porque la clasificación es estrictamente registral, pero, además, porque la conceptualización de la ineficacia civil es uno de los temas más controvertidos por los autores, sobre todo en el ámbito terminológico.

En este trabajo se va a partir, en este punto, del criterio cada vez más difundido, que se inicia en la doctrina francesa a través de JOSSEAND y PLANIOL, y que defiende la idea de que la palabra nulidad debe parificarse a inexistencia, y que cuando se hable de nulidad en sentido propio, se debe parificar ésta a la prohibición legal, sin constituir término contrapuesto a la anulabilidad. En este mismo sentido vienen pronunciándose numerosos autores en la doctrina española, como HERNÁNDEZ GIL, los Anotadores, PUIG BRUTAU o FEDERICO DE CASTRO en sus explicaciones de cátedra.

Pues bien, desde el punto de vista adoptado en estas notas, el grado de ineficacia debe ser inoperante a la hora de apreciar la insubsanabilidad, y en este sentido se estima más acertado el criterio legal ordinario, que el meramente descriptivo de la redacción actual del artículo 65 vigente. Es indiferente el tipo de invalidez, siempre que el derecho exista («no sea nula la obligación»).

En efecto, si lo que persigue el legislador hipotecario es la publicidad provisional del título defectuoso o de su consecuencia, bastará en este terreno con que tal consecuencia exista, por limitada que sea su eficacia, para que la falta tenga el carácter de subsanable. Por tanto, sólo cuando el derecho carezca de trascendencia jurídica por *carencia* de un elemento determinante de la existencia del supuesto de hecho que lo origina o por prohibición legal específica podrá conceptuarse el impedimento como falta insubsanable, con total independencia de que, en el primer caso, la aportación de elementos inexistente implique una mayor o menor dificultad documental.

Cabe examinar los supuestos con mayor detalle.

a) *En relación con la declaración de voluntad*

Los supuestos de falta insubsanable serán escasos. Sólo cuando falte personalidad o capacidad jurídica propiamente dicha en el declarante, o cuando la declaración sea de imposible interpretación, podrá hablarse de inoperancia de publicidad provisional.

b) *En relación con la forma de la declaración*

En este punto es muy interesante la opinión de POVEDA MURCIA, a que antes se aludía. En un sistema civil de signo espiritualista e inscripción voluntaria y declarativa, sólo podrá conceptuarse como insubsanable la falta en dos supuestos:

1. Si el título en su conceptualización formal de documento carece de forma pública o auténtica, salvo los casos excepcionales de acceso al Registro de meros documentos privados. De hecho, no existe, a mi juicio, inconveniente conceptual insalvable en nuestro sistema civil para dotar al documento privado de publicidad provisional, siempre que contenga los datos suficientes, como se verá en el apartado siguiente, para integrar el contenido propio de un asiento; pero también es evidente que la palabra «inscripción», que utiliza el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, debe entenderse en el sentido amplio de la registración y de que existen razones de orden público para rechazar, en principio, al acceso al Registro de documentos meramente privados. No obstante, existe una corriente doctrinal, sobre todo en el Derecho argentino, que preconiza, en determinados supuestos, espe-

- cialmente ante la necesidad de dotar de publicidad situaciones de prehorizontalidad, el acceso al Registro, con carácter provisional, de títulos traslativos no formalizados en escritura pública.
2. Si el requisito formal exigido por la ley no es *ad solemnitatem*, de suerte que, de no producirse, resulta inexistente el negocio y sus consecuencias. La cuestión consistirá, por tanto, en determinar cuándo el requisito formal tiene esta naturaleza de determinante de la existencia del derecho. En nuestro Derecho, el supuesto será excepcional, pero se da uno que necesariamente ha de destacarse. Nos estamos refiriendo a la inscripción constitutiva.

En efecto, si la propia práctica del asiento definitivo es requisito esencial de la existencia del derecho publicado, parece evidente que todo impedimento, cualquiera que sea su naturaleza, de dicho asiento debe considerarse como falta insubsanable imposibilitadora de asiento sustitutivo. En este sentido, creemos que deben considerarse como faltas insubsanables todos los defectos impeditivos de la inscripción del derecho de hipoteca y, según la concepción que se adopte, de los de superficie, arrendamiento, opción y adquisiciones de extranjeros.

c) *En relación con la licitud*

La prohibición legal, bien directa (art. 6, 3.º, del Código civil), bien indirecta a través de la doctrina del fraude (párrafo 4.º del mismo artículo), constituye el otro caso de ineficacia radical capaz de provocar la insubsanabilidad de las faltas. En efecto, la consecuencia jurídica prohibida puede ser publicada, pero su publicación, tanto definitiva como provisional, será perturbadora del orden jurídico. La razón de la insubsanabilidad no será, en este caso, la inexistencia del derecho, sino el principio de orden público que prohíbe su eficacia.

En este sentido se pronuncia de modo claro, tanto el legislador hipotecario, especialmente a través del artículo 98 *in fine*, antes transcrito del Reglamento Hipotecario, como la Dirección General de los Registros, cuyas tendencias ya han sido objeto de estudio.

2.º *Examen del contenido y del objeto del derecho.*

Principio de especialidad

No basta para poder practicar anotación preventiva con que la declaración de voluntad tenga forma pública y esté permitida por la ley. Será

necesario, además, que la relación que se origine por razón del título, en sentido material, reúna un doble requisito:

- a) Que sea de naturaleza real y que su contenido sea identificable.
- b) Que su objeto sea un bien inmueble o un derecho definible regístralmente como finca hipotecaria.

Sobre esta base deberán considerarse faltas insubsanables:

- Las que tenga su origen en la naturaleza puramente obligacional del derecho o relación de que se trate.
- Las que en relación a un derecho real, típico o atípico, en este último caso si se sigue el criterio del *numerus apertus*, hagan inidentificable, contradictorio o confuso su contenido o situación de poder atribuido al titular.
- Las que supongan la imposibilidad de identificación de la finca que constituye el objeto del derecho, bien por no especificarse cuál sea dicha finca, bien porque su identificación en el Registro no puede llevarse a efecto con los datos contenidos en el título o porque tales datos suponen la invasión de la esfera jurídica de otra persona.

A mi juicio, así como las faltas producidas en relación a la existencia o inexistencia del derecho, o dicho de otra forma, a la validez del título, son, salvo caso excepcional, subsanables, en el campo del principio de especialidad los supuestos son de gran variedad. Sólo el buen criterio del Registrador, en función de la posibilidad y utilidad de la publicidad provisional, puede resolver la cuestión. Es evidente, sin embargo, que cuando la identificación del derecho constituido o de la finca sobre la que recae es imposible, de nada servirá la anotación y, por tanto, la falta será insubsanable, *pese a que el título sea absolutamente válido*.

3.º *Examen de la titularidad del derecho. Principios de prioridad y tracto sucesivo*

Uno de los elementos básicos del derecho subjetivo y, desde luego, el de mayor importancia del mecanismo registral, es el elemento personal, hasta tal punto que la titularidad, la posición específica de la persona en cuanto centro de atribución de un derecho, como dice CASTRO, constituye la base del sistema hipotecario. Puede, en efecto, llegar a definirse un sistema registral, publicitario de los derechos reales inmobiliarios, sin contemplar la finca como unidad de cuenta. Sin embargo, es imposible

un Registro jurídico que contemple las fincas o los derechos sin tener en cuenta su atribución personal, definitiva, preventiva o interina. Tan es así que nuestro sistema hipotecario gira en torno de dos principios típicamente personales. La publicidad del Registro sólo protege, en términos generales, a quien trayendo causa de un titular inscrito, accede al Registro con carácter previo al derecho incompatible o de mejor rango.

En este sentido, si la posición que se mantiene es la acertada y realmente la distinción entre faltas subsanables e insubsanables es de naturaleza hipotecaria con efectos típicamente publicitarios, será lógico que el legislador se pronunciase expresamente ante la posibilidad de que, aun provisionalmente, se violasen los principios que constituyen presupuesto inexcusable de los efectos de la apariencia registral. Y, de hecho, así es. En efecto:

- En cuanto al principio de prioridad, la redacción literal del artículo 17 prohíbe no sólo la inscripción, sino también la anotación, cuando exista aplicación del cierre registral que constituye su consecuencia. Ante el título incompatible no existen faltas subsanables.
- En cuanto al principio de tracto sucesivo, el artículo 20 de la ley es tajante. Sólo se admite la suspensión y, por ende, la subsanabilidad registral, cuando el derecho carece de inscripción previa o cuando del mismo título o del Registro resulta la posibilidad de inscripción del título intermedio.

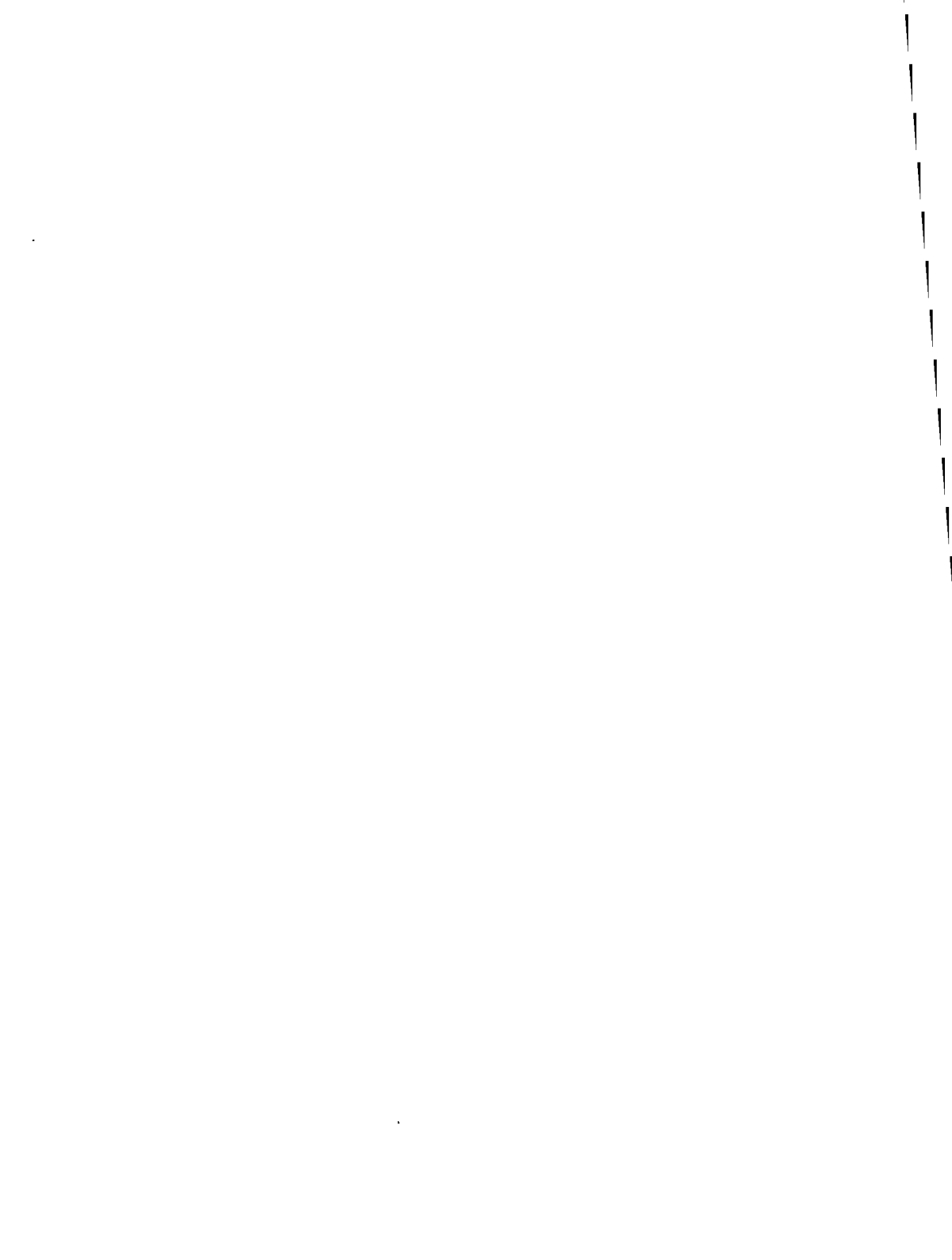
CONCLUSIONES

De todo lo expuesto puede extraerse una serie de consecuencias, a mi juicio válidas, y que en conjunto constituyen la tesis que se defiende:

- Los impedimentos para la práctica de la registración definitiva de los títulos, que resulten de la función calificadora del Registrador, tienen la consideración hipotecaria de faltas a los efectos de determinar la posibilidad de su publicidad provisional.
- Las faltas tienen el carácter de insubsanables cuando la publicidad provisional del título es imposible por inviabilidad del juego de los principios de inscripción, especialidad, prioridad o tracto o no-civa por prohibición legal.
- La insubsanabilidad debe interpretarse restrictivamente, puesto que la finalidad de la anotación es extender la exactitud y el conocimiento del Registro hasta donde sea posible.

- La decisión sobre la subsanabilidad o insubsanabilidad de las faltas constituye un juicio registral propio del principio de publicidad, independiente de la calificación en sentido propio como manifestación del principio de legalidad, y considerada en forma aislada, inapelable.

RAFAEL ARNÁIZ EGUREN
Registrador de la Propiedad



Las concesiones administrativas de autopistas y el Registro de la Propiedad

SUMARIO: 1. Breve referencia al Derecho positivo histórico.—2. Fuentes legales.—3. Las autopistas como objeto de concesiones administrativas.—4. Otorgamiento de la concesión y formalización del contrato.—5. Beneficios tributarios en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.—6. Inscripción de las concesiones administrativas de autopistas en el Registro de la Propiedad.—7. Efectos de la adjudicación de la concesión: expropiación forzosa y limitaciones de la propiedad privada. Su proyección en el Registro de la Propiedad.—8. Derechos reales sobre la concesión con especial mención de la hipoteca en garantía de la emisión de obligaciones.

1. BREVE REFERENCIA AL DERECHO POSITIVO HISTORICO

La primitiva Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877 y su Reglamento de 10 de agosto del mismo año aludían ya, incidentalmente, a la posibilidad de que las carreteras fueran construidas y explotadas por particulares o compañías mediante concesiones (arts. 2, ap. 4.º, y 46 de la Ley y 58 del Reglamento indicados). Dichas concesiones se otorgarían con arreglo a las prescripciones de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 y su Reglamento de 6 de julio del expresado año.

La Ley número 55, de 22 de diciembre de 1960, que deroga la anterior, de 26 de febrero de 1953, se refiere especialmente al tema, al autorizar al Gobierno, en su artículo 1, «para conceder por tiempo determinado, no superior a noventa y nueve años, a particulares, sociedades, corporaciones públicas, organismos autónomos o empresas nacionales, la construcción, conservación y explotación de carreteras y de sus instala-

ciones complementarias. La concesión se hará por Decreto, a propuesta del Ministro de Obras Públicas».

Esta legislación especial se amplía posteriormente por la Ley número 56, de 22 de diciembre del mismo año, en la que se aprueba el Plan General de Carreteras; la Orden de 4 de noviembre de 1961 sobre tramitación de peticiones para la adjudicación de concesiones; la Ley 90/23 diciembre de 1961; el Decreto de 28 de octubre de 1965, que desarrollando la Ley número 55, de 22 de diciembre de 1960, regula particularmente las concesiones administrativas de autopistas de peaje; el Decreto de 26 de junio de 1969, que modifica el Código de la Circulación por autopistas; los Decretos de 9 de octubre de 1960 y 30 de junio de 1972 sobre delegación del Gobierno en sociedades concesionarias de autopistas de peaje; la Orden de 30 de julio de 1969 sobre régimen de tributación de éstas por contribución territorial urbana y otra serie de disposiciones de importancia secundaria, hasta llegar a la actual y vigente legislación, constituida por la Ley de 10 de mayo de 1972; el Decreto de 25 de enero de 1973, que contiene el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión, y la Ley de 19 de diciembre de 1974 de Carreteras.

Junto a estas disposiciones, que constituyen la regulación básica de la materia sometida a estudio, se dictaron:

El Decreto de 11 de septiembre de 1975 sobre funcionamiento y organización de la Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje, que deroga los anteriores de 1969 y 1972; los Decretos de 31 de octubre y 7 de noviembre del mismo año sobre adaptación a Navarra y Alava, respectivamente, de la Ley de Carreteras precitada, y, finalmente, la Orden de 18 de mayo de 1976 sobre tratamiento fiscal de determinados aspectos económicos y financieros de las expresadas sociedades concesionarias.

2. FUENTES LEGALES

En la actualidad, el esquema legal de normas básicas directamente aplicables a las concesiones administrativas de autopistas es el siguiente:

1.º *Ley de 10 de mayo de 1972.*—El artículo 1.º dice: «Es objeto de la presente ley, la regulación de las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas.»

Asimismo, del artículo 45 de la Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974 y de su disposición final quinta, se infiere que el objeto de

aquella Ley, la de Autopistas, es la regulación de primer grado de las autopistas en régimen de concesión.

2.º *Decreto de 25 de enero de 1973.*—Aprueba el Pliego de Cláusulas Generales de autopistas en régimen de concesión.

3.º *Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974*, que se aplicará en los demás aspectos no específicamente regulados por la primera de las disposiciones citadas, y su Reglamento de 8 de febrero de 1977.

4.º *La legislación de contratos del Estado*, integrada por la Ley de 8 de abril de 1965 y el Reglamento de 25 de noviembre de 1975. (Llamada supletoriamente por el artículo 2 de la Ley de Autopistas y la cláusula 1.ª del Decreto de 1973.)

5.º *La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y disposiciones concordantes y complementarias.*—A ésta se remiten los artículos 16, 17 y 19 de la Ley de Autopistas, a efectos de reputar urgente la ocupación de los bienes y determinar el justo precio de las propiedades y derechos afectados por la expropiación, y las indemnizaciones que procedan en los supuestos que contemplan los artículos 40 de la LRJAE y 121 de la de Expropiación Forzosa.

6.º *Los Decretos de 31 de octubre y 7 de noviembre de 1975* sobre adaptación, respectivamente, a Navarra y Alava de la Ley de Carreteras de 1974.

7.º *Ley Hipotecaria de 1946 y Reglamento Hipotecario de 1947*, con las modificaciones introducidas en éste por el Decreto de 17 de marzo de 1959.

8.º *La Orden ministerial en la que se contenga el pliego de bases del concurso y las cláusulas particulares y el Decreto respectivo de adjudicación de la concesión en cada caso.*

3. LAS AUTOPISTAS COMO OBJETO DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley de Autopistas señala, en su artículo 1.º, que es objeto de la misma: «La regulación de las concesiones administrativas para la construcción, conservación y explotación de autopistas.»

A continuación define la autopista como «la vía especialmente concebida, construida y señalizada para la circulación de automóviles que reúna las siguientes características: a) No tener acceso a la misma las

propiedades colindantes. *b)* No cruzar ni ser cruzada a nivel por otra senda, vía o servidumbre de paso. *c)* Constar de distintas calzadas para cada sentido de circulación, separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno denominada mediana, o en los casos excepcionales por otros medios».

4. OTORGAMIENTO DE LA CONCESION Y FORMALIZACION DEL CONTRATO

(Artículo 7 de la Ley de Autopistas y cláusula 5.^a del Pliego de Cláusulas Generales.)

El proceso se inicia mediante una Orden del Ministerio de Obras Públicas, en la que se convoca un concurso, se señalan las bases del mismo y se recogen las cláusulas particulares para la construcción, conservación y explotación de la autopista.

Al concurso pueden acudir las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias de los apartados 1.º al 7.º del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado.

Tras el Decreto de adjudicación de la concesión, y en el plazo que en el mismo se señale, el adjudicatario se obliga a constituir una sociedad anónima de nacionalidad española. Esta deberá tener como fin exclusivo la construcción, conservación y explotación de la autopista, y revestirá siempre la forma de anónima hasta su disolución, sin que pueda transformarse, por tanto, en otra. Por otro lado, no le son de aplicación los artículos 111 de la Ley de Sociedades Anónimas (emisión de obligaciones) y 185 del Código de Comercio (su capital social no puede ser inferior al 10 por 100 de la inversión total prevista para la construcción de la autopista) (art. 8 de la Ley de 1972 y cláusulas 14 a 21 del Pliego de Cláusulas Generales de 1973).

Este concepto de «inversión total prevista», referido únicamente a la «construcción», no a la conservación y explotación, y que no debe confundirse, en su proyección económica, con el valor de la concesión, se define en la cláusula 8.^a, apartado *f)*, del Pliego General de Condiciones, como el resultado de la agregación de las siguientes partidas:

- Costes de estudios técnicos y económicos.
- Costes de proyectos, de expropiaciones e indemnizaciones y reposición de servicios y servidumbres.
- Costes de construcción de las obras e instalaciones de dirección y administración de obra.

- Costes financieros.
- Costes, en general, de todos los bienes, cualquiera que fuese su naturaleza; que sean necesarios construir o adquirir por estar directamente relacionados con la autopista y contribuir a que ésta preste servicio.

El paso siguiente a la constitución de la sociedad, y previo a la formalización del contrato de concesión, consiste en la prestación de la fracción de la fianza de construcción correspondiente al tramo cuyas obras se inicien en primer lugar (arts. 9 de la Ley de Autopistas y 26 del Pliego de Cláusulas Generales). Dos son las clases de fianzas previstas por la legislación en vigor:

La primera, referida a la fase de construcción y que no podrá ser inferior al 10 por 100 de la inversión total prevista para ésta. Será objeto de fraccionamiento, debiendo constituirse la fracción, proporcional al valor de las obras de cada tramo, antes de iniciarse aquéllas. La fianza de explotación deberá prestarse inmediatamente antes de la entrada en servicio de cualquiera de los tramos que contiene la autopista. (No será inferior al 2 por 100 de la inversión total de cada tramo en servicio.)

El contrato de concesión deberá formalizarse en escritura pública entre la sociedad concesionaria, de una parte, y el Ministerio de Obras Públicas, de otra (arts. 31 del Reglamento Hipotecario, 10 de la Ley de Autopistas y 26 del Pliego de Cláusulas Generales).

El documento notarial deberá contener, al menos, los siguientes requisitos:

- a) Autoridad administrativa y sociedad intervinientes, con referencia a su competencia y capacidad jurídica, respectivamente.
- b) Servicio a prestar por el concesionario.
- c) Tarifas que el concesionario tendrá derecho a percibir y revisión de las mismas.
- d) Plazo de duración del contrato.
- e) Definición de las obras y plazos de ejecución de las mismas.
- f) Fianzas a prestar por el concesionario.
- g) Cláusulas que impliquen modificación del anteproyecto y aceptadas por la Administración.
- h) Garantías especiales prestadas o a prestar por el concesionario.
- i) Derechos y obligaciones de las partes.
- j) Beneficios económico-financieros y tributarios concedidos al adjudicatario.

k) Cualquier otra cláusula que la Administración estime conveniente en cada caso establecer.

Al documento notarial se unirá el correspondiente pliego de cláusulas particulares.

5. BENEFICIOS TRIBUTARIOS EN RELACION CON EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES

El artículo 12, apartado *b)*, de la Ley de mayo de 1972, prevé la reducción de hasta el 95 por 100 de la base del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para los actos de constitución, aumento de capital, otorgamiento de la concesión y formalización del contrato; para la constitución, modificación y cancelación de préstamos, incluidos los representados por obligaciones, siempre que el importe de los mismos se aplique a algunos de los conceptos que integran la inversión total de la autopista, y para las transmisiones de terrenos con destino a la concesión.

La cuantía exacta de la reducción, con el límite antes apuntado, se determina en el Decreto de adjudicación de la concesión.

6. INSCRIPCION DE LA CONCESION ADMINISTRATIVA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Mientras que la redacción de los llamados Pliegos de Cláusulas de Explotación, anteriores a la Ley de Autopistas, permitía considerar la inscripción de la concesión administrativa de autopistas como mera facultad de la sociedad concesionaria, facultad que no se hallaba en contradicción tampoco con el artículo 31 del Reglamento Hipotecario, cuyos términos ambiguos en este sentido no permiten llegar claramente a la conclusión contraria, la cláusula 56 del Pliego de Condiciones Generales, aprobado en 1973, establece taxativamente que: «El concesionario deberá llevar a cabo la inscripción independiente de su derecho, con arreglo a los artículos 31 y 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario».

Examinaremos, en primer lugar, los problemas planteados por la inscripción principal en el punto de arranque, y a continuación las particularidades que presentan las inscripciones de referencia.

A) INSCRIPCION PRINCIPAL

Deberá practicarse en el Registro a que corresponda el punto de arranque.

a) *Título inscribible*: El título básico, a efectos de la inscripción, es la primera copia autorizada y legalizada de la escritura de concesión. A esta escritura deberán acompañarse los siguientes documentos: la carta de pago del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; escrito de la Subdirección General de Concesiones, de la Dirección General de Carreteras y Caminos Vecinales, con fotocopia para su archivo, en el que, de acuerdo a lo indicado en la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 4 de diciembre de 1975, se fije el origen o punto de arranque de la autopista; certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria, con el visto bueno del Presidente de tal Consejo, comprensiva de la descripción de la concesión.

Las firmas deberán estar legitimadas, y la del Notario, legalizada en su caso. Tenemos conocimiento de que en algún caso se ha admitido por el Registrador como suficiente una «instancia» con firma legitimada notarialmente suscrita por el Director General de la sociedad concesionaria. No obstante, estimamos como pertinente la certificación antes referida. Finalmente, se acompañarán a la escritura sendos ejemplares de los *Boletines Oficiales del Estado* comprensivos de: la Ley de Autopistas, Pliego de Condiciones Generales, Pliego de Bases del Concurso y cláusulas particulares y Decreto de adjudicación de la concesión.

b) *Circunstancias de la inscripción*: Conforme al artículo 60 del Reglamento Hipotecario, y matizándolo debidamente en función de la concesión de que se trata, exponemos a continuación el esquema del asiento: definición de la concesión mediante expresión sucinta de su objeto; determinación de las siguientes especificaciones: punto de arranque, longitud total aproximada, términos municipales que atraviesa y longitud aproximada correspondiente a cada uno; características de la autopista según anteproyecto: velocidad específica, rampa máxima, ancho de carriles y número de carriles por calzada, mediana, arceles interiores y exteriores, plataforma, superficie aproximada a ocupar por la autopista propiamente dicha (arceles, carriles y mediana), anchura media; valor, si constare, y cargas.

A continuación, y con referencia a la Ley de Autopistas de 1972 y Pliego de Condiciones Generales de 1973, se hará constar la fecha de la Orden ministerial aprobando el Pliego de Bases del Concurso y de cláusulas particulares; la del Decreto de adjudicación de la concesión; las circunstancias de la constitución de la sociedad y de la prestación de la fianza; las cláusulas de la concesión (objeto, plazos de ejecución de las obras y plazos de garantía, tarifas, duración de la concesión,

fianzas, beneficios tributarios y económico-financieros y derechos y obligaciones de las partes).

Por la especial importancia que revisten, y no obstante constar en sendas disposiciones legales, para una mayor publicidad de su contenido se insertarán los artículos siguientes: 31 de la Ley de Autopistas y apartado *b*) de la cláusula 105 del Pliego de Cláusulas Generales (cesión de la concesión); 32 de la Ley de Autopistas (causas de extinción de la concesión); 33 de la Ley de Autopistas (causas de suspensión de la concesión); cláusula 107 del Pliego de Cláusulas Generales, en sus apartados *a*), *b*) (núms. 1 a 7: supuestos de resolución por incumplimiento), *c*) y *e*).

Es frecuente que en alguna de las bases del pliego del concurso se impongan al que resulte en su día adjudicatario del mismo una serie de obligaciones específicas complementarias (construcción y financiación de rondas de circunvalación), cuyo cumplimiento, si bien escapa a la normativa general aplicable a la concesión en sí, está, sin embargo, garantizado con condición resolutoria, la cual afectaría, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 32, 2, de la Ley de Autopistas, y 107, apartado *a*), del Pliego de Cláusulas Generales, a toda la concesión. En estos supuestos es evidente la necesidad de hacer constar en el asiento la naturaleza y circunstancias de las precitadas obligaciones.

El asiento o inscripción principal terminará expresando la inscripción a favor de la sociedad concesionaria de su título de concesión, además de los demás datos exigidos por el Reglamento Hipotecario relativos a la presentación del documento en el Diario y pago del impuesto, lugar, fecha y firma.

B) INSCRIPCIONES DE REFERENCIA

Determina el artículo 62 del Reglamento Hipotecario que «una vez efectuada la inscripción principal, se extenderá en los demás Registros, Ayuntamientos o Secciones cuyo territorio atraviase la obra pública, bajo número especial, una breve inscripción de referencia».

a) Título inscribible: Es la certificación literal de la inscripción principal de la concesión, expedida por el Registrador que practicó ésta, y que quedará archivada en el último Registro, conservándose en los demás, donde sea presentada, copia simple.

Habida cuenta, por tanto, de que la certificación literal no se devuelve al interesado, sino que queda archivada en el último Registro donde sea presentada, con las notas correspondientes a los Registros en los

que se han practicado las inscripciones de referencia, estimamos de indudable interés, y así se viene haciendo en la práctica, que la primera copia literal de la escritura de concesión, que se presentó en el Registro donde está la cabecera, se presente también en los demás, para hacer constar al pie del título la práctica de las inscripciones de referencia, devolviéndose al final a la sociedad concesionaria, quien de esta manera podría justificar en todo momento la inscripción de la concesión.

b) *Circunstancias de las inscripciones*: En el libro correspondiente al Ayuntamiento en el que la autopista tenga más longitud se practicará una inscripción de referencia extensa, realizándose en los demás una concisa. Las circunstancias de la primera son las siguientes: definición de la concesión mediante una sucinta descripción de su contenido u objeto: es lo que el artículo 62 del Reglamento Hipotecario llama «naturaleza y denominación» de la concesión; longitud aproximada en kilómetros de la autopista en el término municipal o sección correspondiente; fecha de la escritura de concesión, con las particularidades de su autorización; datos registrales de la inscripción principal correspondiente al punto de arranque con indicación de éste; indicación de la sociedad concesionaria a cuyo favor se practicó aquélla; datos relativos a la presentación en el Libro Diario de la certificación literal en unión de la primera copia de la escritura de concesión y de la circunstancia de haberse satisfecho el impuesto; lugar, fecha y firma.

En las inscripciones de referencia que denominábamos «concisas», el asiento se limitará a hacer constar los datos definitorios de la concesión: Longitud aproximada de la autopista en el término municipal o sección correspondiente; expresión de la sociedad concesionaria; referencia a la extensa; lugar, fecha y firma.

En buena técnica, no cabe decir que en las inscripciones de referencia (extensas y concisas) existe lo que se define como «acta de inscripción». Esto es, la ritual frase de «en su virtud inscribo a favor de... su derecho de concesión», no sería en este caso correcto, pues la inscripción del título de concesión, considerada ésta como una sola finca, se verificó en el Registro del lugar de arranque, sin que las demás inscripciones que se practiquen en los otros Registros por los que atravesase la autopista tengan más sustantividad que la derivada de la inscripción principal.

En lo tocante a notas complementarias, hay que advertir que es necesario hacer constar la práctica de las inscripciones de referencia no sólo al pie de la certificación literal, sino también de la escritura de concesión.

C) HONORARIOS

El artículo 601 del Reglamento Hipotecario establecía que «en las inscripciones de obras públicas en que haya de practicarse inscripción primordial y otras de referencia, se cobrarán por aquéllas los honorarios correspondientes, según las escalas del número 3 del Arancel, y por cada una de las otras, 100 pesetas».

En las notas provisionales sobre aplicación del Arancel, aprobadas por la Asamblea de Delegados Regionales en abril de 1972, y como aclaración complementaria 5.^a, se decía que: «En las inscripciones de concesiones administrativas en que hayan de practicarse asientos principales y de referencia se aplicará: a la inscripción principal, el número 3 del Arancel sobre el valor de la concesión, incluyendo el de las fincas o derechos que formen parte de la misma, se destinen directa y exclusivamente a su servicio o queden afectadas por ella, y a las inscripciones de referencia, se aplicará el número 3 del Arancel sobre el valor de la concesión y elementos citados, correspondientes sólo al término o sección en que se practique la inscripción de referencia.»

La redacción de la aclaración 5.^a, tal como se ha expuesto, originaba en su aplicación un evidente problema. O bien se entendía, pese a la literalidad de los términos, que en la inscripción principal se cobraba teniendo en cuenta el valor de la concesión, pero referido tan sólo a la parte de la misma u obra que radicara en el término o sección de la cabecera, con lo que se remuneraba injustamente un trabajo notablemente mayor que el realizado en los Registros en que se practicaran inscripciones de referencia, o bien se consideraba que en el Registro donde hubiere de llevarse a cabo la inscripción primordial, se cobraba ésta atendiendo al total valor de la concesión, con lo que se perjudicaba notablemente al concesionario, que entonces pagaba repetidamente por el mismo concepto. En consecuencia, la Junta de Gobierno del Colegio, en sesión de 19 de junio de 1973 y cumpliendo el acuerdo de la Asamblea de que se diera nueva redacción a la aclaración complementaria 5.^a de las «notas provisionales sobre aplicación del Arancel», adoptó la resolución siguiente:

«Aclaración complementaria 5.^a:

A) En las inscripciones de concesiones administrativas u obras públicas en que hayan de practicarse asientos principales y de referencia se aplicará a la inscripción principal el número 3 del Arancel por un solo concepto y sobre la base del valor de la parte de concesión u obra que radique en el término o sección en que se encuentre la cabecera de la

obra, incrementado en un 20 por 100 del valor de todo el resto de la concesión u obra.

B) En las inscripciones de referencia se aplicará el número 3 del Arancel sobre el 80 por 100 del valor de la concesión u obra que corresponda al término o sección en que se practiquen.

C) En todo caso, en la base se incluirá el valor de las fincas o derechos que formen parte de la concesión u obra y se destinen directa y exclusivamente a su servicio o queden afectadas por aquéllas.

Desde el punto de vista práctico, el mayor problema con el que se enfrentan los Registros a la hora de aplicar el Arancel en la inscripción de las concesiones administrativas de autopistas es el de fijar el valor de las mismas. Independientemente de la solución a que pueda llegarse por vía convencional, señalamos a continuación una serie de criterios que pudiéramos denominar legales:

1.º *Determinación del valor de la concesión atendiendo a elementos de carácter fiscal.*—Teniendo en cuenta la cantidad satisfecha en concepto de cuota del Tesoro por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, el tanto por ciento de bonificación concedido y el tipo correspondiente al número 26 de la Tarifa de Transmisiones Patrimoniales puede llegarse, mediante una simple operación aritmética, a la fijación de la total base imponible que resultaría de no existir dicha bonificación y, por ende, del valor fiscal de la concesión.

2.º *Determinación del valor de la concesión en base a la responsabilidad patrimonial de la Administración fijada en el Decreto de adjudicación* para todos los efectos en que proceda valoración y en especial para los contemplados en el capítulo IX del Pliego de Cláusulas Generales, incrementado, en su caso, por los aumentos de las modificaciones de los proyectos aprobados. A la cifra de esa responsabilidad patrimonial se adicionará el valor máximo a aplicar a todos los efectos para los que proceda la valoración de las expropiaciones. (Se fija también por tramos en el respectivo Decreto de adjudicación de la concesión.)

3.º *Determinación del valor de la concesión por el de la inversión total prevista para la construcción de la autopista*, calculada por la cifra del capital social (que no puede ser inferior al 10 por 100 de aquélla).

4.º *Determinación del valor de la concesión por el de la suma de las inversiones previstas para cada tramo susceptible de explotación independiente*, calculadas esas inversiones por la cifra de las fianzas correspondientes a la construcción de cada uno de dichos tramos. Las expresadas fianzas, como vimos anteriormente, no pueden ser inferiores al 4 por 100 de la inversión prevista para cada tramo.

La aplicación del Arancel respecto a las demás notas no ofrece duda alguna, pues se estará a lo que disponen los números 1 y 10 del mismo, con la peculiaridad de que la práctica de las inscripciones de referencia deberá reflejarse, por las razones antes expresadas, no sólo en la certificación literal de la inscripción primordial, sino también en la primera copia de la escritura de concesión que motivó ésta.

La certificación literal indicada devengará honorarios por el total valor de la concesión únicamente a favor del Registrador del punto de arranque o cabecera de la concesión.

Finalmente, hay que tener presente las disposiciones del vigente Arancel relativas a la participación de la Mutualidad cuando las bases excedan de 100 millones de pesetas.

7. EFECTOS DE LA ADJUDICACION DE LA CONCESION: EXPROPIACION FORZOSA Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA. SU PROYECCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Conforme al artículo 16 de la Ley de Autopistas, el Decreto de adjudicación de la concesión implicará la declaración de utilidad pública de las obras. Por su parte, la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación por el Ministerio de Obras Públicas de los proyectos de trazado, en los cuales se definirá con precisión la zona objeto de expropiación, incluyendo los accesos y las áreas de servicio, y expresando asimismo los servicios y servidumbres afectados. Todos los bienes y derechos comprendidos en el interior de la línea poligonal que define la zona de expropiación se entenderán incluidos en la declaración de necesidad de ocupación. Esta se reputará urgente a los efectos establecidos en el artículo 52 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

La Ley de Autopistas regula en el artículo 20 la incidencia de la autopista sobre las propiedades adyacentes, distinguiendo tres zonas paralelas y colindantes a la arista exterior de explanación: *Zona de dominio*: Consiste en sendas franjas de terreno de ocho metros de anchura cada una a ambos lados de la autopista, medidas en horizontal y perpendicularmente al eje de ellas desde la expresada arista. *Zona de servidumbre*: Consiste en dos franjas de terreno a ambos lados también de la autopista, delimitadas interiormente por la zona de dominio y exteriormente por dos líneas paralelas a la arista de explanación y a 25 metros cada una de ésta. *Zona de afección*: Se delimita interiormente por la zona de servidumbre y en el exterior por dos líneas paralelas a la arista de explanación y a una distancia de 100 metros de ésta por cada lado.

La llamada *zona de dominio*, en unión con la ocupada por la autopista, los accesos y las áreas de servicio, pasarán al dominio público en los términos que luego veremos. La *zona de servidumbre* podrá ser utilizada por la Administración o el concesionario en determinados supuestos, siéndole aplicable todas las prohibiciones de la zona de afección. En diferentes ocasiones se ha puesto de manifiesto lo incongruente que resulta aplicar a terrenos ubicados en esta zona de servidumbre los preceptos de la ocupación temporal (art. 108 de la Ley de Expropiación Forzosa) cuando como consecuencia de las actividades realizadas en ellos (extracción de materiales) se altera sustancialmente su fisonomía y los fines del terreno.

Finalmente, en la denominada *zona de afección*, aparte de quedar prohibida toda clase de publicidad, hay que tener presente la fijación de una línea de edificación que se sitúa a ambos lados de la autopista y de sus accesos en los primeros 50 metros, medidos horizontalmente a partir de la arista exterior de la calzada. Desde esta línea hasta la autopista queda prohibida la construcción, reconstrucción o ampliación de cualquier tipo de edificación.

Expuestas estas ideas básicas y guiados por el deseo de que este trabajo sea lo más útil posible en el terreno de la práctica notarial y registral, vamos a centrar el estudio de las concesiones administrativas de autopistas en los dos períodos siguientes: Primero, el anterior a la consumación de la expropiación, definida ésta por el otorgamiento del acta de ocupación y pago. Segundo, el que viene determinado tras la ocupación y pago del justiprecio, y en ambos casos, respecto a los terrenos que integran la zona que pasará al dominio público.

1.º *Actuaciones y asientos durante la tramitación del expediente expropiatorio*

Una vez inscrita la concesión, el siguiente contacto entre la sociedad concesionaria y el Registro viene configurado por el artículo 3.º de la Ley de Expropiación Forzosa al determinar que «la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en Registros Públicos que produzcan presunción de titularidad», y, en el artículo 4.º de la misma, al hacer «preceptiva la citación en el expediente de expropiación a los titulares que resulten de dichos Registros Públicos».

Por consiguiente, y para que pueda practicarse la nota prevista por el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, el concesionario solicitará de los Registros de la Propiedad por cuyos términos atraviese la autopista la expedición de CERTIFICACIONES de dominio y cargas de las fincas afec-

tadas, así como, para el caso de que éstas figuren inscritas, la extensión de la nota marginal aludida.

No puede prescindirse de señalar la importancia de este asiento, configurado en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, y que la doctrina dominante considera como de modificación jurídica, para explicarse los requisitos que deben cumplir las instancias solicitando la expedición de certificaciones.

En la práctica la instancia irá suscrita por el Jefe del Departamento de Expropiaciones de la sociedad concesionaria, quien tendrá atribuida la representación de la sociedad mediante poder otorgado normalmente por el Presidente del Consejo de Administración de la misma con facultades para ello y en su caso debidamente legalizado. Una copia de dicho poder quedará en el Registro donde se haya practicado la inscripción principal, enviándose a los demás fotocopia del mismo. Como las instancias suelen llegar, no en bloque, sino en intervalos de tiempo que puede ser de meses, es indispensable que a falta de una copia autorizada del poder existente en cada Registro se realice la oportuna consulta sobre su subsistencia en el Registro donde conste archivada aquélla.

Como la nota prevista en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, si bien no supone una carga o una modificación de la titularidad dominical o de los derechos existentes sobre la finca, implica una alteración de su situación jurídica registral, en cuanto determina una prioridad respecto a las futuras relaciones jurídicas que accedan al Registro, e impide, por el juego de la fe pública registral, el desconocimiento del procedimiento de expropiación forzosa por los posteriores adquirentes de la finca o derechos, es conveniente que la instancia se presente por duplicado con objeto de archivar un ejemplar en la oficina, quedando de esta manera constancia en aquélla de haberse cumplido con el principio de rogación.

Hemos distinguido dos hipótesis: Una, que se conozcan los datos registrales de la finca; otra, que se desconozcan, pudiendo en este caso la finca estar o no inscrita.

En función de estas dos posibilidades, hemos redactado dos diferentes tipos de instancias que se adjuntan como *modelos A* y *B* respectivamente del *anexo 1*. En la práctica, sin embargo, es frecuente la omisión en las solicitudes de circunstancias que hacen verdaderamente difícil la busca de las fincas cuyos datos registrales no constan. En efecto, en ocasiones se describe la porción de la finca afectada por la expropiación pero no el conjunto; se omite la mención del titular de la misma y del paraje donde se ubica, con lo que incluso respecto a las que vienen identificadas por unos datos de inscripción cabe plantearse la duda de si son o no las mismas afectadas por la autopista. Ante este hecho hay tres alternativas:

a) No admitir como válidas las referidas instancias, devolviéndolas al interesado conforme al artículo 341 del Reglamento Hipotecario. b) Expedir certificación negativa con la seguridad de que la finca, tal como se describe en la instancia, no estará inscrita. c) Hacer una investigación en los índices de fincas y de personas cuando, en el caso de instancias sin datos registrales, consta el paraje y el titular por lo menos.

En todo caso, estimamos que debe ser el Registrador quien decida en cada supuesto si ha de prevalecer o no la idea de eficacia y colaboración del Registro frente a la exigencia sin paliativos de la forma en la redacción de las solicitudes.

Tratándose de fincas de concentración parcelaria cuyos datos registrales serán proporcionados, por lo general, por el solicitante, la busca y localización de las fincas puede llevarse a cabo con absolutas garantías utilizando: primero, el fichero de rústicas concentradas existente en el Registro; luego, identificando la finca por el número del polígono y parcela en los planos proporcionados por concentración y comparando sus linderos y trazado con los que han sido obtenidos mediante fotogrametría por los servicios de la concesionaria y que fácilmente pueden localizarse por el número del expediente que obra en la solicitud.

La presentación de las instancias en el Libro Diario se realizará de manera que todas las que lleguen de una vez al Registro, agrupadas, motiven un asiento como si de una sola solicitud se tratara. En aquél se hará una breve relación de las fincas afectadas mediante la indicación del número de su expediente, paraje y término municipal en que se hallaren.

La expedición de certificaciones puede plantear tres casos distintos:

1.º La finca se identifica claramente en el Registro como la que figura en el expediente de expropiación afectada por la autopista. Se utilizará el *modelo 1* del *anexo 2* y se practicará la nota marginal del artículo 32.

2.º Se duda de que la finca que figura en los libros con unos datos registrales determinados sea aquella a la que se refiere la instancia. Ante esta falta de certeza absoluta se utilizará el *modelo 2* del indicado anexo, no practicándose la nota del artículo 32 mientras no se confirme por el solicitante su efectiva inclusión en el expediente de expropiación.

3.º La finca no se encuentra inscrita. Se utilizará el *modelo* de certificación negativa que hemos señalado con el *número 3* en el repetido anexo.

Si la finca que figura en la instancia se identificara en el Registro pero figurara en el expediente como de persona distinta a la que resulta del Registro, entendemos que puede practicarse la nota del artículo 32, pues a esta conclusión inclina el examen de la regla segunda del citado artícu-

lo, que exige, para que «los títulos de expropiación puedan inscribirse, que el expediente se entienda con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente», de lo que se infiere que si en su día el acta de ocupación y pago puede llegar a inscribirse aun en supuestos de tracto roto, siempre que por lo menos se haya tenido en cuenta a los causahabientes del titular registral, se está admitiendo que previamente se pueda practicar la nota marginal expresada, la cual en nada altera la titularidad, facultades dispositivas y estado de cargas de la finca en cuestión.

La expedición de certificaciones motivará los honorarios que resulten de la aplicación normal del Arancel, a cuyo importe habrá que añadir los derivados de la presentación en el Libro Diario de las instancias y la práctica de las correspondientes notas complementarias.

La nota del artículo 32 del Reglamento Hipotecario devengará, conforme al número 9 del Arancel, 25 pesetas. Su redacción puede hacerse conforme al *modelo* contenido en el *anexo* 3.

En los casos de ocupación previa en la expropiación de urgencia del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, podrá practicarse la anotación preventiva prevista en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, si bien, como con razón dice CAMY, los beneficios que con esta anotación pueden conseguirse en el orden registral superan en poco los que ya se venían consiguiendo con la nota marginal estudiada. El principal, sin embargo, consiste en ampliar a cuatro años, contados desde su fecha, el plazo de tres establecido para la nota marginal. Ahora bien, dado que la anotación exige que se verifique a favor de un titular determinado, esta cuestión nos lleva de la mano a lo que básicamente constituye la razón de ser del apartado segundo, dedicado a los asientos posteriores al acta de ocupación y pago.

2.º *Asientos posteriores al acta de ocupación y pago*

Para que en el procedimiento de expropiación forzosa ésta surta sus efectos jurídicos plenos (constitutivos, modificativos o traslativos, según los casos) es imprescindible la ocupación y el pago o consignación o depósito del justiprecio. Aquélla deberá formalizarse en acta, a la que se unirá la del pago, o, en su defecto, el documento que acredite la expresada consignación o depósito. En el caso que examinamos la cuestión que más ha preocupado a la doctrina es la de si tras la ocupación y pago los bienes afectados por la expropiación hacen tránsito al Estado, y en este supuesto, con qué carácter, o si, por el contrario, pasan a ser propiedad de la sociedad concesionaria.

Con anterioridad a la Ley de Autopistas, la condición de beneficiario

atribuida al concesionario (arts. 2.º de la Ley de Expropiación Forzosa y 3.º de su Reglamento) y los términos del artículo 63 del Reglamento Hipotecario, que prevé la inscripción a favor de aquél de las «fincas o derechos inscritos que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación», configuraban la segunda opinión como claramente predominante. Esto es, los bienes expropiados los adquiriría el concesionario, quien, por tanto, debía inscribirlos a su nombre, sin perjuicio de la reversión al Estado al término de la concesión. Este es el criterio mantenido por la Dirección General de Registros y del Notariado en Resolución de 17 de marzo de 1972, en la que, aparte de matizar que en el supuesto contemplado no existía el título inscribible previsto en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario al no haberse formalizado la ocupación y el pago, señalaba que frente al genérico precepto contenido en el artículo 6.º del citado Reglamento debía prevalecer la norma más específica del artículo 63 del mismo.

La Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972, en su artículo 17, y la cláusula 56 del Pliego de Cláusulas Generales de 25 de enero de 1973, tras establecer que los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público del Estado desde su ocupación y pago, impone al concesionario la obligación de inscribirlos en el Registro de la Propiedad a favor de aquél y de solicitar del mencionado Registro la extensión de la nota marginal prevenida en el artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario.

Lo categórico de las disposiciones citadas influyó en que autores como CAMY (1) dieran por zanjadas las especulaciones en torno al tema, sin adentrarse en la cuestión de la aparente incompatibilidad entre aquellas normas y las que atribuyen a la sociedad concesionaria la condición de beneficiario. Por otro lado, el artículo 63 del Reglamento Hipotecario continuaba con la misión específica presunta de reglamentar las inscripciones de bienes afectados por la expropiación, sin que el argumento de ser posteriores los preceptos de la Ley de Autopistas y del Pliego de Cláusulas Generales fuera considerado por algunos como decisivo.

Parece que en el fondo es la idea que anida en CHICO ORTIZ (2) cuan afirma que, en teoría, el mecanismo sería: En primer lugar, la inscripción a nombre del Estado de los bienes expropiados; en segundo término, la inscripción de la concesión en sí a través de la escritura pública correspondiente, y tercero, la posterior incorporación de los bienes expropiados

(1) CAMY: «Comentarios a la Resolución de 17-3-1972», en *Revista de Derecho Privado*, tomo LVI (año 1972), págs. 1040 y ss.

(2) CHICO ORTIZ: «Comentarios a la Resolución de 17-3-1972», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVII (año 1974), págs. 1004 y ss., y *Complemento al Derecho Hipotecario y su legislación*, Edit. Montecorvo, S. A., págs. 254 a 258.

a la concesión, inscribiéndose especialmente a nombre de la misma y haciendo constar su incorporación por nota marginal a la inscripción de la concesión. Al no tener posibilidad documental de inscribir los bienes a nombre del Estado, continúa diciendo, ya que la documentación administrativa de la expropiación forzosa sólo legitima al beneficiario (acta de ocupación y pago o acta de ocupación y documento que acredite la consignación o el depósito del justo precio), 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.

A nuestro juicio, la Ley de Autopistas y el Pliego de Cláusulas Generales no se dictaron en oposición a los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, en cuanto a la regulación que éstos efectúan de la figura del beneficiario, ni tampoco dejan sin virtualidad jurídica al artículo 63 del Reglamento Hipotecario (que se refiere a supuestos distintos de las concesiones administrativas de autopistas). El error consiste en creer que «beneficiario» en la expropiación forzosa es sólo aquel que adquiere la titularidad dominical plena de los bienes expropiados. En este sentido, y de acuerdo con esta concepción, es evidente que el concesionario de una autopista no lo sería por exigencias de la propia naturaleza jurídica de la concesión (de obra y sobrevenidamente de dominio y uso público) (3).

Así lo entendió, al parecer, el Consejo de Estado en su dictamen de 24 de junio de 1966, sobre el Pliego de Cláusulas Administrativas para el concurso de construcción, conservación y explotación de las autopistas Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró, cuando afirma que «puesto que el concesionario no ha de adquirir los bienes expropiados para sí, ni deben pasar a integrar su patrimonio, resulta más correcto no atribuirle la condición de beneficiario, sino decir simplemente que asume las obligaciones que corresponden al beneficiario, con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa».

Creemos que esta conclusión llega demasiado lejos. Más bien estimamos que la Ley de Autopistas y el Pliego de Cláusulas Generales han creado la figura de un beneficiario «sui generis», al que si bien no se le puede atribuir la propiedad de los bienes expropiados, no hay por qué negarle el reconocimiento pleno de las demás cualidades, facultades y deberes que comporta tal consideración. Y esta configuración no es antagónica con el artículo 3.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, sino

(3) GÓMEZ-FERRER MORANT: «En torno a la Ley de autopistas de peaje», en *Revista de Administración Pública*, núm. 68 (año 1972), págs. 325 y ss.

una matización del mismo que desarrolla sus posibilidades dentro de una hermenéutica ortodoxa.

Queda todavía sin explicar la función que desempeña el artículo 63 del Reglamento Hipotecario en el contexto de la inscripción de las concesiones administrativas. Compartimos con PAREJO GAMIR la idea de su inaplicabilidad a las concesiones que nos ocupan. El proyecto indicado, pensado para las clásicas concesiones de obra de la Ley de 1877, no encuentra su objeto adecuado en las concesiones mixtas de obra y dominio, en las que éste es el elemento básico hacia el que se desplaza el centro de gravedad. La importancia de la obra tan sólo se estima en función de la incorporación futura al dominio público del resultado de aquélla. Por consiguiente, sentado como indiscutible el tránsito al Estado de los bienes expropiados tras la ocupación y pago (o consignación o depósito del justiprecio) de los mismos; considerado inaplicable el artículo 63 del Reglamento Hipotecario a este tipo de concesiones, sólo nos resta examinar la problemática de la inscripción de los bienes incorporados al dominio público a la luz de los escasos preceptos que la legislación hipotecaria vigente dedica a la materia y plantearnos la posibilidad de nuevas fórmulas que resuelvan las dificultades prácticas surgidas de una regulación técnica desfasada e imprecisa.

El artículo 4.º del Reglamento Hipotecario señala como inscribibles «los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan, y, por tanto, los del Estado, la Provincia, el Municipio y entidades civiles o eclesiásticas». A continuación el artículo 5.º del citado Reglamento dice que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exceptuados de la inscripción: Primero. 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».

Por último, el párrafo segundo del artículo 6.º del referido texto legal determina que «si un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiriere la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo anterior, se hará constar esta circunstancia por nota marginal».

FERNÁNDEZ CABALEIRO, en su comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1972 (4), tras sentar la conclusión de que es el Estado quien realiza la expropiación y adquiere los bienes que se incorporan al dominio público, adquiriendo el concesionario un derecho real sobre los bienes

(4) FERNÁNDEZ CABALEIRO, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1972, núm. 491, págs. 876 y ss.

expropiados, precisa el juego de los preceptos anteriormente transcritos afirmando que debe procederse a la práctica de las siguientes operaciones registrales: En primer lugar, se extenderá al margen de las fincas expropiadas la nota marginal prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario. En segundo lugar, se inscribirá la concesión administrativa, y como consecuencia de ésta se practicará al margen de las fincas expropiadas la oportuna nota marginal que acredite que han pasado a formar parte integrante de la obra pública.

A la luz de la doctrina tradicional, que exceptúa de la inscripción en el Registro a los bienes de dominio público, el criterio apuntado por FERNÁNDEZ CABALEIRO es correcto. Los inconvenientes, sin embargo, de una técnica que se nos antoja hoy día imprecisa e insuficiente saltan a la vista: 1.º Imposibilidad de practicar la anotación preventiva prevista en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, aunque de la misma se deriven los limitados efectos que expusimos anteriormente. 2.º Limitación de la constancia registral de su incorporación al dominio público a las fincas inscritas (art. 62 del Reglamento de Expropiación Forzosa). 3.º Después de practicar al margen de las fincas expropiadas la nota marginal del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, lo más que podrá hacerse, y así parece deducirse de los términos empleados por FERNÁNDEZ CABALEIRO, es acreditar mediante otra nota que las fincas «han pasado a formar parte integrante de la obra pública», sin que conste en el fondo de la misma el derecho real del concesionario sobre un bien de dominio público que previamente se ha exceptuado de la inscripción.

Recientemente se apunta, sin embargo, por los estudiosos del tema una dirección diferente. Concretamente la obra de PAREJO GAMIR (5) *Protección registral y dominio público* brinda en esta materia posibilidades tan amplias, que bien puede considerarse como fundamental en lo sucesivo a la hora de encontrar soluciones prácticas a los problemas hasta aquí planteados. El autor en la obra citada expone que la regulación positiva de la inscripción de los bienes de la Administración aparece, *extra legem*, al amparo de confusas e incluso contradictorias disposiciones administrativas hasta 1915, fecha en que el Reglamento Hipotecario la incorporó a su articulado. Hasta éste, la regla general era la obligación de inscribir todos los bienes cuya titularidad fuere imputable a la Administración Central o Local. De esta regla general se hacía una excepción: La de aquellos bienes (ríos, riberas del mar, calles, plazas, etc.) que tenían por su propia esencia una ostensibilidad, respecto de la cual era sólo un añadido inútil la publicidad derivada del Registro. El Reglamento de 1915,

(5) PAREJO GAMIR, Roberto: *Protección registral y dominio público*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975.

aun conservando las propias palabras del Real Decreto de 1864, cambia rotundamente su sentido. En efecto, de la obligación de inscribir todos los bienes del Estado se pasa a la posibilidad de inscribir todos los bienes inmuebles que pertenezcan a aquél o a las Corporaciones Públicas. La excepción relativa a los bienes demaniales adquiere ante esta facultad discrecional un matiz diferente del que tenía cuando la norma establecía la regla general de la inscripción obligatoria, y que ante un examen ahistórico y escueto del precepto reglamentario ha dado pie a la exclusión del Registro de los referidos bienes sostenida por la mayoría de la doctrina y avalada por una jurisprudencia dubitativa e imprecisa. El *status* descrito perdura en la actualidad en nuestra legislación hipotecaria vigente con muy leves matices de expresión en la forma que ha quedado transcrita arriba. Ahora bien, la exclusión referida, dice PAREJO GAMIR, puede entenderse de dos maneras: Como principio, en cuyo supuesto los libros del Registro estarán cerrados al demanio; o como dispensa, y esta última es, precisamente, la posición del autor de la obra comentada al afirmar que la razón de la dispensa de la obligación general de inscribir se encuentra en la ostensibilidad general o publicidad patente que caracteriza a los bienes que la componen, y cuya comprobación efectiva sólo podrá hacerse dentro del marco procesal adecuado, esto es, en el juicio ordinario. En la actualidad no es predicable de todo el dominio público, sino tan sólo de algunas zonas del mismo, por lo que aquél está en gran parte expuesto a la eficacia del Registro de la Propiedad. De ahí llega a la conclusión del gran error, consistente en seguir buscando la protección del patrimonio administrativo por la vía de declaraciones generales y abstractas, con lo que justamente se logra lo contrario: La absoluta desprotección de los bienes que integran el dominio público frente al Registro.

La puesta en práctica de las ideas expresadas, sin modificar el actual sistema defensivo decadente otorgado a los bienes demaniales, lo vigoriza al complementarlo con la dinámica y eficacia derivada de la publicidad registral dentro de una estructura de mecánica sencilla que en líneas generales sería la siguiente: La persona que ostente a estos efectos representación de la sociedad concesionaria—habitualmente el Jefe del Departamento de Expropiaciones—solicitará, como vimos antes al pedir la expedición de certificaciones, la práctica de la nota marginal prevenida en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario. Asimismo, el representante de la Administración—Jefe Provincial de Carreteras—, una vez firmada el acta previa a la ocupación y en unión del resguardo de depósito provisional, podrá solicitar la extensión de la anotación preventiva a que se refiere la regla 3.^a del precepto referido. Dicha anotación se practicará a favor del Estado, haciéndose constar la naturaleza del bien expropiado

como de dominio y uso público. La virtualidad de la misma, como expusimos anteriormente, se limita a prolongar los efectos de la nota marginal durante el período de tiempo señalado en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, esto es, cuatro años, prorrogables por otros cuatro más a partir de la fecha del asiento. Difícil será que transcurrido tan dilatado lapso de tiempo no se haya llegado a formalizar el acta de ocupación y pago que dará paso a la inscripción de la finca en cuestión como bien demanial mediante la conversión de la anotación practicada.

En este punto creemos que conviene hacer dos aclaraciones: La primera, que es obvio que nos estamos refiriendo al supuesto de *fincas inscritas*. La segunda, que debe distinguirse según la expropiación se refiera a la totalidad de la finca o sólo a parte de ella. Si la expropiación afecta a la totalidad de la entidad hipotecaria se extenderá, con el número de orden correlativo que corresponda, un asiento de conversión en inscripción que refleje su definitiva incorporación al dominio público, y a continuación en asiento diferente se hará constar el derecho real del concesionario sobre el bien demanial, con referencia suficiente a la inscripción de la concesión. En ésta, a su vez, se extenderá una breve nota marginal de referencia a la finca sobre la cual pesa el expresado derecho real.

Cuando la expropiación sólo afecte a una porción de la finca inscrita, tanto la nota marginal del artículo 32 del Reglamento Hipotecario como la anotación preventiva en el mismo recogida deberán señalar con la necesaria precisión la descripción y cabida de la parte ocupada, que tras el acta de ocupación y pago servirán de base objetiva a la entidad registral, que abrirá folio nuevo a favor del Estado.

Nos encontramos ante un peculiar caso de segregación forzosa impuesta por la dinámica de la expropiación de los bienes afectados por la autopista (art. 1.º, 8, de la Orden de 9 de marzo de 1964), y en la que la rogación de su constancia registral se entiende implícita por la firma de aquellas actas por parte del titular de la finca.

Los expresados documentos, con la variante tantas veces repetida, consistente en la sustitución del acta de pago por el documento que acredite la consignación del justo precio o el resguardo de depósito del mismo, serán títulos inscribibles (arts. 32, 4.ª, del Reglamento Hipotecario, 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 55 del Reglamento de Expropiación Forzosa), e idóneos, por tanto, para llevar a cabo:

1.º La segregación e incorporación al dominio público de la porción de finca afectada por la expropiación.

2.º La constancia registral (inscripción 2.ª) del derecho del concesionario y la nota al margen de la inscripción de la concesión en los términos que arriba quedaron expuestos, sin perjuicio en cualquier caso de reflejar

suficientemente en el contexto de la inscripción 1.^a, y mediante nota al margen de la anotación, la conversión de ésta.

Nos quedan por examinar, dentro del breve esquema de este trabajo, que pretende solamente apuntar unas sencillas orientaciones sobre la materia, los supuestos de fincas *no inscritas* y de fincas cuyo *tracto registral se ha roto*.

En el primer caso, la regla 4.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario y el último párrafo del artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa determinan la inmatriculación de las fincas afectadas por la expropiación mediante los títulos inscribibles (acta de ocupación y pago) antes señalados. Es evidente que en los casos de expropiación parcial de una finca lo que abrirá folio registral será una entidad delimitada objetivamente por los linderos y cabida de la porción afectada que se incorporará al dominio público en la primera inscripción, y cuya inscripción segunda reflejará el derecho real del concesionario.

Tratándose de fincas cuyo tracto registral se encuentre interrumpido, ya dijimos anteriormente que la regla 2.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario permite afirmar la posibilidad de practicar primero la nota marginal de expedición de certificación, luego la anotación preventiva a favor del Estado y por último su conversión en inscripción a nombre de éste, siempre y cuando resulte del expediente que el procedimiento se ha seguido con el titular registral o quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, requisito que si bien no lo consideramos necesario para extender la nota marginal de la regla 1.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, sí se infiere para los otros dos asientos.

Del contenido del acta previa a la ocupación y de las actas de ocupación y pago, al que específicamente se refieren el artículo 55 del Reglamento de Expropiación Forzosa y la Orden de 9 de marzo de 1964 (ver anexo 4), nos interesa destacar lo tocante a la descripción de la finca, y concretamente la problemática planteada en los casos de expropiaciones que afecten tan sólo a una porción de finca. En efecto, en tanto no se formaliza el acta de ocupación y pago, no existe sobre la finca objeto de expropiación traba alguna que impida su tráfico jurídico normal (venta, donación, herencia, etc.), sin perjuicio, claro está, de los efectos que puedan derivarse respecto al dominio, cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la nota marginal o en su caso a la anotación preventiva previstas en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario. (Si bien la regla 5.^a del citado artículo habla de dominio y las cargas ... inscritas con posterioridad a la «nota marginal», es evidente que debe entenderse incluida en la referencia la anotación preventiva que se practique para prolongar los efectos de aquélla.)

Sin embargo, el ejercicio de la función notarial tropieza con el grave escollo de que al fedatario público que autoriza un documento comprensivo de alguna finca afectada por la autopista no le consta por examen del antetítulo la situación que posiblemente en cambio el Registro de la Propiedad refleja con exactitud. Si el Notario actúa en una zona en la que la existencia del procedimiento expropiatorio resulta pública y notoria, podrá dirigirse al Registro o Registro de la Propiedad correspondientes y recabar la información necesaria. Pero si, por el contrario, no tiene conexión alguna con la zona afectada, la ignorancia o la mala fe de los otorgantes pueden compelerle a autorizar un documento inexacto en mengua y desprestigio, siquiera sea involuntario, de la institución que representa. Si en el mejor de los casos este documento accediera al Registro, por no haber trascendido al mismo el acta de ocupación y pago, el asiento a que diera lugar podría ser en su día cancelado o modificado sustancialmente como consecuencia de la nota marginal o anotación preferentes a que arriba aludimos. Este problema, que en su proyección sobre la vida registral se plantea en términos más amplios y distintos al tema que nos ocupa, tiene, sin embargo, en el caso de las expropiaciones por razón de autopistas, una solución que en principio parece más fácilmente accesible que en otros supuestos: Consiste en estimular a los titulares de fincas inscritas afectadas por la expropiación para que tras el levantamiento de las actas previas de ocupación comparezcan ante Notario a fin de formalizar la oportuna segregación de la porción afectada, que de esta manera quedará preparada para la constancia registral de las actuaciones subsiguientes. La presencia del Notario en la reunión que a efectos del levantamiento del acta previa tenga lugar en el Ayuntamiento respectivo, aparte de que está prevista en el apartado 3.º del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, puede facilitar el cumplimiento del objetivo apuntado como solución, y cuya repercusión económica sería asumida por la sociedad concesionaria. Pero es este último aspecto, en su vertiente fiscal, el que ofrece una dificultad que creemos insalvable: En efecto, mientras en el caso que hemos denominado «segregación forzosa», derivada de la llegada al Registro del acta de ocupación y pago, no nos encontramos propiamente ante una segregación, siquiera revista en su dimensión técnica la forma de ésta, sino ante un asiento que produce una contracción de la base objetiva, surgiendo una propiedad *ex novo* a favor del Estado, en el supuesto de la segregación realizada notarialmente como preparación a las actuaciones expropiatorias, se trata de un acto de dominio del propietario, voluntario, aunque tienda a la consecución de una finalidad que presente características imperativas, y que, a nuestro juicio, no encuentra

encaje entre las exenciones o bonificaciones reconocidas por las disposiciones vigentes.

Admitida, pues, la dificultad de llevar a cabo una adecuada preparación registral de la porción de finca afectada por la expropiación hasta la formalización del acta de ocupación y pago, lo que en cambio no sólo resulta posible, sino incluso necesario, es que tanto en el acta previa de ocupación como en la de pago (véase *anexo 4*), además de figurar con precisión en el anverso de las mismas y en el encasillado correspondiente la descripción y linderos de la finca matriz, se haga constar (en el reverso) la descripción de la porción expropiada, su cabida, y conforme al artículo 47 del Reglamento Hipotecario, la descripción de la porción restante cuando esto fuere posible o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y lindero o linderos por donde se haya efectuado la afectación a la autopista y, por ende, la incorporación al dominio público.

Una última consideración viene impuesta por el artículo 238 de la Ley de 12 de enero de 1973 de Reforma y Desarrollo Agrario en relación con las fincas concentradas afectadas por una autopista. El expresado artículo dice: «Incorporada al Registro de la Propiedad la nueva ordenación, no podrá tener acceso al mismo ningún título que implique alteración en el perímetro de las fincas afectadas por la concentración si no se presenta acompañado de un croquis en papel transparente, a la misma escala que en el plano que obre en el Registro, y que refleje con suficiente claridad, a juicio del Registrador, la alteración de que se trate. El Registrador archivará el plano como adicional al plano general de la zona concentrada.»

Examinado el precepto transcrito desde la perspectiva del tema que nos ocupa, parece reducirse su aplicación a los supuestos de expropiaciones parciales, único caso en que el perímetro de la finca concentrada se verá alterado una vez formalizada la ocupación y pago, y momento en que una nueva entidad hipotecaria surgirá a la vida registral, quedando la matriz cercenada por la porción que se incorpora al demanio. Entendemos, sin embargo, que el espíritu que anima al precepto comentado, interpretado además en relación con los demás del texto legal referido, exige que en cualquier caso de expropiación, sea parcial o total, bien se refleje el acta de ocupación y pago en la forma tradicional (art. 6.º del Reglamento Hipotecario), bien en la forma aquí propuesta, se reciba en nuestras oficinas un nuevo juego de planos con el perfil del trazado viario o los primitivos, a los que se una un croquis en papel transparente de la autopista, acompañados, en un caso u otro, de tantas copias legitimadas notarialmente por el fedatario que protocolizó el acta de reorganización de la propiedad como fincas sean las afectadas.

8. DERECHOS REALES SOBRE LA CONCESION, CON ESPECIAL MENCION DE LA HIPOTECA EN GARANTIA DE LA EMISION DE OBLIGACIONES

No pretendemos en este último apartado agotar una materia que por sí sola justificaría un estudio monográfico, sino tan sólo verter unas cuantas reflexiones que, a manera de orientaciones esquemáticas, ayuden a resolver las principales cuestiones que se plantean en la práctica.

El último párrafo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario señala que: «Los derechos reales que en cada término graven la concesión o los terrenos adquiridos se inscribirán bajo el mismo número que lleve la inscripción primordial o la de referencia conforme al artículo anterior.»

Lo primero que salta a la vista es la inexplicable confusión del artículo reseñado, que recoge en un mismo tratamiento los derechos reales sobre la concesión y los que pesan sobre los terrenos adquiridos. ‘

En relación a este último supuesto distinguiremos dos hipótesis: Primera. Derechos reales que graven los terrenos afectados por la autopista y que sean anteriores a la nota marginal del artículo 32 del Reglamento Hipotecario. Estos se trasladarán en las sucesivas transmisiones que ocurran durante el procedimiento, reflejándose en los respectivos asientos donde consten aquéllos. Para cancelarlos deberá constar que los interesados han sido citados en forma legal y que concurrieron por sí o debidamente representados al pago o que se consignó el precio (regla 5.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario).

Segunda. Derechos reales constituidos después de la nota marginal antes expresada. Se cancelarán al inscribirse el acta de ocupación y pago, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente. Tanto en un caso como en otro, la existencia de los mismos para nada debe reflejarse en la inscripción de la concesión.

Los derechos reales que se constituyan sobre la concesión se harán constar bajo el mismo número que lleve la inscripción primordial o las de referencia en los libros donde se hubieren practicado aquélla y éstas. Al estudio del derecho real de *hipoteca en garantía de la emisión de obligaciones por la sociedad concesionaria* vamos a referirnos a continuación.

a) *Título inscribible.*—Es la primera copia autorizada de la escritura de emisión de obligaciones y constitución de hipoteca. Dicha escritura será otorgada por el Presidente de la sociedad concesionaria y el Comisario del Sindicato de Obligacionistas. Deberá presentarse en el Registro correspondiente al punto de arranque y sucesivamente en los demás don-

de se inscribió la concesión, debidamente legalizada y acompañada de la carta de pago del impuesto.

El Presidente del Consejo de Administración y el Comisario actuarán en base al acuerdo de la Junta General, que constará en la certificación expedida por el Secretario general de la sociedad, con el visto bueno del Presidente, cuyas firmas deberán estar legitimadas, expresando además el Notario que, según le consta, continúan en el ejercicio de su cargo.

Conforme a la Ley de 31 de octubre de 1975, para la validez del acuerdo de emisión es preceptiva la intervención del letrado asesor, que quedará suficientemente reflejada en el acta que del acuerdo se expida.

En la escritura se incorporarán, además de la certificación expresada, el oficio de la Dirección General de Política Financiera del Ministerio de Hacienda autorizando la emisión de obligaciones hipotecarias; el traslado de la orden ministerial, fijando en base al artículo 12 de la Ley de Autopistas, en relación con el respectivo Decreto de adjudicación, el tanto por ciento de bonificación; el traslado—efectuado mediante la comunicación pertinente—de la orden de la Junta de Inversiones declarando las obligaciones aptas para la inversión de los rendimientos ajenos depositados en las Cajas de Ahorro y para la materialización de las reservas del Instituto Nacional de Previsión y de las Mutualidades Laborales, así como el traslado del acuerdo de la Junta de Inversiones sobre inclusión en la lista de valores aptos para la materialización de las reservas de las Sociedades de Seguros.

En síntesis, el contenido de la escritura, aparte de lo relativo a la comparecencia e intervención, constará de las siguientes partes:

A) *Antecedentes*.—En este apartado se hará referencia a la escritura de constitución de la sociedad concesionaria, su domicilio, objeto social, capital social, datos de inscripción en el Registro Mercantil, Decreto de adjudicación de la concesión a aquélla y escritura en que se formalizó ésta, y, finalmente, datos registrales correspondientes a la inscripción principal y somera determinación de los Registros donde se practicaron las inscripciones de referencia.

B) *Emisión de obligaciones*.—Las circunstancias resultan del artículo 154 de la Ley Hipotecaria y son las siguientes: Su naturaleza, número y valor; la serie o series a que corresponden; fecha de emisión; tipo de emisión; gastos que se deriven de los títulos; interés bruto y neto; plazos de pago de los intereses; lugar de pago de los intereses y del capital; plazo y forma en que han de ser amortizados; detalles de su suscripción y desembolso, y, finalmente, referencia suficiente a la autorización del Ministerio de Hacienda y demás órdenes y acuerdos antes señalados y cuya

documentación acreditativa de los mismos quedarán incorporados a la matriz. En este apartado quedará asimismo constancia del nombramiento de Comisario del Sindicato de Obligacionistas.

C) *Constitución de hipoteca.*—Deberá especificarse el importe total de la serie emitida y su denominación, los intereses garantizados y la cantidad fijada para costas y gastos. Entre las demás cláusulas normales (extensión objetiva de la hipoteca, vencimiento anticipado, procedimientos de ejecución, etc.) es preciso fijar, a los solos fines de que sirva de tipo, en su caso, en la subasta, un valor de tasación que no prejuzga en modo alguno el valor real de la concesión. Además, cuando los títulos sean al portador deberá expresarse que la hipoteca queda constituida a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones. (En la práctica de nuestro país, las obligaciones emitidas son generalmente al portador.) Trátándose de títulos endosables, habrá de consignarse, además del nombre del primer tenedor, cuando esto sea posible, que la hipoteca queda constituida a favor de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos de los mismos.

D) *Constitución del Sindicato de Obligacionistas.*—En este apartado deberá hacerse constar fundamentalmente el nombramiento del Comisario, la aceptación del cargo y la aceptación por parte del mismo de la hipoteca. Los demás particulares del Sindicato de Obligacionistas quedarán reflejados en la certificación del acuerdo de emisión de obligaciones, en la que se reflejará, asimismo, la constitución de aquél, y que quedará, como dijimos anteriormente, incorporada a la matriz.

Por lo que se refiere a los títulos del artículo 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil y Ley de 24 de diciembre de 1964 se deducen las características siguientes: Habrán de ser talonarios y de doble matriz, quedando una de las matrices depositadas en el Registro Mercantil de la provincia y la otra en poder de la entidad emisora. Los títulos contendrán: Su designación específica; las características de la sociedad emisora y el lugar donde deban efectuarse los pagos; la fecha de la escritura de emisión, el Notario autorizante y el número respectivo de su protocolo; el importe de la emisión en moneda española; el número, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título, si los tuviere; la garantía hipotecaria de la emisión, expresando el número, folio, libro y fecha del asiento de que se trate, con indicación de cuál sea el Registro de la Propiedad (6); la reseña

(6) La imposibilidad de hacer constar en los títulos la totalidad de datos registrales correspondientes a los asientos donde consten la inscripción principal y las de referencia, nos lleva a proponer dos soluciones: limitar la referencia a la ins-

de la inscripción de la emisión en el Registro Mercantil y la firma, por lo menos, de un consejero o administrador que, conforme al Decreto de 7 de julio de 1965, en relación con el de 21 de febrero de 1958, podrá efectuarse mediante estampilla.

b) *Circunstancias de las inscripciones*.—Distinguiremos, como ya hicimos arriba al tratar de la inscripción de la concesión, entre inscripción principal y de referencia.

1.º *Inscripción principal*.—Se practicará en el Registro a que corresponda el punto de arranque de la autopista. El esquema del asiento será el siguiente: Definición de la concesión administrativa en la forma en que se hizo en la inscripción 1.ª Estado de cargas. Valor de tasación a efectos de subasta. Referencia a la sociedad anónima titular de la concesión. Reseña de la representación de ésta para el acto que motiva el asiento. Expresión detallada de la emisión de obligaciones y características de éstas. Constitución de la hipoteca e importe comprensivo del principal, intereses y cantidad para gastos y costas, en su caso, que garantiza; aceptación de la hipoteca por el Comisario, cuyo nombramiento, circunstancias personales y aceptación del cargo se reseñarán brevemente. Expresión de constituirse la hipoteca (en el caso de obligaciones al portador) a favor de los tenedores presentes y futuros de dichos títulos. Datos relativos a la escritura de emisión y documentos a ella incorporados, así como de su presentación en el Diario; referencia al pago del impuesto; fecha y firma.

2.º *Inscripciones de referencia*.—El último párrafo del artículo 63 del Reglamento Hipotecario, al remitirse al artículo 62 del mismo Reglamento, plantea la duda de si la frase «conforme al artículo anterior» comporta que las inscripciones de referencia que hayan de practicarse en los demás Registros por los que atraviere la autopista se verificarán mediante la presentación de la certificación literal expedida por el Registrador de la cabecera en la que conste haberse inscrito la hipoteca en garantía de la emisión de obligaciones. El carácter particular que tiene el último de los preceptos señalados y una correcta interpretación de ambos nos lleva a la conclusión de que la referencia al artículo 62 del Reglamento Hipotecario se limita a las circunstancias de los asientos, pero no al título en cuya virtud éstos habrán de practicarse, y que, por consiguiente, será la escritura de emisión.

cripción principal, lo que estimamos como suficiente, o bien ampliarla comprendiendo los datos de presentación en el Libro Diario en los Registros donde se practicaron las inscripciones de referencia, pero concretando esta referencia al número de orden de presentación, folio y número del Diario.

También en este caso cabe llevar a cabo una inscripción de referencia extensa y unas concisas. La primera contendrá: La definición de la concesión administrativa. Su estado de cargas. Su valor de tasación a efectos de subasta. Referencia a la sociedad concesionaria y breve reseña de la emisión de obligaciones (número y valor, clase y fecha de la emisión y designación de la emisión si fuere conocida de una manera específica). Referencia a la hipoteca constituida a favor de los tenedores presentes y futuros de las obligaciones y expresión de la cantidad total garantizada por principal, intereses, costas y gastos. Reseña de la escritura de emisión y de su presentación en el Libro Diario. Expresión de haberse pagado el impuesto; fecha y firma. En las inscripciones concisas que se hagan se omitirá la referencia a la presentación del título en el Registro y del pago del impuesto, sustituyéndose por la referencia a la extensa.

Sólo nos resta añadir antes de pasar el último apartado de este trabajo una breve referencia al problema apuntado por CAMY (7), y que deriva del artículo 90, párrafo segundo del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor para inscribir en este Registro la emisión de obligaciones garantizadas con hipoteca, ésta deberá previamente inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente. Las consecuencias que pueden originarse por el rechazo en su día en el Registro Mercantil de la escritura de emisión podrían obviarse, según el autor citado, cuya tesis compartimos plenamente, tomándose primero en el Registro Mercantil anotación preventiva por el defecto de la falta de inscripción previa en el de la Propiedad, único defecto que no impediría la inscripción de la hipoteca en el de la Propiedad, y tras ésta, la conversión de aquella anotación en inscripción.

c) *Honorarios*.—Aparte de los que deriven de la presentación en el Diario y de las notas al pie del título y al margen del asiento de presentación, cabe decir que las dificultades que para fijar el valor de la concesión quedaron expuestas más arriba, y las diversas soluciones ofrecidas resultan aquí prácticamente inoperantes, ya que la base sobre la que se aplicará el número 3 del arancel será el montante total de la responsabilidad (principal, intereses y costas) distribuido en cada término o sección en proporción al número de kilómetros de autopista existentes en los mismos, si bien la base correspondiente a la inscripción principal se incrementará en el 20 por 100 de la restante cantidad sobre la que se cifre la responsabilidad. La diferencia, esto es, el 80 por 100 del importe total garantizado con la hipoteca, será, por consiguiente, lo que se distribuye

(7) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, págs. 572 y 573.

para fijar los honorarios de las inscripciones de referencia [apartado D) en relación con el A) de la aclaración complementaria 5.^a a las «notas provisionales sobre aplicación del Arancel», redactada por la Junta de Gobierno del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el 19 de junio de 1973].

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY

Registrador de la Propiedad

ANEXO 1**(Modelos de instancias solicitando la expedición de certificaciones)****MODELO A****MODELO DE SOLICITUD DE CERTIFICACION PARA FINCAS CUYOS DATOS REGISTRALES SE CONOZCAN**

DON, con D. N. I. núm., en su calidad de Jefe del Departamento de Expropiaciones, y en nombre y representación de, con domicilio a estos efectos en y usando del poder otorgado por ante el Notario de, número de su protocolo,

EXPONE: Que le interesa obtener certificación acreditativa de quién figura como titular de la finca que se dirá, así como de si se encuentra gravada con alguna carga, y de la extensión total de la misma según Registro.

La finca a que se refiere la presente instancia, según los antecedentes que obran en nuestro poder, está situada en el Término Municipal de (1) Paraje denominado Provincia de Figura en el Polígono Parcela Tiene los siguientes linderos (2):

Norte,
Sur,

Este,
Oeste,

Su superficie es de (3) y pertenece a Es la finca núm. Inscripción al Folio del Tomo Libro

Dicha finca está afectada en una superficie de m² por el Proyecto de Autopista de Peaje y sujeta a Expediente de Expropiación Forzosa por el Procedimiento de Urgencia, estando identificada en dicho Expediente con el núm.

Y en virtud de lo expuesto a V. I.

SUPLICA: Que habiendo presentado esta instancia se sirva admitirla disponiendo lo conveniente, a fin de que expida la Certificación en la misma interesada a la mayor brevedad posible.

OTROSI SUPLICA: Que tenga a bien practicar la nota marginal a que hace referencia el artículo 32 del vigente Reglamento Hipotecario.

....., a de de 19.....

SR. REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE

MODELO B

MODELO DE SOLICITUD DE CERTIFICACION PARA FINCAS CUYOS
DATOS REGISTRALES SE DESCONOZCAN

DON, con D. N. I. núm., en su calidad de Jefe del Departamento de Expropiaciones, y en nombre y representación de, con domicilio a estos efectos en y usando del poder otorgado por ante el Notario de, número de su protocolo,

EXPONE: Que le interesa obtener certificación acreditativa de quién figura como titular de la finca que se dirá, así como de si se encuentra gravada con alguna carga, y de la extensión total de la misma según Registro.

La finca a que se refiere la presente instancia, según los antecedentes que obran en nuestro poder, está situada en el Término Municipal de (1) Paraje denominado Provincia de Figura en el Polígono Parcela Tiene los siguientes linderos (2):

Norte,
Sur,

Este,
Oeste,

Su superficie es de (3) y pertenece a por (4) según título de fecha (5)

Dicha finca está afectada en una superficie de m² por el Proyecto de Autopista de Peaje y sujeta a Expediente de Expropiación Forzosa por el Procedimiento de Urgencia, estando identificada en dicho Expediente con el núm.

Y en virtud de lo expuesto a V. I.

SUPLICA: Que dando por presentada esta instancia se sirva admitirla y expedir la Certificación en la misma interesada a la mayor brevedad posible.

OTROSI SUPLICA: Que tenga a bien practicar, en su caso, la nota marginal a que hace referencia el artículo 32 del vigente Reglamento Hipotecario., a de de 19.....

SR. REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE

NOTAS

(1) Teniendo en cuenta que, a veces, dentro de un Ayuntamiento, aparecen integrados ciertos pueblos, pedanías, Juntas Administrativas o Entidades menores de carácter local, si esto ocurriera, se indicará a continuación del concepto «Término Municipal» el pueblo o Entidad y el Ayuntamiento a que perteneciere.

(2) y (3) En el caso de que habiendo *título* los linderos o la superficie sean diferentes a los que se consideran como tales en la actualidad, se pondrá a continuación de los que resultan del referido título: «Hoy, consignéndose la diferencia».

(4) Se hará constar si la adquisición es por herencia, compra, donación, permuta, adjudicación en Concentración Parcelaria, etc., y en las fincas cuyos *datos registrales no consten*, la *persona* de quien proceden; todo ello con la finalidad de facilitar la busca en nuestro Archivo.

(5) Consígnese si consta la *fecha del documento*, y si fuera público, el nombre del funcionario autorizante. En caso de carecer de título se expresará: «No lo acredita».

ANEXO 2**(Modelos de certificaciones)****MODELO 1****REGISTRO DE LA PROPIEDAD****DE**
.....

DON, REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE Y SU DISTRITO HIPOTECARIO, PROVINCIA Y AUDIENCIA TERRITORIAL DE

CERTIFICO: Que a la vista de la precedente instancia suscrita por DON, y acomodándome a los términos en que está redactada, he examinado en todo lo necesario los libros de este Registro a mi cargo, de los cuales resulta que:

PRIMERO: La finca sita en el **PARAJE** de, y cuyos datos registrales se expresan en la referida solicitud, tiene los siguientes linderos:

NORTE,	ESTE,
SUR,	OESTE,

SEGUNDO: Su **SUPERFICIE** es de

TERCERO: Figura inscrita a favor de

CUARTO: Se encuentra (libre de cargas o gravámenes o con las cargas que se expresan).

Lo que antecede está conforme con el/los asientos relacionados, y no existiendo ningún otro asiento vigente relativo a esta finca en el Libro Diario o en el Libro de Inscripciones que desvirtúe lo expuesto, expido la presente en, a ... de ... de mil novecientos, habiéndose practicado la **NOTA MARGINAL** prevista en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

MODELO 2

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DE

.....

DON, REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE Y SU DISTRITO HIPOTECARIO, PROVINCIA Y AUDIENCIA TERRITORIAL DE,

CERTIFICO: Que a la vista de la precedente instancia suscrita por DON, y acomodándome a los términos en que está redactada, he examinado en todo lo necesario los libros de este Registro a mi cargo, de los cuales resulta que:

PRIMERO: Que al folio del tomo General del Archivo, Libro del Ayuntamiento de y con el número de inscripción, aparece una finca en el PARAJE denominado que se describe así:

NORTE,

ESTE,

SUR,

OESTE,

SEGUNDO: Su SUPERFICIE es de

TERCERO: Figura inscrita a favor de

CUARTO: Se encuentra

Lo que antecede está conforme con el/los asientos relacionados, no existiendo ningún otro asiento vigente relativo a esta finca en el Libro Diario o en el de Inscripciones que desvirtúe lo expuesto, y habida cuenta de que pudiera ser la que, afectada por el Proyecto de Autopista de Peaje, se describe en la precedente instancia, expido la presente en a de de mil novecientos, no practicándose la NOTA MARGINAL prevenida en el artículo 32 del Reglamento Hipotecario en tanto en cuanto no se confirme por el solicitante la realidad de lo expresado.

MODELO 3

REGISTRO DE LA PROPIEDAD
DE

.....

DON, REGISTRADOR DE LA
PROPIEDAD DE Y SU DISTRITO HIPOTE-
CARIO, PROVINCIA Y AUDIENCIA TERRITORIAL DE,

CERTIFICO: Que a la vista de la precedente instancia suscrita por DON
....., y acomodándome a los términos
en que está redactada, he examinado en todo lo necesario los libros de este Re-
gistro a mi cargo, de los cuales resulta:

Que la finca a que la instancia se refiere, y tal como en ella aparece descrita,
no figura inscrita a favor de persona alguna.

Y para que así conste a los efectos oportunos, y no existiendo asiento vigente
relativo a esta finca en el Libro Diario o en el Libro de Inscripciones que des-
virtúe lo expuesto, expido la presente en, a de
..... de mil novecientos

ANEXO 3

(Nota marginal del art. 32 del Reglamento Hipotecario)

A instancia de D., Jefe del Departamento de Expropiaciones de, expido Certificación de dominio y cargas para su constancia en el expediente de expropiación forzosa del Proyecto de Autopista de Peaje en el que la finca a que se refiere el asiento adjunto, afectada en una superficie de m², figura con el núm. Conforme al artículo 32 del R. H., y con los efectos previstos en el mismo, practico la correspondiente nota marginal que se cancelará por caducidad, transcurridos tres años desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente. Así resulta de la referida instancia que, presentada por duplicado, ha motivado el asiento al folio del Diario

....., a de de 19.....

ANEXO 4

(Acta previa a la ocupación, de ocupación y de pago)

ACTA PREVIA A LA OCUPACION								
De la finca identificada con el n.º					Municipio			
Titular					Domicilio			
REUNIDOS los Sres. abajo firmantes, procedan al levantamiento del Acta Previa a la Ocupación de la finca del n.º de identificación y propietario arriba indicados, con arreglo a las formalidades del art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y concordantes de su Reglamento de 26 de Abril 1957.					Lugar			
					Día	Hora	Mes	Año
DATOS DE LA FINCA AFECTADA POR LA EXPROPIACION								
DATOS REGISTRALES	Titularidad acreditada según							
	Superficie total	Tomo	Libro	Folio	Finsa	Inscripción	Fecha	
	Registro de							
DATOS CATASTRALES	Polig.	Parcela	Calificación	Cultivo y clase		Sup. afectada	Liq. imponible Ha.	
OTROS DATOS	Gravamen	Arrendamiento	Expropiación	Líneas Eléctricas Teléfon y Teleg.			Superficie a expropiar	
LINDEROS								

Y para que conste, se expide la presente acta por quintuplicado que leído y aceptada por los comparecientes, la suscriben	
El Representante de la Administración	El Representante del Beneficiario
El Perito	El Interesado
Por el Ayuntamiento	

ACTA DE OCUPACION

De la finca identificada con el n°

Municipio

Propietario

Domicilio

REUNIDOS

El Representante de la Administración

El Representante del Ayuntamiento

El Representante del Beneficiario

El titular del bien que se ocupa

MANIFIESTAN

- 1º Que proceden al levantamiento del Acta de Ocupación de la finca con el n° de identificación arriba indicado con arreglo a las formalidades del art 52 de la Ley de 16 de Diciembre de 1954 y concordantes de su Reglamento de 26 de Abril de 1957.
- 2º Que los datos registrales, linderos, descripción características naturaleza y superficie de la finca que se ocupa son los que se reseñaron en el Acta Previa a la Ocupación que se levantó en

Lugar	Día	Hora	Mes	Año

dándose en este acto por reproducido todo ello, así como las manifestaciones de las partes

- 3º Que en cuanto a lo previsto en el art 52 norma 4ª, 5ª y 6ª de la mencionada Ley y art 58 de su Reglamento se ha cumplimentado el trámite de la forma siguiente

DEPOSITO PREVIO A LA OCUPACION

☐ se percibió por el interesado
se consignó en Caja Depósitos ☐

Fecha
Pesetas

PERJUICIOS POR RAPIDA OCUPACION

☐ se percibieron por el interesado
se consignaron en Caja Depósitos ☐

Fecha
Pesetas

4º. Que la superficie que se ocupa es en definitiva la de

tratándose en relación con la total finca de una expropiación

- 5º. Se hace constar que lo dispuesto en el apartado 3º de la presente Acta se ha cumplimentado también con respecto a los titulares de derechos e intereses económicos distintos del de la propiedad, en el sentido de que se les han abonado o consignado las cantidades que legalmente les corresponden, siempre y cuando su existencia resultara acreditada en el Expediente.

6º-Que los reunidos, dadas circunstancias especiales, hacen las siguientes observaciones:

En base a todo lo expuesto, el día de la fecha se ocupa a título de expropiación la finca objeto de la presente Acta

Y para que conste, se expide el presente documento por quintuplicado que leído y aceptado por los comparecientes, lo escriben.

El Representante de la Administración

Lugar

Día

Hora

Mes

Año

Por el Ayuntamiento

El Representante del Beneficiario

ACTA DE PAGO DEL JUSTIPRECIO

Del expediente de la finca identificada con el n.º	Municipio
Titular y domicilio	Condición

REUNIDOS

Lugar

Día

Mes

Año

El Representante de la Administración

El Representante del Ayuntamiento

El Representante del Beneficiario

El titular

MANIFIESTAN:

- 1º—Que el objeto de la presente Acta es proceder al pago del justiprecio, en conformidad con el Art. 48 n.º 2 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 49 n.º 2 del Reglamento para su aplicación, del bien y/o derecho afectado por la expropiación con el número de identificación arriba indicado de acuerdo con lo establecido en la vigente legislación
- 2º—Que se han seguido por la Administración los trámites reglamentarios, y en consecuencia,

CONVIENEN:

- 1º—Que el bien ocupado, es exactamente el que se detalla a continuación, dándose por reproducida la descripción que figura en el Expediente

Titularidad y linderos de la finca matriz

Superficie total	Tomo	Libro	Folio	Finca	Inscripción	Fecha

Descripción, linderos y superficie de la finca expropiada, y, en su caso, segregada:

2.*—Que el importe por los diversos conceptos, datos y elementos justipreciados, se ha estimado en la cantidad global de

--

por

3.*—Que la cantidad global, antes reseñada, se desglosa como sigue:

Suelo	Ptas /m ²	Vuelo	5 % afección	Indemnizaciones	Intereses

4.*—Que del importe total, reseñado en el apartado 2*, se han percibido por el interesado, a deducir, las cantidades de

Depósito previo	Indemnización rápida ocup		Total

En consecuencia, el compareciente recibe en este acto la cantidad de:

--

cuyo importe comprende el daño emergente, lucro cesante y demás derechos e intereses que pudieran corresponder al titular en el expediente declarando expresamente que se da por totalmente pagado por razón de la finca de que se trata enajenándola y transfiriéndola perpetuamente a título de expropiación y conviniendo en que serán de su cuenta y cargo, cualesquiera ulteriores indemnizaciones que otras personas y/o entidades pudieren reclamar, teniendo por causa o fundamento la expropiación practicada

Y para que conste, se expide la presente por quintuplicado, que leída y aceptada por los comparecientes la suscriben.

El Representante de la Administración

Por el Ayuntamiento

Por,

.(Sociedad concesionaria)

El titular

Prolegómenos al Régimen de horizontalidad en Derecho puertorriqueño

SUMARIO: I. *La propiedad horizontal*. Consideraciones generales. Reseña de antecedentes. Derecho puertorriqueño: A) Código civil. B) Ley núm. 104, de 25 de junio de 1958 (Ley núm. 157, de 4 de junio de 1976). C) El artículo 330 del Código civil y la Ley de Propiedad Horizontal. Concepto de la propiedad horizontal. Diferenciación entre propiedad horizontal y figuras afines: A) Propiedad horizontal y propiedad de casas por pisos. B) Propiedad horizontal y copropiedad. C) Propiedad horizontal y superficie. D) Propiedad horizontal y urbanización. Naturaleza jurídica de la horizontalidad: A) En general, problemática de su naturaleza jurídica: a) Relevancia del elemento privativo. b) Relevancia del elemento comunitario. c) Función económico-social de la horizontalidad. B) En particular, Derecho puertorriqueño. Naturaleza jurídica de las relaciones de horizontalidad: A) Dualidad de aspectos a considerarse. B) Naturaleza de las relaciones derivadas de la titularidad dominical singular: a) Relaciones derivadas de la vecindad. b) Relaciones derivadas de la recíproca servidumbre. C) Naturaleza de las relaciones derivadas de la cotitularidad de los elementos comunes. Naturaleza jurídica de las obligaciones nacidas de las relaciones de horizontalidad. Procomunalidad.—II. *Constitución, nacimiento y adquisición de la propiedad horizontal*. La horizontalidad como régimen jurídico: A) Orden de prelación de Derecho privado: a) Ley de propiedad horizontal, Código civil y legislación hipotecaria. b) Normativa heterónoma y normativa autónoma. B) Orden de prelación especial. C) Juicio crítico que merece el orden de prelación. D) Ambito de aplicación. Constitución de la propiedad horizontal: A) El acto constitutivo. B) Título de constitución: a) Concepto. b) Carácter. C) Constitución. Prehorizontalidad. Modificación: a) Constitución y prehorizontalidad. b) Modificación. Nacimiento de la horizontalidad: A) Los elementos fácticos: a) El inmueble o edificio. b) Las características físicas del inmueble. c) Características jurídicas respecto del edificio. B) La anomalía del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley. C) Los presupuestos normativos. Adquisición de la propiedad horizontal. Apéndice: Ley de Propiedad Horizontal.

I. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

CONSIDERACIONES GENERALES

Con la denominación *propiedad horizontal* se hace referencia a «aquella figura jurídica que surge cuando los diferentes pisos o apartamentos (*) de una casa o finca pertenecen a diversos propietarios, constituyendo una forma especial de propiedad por razón de su objeto» (1). Tal denominación responde, realmente, a la modalidad que hoy va siendo más frecuente en todas partes: el dominio sobre plantas de edificación, superpuestas unas a otras. Pero no debe considerarse esa forma como exclusiva. Por ello, no faltan autores que prefieren la denominación, más adecuada en cuanto más abarcadora, de propiedad de casas divididas en pisos, siendo éstos concebidos en su significado más propio: construcción independiente dotada de comunicación directa o indirecta con la vía pública (2).

Como modalidad de cotitularidad, y en función de su íntima concate-nación con el problema de la vivienda, la propiedad horizontal ha alcanzado hoy una trascendental importancia. Tal relevancia puede ponerse de relieve, en el caso que ahora me ocupa, pensando que el incremento cuantitativo de los inmuebles que se construyen con previsión de su sometimiento al régimen de propiedad horizontal, es asombroso. En Puerto Rico, por ejemplo, los años 1971-1974 aprecian un aumento del 400 por 100 sobre el total de construcción existente en 1971 de inmuebles sometidos a horizontalidad. Se explica así la atención prestada al instituto.

RESEÑA DE ANTECEDENTES

Las originales formas de propiedad de casas por pisos parecen remon-tarse a viejos tiempos. Cita CRISTÓBAL MONTES, siguiendo a CUQ y RE-

(*) Aunque el término *apartamento* tiene, en Derecho, el significado técnico de desheredación simple, y en buen castellano es el vocablo departamento el apli-cable, no es menos cierto que en Puerto Rico, así como en otras partes de Latino-américa, se ha extendido el uso de la voz *apartamento*. Por ello, aquí se emplea, una vez salvada la inexactitud previamente, para mejor comprensión del lector.

(1) CRISTÓBAL MONTES, Angel: «La llamada propiedad horizontal», *R. G. L. J.*, 1968 (separata); y en *Estudios de Derecho Civil*, Publicaciones de la Universidad Central, Caracas (Venezuela), 1970, págs. 39 y ss.

(2) *Ibidem*, pág. 18, nota. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual*, II, pág. 242. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ma-drid, 1973, 2.ª ed., págs. 141 y ss.

VILLOUT (3), precedentes anteriores en un milenio de la Era Cristiana, en Caldea y Egipto, pudiendo haber sido una forma muy extendida en los pueblos de Oriente (Siria, Asia Menor) (4).

Con relación a Roma, se ha discutido ampliamente por los autores si pudo tener allí realidad esta forma de propiedad. La razón negativa que se exhibe se hace descansar en el rígido criterio de accesión característico de la propiedad romana, conforme con el cual *superficie solo cedit; omne quod inaedificatum vel implatum solo cedit*. Pero, como cita GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (5), suele hacerse referencia a un texto de Dionisio (6), que relata cómo, por consecuencia de la *Lex Icilia de Aventino*—que autorizó a los plebeyos a habitar dicho monte, por consecuencia de la insuficiencia económica de los autorizados—, debió imponerse la construcción de casas de múltiples plantas, adscritas a distintos lugares (7). Igualmente, se aduce el desarrollo de la ciudad de Roma, en que fueron frecuentes las casas de múltiples pisos, como hecho que impone el reconocimiento de la propiedad por pisos en Derecho romano; o, al menos, la difusión de un fenómeno muy similar mediante el reconocimiento de la superficie como derecho real (8). Es cierto que tal conclusión no es aceptada con tranquilidad y generalidad por los autores. Unos, basándose en textos de ULPIANO (9) y POMPONIO (10), entre otros, afirman el desconocimiento que tuvo Roma de la propiedad de casas por pisos; otros autores, más flexibles, aceptan la realidad de la propiedad de casas por pisos, si bien sin que

(3) CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.* CUQ: «Etudes sur les contrats de l'époque de la première dynastie babylonique», en *Nouvelle Revue Historique de Droit française et étranger*, 1910, en cita de CRISTÓBAL MONTES, *ibidem*, pág. 5, nota 1.

(4) Para información al respecto, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, páginas 90 y ss.

(5) «Propiedad sobre pisos», en *Estudios de Derecho civil e hipotecario*, II, páginas 302 y ss.

(6) *Antiquitatum romanorum*, X, 32.

(7) Es el texto de Dionisio: *Hac oratione ab illo habita solus C. Claudius contraxit: at multi in eius sententiam inveniunt. Tandem S. C. factum ut plebi locus daretur. Postea, praesentibus, et auguribus, duobusque sacrificiis, votisque precibusque de more factis, centuriatis comitis, quae consules habuerant, lex est perlata quae existat in aerea columna insisa, quam in Aventinum tulerunt, et in Dianae templo reposuerunt. Hac lege perlata plebei conveniunt, folique aeras inter se sorte dividerunt, et ibi aedificare coeperunt, locum quantum quisque poterat occupantes. Nonnulli etiam duo simul, et tres, pluresve unas aedes collatis impendiis extruxerunt, aliis infimas aerum partes, aliis superiores sibi capientibus. Ita igitur totus ille annus in aedificiis exstruendis consumptus est.*

(8) Al respecto: CRISTÓBAL MONTES, *op. et loc. cit.*, págs. 9-19; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *loc. cit.*, págs. 304-306; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 94 y siguientes.

(9) *D.*, 8, 4, *comm. pred.*, 6, 17; *D.*, 42, 17, *uti poss.*, 3 y 7, 19, etc.

(10) *D.*, 8, 2, 25, *de serv. praed. urb.* 21; *D.*, 41, 1, *POMP. ad sab.*, 28, 20.

su presencia signifique un reconocimiento y correspondiente regulación por el Ordenamiento romano (11).

Las legislaciones de orientación germánica no debieron tener problema alguno para aceptar la existencia de esa modalidad de dominio, por función de la concepción existente entre los germanos acerca de la propiedad, lo que permitió el desarrollo de la misma durante el medievo (12). Este influjo se hizo notar al generalizarse la construcción urbana, siendo aceptada por el *Code* en momentos posteriores (art. 664), de donde la tomaría el Código civil español [si bien existían precedentes españoles del fenómeno (13)]; la originalidad del cual estribó en que, separándose del Proyecto de 1851 y del mismo *Code*, incluyó el artículo 396 dentro de la comunidad de bienes, lo que autorizó a la jurisprudencia española a modelar la figura no como un caso de indivisión forzosa (como suele hacer la doctrina gala), sino como un supuesto de copropiedad.

DERECHO PUERTORRIQUEÑO

A) *Código civil*

El contenido del artículo 396 del Código civil español fue mantenido en el de Puerto Rico en el artículo 330 del Código civil, modificado por la Ley 421, de 13 de mayo de 1951, para actualizar la reglamentación del precepto, que quedó redactado en los siguientes términos:

«Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a la vía pública, pertenecieren a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él, y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc.

Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales.

(11) Ver FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 94-108, y las referencias allí incluidas.

(12) SOLMI: *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*, Roma, 1937; UNIV. DE CAMBRIDGE: *Historia económica de Europa*, III, *passim* y la bibliografía allí citada.

(13) ALVAREZ COSCOS: «El condominio de casas divididas por pisos en Santander», *R. D. P.*, 1928, en cita de MORET: «Estatutos», *A. A. M. N.*, XII, página 72.

Los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a pro-rata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con la parte determinada privativa de la que es anejo inseparable.

Si el propietario de un piso o parte de él, susceptible de aprovechamiento independiente, tratare de venderlo, deberá comunicarlo, con expresión del precio, a los demás propietarios en el edificio, los cuales tendrán, respecto de extraños, preferencia para su adquisición, si dentro de los diez días siguientes al de la notificación formal del aviso, comunicasen al vendedor su voluntad de adquirir.

En caso de concurrencia con ofertas distintas, la venta se efectuará con el que haya ofrecido mayor precio, y si aquéllas fuesen iguales, será preferido el propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta, quien podrá hacer lo dispuesto en los artículos 1.411 y 1.414 (14). En identidad de condiciones será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

Ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados.»

De conformidad con el precepto, inspirado en el criterio de libre disposición sobre el dominio singular de cada piso y de indivisión forzosa de las partes comunes, cabe distinguir el siguiente esquema, como es tradicional en la doctrina:

a) *Con relación a cada piso:* se reconoce el principio del dominio normal, atribuyéndose al propietario todas las facultades, que, sin embargo, le quedan restringidas así: 1.º Ningún propietario podrá variar, esencialmente, el destino o estructura de su piso, sin previo acuerdo de

(14) Artículo 1.411 del Código civil: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

Artículo 1.414 del Código civil: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días contados desde la inscripción en el Registro y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El retracto de comuneros excluye el de colindantes».

la mayoría de los otros interesados (art. 330, párrafo último, del Código civil). 2.º Se reconoce a los copropietarios el derecho de tanteo, y correspondientemente el de retracto, como limitación a la libre disponibilidad del titular del piso (art. 330, párrafo quinto, del Código civil).

b) *Con relación a las partes comunes*: quedan sometidas al régimen de indivisión, razón por la cual «las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales» (artículo 330, párrafo segundo, del Código civil); «los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos» (art. 330, párrafo tercero, del Código civil), y, finalmente, «el derecho de copropiedad (15) sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con la parte privativa de la que es anejo inseparable» (art. 330, párrafo cuarto, del Código civil).

El precepto, copiado del artículo 396 del Código civil de España, solucionaba, aunque de modo insuficiente, la situación anterior, que había planteado francamente el problema de determinar cuál era la naturaleza jurídica de esa forma especial de copropiedad. En su nueva redacción, el artículo 330 del Código civil adopta directamente la tesis de considerar la propiedad de casas por pisos como un supuesto de propiedad *pro diviso* (16), a la que se añade la propiedad *pro indiviso* de los elementos comunes, reorientándose, así, la interpretación tradicionalmente sustentada por la doctrina española y su jurisprudencia (17), que venían influ-

(15) Rectificó el legislador puertorriqueño la expresión usada en el artículo 396, 3.º, del Código civil español, que fue su modelo. El precepto español indica que «el derecho de propiedad sobre los elementos comunes de edificio sólo es "susceptible de disposición" conjuntamente con la parte determinada privativa». Naturalmente, la expresión adecuada es la española, ya que es imposible enajenar o gravar el derecho de copropiedad «conjuntamente con la parte determinada privativa»; el derecho de copropiedad es el que, colectivamente, pertenece a todos los titulares; los copartícipes pueden enajenar sólo su dominio y su cuota en la comunidad.

(16) Ver GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: «La copropiedad *pro diviso*», en *Estudios*, II, págs. 353 y ss. MORET (*loc. cit.*, pág. 74) llama la atención sobre el cambio que GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ opera en sus dos artículos sobre el tema (*Estudios*, II, páginas 303 y ss., en que habla de propiedad sobre pisos y habitaciones, y páginas 353 y ss., en que alude a la copropiedad).

(17) La insuficiente reglamentación del artículo 396 del Código civil español original había planteado «el problema de la naturaleza jurídica de dicha propiedad para hallar normas complementarias. Dos direcciones fundamentales eran posibles: que se tratase de una simple copropiedad por cuotas o bien, con mayor complejidad, admitir junto a la copropiedad *pro indiviso* de los elementos comunes (ci-

yendo de modo manifiesto en la doctrina y jurisprudencia puertorriqueñas (18).

B) *Ley 104, de 25 de junio de 1958 (Ley 157, de 4 de junio de 1976)*

Aunque el fenómeno de la difusión de la construcción en altura es, en Puerto Rico, muy reciente (19), se había sentido—bien por las realidades, bien por previsión de futuro (lo que debe dudarse, pues sería la primera previsión de futuro sentida en la isla desde hace muchos lustros—la necesidad de facilitar el adecuado régimen jurídico para la construcción de edificios multipisos, susceptibles de adscribirse a una pluralidad de titulares. En función de ello surgió la Ley 104, de 1958, conocida con la denominación de *Ley de Propiedad Horizontal*, objeto de alguna

mientos, techo, etc.) una propiedad individual de los elementos privativos (los pisos).

«La mayoría de nuestra doctrina se inclinó por la primera solución, que también fue seguida por la jurisprudencia; pero no faltaron opiniones que negaran se tratara de verdadero condominio, en atención a que los elementos sobre los que recaía el principal aprovechamiento, o sea, los pisos, estaban divididos, recayendo tan sólo una comunidad forzosa sobre los restantes elementos (paredes maestras, medianerías, tejados, etc.).

»Los inconvenientes prácticos a que conducía la concepción mantenida por nuestros Tribunales, configurando la propiedad horizontal como un condominio, unido al interés creciente de fomentar dicha propiedad como medio de disminuir el problema de la escasez de viviendas, ha dado actualidad a la cuestión en nuestra Patria, igual que en otros numerosos países, por lo que hubo de dictarse la Ley de 28 de octubre de 1939, que reformó el artículo 396 del Código civil y algunos preceptos de la legislación hipotecaria, para atender a dichas necesidades, surgidas, sobre todo, por los daños sufridos durante la guerra por la edificación urbana y para favorecer la adquisición y gravamen de pisos.

»La Ley de 1939 tomó partido resueltamente por la opinión contraria al condominio, considerando que la llamada propiedad horizontal se distingue perfectamente de la copropiedad sobre un edificio. Así, dispuso el artículo 396, apartado primero, reformado, que «si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él, y además un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, fundaciones, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc.».

»Se sigue, por tanto, el criterio que ve en la propiedad horizontal una propiedad singular sobre cada piso, unida a una copropiedad individual sobre los elementos comunes del edificio con el predominio de aquélla sobre ésta» (ESPÍN CÁNOVAS: *Manual*, cit., II, págs. 242-244). Lo dicho es válido para Puerto Rico.

(18) Por todos, VELÁZQUEZ: *Derechos reales*, I, págs. 137 y ss., y las sentencias allí incluidas.

(19) El área metropolitana de San Juan disponía, en 1970, de 8.000 apartamentos. Entre 1971 y 1974 se edificaron cerca de 26.000.

enmienda (20) hasta la reforma decretada por la Ley 157, de 4 de junio de 1976, que afecta a 30 artículos de la Ley de Propiedad Horizontal y añade otros 13 a la misma.

La modificación última parece estar determinada por los inconvenientes no subsanados por el texto original. En concreto, la exposición de motivos de la ley reformadora indica que la ley modificada «carece de criterios objetivos para determinar el porcentaje de participación en los elementos comunes que corresponderá a cada apartamento, carece de normas para regir la administración del inmueble durante el período de venta de los apartamentos, carece de mecanismos que faciliten el rápido cobro de los gastos por concepto de cuotas especiales y a los titulares que ocasionen gastos excesivos, carece de una clara delimitación de los poderes y facultades que permite que un grupo reducido de titulares controlen la administración del inmueble. Estas limitaciones, unidas a la ausencia de un foro administrativo (?) ante el cual los titulares puedan plantear sus querellas han desalentado la compra de apartamentos en inmuebles bajo régimen de propiedad horizontal...». Superar tales inconvenientes es, pues, el fin de la reforma.

No me corresponde ahora emitir juicio sobre la reforma, que expreso en su lugar oportuno. Cabe, sin embargo, adelantar dos puntos concretos. Es el primero, que se observa en la redacción del texto, al menos en alguna de sus partes, una mejor expresión técnico jurídica, a la que no nos tiene acostumbrados el legislador, no empece que dicha mejora en el verbo se haga convivir con nuevos engendros jurídicos (21), y ese ritmo, asfixiante y cansado, derivado de un articulado larguísimo e inexpressivo con frecuencia, a la par que con «innovaciones» tan originales, que desfasan el ámbito propio del Derecho civil para montar un hibridismo civil-administrativo completamente incompatible, que no logra, además, los fines perseguidos. Es el segundo, que, quizá por perseguir el legislador con la ley (con las leyes) la pretensión de resolver problemas concretos, y no cuestiones generales, se introduce en un casuismo como presupuesto normativo que deviene en confuso e innecesario; y, obviamente, se orquesta una intervención administrativa que desnaturaliza el instituto de la propiedad horizontal sin que, por esa intervención, se logre garantizar al consumidor un tranquilo disfrute.

La razón de ser, ya en concreto, de la ley de reforma del texto original la ignoro. En parte, se expresa en la exposición de motivos. Pero es

(20) Ley núm. 43, de 19 de junio de 1969, estableciendo inscripciones concisas para apartamentos uniformes, modificando el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal entonces vigente.

(21) Por ejemplo, el artículo 2, párrafo segundo, según queda redactado por la Ley de reforma de 1976.

dable pensar que alguno de esos motivos haya tenido preferencia en la mente del legislador sobre los restantes. Creo que ha podido privar más, por ejemplo, intentar fomentar la venta de edificios, seriamente afectada por la inflación-recesión en que estamos inmersos, que la tutela de intereses del consumidor. Si se sabe, que la ley de reforma parece ser sumamente espontánea, ya que alguna persona preocupada por el tema y único autor sobre la materia en Puerto Rico (siquiera escribiendo en inglés y para los Estados Unidos de Norteamérica) parece dar a esta reforma un valor meramente interino, pendiente de que se afronte en los Estados Unidos una Ley de Propiedad Horizontal.

C) *El artículo 330 del Código civil y la Ley de Propiedad Horizontal*

Al igual que se plantea en Derecho español, también en Derecho puertorriqueño es menester resolver, inicialmente, las relaciones existentes entre el Código civil y la Ley especial de Propiedad Horizontal.

El artículo 330 del Código civil, como norma de carácter sumamente general e introductoria de la propiedad de casas por pisos, parece ceder su posición a la Ley de Propiedad Horizontal. Refiriéndose a esta problemática en Derecho español, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO estima que el Código civil, en este punto, queda limitado a establecer una norma de remisión, desde el momento en que el artículo 396 del Código civil de España, similar al artículo 330 del Código civil de Puerto Rico, determina que «esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales». No es esta, sin embargo, la solución aportada por la legislación puertorriqueña. De un lado, el artículo 330 del Código civil no establece remisión alguna a la legislación especial, y, por su parte, el artículo 47 de la Ley de Propiedad Horizontal, no afectada por la reforma de 1976, señala que «las disposiciones del artículo 330 del Código civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria (22) serán aplicables única-

(22) Artículo 8 de la Ley Hipotecaria: «Cada una de las fincas que se inscriban por primera vez en los registros se señalará con número diferente y correlativo.

»Las inscripciones correspondientes a cada finca se señalarán con otra numeración correlativa y especial.

»Sin embargo, aparte de la inscripción anterior se podrá inscribir, como fincas independientes, los diferentes pisos o parte de pisos susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio ya construido o cuya construcción esté comenzada o meramente proyectada, cuando pertenezcan o hayan de pertenecer separadamente en dominio pleno o menos pleno a personas distintas, pero haciéndose siempre constar en dichas inscripciones el condominio que como anejo inseparable corresponde a cada titular de aquellos sobre los elementos comunes del edificio señalados en el artículo 330 del Código civil. La enajenación, gravamen o embargo de dicho condominio sólo podrá tener lugar conjuntamente con el dominio del piso o parte

mente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta Ley (23), constituidos a virtud de los referidos preceptos legales. Los edificios mencionados en el párrafo anterior podrán, no obstante, ser sometidos al régimen establecido en esta Ley, previo cumplimiento con los requisitos del artículo 1 de esta Ley» (24).

Por ello cabe distinguir perfectamente dos regímenes distintos, el de la propiedad de casas por pisos, aplicable a los edificios existentes a la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal, y que no se acogen a su normativa, a los que es aplicable el artículo 330 del Código civil, y los edificios acogidos al régimen especial de la Ley de Propiedad Horizontal, que se rigen por ésta.

Ciertamente, la generalidad de los términos en que queda redactado el artículo 330 del Código civil y su complementario artículo 8 de la Ley Hipotecaria pueden autorizar la afirmación de que su destino es dormir. Sin embargo, como la causa de esta afirmación radica en que, por la generalidad de la regulación contenida en el artículo 330 del Código civil y artículo 8 de la Ley Hipotecaria, quien desee evitar conflictos, dudas y, finalmente, pleitos se acogerá al régimen de la ley especial, si tomamos en consideración el sistema de construcción que existe en la isla, es dable, perfectamente, que, en un mercado oligopolístico, como el de la construcción, se pueda tener interés en imponer al consumidor un régimen característico de la comunidad de bienes al modo del Código civil. Si tal ocurriese, el artículo 330 del Código civil y artículo 8 de la Ley Hipotecaria podrían tener el destino de la bella durmiente: despertar al beso del príncipe.

CONCEPTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

No son muchas ni buenas las definiciones de la propiedad horizontal. Adentrándose FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en el esfuerzo definidor, destaca cómo solamente cabe admitir tres definiciones sobre el instituto, en cuanto tales consideradas (25), pudiendo concluir con su propio con-

independiente de él, a que se refiere la inscripción» (texto redactado conforme a la Ley núm. 422, de 21 de mayo de 1951).

(23) Aprobada en 25 de junio de 1958, entró en vigor a los noventa días de su aprobación.

(24) Artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 2 de la Ley núm. 104, de 25 de junio de 1958): «Las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al edificio o casa de apartamentos cuyo titular único, o titulares todos de la propiedad del mismo, si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someterlo al régimen establecido en esta Ley, haciéndolo así constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad».

(25) PALAND la define como «la participación en la copropiedad de una casa ligada a la propiedad especial sobre un piso»; WETERMANN la considera como «la

cepto, al calificar la propiedad horizontal como una «propiedad especial, que constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble» (26).

El concepto así elaborado parece ser admisible en Derecho puertorriqueño, si tomamos en consideración tanto la redacción de la Ley de Propiedad Horizontal original como el texto resultante de la reforma de 1976. Ciertamente, el carácter exclusivo sobre el apartamento o piso y la copropiedad sobre los restantes elementos comunes se deduce clara y tajantemente del artículo 8, conforme con el cual «el titular tendrá un derecho *exclusivo* a su apartamento y a una *participación* con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble...» (27). La singularidad está sancionada en el artículo 4, al indicar éste que «una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados... podrán *individualmente* transmitirse y gravarse... con independencia total del resto del inmueble...» (28). Sin embargo, en punto al objeto preciso, cabe plantear la duda de si la propiedad horizontal se da solamente respecto de edificios.

En efecto, si observamos la redacción del texto original de la ley y el texto acabado por la reforma de 1976, pueden concluirse algunas diferencias, cuyo alcance debe ser concretado. Frente a la antigua redacción del artículo 2 de la ley («las disposiciones de esta ley son aplicables sólo al edificio o casa de apartamentos...»), el actual artículo 2 señala que «las disposiciones de esta ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes...». Frente a la anterior redacción del artículo 3 («A los efectos de esta ley se entenderá por apartamento la construcción que ocupe todo o parte de un piso en un edificio de uno o varios pisos o plantas...»), el artículo 3 actual indica que «a los efectos de esta ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción, suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos, cerrados, parcialmente cerrados, o abiertos, y sus anejos, si al-

composición de copropiedad sobre un inmueble, con un derecho especial sobre una vivienda que está en el edificio construido sobre la finca»; y BRAND-SCHNITZLER la conceptúa como «el gravamen de una finca, que consiste en que el titular del derecho está legitimado para habitar o para utilizar en otra forma una determinada vivienda, en un edificio construido o a construir en la finca gravada por este derecho, con exclusión del propietario» (en FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, páginas 124-125).

(26) *Ibidem*, pág. 142.

(27) Énfasis suplido.

(28) *Ibidem*.

gunos, aunque éstos no sean contiguos...». Frente a la primigenia redacción del artículo 4 de la ley («Una vez se haya constituido el edificio en régimen de propiedad horizontal...»), encontramos un actual artículo 4 conforme con el cual «una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal...». Frente a la original redacción del artículo 5, aludiendo a la transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricarse (?), para entender gravada la participación correspondiente «en los elementos comunes del edificio», el actual artículo 5 entiende gravada la participación «en los elementos comunes del inmueble».

Similares referencias al «edificio», de artículos como 9, 11, 12, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 34, 36, 37, 39, 43, 44, 45, han sido sustituidas por los términos «inmueble» o «lo construido».

¿Por qué la sustitución de términos? Reformar una ley para cambiar un término, fundamentalmente (29), no parece labor muy sensata, si no hay alguna intención en ello (30). Es verdad que el legislador ha dejado escapar la reforma, desde el momento en que el artículo 18, así como el 47, que conservan su redacción original, sí aluden al *edificio*, imponiendo así una interpretación bajo la cual «lo construido» o el «inmueble», se convierten nuevamente en «edificio». Pero no alcanzo a comprender cuál pueda ser esa intención oculta que, inicialmente, puede asustar si tomamos en cuenta que uno de los fines de la reforma es frenar el desaliento en la compra de apartamentos; lo que nos llevaría a pensar que la sustitución del «edificio» por el «inmueble» pretende vender, como sea, aunque puedan multiplicarse los problemas al adquirente, cuya protección—que tanto dice el legislador que le preocupa—no aparece por sitio alguno en la ley. De otro lado, consciente de los intereses a que sirve el Estado, no me extrañaría que las «urbanizaciones» (o cualquier otra cosa), que son «inmueble» y lo «construido», se estableciesen bajo régimen de propiedad horizontal.

Es verdad que la modificación del artículo 3 es clara. Pretender dar sanción legislativa al error y ridículo jurisprudencial mantenido, y sustentado a porfía y contra ley, en la sentencia decaída en *Castle Enterprises, Inc. vs. Registrador*, de 19 de marzo de 1963, conforme a la cual la agrupación urbana no exige colindancia. Se comprende, pues, la afir-

(29) Los artículos reformados lo han sido solamente para sustituir el vocablo *edificio*. El resto de la reforma ha añadido disposiciones originales—de naturaleza administrativa—a que luego aludo.

(30) Escribe VÉLEZ TORRES (*Lecciones de derechos reales*, ed. mim., pág. 205) que «otra razón que explique el cambio de términos podría hallarse en la pretensión legislativa de usar el especial régimen jurídico para aplicarlo a las urbanizaciones, como se hace en España—en ausencia de legislación privativa—. Pero, con CHICO ORTIZ, creo que no es la mejor solución.

mación del artículo 3, acerca de los anejos, si algunos, «aunque éstos no sean contiguos». Pero si ésta es la intención, no se comprende la subsistencia, en el artículo 31 de la ley, de la exigencia de colindancia para la agrupación (31). No es menos cierto que estos *lapsus* del legislador, como son tan frecuentes, solamente permiten afirmar que ignora su propia ley; lo que hará que la jurisprudencia ponga el acento en el artículo 5 y se olvide del artículo 31 (que ya desconoció en la sentencia antes indicada). Por ello, aun admitiendo la agrupación de fincas urbanas no colindantes, queda siempre en el aire el porqué de una reforma que intenta suprimir el *edificio*, situando en su lugar el *inmueble y lo construido*.

Entonces, ¿hasta qué punto es admisible en Derecho puertorriqueño el concepto universal de la propiedad horizontal? Naturalmente, la propiedad horizontal presupone un *edificio*. Por exigencias lógicas de interpretación, ya he apuntado que ese presupuesto subsiste por la vía del artículo 18, que al mismo alude. Es legítimo, sin embargo, preguntarse si la jurisprudencia, siempre atenta a «los intereses de compradores y vendedores» (y, sobre todo, a los de éstos), lo entenderá así o admitirá una propiedad horizontal sobre propiedad vertical.

La pregunta encuentra también fundamento en el original párrafo segundo del artículo 2 de la ley, que en la reforma de 1976 queda redactado en unos términos sumamente curiosos: «El régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original».

¿Cuál puede ser el alcance de admitir una propiedad sobre un arrendamiento o un usufructo? ¿Pretende el legislador introducir, después de su abandono por el Derecho inglés, la propiedad legal y la propiedad «en equidad»? Flaco servicio hace a su Ordenamiento jurídico. Porque no se trata, como ha expresado la crítica a este párrafo, de que qué propietario va a renunciar a sus derechos, sino que se encierra aquí un problema más serio, que demuestra, nuevamente, la suma ignorancia que tiene el legislador del Derecho que reforma (incluso, pienso, de su ignorancia en y para reformar el Derecho). En efecto, que un propietario

(31) Artículo 31, texto de 1976: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes...».

renuncie o no sería cuestión de ventajas económicas correspondientes que pudiera obtener o de ventajas de otra índole. Lo que aquí se encierra es una pretensión legislativa de modificar el derecho de propiedad tal, como lo regula el Código civil (lo que, personalmente, me resulta indiferente), para ofrecérselo con una característica ignorada en todas partes y en cualquier momento histórico. Una propiedad sin la característica de ser reintegradora de las facultades inherentes al dominio no es propiedad. Una propiedad, aunque sea horizontal, que puede descansar en un arrendamiento o en un usufructo, o no es propiedad horizontal, o no presupone un arrendamiento o un usufructo como base.

Puede pensarse que este párrafo está pensado para las viviendas construidas por el Estado, a bajo costo, que alquila o cede a personas «no privilegiadas» (esto es, a quien no tiene medios económicos, sin eufemismos) y que, por el confusionismo que impera en la legislación de tierras y normativa complementaria (incluidos los sabrosísimos Reglamentos del Departamento de la Vivienda), no pueden cederse por título de venta. Hipótesis bajo la cual lo que aquí se ocultaría es la transferencia de los gastos de mantenimiento hecha por el Estado a los arrendatarios y usufructuarios de parcelas y viviendas. Pero si éste fuese el fin, hay fórmulas mucho más claras, simples y sensatas para decirlo, que crear monstruos jurídicos. Piénsese en eso, pues el Ordenamiento jurídico puertorriqueño se está aproximando a pasos agigantados a un laboratorio *jurídico-frankensteiniano*. Todo ello, aparte de que ese artículo 2, párrafo segundo, no esconde gran cosa en técnica jurídica, salvo un imposible, como habré de acreditar luego.

Entonces, ¿qué concepto dar de la propiedad horizontal? Si se agrega que es una propiedad especial, pues especial es la ley que la regula, ¿es viable el concepto elaborado por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO? ¿Puede estimarse que se trata de una propiedad constituida solamente respecto de edificios? En su caso, y al amparo siempre del criterio que impone el artículo 18 de la ley, ¿es una propiedad, o es una cosa rara sobre arrendamiento o usufructo?

No puedo contestar la pregunta. Si lo intento con rigor técnico, he de dar por válido cualquier concepto doctrinal, por ejemplo, el de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. Pero si intento elaborar un concepto conforme con lo que el texto legal puede pretender, hay que olvidarse del rigor jurídico y cualquier cosa sería admisible. Cabe, no obstante, avanzar que el artículo 2 encierra solamente un derecho de superficie, y no una hipótesis de propiedad horizontal, y que, por mor del artículo 18, la propiedad horizontal reclama la presencia de un edificio. Por ello, el concepto doctrinal de la propiedad horizontal es aceptable aquí.

DIFERENCIACIÓN ENTRE PROPIEDAD HORIZONTAL Y FIGURAS AFINES

A) *Propiedad horizontal y propiedad de casa por pisos*

Al amparo del artículo 330 del Código civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, cabe una propiedad de casas por pisos, caracterizada por una propiedad dividida sobre cada apartamento y una copropiedad sobre los elementos comunes, siendo dichos apartamentos susceptibles de disposición independiente, que implica la disposición sobre la cuota ideal de los elementos comunes. Obviamente, estamos ante similar fenómeno que la propiedad horizontal, siendo las diferencias las determinadas por el origen de la regimentación jurídica. Mientras que la propiedad de casas por pisos se produce en aquellos *edificios*, necesariamente, existentes antes de la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal, que no se haya acogido al régimen especial instaurado por ésta, la propiedad horizontal va referida al *inmueble o lo construido*, también *edificio*, acogido al régimen de la ley especial. Ambas situaciones se caracterizan por ser propiedades especiales, diferentes, por tanto, de la copropiedad.

B) *Propiedad horizontal y copropiedad*

Hoy es claro que ninguna relación mantienen propiedad horizontal y copropiedad. Mientras que la propiedad horizontal atribuye un dominio exclusivo e independiente sobre cada apartamento, imponiendo una comunidad en los elementos comunes (es claro), la copropiedad reclama un concurso en la titularidad. Mientras que los elementos comunes en la horizontalidad excluyen la indivisión (art. 330, párrafo segundo, del Código civil; arts. 4, 5, 13 de la Ley de Propiedad Horizontal), en la copropiedad la indivisión no puede imponerse, sino temporalmente (artículo 334 del Código civil). Mientras que la copropiedad se extingue por el establecimiento del régimen de propiedad horizontal (art. 2 de la Ley de Propiedad Horizontal), la propiedad horizontal puede dar paso a una copropiedad por renuncia al régimen especial de todos los titulares (art. 34 de la Ley de Propiedad Horizontal). Mientras que la copropiedad es impensable con un solo titular, la propiedad horizontal puede darse con un titular nada más (art. 2 de la Ley de Propiedad Horizontal). Finalmente, mientras que es incompatible una copropiedad sobre una copropiedad, es perfectamente posible una copropiedad en propiedad horizontal, cuando un apartamento pertenece, *pro indiviso*, a dos o más

titulares (art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal). Y si queremos ser irónicos, mientras que resulta técnicamente impensable una copropiedad sobre arrendamiento o usufructo, el legislador parece pensar que sí es factible una propiedad horizontal sobre aquella relación de crédito o este derecho real (art. 2, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal).

C) *Propiedad horizontal y superficie*

Cualquiera que sea el concepto adecuado para fijar el derecho real de superficie (superficie, propiedad superficiaria, propiedad separada), la distinción es tajante, por cuanto superficie no es dominio, sino derecho real sobre cosa ajena. Es cierto que no resulta incompatible la propiedad horizontal con la superficie, pudiendo concurrir ambas situaciones, pero su concurso no las identifica; por el contrario, si concurren, son distintas. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO se ha preocupado de determinar las situaciones de coincidencia, de las cuales aquí sólo interesa especialmente el concurso de superficie y propiedad horizontal (con omisión del concurso de propiedad horizontal y propiedad superficiaria, ya sea de singulares pisos, ya propiedad separada de pisos); ese concurso se produce «cuando el propietario del suelo constituye en favor de otro u otros el derecho a construir un edificio destinado a ser ocupado por pisos o locales». El interés de esta modalidad deriva de que ahí sí tiene encaje el artículo 2, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal, al pretender la posibilidad de la horizontalidad con separación del solar en que se produce la construcción. Para lograr lo cual no es necesario, ciertamente, renuncia alguna del propietario del solar, pues ya el reconocimiento de la superficie para erigir un edificio en horizontalidad es suficiente.

D) *Propiedad horizontal y urbanización*

Difícilmente puede confundirse la propiedad horizontal con la propiedad inherente al fenómeno de la urbanización, como forma ésta de construcción en extensión, por lotes o parcelas. Sin embargo, merece la pena tratar con algún detalle este tema, principalmente porque el tantas veces citado FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por no destacar suficientemente sus diferencias jurídicas, casi identifica ambas figuras, en función de sus similitudes económicas. En efecto, señala el prestigioso autor que tanto en la propiedad horizontal como en la urbanización «existe una

clara *idea de horizontalidad*». La afirmación resulta algo sorprendente, porque, en la urbanización, lo que existe es *propiedad* vertical sobre el lote y, a lo sumo, una copropiedad en determinados elementos comunes. Que ambos fenómenos puedan calificarse de propiedades especiales sería admisible. En la doctrina española contribuye quizá al error la circunstancia de haberse usado de la legislación horizontal para amparar el régimen de las urbanizaciones, olvidándose esa práctica del viejo y tradicional régimen de las comunidades de tierras, con gran arraigo en la legislación colonial española para América (32).

Que desde el punto de vista del contenido económico, propiedad horizontal y urbanización puedan ser figuras similares o idénticas incluso, no significa que pueda autorizarse su confusión en el plano jurídico. La propiedad horizontal es eso, *horizontal*; la urbanización es propiedad *vertical*, con independencia de que las facultades *usque ad coelum ut ad inferos* puedan quedar limitadas, bien por convención particular al efecto, bien por disposiciones de policía administrativa. La circunstancia de que, con relación a los elementos comunes, pueda reglamentarse su uso, aunque aproxima—pero sólo formalmente—la urbanización a la propiedad horizontal, no las identifica; porque, en tal caso, tendríamos que hablar de propiedad horizontal allí donde existe una gestión colectiva, un uso colectivo, debidamente regulado.

En el caso de Puerto Rico, como quiera que la urbanización al modo europeo prácticamente se ha limitado, hasta donde estoy informado, a alguna situación concreta (33), lo que aquí se conoce como urbanización no es otra cosa que zona residencial en que la propiedad adquirida queda limitada al solar o lote, sin elementos comunes, pues los que debieron serlo, encintado, calles, etc., se adscriben al municipio, quien asume la carga de su mantenimiento. Esto es, un caso normal de propiedad vertical sujeta a los reglamentos administrativos correspondientes.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA HORIZONTALIDAD

Si alguna institución jurídica ha sido objeto de completo análisis para fijar su naturaleza, llegándose a una proliferación de explicaciones en torno a ésta, tal institución es la propiedad horizontal. Abundan las tesis y abunda la discrepancia. Una razón que puede explicar tal situación

(32) Véanse ENJUTO FERRÁN: *Cuatrocientos años de legislación comunal en la América española*, Ed. Orión, México, 1945; OTS Y CAPDEQUI: *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano*, Madrid, Aguilar, 1968, y las referencias incluidas en dichos títulos.

(33) Al parecer, Viñas del Mar puede responder a este tipo de urbanización. En igual sentido se expresa VÉLEZ TORRES: *Lecciones*, cit., págs. 180-181.

deriva del hecho manifiesto de ser la propiedad horizontal la negación del individualismo y, por ello, un atentado contra la propiedad napoleónica; y debe recordarse que esa propiedad es la recogida por buena parte de los Códigos civiles, si no todos, elaborados en el pasado siglo.

La dificultad parece derivar de la coincidencia de una parte privativa con una parte que no lo es, de aprovechamiento y titularidad común. Pero, asimismo, puede derivar de un conjunto de factores variables, referibles ya a cada legislación particular. Si, por ejemplo, un determinado cuerpo legal, el *Code*, pudo regular la propiedad de casas por pisos dentro de un capítulo destinado a servidumbres, no debe extrañarnos la conceptualización doctrinal de la propiedad horizontal como una modalidad de ese derecho real. Si se destina una ley especial a reglamentar la institución, decir que la propiedad horizontal es propiedad especial será la consecuencia inmediata (aunque queda en el aire en qué consiste, *esencialmente*, la especialidad misma).

Por ello, admitiendo que pueden concurrir múltiples factores localistas que marquen una pauta determinada que puede centrarse en un análisis previamente orientado, también creo que es dable—es más, resulta imperativo—un estudio de la figura cuyo eje sea aquello que parece ser común a la propiedad horizontal en casi todos los países (ese concurso de parte privativa y de parte común); sin perjuicio de estudiar, posteriormente, las particularidades de un Ordenamiento determinado, en este caso el de Puerto Rico.

A) *En general, problemática de su naturaleza jurídica*

La destacada bipolaridad que juega en la propiedad horizontal explica por sí misma los dos posibles enfoques que pueden ofrecerse ante la necesidad de determinar la naturaleza jurídica de la figura: *a)* mediante el destaque del aspecto o elemento privativo; *b)* mediante la captación como esencial del elemento comunitario.

a) Relevancia del elemento privativo

Pueden insertarse aquí una variedad de teorías, que se inician con la concepción de la propiedad horizontal como una servidumbre del dominio pleno, de conformidad con los patrones interpretativos existentes en los textos del *Digesto*, siempre referidos a hipótesis de servidumbres; y que se continúan con la elaboración del dominio (pleno, exclusivo, excluyente, usable y *abusable*) inherente a la codificación decimonónica.

BATTLE (34), en enumeración que recoge FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (35), cita a DE LUCA, PARDESUS, COPPA ZUCCARI y FERRINI-PULVIRENTI como defensores de este criterio. Pero estas teorías, denominadas *antiguas* con razón, no se encuentran tan lejanas de su ángulo de visión de otras *modernas* que pretenden encajar la propiedad horizontal dentro del concepto del dominio. A esta orientación respondió la doctrina gala (PLANIOL-RIPERT, CAPITANT, etc.) estructurando la propiedad horizontal como una superposición de propiedades distintas y singulares, en concurso con una copropiedad; y, en general, buena parte de la doctrina española (PUIG PEÑA, BELTRÁN DE HEREDIA, VENTURA TREVESET, PÉREZ SERRANO), así como la jurisprudencia de ese mismo país, al menos hasta la Sentencia de 26 de noviembre de 1956, al admitir el carácter de propiedad especial, sin forjar la esencia de la especialidad, demuestran un enfoque del instituto delimitado por el concepto del dominio.

b) *Relevancia del elemento comunitario*

Sistemáticamente pueden englobarse aquí una variedad de teorías, cuyo denominador común es destacar el elemento comunitario; grupo de doctrinas que, al igual que ocurre cuando se trata de matizar la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, se escinden prontamente bajo cuatro enfoques distintos: el de la sociedad, la personalidad jurídica, la comunidad en sentido estricto y la copropiedad.

1. La teoría que concibe la propiedad horizontal como una sociedad parte de una confusión previa, al identificar sociedad y comunidad. Es sabido que la sociedad presupone una comunidad, como gustaban de decir los clásicos (36); pero lo que resulta muy discutible es invertir los términos para considerar que toda comunidad es sociedad. La posible confusión y el subsiguiente problema de distinción surge cuando los comuneros pactan por escrito las reglas a que ha de quedar sometido el conjunto de relaciones nacidas en el estado de indivisión; es decir, la dificultad surge cuando la sociedad se produce por un acto de puesta en común de cosas o derechos, ya que en eso estriba, precisamente, la esencia de la sociedad (37). Para intentar matizar se recurre a la *affectio societatis*; pero

(34) Al respecto, BATTLE: *La propiedad de casas por pisos*, 6.ª ed., págs. 37 y siguientes.

(35) *Op. cit.*, págs. 161 y ss.

(36) *Non est societas sine communione* (FABRO, sobre L. 24, ff. *Pro socio*); así BONELLI: «Il concetto di comunione e di personalità nella teoria della società commerciale», *Riv. Dir. Com.*, 1903.

(37) Artículo 1.556 del Código civil: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias». La dificultad se refuerza en virtud de

este criterio ya no es propio de sociedades capitalistas, que son las sociedades modernas, razón por la cual algunos autores proponen como criterio de distinción el ánimo de lucro. Así lo hace CARNELUTTI (38), si bien su esfuerzo no es admisible, ya que la diferenciación entre comunidad y sociedad radica esencialmente en que la sociedad tiene personalidad jurídica (39), mientras que la comunidad carece de ella (40); aparte de otras diferencias de carácter incidental (41). Por ello, las sociedades sin personalidad jurídica suelen regirse por las normas de la comunidad de bienes (42).

2. La teoría que identifica la propiedad horizontal con la personalidad jurídica parte de un presupuesto que no puede admitirse, cual es confundir los órganos de administración del común, propios de la horizontalidad, con una entidad dotada de personalidad propia y separada de la inherente a los partícipes en la horizontalidad. Al menos hasta donde alcanzan mis conocimientos, el régimen de propiedad horizontal no nace al inscribirse en un registro de personas, sino al inscribirse en un registro de bienes, síntoma indudable de que no adviene al mundo persona algu-

lo previsto en el artículo 1.558 del Código civil: «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma...».

(38) Principalmente en «Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e comunità», *Riv. Dir. Com.*, 1913.

(39) Artículo 106 de la Ley de Corporaciones: «Otorgado y radicado el certificado de incorporación y registrado... y pagados los derechos requeridos por la Ley, las personas que de tal modo se asociaren, y sus sucesores y cesionarios, constituirá, a partir de la radicación dicha, una entidad corporativa con el nombre que aparezca en el certificado...». Artículo 95 del Código civil: «El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos». Ver FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Ed. Reus, s. f., principalmente capítulos III y IV.

(40) Artículo 327, párrafo primero, del Código civil: «El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcionado a sus respectivas cuotas». Artículo 333 del Código civil: «Todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento y darla en arrendamiento, salvo si se tratare de derechos personales, pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condeños estará limitado a la porción que se les adjudique en la división al cesar la comunidad, y el efecto del arrendamiento será conferir al arrendatario, durante el término del contrato, las facultades del condeño en orden a la administración y mejor disfrute de la cosa común».

(41) Ver VÁZQUEZ BOTE: *Derecho Civil de Puerto Rico*, II, págs. 244-245, Barcelona, 1973.

(42) Artículo 1.560 del Código civil: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

na, sino un régimen especial de carácter patrimonial. El hecho de que en algunos países, como Estados Unidos de Norteamérica, sea frecuente que la propiedad horizontal haya sido difundida por entidades cooperativas, las cuales, en cuanto entidades *per se*, son personas jurídicas, tampoco autoriza a confundir el sujeto con el objeto, de la misma manera que nadie confunde al titular con su patrimonio, para atribuir a éste la cualidad jurídica de aquél.

3. La teoría que configura la propiedad horizontal como una comunidad no es equivocada, desde el momento en que la propiedad horizontal es una modalidad de cotitularidad. Ofrece, sin embargo, este enfoque un fallo de equilibrio, ya que si hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas, resulta obvio que la propiedad horizontal es eso, pero también es algo más, ya que la propiedad del piso o apartamento pertenece de forma privativa a su titular.

4. Y algo parecido cabe decir respecto de la teoría de la copropiedad. Siendo ésta una modalidad de comunidad, referible solamente a las cosas, en cuanto modalidad dominical precisa y determinada, resulta rígida para configurar el carácter de participación en el común, característico de la propiedad horizontal.

Y es que estas dos últimas teorías pierden el norte de un criterio de armonía o equilibrio, que debe tomarse siempre en consideración ante la horizontabilidad, bien señalado por BORREL al estudiar la propiedad de casas por pisos (43): que «las relaciones que ligan las partes de dominio común a las de dominio exclusivo no permiten aplicar íntegramente las reglas de la propiedad singular ni las de la comunal, sino que unas y otras están limitadas para que resulten armónicas». Es verdad que ese carácter armónico está influido por la orientación que la regulación positiva otorgue en cada país a la propiedad horizontal. A pesar de ello, debe considerarse la posibilidad de un consenso común, mínimo, acerca de la especialidad de esa propiedad.

c) *Función económico-social de la horizontalidad*

¿Qué fin o necesidad práctica satisface el Ordenamiento jurídico con el reconocimiento de la propiedad horizontal? La pregunta obtiene una respuesta casi constante en la historia: allí donde el suelo escasea (ya en sí mismo considerado, ya en función del valor que recibe al especularse con él y hacerse objeto económicamente escaso) surge la convivencia en edificios multipisos, si bien los expedientes jurídicos para ello parecen ser

(43) *El dominio según el Código civil*, Barcelona, 1948, pág. 245.

diversos (44). Pero, en todo caso, se trata de satisfacer necesidades individuales mediante una cooperación mínima que se impone. Con lo cual quiero poner de relieve que no se trata de lograr una actuación colectiva al modo tradicional germánico, sino una actuación *singular* que *sufre* un hacer colectivo. Jurídicamente cabría adelantar, en principio, que se busca difundir la propiedad individual mediante el método de acabar con la propiedad individualista, o, si se quiere, se trata de un modo de difundir el concepto preciso de la propiedad, con el deterioro de su concepto amplio (45). Primera nota que, además, autoriza excluir las similitudes entre propiedad horizontal y urbanización, por encerrar ésta una finalidad económico-social completamente distinta.

Aquella finalidad, satisfacer una necesidad individual (familiar, asimismo), se alcanza mediante una actuación colectiva (en cuanto fenómeno social que expresa la propiedad horizontal); de donde resulta claro que el aspecto comunitario de gestión de la horizontalidad está en función de la actuación particular. Por ello creo que la naturaleza jurídica de la institución está perfectamente captada, esencialmente, por BUGEDA LANZAS, en tesis que hace propia CRISTÓBAL MONTES (46), al calificar la horizontalidad como *una propiedad exclusiva sobre los diferentes pisos o apartamentos de un edificio, bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto en los elementos comunes, los cuales, para viabilizarlo, permanecen en estado de indivisión forzosa*.

Por ello, las concepciones comunitarias germánicas (comunidad esencial, que autoriza un aprovechamiento individual) poco pueden explicar la propiedad horizontal (privatización esencial, que impone una actuación conjunta), aunque su peculiar estructura facilite aclarar el fenómeno, frente a las dificultades que el mismo ofrece ante la propiedad napoleónica, pero no ante el dominio, tal como lo elaboraron los romanos.

Ante lo dicho, y en general, estimo que la armonía propuesta por BORREL debe buscarse en el sentido indicado. De ahí que las explicaciones comunitarias y societarias tampoco tengan energía para explicar la horizontalidad, en cuanto que aquellas concepciones responden esencialmente a una actuación colectiva, en la cual se alcanzan logros individuales incidentalmente. Creo que debe partirse de la crisis del dominio napoleónico para considerar la horizontalidad como el esfuerzo de ese dominio por supervivir: supervivencia de intento que sólo expresa una auténtica realidad: que ha periclitado ante las nuevas formas económicas de producción.

(44) Un buen resumen en CRISTÓBAL MONTES, *loc. cit.*

(45) Ver VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, págs. 103-104

(46) BIGEDA LANZAS: *La propiedad horizontal*, La Habana, 1954, en cita de CRISTÓBAL MONTES, *loc. cit.*, pág. 20.

B) *En particular, Derecho puertorriqueño*

No se ha preocupado la doctrina de la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, descansando, como siempre, en las elaboraciones jurisprudenciales. Y la jurisprudencia, obsesionada siempre con el caso concreto, no ha efectuado planteamiento alguno de carácter general, limitándose a la solución, o pretendida solución, de particulares situaciones. Corresponde, pues, al intérprete intentar matizar esa problemática para precisar con exactitud si esa nota esencial antes apuntada es aplicable a la ordenación jurídica puertorriqueña.

Sin perjuicio de que, por el análisis en detalle, pueda acreditar afirmaciones iniciales, entiendo que puede responderse afirmativamente a la cuestión: la propiedad horizontal, ¿se presenta como una modalidad particular de propiedad sobre partes singulares bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto de los elementos comunes?

Frente al texto original de la Ley de Propiedad Horizontal no cabe argumentar en contrario, pues el legislador se preocupa de matizar precisamente ese carácter ante artículos como los 3, 4, 8, etc., del citado texto, que solamente orquesta el régimen comunal en función del máximo aprovechamiento de las partes exclusivas. Y ante el texto de la reforma de 1976 cabe admitir que se acentúa tal carácter, según innovaciones determinadas que aparentando significar una seria limitación al beneficio o utilidad privativos, responden realmente al robustecimiento de dicha utilidad (47).

Es verdad también que el texto reformado que resulta en 1976 parece desnaturalizar en cierta medida aquella característica esencial inherente a la propiedad horizontal, si consideramos algunas disposiciones concretas (48). Sin embargo, esa desvirtuación encuentra su razón de ser en consideraciones que nada tienen que ver con la propiedad horizontal, entre otras, las siguientes: el exagerado individualismo de la sociedad (pautado al modo norteamericano, pero sin contraposiciones de balance), que opera en perjuicio de la individualidad y que hace reaccionar hacia un colectivismo insulso; la concepción puertorriqueña (posiblemente secuela de los tiempos coloniales españoles), de intromisión estatal en cualesquiera esferas, principalmente en aquellas en que el Estado y su presencia resultan socialmente irrelevantes, pero no en las otras adecuadas a ello; la tendencia a la administrativización de todas las actividades, como

(47) Véase, por ejemplo, el artículo 14; el artículo 38-B, párrafo último, proposición última.

(48) Véase artículo 39, párrafo segundo; artículo 41, y el capítulo V en su totalidad.

solución—falsa—a los problemas surgidos por el norte que asume el Estado, orientado al servicio de particulares intereses (lo que provoca una amplia gestión iuspublicística de aparente interés general). Quizá influyan algunos factores meramente circunstanciales (lentitud de la vía judicial ordinaria, convencimiento de que la acumulación administrativa es menos lesiva, etc.).

Si lo dicho es exacto, se pone de relieve el desacierto de la concepción, tan generalizada, que atribuye la denominación de *condominio* a la construcción vertical; que, si la estimamos peyorativa, ajusta perfectamente con la concepción social isleña, que no gusta de este tipo de construcción y que se extasia ante la parcela, como frontera que separa del mundo exterior (abhorrecible y abhorrecido) (49); que no es sino expresión esencial de la crisis de cooperación social que actualmente impera en el país (50). No cabe otra razón para comprender cómo una particular manifestación económico-social es denominada por su accidente, con omisión de su esencia. Se comprenden con ello las palabras de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, cuando escribe que, «consiguientemente, si ello es así, parece evidente que al predominar lo principal sobre lo accesorio, esta institución debe reconducirse a la propiedad y no al condominio» (51).

Luego si la horizontalidad no es sino una modalidad de propiedad, que en mucho se asemeja a la ordinaria, pero que difiere de ésta por esa necesaria actuación colectiva y la imposibilidad de deslindar la propiedad de los elementos comunes, queda entonces explicado su carácter de especial, que la aproxima mucho más a las modalidades de comunidad de tierras típicas de la América colonial. que a las tradicionalmente denominadas propiedades especiales (aguas, minas, intelectual, etc.). Porque, así en la propiedad horizontal como en los antiguos regímenes de comunidad terrera, la comunidad es una incidencia del dominio normal: se pertenece a la comunidad; se tiene título sobre ella, en tanto en cuanto se reside en la villa, y la propiedad de la casa de ésta, al transmitirse, transmite el derecho al uso en tierras comunales (52). Propiedad con

(49) Para la comprensión del fenómeno, LEWIS, Gordon K.: *Puerto Rico. Libertad y poder en el Caribe*, Río Piedras, 1970; para la influencia norteamericana, HOFSTADTER, R.: *El anti-intelectualismo en la vida norteamericana*, Madrid, Tecnos, 1969.

(50) La reforma de 1976 dedica buena parte de su articulado a imponer la cooperación (?!). Sobre este absurdo, BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, I, *Prolegómenos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado.

(51) *Op. cit.*, págs. 181-182.

(52) FONT, José María: «Derecho», en *El legado de España a América*, Madrid, Ed. Pegaso, I, págs. 353 y ss.; PARRY, J. H.: *El imperio español de Ultramar*, Ed. Aguilar, Madrid, 1970. KONETZKE, R.: *América latina*, II, *La época colonial*, en *Historia Universal siglo XXI*, Madrid, 1974. SOTELO, I.: *Sociología de América latina*, Madrid, Tecnos, 1972. En concreto, para Méjico, OLMEDA, M.: *El desarrollo de la sociedad mexicana*, II, Madrid, 1969.

comunidad por función del uso es, pues, la naturaleza de la horizontalidad.

Esta nota comunitaria en función del uso o aprovechamiento, se resalta sensiblemente en la reforma de 1976, en que, como ha de verse, el legislador—en mi opinión, acertadamente—ha distinguido la *cuota* o expresión de titularidad en los elementos comunes y la *participación*, que no se define en función de aquélla, sino por el aprovechamiento efectivo que se obtiene en el elemento comunitario.

Se comprende así el entramado de relaciones jurídicas surgidas en la horizontalidad, que reclama su precisión jurídica.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES DE HORIZONTALIDAD

A) *Dualidad de aspectos a considerarse*

Si, según lo expuesto, la titularidad en horizontalidad ofrece dos vertientes perfectamente distinguibles, la inherente a la titularidad derivada de la propiedad ordinaria y la correspondiente a la cotitularidad en los elementos comunes, es menester distinguir ambos aspectos en su propia naturaleza jurídica, ya que esas dos esferas generan derechos y obligaciones correspondientes.

B) *Naturaleza de las relaciones derivadas de la titularidad dominical singular*

Después de reconocerse por los autores la titularidad única y exclusiva en la porción singular, la doctrina discrepa en cuanto al matiz que debe atribuirse al carácter inabsoluto de la titularidad dominical, que crea una serie de obligaciones y limitaciones en el propietario en horizontalidad cuya naturaleza se discute. La discrepancia se centra en precisar si esas restricciones tienen carácter propio y peculiar de atribuible a la servidumbre o medianería, o se trata, por el contrario, de limitaciones derivadas del régimen de vecindad; sin faltar quienes, como RIZZI (53), las hacen derivar de la copropiedad misma.

De los diversos criterios, en la doctrina de habla española parece tener aceptación la tesis de GRECO (54), quien se inclina por configurar la naturaleza de las relaciones del titular singular como adscritas a la

(53) *Il condominio negli edifici*, Bari, 1960, 5.ª ed., pág. 7.

(54) «De la propiedad», en *Comentarios del Codice civile dedatto a cura di magistri e docenti*, III, pág. 125, en cita de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

servidumbre y a las relaciones de vecindad. Ciertamente, tal criterio presupone una serie de relaciones de diversa naturaleza, derivadas de las propias situaciones fácticas que engendra, o puede engendrar, la titularidad dominical en la horizontalidad. De ahí que, de aceptarse para el Derecho puertorriqueño la orientación doctrinal, legal y jurisprudencial a que corresponde aquella configuración, conviene distinguir cuáles obligaciones o limitaciones se imponen a los titulares de apartamentos por función de sus relaciones de vecindad y cuáles derivan del consentimiento de servidumbres legalmente impuestas.

a) *Relaciones derivadas de la vecindad*

Varias son las disposiciones de la ley que establecen una serie de obligaciones características de las relaciones de vecindad. Así, el artículo 14 determina, en su párrafo segundo, que «cuando el estacionamiento fuese elemento común, ningún titular podrá hacer uso de un espacio con capacidad para acomodar más de un automóvil, si ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común» (55). Por su parte, el básico artículo 15 fija una serie de limitaciones características de la vecindad, como no producir ruidos o molestias ni ejecutar actos que perturben la tranquilidad de los vecinos; no usar el apartamento para fines contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres; ejecutar las obras de reparación, modificación, limpieza, seguridad y mejoras en el propio apartamento, sin perturbar el uso y goce legítimo de los demás, ni cambiar la forma exterior de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores con colores o tonalidades distintas a las del conjunto; observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares. El propio artículo 42, en tema de impugnación de los acuerdos del Consejo de Titulares, remite al Tribunal para que decida «conforme... a las normas de buena convivencia». De otro lado, el artículo 17 autoriza a cualquier titular a efectuar obras urgentes y necesarias de reparación, seguridad o conservación, repitiendo contra los demás el pago proporcional del gasto debidamente justificado. Frecuentemente, se cita la imposibilidad de llevar a cabo tales decisiones unilaterales como fiel exponente de una limitación por razón de vecin-

(55) La *Guía de la Propiedad Horizontal*, del Departamento de Asuntos del Consumidor, en su pág. 11, al referirse a este artículo 14, lo interpreta así: «Si el estacionamiento es un área comunal y no hay uno para cada apartamento, entonces el primero que llegue tiene derecho a estacionarse (art. 14)». No parece que sea éste el sentido del artículo 14, que puede tener mucho mayor alcance, o menor, según casos, del fijado por dicho Departamento. Lo que es claro es que el artículo 14 no tiene un significado tan simplón.

dad, olvidando que desde el otro plano susceptible de ser examinado ese criterio de actuación es donde realmente surge la obligación impuesta por la vecindad, desde el momento en que el propietario tiene que consentir actuaciones de un cotitular, cuyo fin es precisamente robustecer la convivencia vía la atención del inmueble. Por ejemplo, TORRALBA SORIANO (56), refiriéndose a esta norma en la ley española, destaca que la prohibición de la ley de que un cotitular efectúe obras de reparación, seguridad, etc., en los elementos comunes, le está señalada sencillamente porque carece de legitimación para ello, al ser un mero cotitular, criterio que comparto para excluir esa disposición como contentiva de relaciones de vecindad; pero la ley puertorriqueña, por el contrario, al legitimar excepcionalmente a un cotitular para ir más allá de sus propias y normales facultades, sí parece imponer una tolerancia de convivencia a los demás cotitulares, que vienen obligados a pasar por dichas obras (repi-tiéndose contra ellos el pago proporcional) en cuanto benefician a la colectividad.

b) *Relaciones derivadas de la recíproca servidumbre*

Actualmente está superada la tesis que impedía ver servidumbre en la horizontalidad, por aplicación errónea en su ámbito del aforismo *nemi-ni res sua servit*, ya que no se trata de contemplar relaciones de servidumbre en los elementos comunes, sino entre los apartamentos individualmente considerados, independientes y distintos entre sí y atribuidos a diverso titular.

No establece la Ley de Propiedad Horizontal ninguna servidumbre concreta, lo cual es perfectamente aplicable, desde el momento en que este especial régimen intenta individualizar al máximo el disfrute de una colectividad sobre un objeto. Cabe, sin embargo, concebir, aparte de cualesquiera servidumbres legales aplicables y otras de origen autónomo que puedan pactarse, una gama amplia originadora de servidumbre respecto de parte del inmueble y de diversos propietarios, la existencia de los elementos comunes de carácter limitado, destinados a cierto número de apartamentos con exclusión de los restantes, debiendo entonces éstos tolerar la existencia de aquéllos, no existiendo razón alguna que impida configurar su existencia como propia de la servidumbre (cfr. art. 12 de la ley).

(56) «Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal», en *Documentación Jurídica*, núms. 7-8, julio-diciembre 1975, págs. 611 y ss.

C) *Naturaleza de las relaciones derivadas de la cotitularidad de los elementos comunes*

¿Puede admitirse que estas relaciones derivan de la vecindad? FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (57) así lo afirma. Cabe, no obstante, plantear alguna objeción. En efecto, la vecindad supone e implica la individualidad, la separación, con proximidad. Y, es claro, en cuanto a los elementos comunes no existe separación, sino concurrencia. Las limitaciones u obligaciones impuestas por la ley en tema de elementos comunes pueden encontrar su justificación no en la convivencia, sino en la ausencia de legitimación plena en que se encuentra cada cotitular, lo cual implica, correspondientemente, un no poder actuar o venir obligado a responder. No parece, por ejemplo, que la responsabilidad del titular de un apartamento, por daños efectuados por terceras personas que lo ocupen, derive de relación alguna de vecindad, sino sencillamente de la propia cotitularidad, que hace responsable a quien mal actúa (art. 1.802 del Código civil), siendo la peculiaridad afirmar una responsabilidad inicial del titular «sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra» los auténticos actores (art. 15, f), de la Ley de Propiedad Horizontal). Este es el criterio que parece admitir TORRALBA SORIANO (58), centrando en la propia naturaleza de la copropiedad la ausencia de legitimación correspondiente en cada titular aislado.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS
DE LAS RELACIONES DE HORIZONTALIDAD

El criterio doctrinal de que las obligaciones derivadas de la horizontalidad se corresponden con la naturaleza propia de las obligaciones *propter rem*, que es tesis casi general en la doctrina y jurisprudencia españolas, sería perfectamente admisible en Derecho puertorriqueño, desde el momento en que la Ley de Propiedad Horizontal fija las obligaciones por ser precisamente titular de un apartamento el sujeto obligado; hecho que genera automáticamente un comportamiento exigido y exigible, así respecto de los elementos comunes como con relación al uso y disfrute de los elementos privativos. Así se deduce claramente del artículo 15, que refunde de manera general las obligaciones de los titulares, y también de otros preceptos dispersos en el texto legal, cuales el artículo 14 (uso de estacionamiento), 15-A (obligación de comunicar los datos per-

(57) *Op. cit.*, pág. 190.

(58) *Loc. cit.*, págs. 134-135.

sonales del titular o cualquier adquirente posterior del apartamento), 20 (distribución de beneficios proporcionados por el inmueble), 8 (contenido del derecho sobre la parte privativa y las comunes), etc.

El legislador puertorriqueño llega incluso más allá, pues pretende establecer una obligación *propter rem* permanente, incurriendo en un absurdo o en el ridículo, todo ello por una deficiente redacción del artículo 39, párrafo segundo. Establece el precepto, después de consignar en su primer párrafo la obligación de contribución a los gastos generales del inmueble, que «ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca». La proposición primera de este párrafo segundo es clara, por cuanto reafirma el carácter *ob rem* de las obligaciones en la horizontalidad; pero la proposición segunda, literalmente entendida, implica un absurdo, pues nadie puede pretender que quien abandona un apartamento se halle obligado, desde el momento en que el abandono provoca la constitución del objeto en *res nullius*, desligándose el titular de su cosa, cesando, pues, los derechos sobre la misma y no generándose obligación alguna posterior.

Ciertamente, no debió ser intención legislativa la expresada. Posiblemente, el legislador pensaba en un propietario que agobiado por sus obligaciones para con los cotitulares por impago de las mismas, encuentra más positivo económicamente hacer dejación del apartamento que afrontar esas obligaciones. Pero para conseguir la vinculación de su responsabilidad, el párrafo segundo del artículo 39 es innecesario, pues si las obligaciones son anteriores al abandono, éste no las afecta y la responsabilidad sigue enervada; aparte que un abandono en tales circunstancias podría configurarse como opuesto al artículo 4 del Código civil, que sanciona la nulidad de lo efectuado en perjuicio de tercero. Y como esta solución está perfectamente regulada en el Derecho vigente, hemos de pensar en otro alcance del precepto, y el único que se me ocurre es su significación literal: que el titular de un apartamento, aunque lo abandone renunciando a sus derechos, sigue obligado: *perpetuatio obligationis*. En verdad, tal conclusión es un absurdo, si no una idiotez.

De otro lado, no cabe pensar que el precepto pretende asegurar a la comunidad la percepción de sus créditos ante un titular moroso, que prefiere renunciar a sus derechos antes que cumplir sus obligaciones, pues o el apartamento abandonado es ocupado, en cuanto *nullius*, por un tercero, quien automáticamente se subroga en el lugar del anterior titular (art. 41 de la Ley de Propiedad Horizontal), o el apartamento puede ser objeto de ejecución.

El problema se complica más todavía ante la redacción del artícu-

lo 41 y sus relaciones con ese abandono previsto en el artículo 39, aspecto éste que no debo considerar ahora, pero sí cabe avanzar, como explicación, la orientación que posiblemente preocupó al legislador: garantizar muy concretos intereses e, incidentalmente, los de los condóminos. Sin olvidar otro factor: el modo de financiación de la construcción, que lleva al legislador a involucrar problemas jurídicos típicos de la horizontalidad con consideraciones financieras que debieron regularse en legislación aparte.

PROCOMUNALIDAD

Desde que la visión de MONET dio vida a la existencia de intereses particulares susceptibles de existir en la horizontalidad, sin correspondencia con este régimen especial (59), un reducido número de estudiosos se ha preocupado de una figura jurídica cuya denominación, con carta de naturaleza, se concreta en la *procomunalidad* o *departamento procomunal* (60).

¿Qué es la procomunalidad? La titularidad *pro indiviso* que tienen los titulares en la horizontalidad sobre un piso o apartamento.

En el Derecho español, se apunta la existencia del apartamento procomunal al amparo del artículo 4 de su propia ley (61). En la ley puertorriqueña cabe admitir su existencia al amparo de diversos preceptos, en concreto: artículo 13, en relación con el artículo 7 de la ley. Establece el artículo 7 que «cada apartamento puede pertenecer en comunidad a más de una persona»; indica el artículo 13: «los elementos comunes, generales y limitados, se mantendrán en indivisión forzosa y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad. Cualquier

(59) MONET, Antón: «Estatutos de propiedad horizontal», *A. A. M. N.*, XII.

(60) SAPENA TOMÁS: «Naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal», *R. C. D. I.*, núm. 482. MONET: *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal*. Publicaciones en el Centenario de la Ley del Notariado, Estudios de Derecho Notarial, I, Madrid, 1962. También DE LA CÁMARA: «Modalidades de constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», ponencia al IX Congreso Internacional del Notariado Latino, en colaboración con SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ; IDEM: *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, C. E. H., *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, Madrid, 1973, págs. 33 y ss.; RUBIO, E.: «Consideraciones en torno al departamento procomunal», *R. C. D. I.*, número 507.

(61) Artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal de España: «La acción de indivisión no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios».

pacto en contrario será nulo». Y ambos preceptos, relacionados con el artículo 31, conforme al cual: «...las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones nuevas de terrenos colindantes, efectuadas por la totalidad de los titulares para que formen parte de los elementos comunes del inmueble...», y todos ellos relacionados con el artículo 32-A, según el cual, «a menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente *lo prohíban*, los apartamentos y anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente...» (énfasis suplido). Es obvio que en la mente del legislador no parecen caber más que dos modalidades de elementos: los privativos y los comunes. Pero no es menos claro que la combinación de los artículos expuestos permite perfectamente la existencia de un apartamento *pro indiviso*, que no es elemento común, del cual sean titulares los que forman la horizontalidad. Pero que el apartamento o inmueble procomunal no es elemento común, es manifiesto con sólo comparar su concepto con la enumeración de los elementos comunes que enumera el artículo 11 de la ley, enumeración en la cual ni aparece por lado alguno el elemento procomunal, que puede tener perfecta realidad en función de la libertad de pactos, y por no prohibirse en la ley.

Un artículo, el 20, parece concebir también el elemento procomunal como elemento común, al indicarse que «las ganancias comunes del inmueble se distribuirán entre los titulares de los apartamentos de acuerdo al porcentaje que represente cada uno en el valor de la totalidad de los apartamentos en el inmueble». ¿Significa esto que todo elemento procomunal está adscrito al régimen de comunidad? Ciertamente, no. El artículo 20 ofrece una regla general pensada ante la dualidad *elementos privativos-elementos comunes*, para ser la absurda conclusión de que todos los titulares de un inmueble adquieren un piso, que dedican a la obtención de rentas, adquisición que se efectúa por partes iguales, no coincidentes con las cuotas, y que por función del artículo 20 recibirían los ingresos en proporción no a su participación en la procomunalidad, sino en la consideración a su cuota.

El legislador, pues, no ha conocido la procomunalidad, pero por ello mismo no la impide. En la realidad existe, siendo numerosos los edificios que, en sus plantas bajas principalmente, mantienen apartamentos a los que los titulares en la horizontalidad atribuyen un destino crematístico. Y es realidad asimismo la aportación colectiva para construir un edificio, del que los diversos aportantes reciben un piso o apartamento, dejando *pro indiviso* otros varios. La procomunalidad, pues, es vida y es legal-

mente factible. El problema estriba en qué tratamiento debe recibir ante la regulación de la Ley de Propiedad Horizontal.

DE LA CÁMARA (62) plantea tres aspectos fundamentales: *a)* determinación objetiva de la procomunalidad; *b)* relación entre la titularidad procomunal y la cuota de horizontalidad; *c)* régimen de administración-disposición aplicable.

Con relación al ámbito objetivo estima, al igual que las conclusiones del I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en 1972, que debe tratarse siempre de un piso o apartamento independiente, que en vez de ser privativo de un solo titular pertenece *pro indiviso* a toda la colectividad en horizontalidad.

Respecto de la relación entre titularidad procomunal y cotitularidad horizontal, plantea serias dudas acerca de pretender una proporción en la comunalidad que venga fijada *ob rem* por la participación que implica cada elemento privativo, concluyendo la posibilidad de que en el título constitutivo se adopte cualquier criterio determinante. Opinión acertadísima, pues la procomunalidad puede existir concurriendo una mayoría de titulares de la horizontalidad, como todos ellos. En el primer caso, pretender una adjudicación *ob rem* (único criterio que parece tener en mente el legislador puertorriqueño), puede significar imponer como cierto un hecho falso. En el segundo caso, ahí precisamente es donde merece distinguirse, pues es la hipótesis en que cabe confusión entre el régimen de procomunalidad y el de horizontalidad. En efecto, es dable un apartamento procomunal, cuya titularidad se adscriba a quien sea titular en la horizontalidad (63), y es dable un apartamento procomunal sin conexión *ob rem*. En tal caso, será el título constitutivo el determinante de la calificación.

Ahora bien, si el título constitutivo no es expresivo al respecto y no matiza suficientemente la naturaleza de la procomunalidad en relación con la horizontalidad, ¿qué criterio usar para determinar si la titularidad procomunal es *ob rem* o no? Si nos acogemos al espíritu de la Ley de Propiedad Horizontal, podemos observar que el carácter común lo atribuye a elementos comunes que sirven a la función y buen uso del edificio, lo cual no tiene por qué existir en tema de procomunalidad. Este carácter de la comunidad se deduce claramente de una variedad de preceptos, cuales el artículo 11 (que no impone carácter común a sóta-

(62) *Insuficiencia normativa*, cit., loc. cit., págs. 48 y ss.

(63) Pueden verse sobre esta doble vertiente del problema las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España de 4 de noviembre de 1968 (y el comentario de AMORÓS GUARDIOLA en *R. C. D. I.*, núm. 472, páginas 764-775) y de 20 de diciembre de 1973 (y el comentario de CARRETERO GARCÍA en *R. C. D. I.*, núm. 502, págs. 635 y ss.).

nos, azoteas, patios, jardines, porterías, no teniendo que ser aplicable la cuota) y el espíritu de los artículos 12 (elementos comunes limitados); 16; 17; 18; 27, párrafo segundo; 37, f); 38, e); 38, g); 42, párrafo cuarto; 43. El primer criterio determinante sería, pues, si ese apartamiento responde o no a esa función y utilidad generales del edificio, y de no existir tal nota, debe tomarse en consideración que en la propiedad horizontal lo común es un *accidente necesario*, que acepta el legislador para conseguir fines individuales. Lo que me lleva a estimar, pues, que la duda debe resolverse por el rechazo de la adscripción *ob rem*, calificando el piso o apartamento de procomunal y no de elemento común (64).

Y, finalmente, DE LA CÁMARA, en punto a régimen jurídico, se inclina por aplicar la normativa del Código civil en tema de copropiedad, que es en lo que resulta, efectivamente, la procomunalidad (destacadamente como solución en Derecho puertorriqueño, que incluso acepta la divisibilidad, siendo la indivisión una mera posibilidad, conforme al artículo 32-A de la ley). Y como es dable que el apartamento procomunal se ajuste en lo demás al régimen de la propiedad horizontal, cabe entonces plantear, en el típico caso de duda (departamento procomunal que pertenece a todos los titulares en la horizontalidad sin adscripción *ob rem*), si al mismo se aplica, así en su administración como en su disposición, la normativa prevista en la ley.

En Derecho puertorriqueño, la negativa se impone. Porque no es lo mismo la titularidad horizontal que la titularidad procomunal. A ésta deben serle aplicables las reglas de administración y disposición de copropiedad, no del régimen especial, por cuanto estamos ante situaciones completamente dispares, no empece una identidad subjetiva y una similitud objetiva. Y como quiera que las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal están pensadas solamente para los elementos comunes, no cabe hacerlas extensivas a algo que no es sino procomunalidad.

II. CONSTITUCION, NACIMIENTO Y ADQUISICION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

LA HORIZONTALIDAD COMO RÉGIMEN JURÍDICO

Se habla, y no sin razón, del *régimen de propiedad horizontal*, expresión con la cual se hace referencia a un conjunto normativo especial

(64) ¿Qué decir, si no, en la hipótesis del artículo 11, d), en caso de que tal se estipule? En igual sentido, VENTURA TREVESET: *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, págs. 130 y ss.

que contempla y regula el fenómeno de la horizontalidad como objeto peculiar y propio. Ciertamente, la normativa puertorriqueña sobre la materia no es abundante ni tan completa como la que existe en otros países. Sin embargo, conviene no olvidar que en el Ordenamiento puertorriqueño buena parte de esa normativa está disfrazada en las disposiciones administrativas y en los propios actos de la Junta de Planificación (65). Naturalmente, en estas páginas he de limitar mi examen al aspecto iusprivatístico, pero no impide ello admitir la existencia de esa esfera iuspublicística como factor integrante de dicho régimen.

Existe, pues, un conjunto normativo, autónomo y heterónomo, que tiene como objeto peculiar la propiedad horizontal. Ese conjunto normativo es, a su vez, abarcador, comprendiendo: *a)* como *normativa autónoma*, los convenios expresamente dirigidos a constituir la propiedad horizontal, susceptibles de contemplarse a la luz de las disposiciones negociales de Derecho privado y, en concreto, del Código civil, y también, como secuela de esos convenios, si bien con origen legal impuesto necesariamente, los estatutos o *reglamentos* de régimen interior de la propiedad horizontal; *b)* como *normativa heterónoma*, las disposiciones del Código civil y de la propia Ley de Propiedad Horizontal, en lo que tienen de imperativo, las normas administrativas de policía y los actos de la Administración. La esfera de ese conjunto de disposiciones se extiende tanto a los aspectos simplemente formales (vgr.: la necesidad de constituirse en documento público debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, el régimen de la propiedad horizontal), como a aspectos sustantivos (vgr.: fijación del uso por destino del inmueble, fijación de cuotas proporcionales de cada apartamiento sobre los elementos comunes, etc.).

La variedad de normas existentes reclama, pues, precisar su prelación. Pero este problema, que puede estimarse general, ofrece en Derecho puertorriqueño algunas peculiaridades, en función de la administración tan especial que nos ofrece la Ley número 157, de 1976, cuyo capítulo V, expresando, creo, una grave confusión entre la supervisión de las ventas por la Administración y la propiedad horizontal, deja la puerta abierta al Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor para regular cualquier aspecto, entre una serie de ellos sumamente abarcadores. De donde debe deducirse que esa intervención administrativa opera una prioridad jerárquica que, sin perjuicio de reconocer o rechazar su excelencia, significa, al menos, confusionismo.

(65) Ver mi trabajo «Régimen jurídico de la planificación en Puerto Rico», *Rev. Der. Esp. y Am.*, núm. 19, segunda época, 1968; con mayor extensión, «Significado auténtico de la planificación democrática», *Rev. Der. Priño.*, núms. 34-35-36, 1969-70, págs. 619-738.

Por ello se explica en Derecho puertorriqueño, más incluso que en otros Ordenamientos jurídicos, la importancia de determinar un orden de prelación normativo, que, por lo dispuesto en el capítulo V de la ley, trasciende el problema de la jerarquía pura de las normas, al plantearse dicha prelación con carácter de especial, por las materias contempladas en dicho capítulo V, en función de las cuales privan las normas administrativas sobre otros cuerpos legales. Así, conviene distinguir, para orientarse, dos situaciones de prelación: *a)* la estricta de Derecho privado; *b)* la especial por la materia, que iuspublicita tal jerarquía.

A) Orden de prelación de Derecho privado

a) Ley de Propiedad Horizontal, Código civil y legislación hipotecaria

No surge en Derecho puertorriqueño el problema que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO afronta para el Derecho español, es decir, la aparente dicotomía entre los artículos 326 y 330 del Código civil (66), ya que, por virtud de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, Ley número 104, de 25 de junio de 1958, el régimen de la propiedad de casas por pisos corre por vías distintas del régimen de la horizontalidad. En efecto, desde el momento en que el artículo 47, no modificado por la reforma de 1976, determina que «las disposiciones del artículo 330 del Código civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta ley, constituidos a virtud de los referidos preceptos legales. Los edificios mencionados en el párrafo anterior podrán, no obstante, ser sometidos al régimen establecido en esta ley, previo cumplimiento con los requisitos del artículo 2 de la misma»; consiguientemente, en Puerto Rico hay que distinguir dos regímenes diversos: *a)* la propiedad de casas por pisos, a la cual es aplicable íntegramente el Código civil, y *b)* la propiedad horizontal, que se rige por su ley especial.

Por consecuencia, la primera norma con preferencia absoluta viene representada por la legislación especial, a la cual complementará el Código civil, por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de este último cuerpo legal (67). Naturalmente, el artículo 46 de la Ley de Propiedad Horizontal vigente, que invoca como legislación complementaria a la Ley Hipotecaria y su Reglamento, lo son también, pero hemos de admitir que

(66) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 124 y ss., con relación a los artículos 392 y 396 del Código civil español.

(67) Artículo 12 del Código civil: «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código».

exclusivamente en el ámbito meramente registral. Porque en la hipótesis de discrepancia entre Ley Hipotecaria y Código civil, priva éste sobre aquélla, según queda consignado en tema de la especialidad (68).

Conforme con lo dicho, la jerarquía de las fuentes resulta ser:

1.º Ley de Propiedad Horizontal de 25 de junio de 1958, según ha sido modificada por la Ley de 1976.

2.º Código civil, como norma supletoria.

3.º Ley Hipotecaria y su Reglamento, como normativa complementaria.

b) *Normativa heterónoma y normativa autónoma*

Por cuanto la Ley de Propiedad Horizontal tiene preferencia sobre el Código civil, y en éste el artículo 330 no es aplicable al régimen de propiedad horizontal, sino a la propiedad de casas por pisos, ¿qué eficacia tiene el orden de prelación fijado en el artículo 326 del Código civil, aplicable a cualquier modalidad de comunidad?

El artículo 326 del Código civil se remite, «a falta de contratos o disposiciones especiales», a las normas del propio Código civil en materia de comunidad de bienes, para suplir cualquier laguna normativa. Pero como la Ley de Propiedad Horizontal reclama prioridad sobre el Código civil, resultará que el artículo 326 solamente sería aplicable en ausencia de contratos u otras disposiciones especiales que no sean la Ley de Propiedad Horizontal o normas que son invocadas por la propia ley, y que, en este sentido, gozan de preferencia, por ella misma asignada.

¿Qué requeriría, pues, una posible aplicación del artículo 326 del Código civil? Inicialmente, que la Ley de Propiedad Horizontal no sea aplicable—lo que, por sus múltiples lagunas, no es problema que se produzca frecuentemente la hipótesis—; que tampoco fuese aplicable la legislación que dicha ley llama para suplirla, y en el plano del más puro Derecho privado—pero solamente en este plano—, la Ley de Propiedad Horizontal no se autocomplementa con normativa alguna. Correspondientemente, se aplicaría, en general, el Código civil y, de modo particular, el artículo 326. A tenor de éste, la norma inmediatamente posterior en jerarquía lo sería el pacto entre partes (en concreto, la escritura constitutiva del régimen de propiedad horizontal y estatutos incluidos en ella), y con posterioridad, disposiciones especiales. Ciertamente, estas disposiciones especiales pueden ser tanto disposiciones autónomas como

(68) Ver mis *Elementos de Derecho hipotecario*, págs. 57 y 58, en que se plantea el problema con la solución legislativa correspondiente.

heterónomas; las autónomas, no parece que tuviesen existencia sensata, de no existir ya la escritura de constitución de la horizontalidad o los estatutos, por lo que tales disposiciones especiales serían simplemente otras normas heterónomas aplicables a la propiedad horizontal.

Y aquí surge la cuestión problemática. Porque esas normas especiales serían el conjunto de disposiciones heterónomas de carácter marcadamente iuspublicístico que se aplican a la propiedad horizontal, que debieran ceder ante un pacto en contra de las partes. Pienso, y me refiero, concretamente, a ese cúmulo de *normas* emitidas por la Junta de Planificación, a sus reglamentos, ignorados por casi todos, que, no empece estar situados legalmente en último lugar, se aplican con absoluta preferencia por los organismos administrativos que les dan vida.

Ya en otro lugar (69) he planteado cómo la alegría jurisprudencial al aceptar todo poder delegado como posible y aceptable, no empece la profundidad ilegal formal del mismo, crea el problema de someter toda la estructura del Estado de Derecho al capricho administrativo, cuando no a la explicable ignorancia jurídica de un funcionario técnico. Aquí cabe volver a apuntar igual problema en tema particular de propiedad horizontal.

En efecto, la Ley de Propiedad Horizontal, hecha excepción de prioridades otorgadas al Departamento de Asuntos del Consumidor en aspectos concretos—aunque sumamente abarcadores—, prioridades que, por la propia jerarquía de la Ley de Propiedad Horizontal, preceden; hecha esa excepción, repito, no cabe asumir otra prioridad en la aplicación de las normas. Sin embargo, sí se alude en el texto legal a «otras disposiciones especiales», que, por el mecanismo del artículo 326 del Código civil, serían aplicables sólo en defecto de norma particular o autónoma, aunque la finalidad de esas disposiciones especiales estribe precisamente en ofrecerse con mayor jerarquía que los pactos particulares. Piénsese, a título de ejemplo, en la invocación del artículo 32-A, a la Administración de Reglamentos. Esta Administración, que ha asumido las antiguas funciones que, en tal actividad, tenía la Junta de Planificación, actúa sujeta a su propia ley. Pero en tema de propiedad horizontal es claro que puede surgir un conflicto de competencias legislativas, en cuyo caso, por lo pautado en la propia Ley de Propiedad Horizontal (ley especial y con prioridad absoluta sobre otras leyes), las disposiciones emanadas de esa Administración quedarían supeditadas a la ausencia de pacto entre los particulares sobre determinado aspecto.

Si estoy en lo cierto resulta ahora el siguiente orden jerárquico:

(69) *Significado auténtico de la planificación*, cit.

- 1.º Ley de Propiedad Horizontal de 1958, según fue modificada en 1976.
- 2.º Código civil, como norma supletoria general.
- 3.º Ley Hipotecaria y su Reglamento, como normas complementarias.
- 4.º Artículo 326 del Código civil, que supone: a) convenios particulares; b) otras disposiciones especiales, entre las cuales debemos incluir toda norma heterónoma susceptible de aplicarse al régimen de horizontalidad, no incluida en las disposiciones anteriores.

B) *Orden de prelación especial*

No siempre, sin embargo, aquel orden jerárquico es susceptible de aplicarse. El artículo 49 de la Ley de Propiedad Horizontal de 1976 fija una preferencia especial de los reglamentos que puedan emitirse por el Departamento de Asuntos del Consumidor, relativos a: 1.º Creación de un registro de apartamentos en ese Departamento, como exigencia previa a la publicidad o venta de dichos apartamentos. 2.º Garantía de veracidad al consumidor potencial adquirente de un apartamento. 3.º Establecimiento de criterios de publicidad que dote de información precisa y completa de fácil comprensión por el consumidor. 4.º Establecimiento de derechos necesarios al arrendatario de un inmueble sometido con posterioridad al régimen de horizontalidad, para evitar el desahucio, aumento de renta o perturbación con fin de desalojo, sin ofrecimiento de oportunidad real de comprar o de término razonable para el desalojo. 5.º Establecimiento de plazos razonables para que el vendedor original de un apartamento responda por vicios o defectos. 6.º Protección del interés de adquirentes de apartamentos durante el período de administración del titular que somete el inmueble al régimen de horizontalidad.

La preferencia de tales posibles disposiciones administrativas se limita, sin embargo, a edificios sometidos o susceptibles de someterse a horizontalidad, destinados a vivienda, que formen parte de un plan conjunto de promoción y venta de no menos de diez apartamentos, hecha excepción de las antes citadas situaciones 3.ª y 4.ª, en cuyos casos la competencia reglamentaria aludida se establece en toda venta de apartamento dedicado a vivienda.

Asimismo, se rechaza esa competencia reglamentaria en ventas judicialmente ordenadas o las realizadas por los gobiernos (obviamente, el local y el federal).

Consiguientemente, el orden de jerarquía de las normas, ya en términos completos, es:

- 1.º Ley de Propiedad Horizontal.
- 2.º Reglamentos del Departamento de Asuntos del Consumidor, relativos a los puntos indicados y en las situaciones e hipótesis consignadas —cuando fueren aplicables a la horizontalidad.
- 3.º Código civil, como supletorio, en general.
- 4.º Ley Hipotecaria y su Reglamento, como normas complementarias.
- 5.º Artículo 326 del Código civil y, por su virtud,
- 6.º Contratos particulares y
- 7.º Otras disposiciones especiales.

C) *Juicio crítico que merece el orden de prelación*

No puedo, es claro, felicitar al legislador por el confusionismo que introduce en un aspecto tan relevante como el de la jerarquía normativa, que es tema para aportar claridad y no oscuridad. Se pudo elegir un método más claro y eficaz para conseguir lo mismo, distinguiendo tajantemente qué es propiedad horizontal y su régimen jurídico, y qué es publicidad, legislación especial de alquileres, etc. No se ha hecho así y por ello el juicio respecto del legislador debe ser otra vez negativo.

Cabría felicitar al legislador por haber introducido una nueva nota de *ius cogens* en este tema, en cuanto con ello puede pretenderse frenar o reducir una serie de abusos tradicionales y característicos en la venta de apartamentos. Pero, personalmente, sigue sin satisfacerme el método seguido. Que la Administración intervenga como *paterfamilias* en rencillas entre parientes, presupone que la Administración sea imparcial, y como no lo es, es preferible una normativa que por sí sola ilustre la solución de los conflictos: el poder del Estado no es garantía de la justicia para el consumidor, si ese poder se inclina hacia el lado opuesto. De hecho, hubiese sido preferible una verdadera Ley de Propiedad Horizontal, sin sesgos administrativizadores, completa y acabada, que remitirse a una potestad reglamentaria; de la misma manera que ante un hambre, lo que debe hacerse es proporcionarle alimentos, no pretenderle mejorar la semilla en próximas cosechas. Otorgar un cheque en blanco a la Administración, cuando ésta se preocupa, en tema de horizontalidad, en evitar que se desaliente la venta de inmuebles (E. de M. de la ley), no será el mejor modo de proteger la diversidad de intereses particulares o de evitar conflictos en la horizontalidad, destacadamente con relación a los más débiles, social y económicamente. Buena prueba tenemos ya, al acceder el Departamento a suspender su reglamentación, hasta que la «crítica constructiva» de la Asociación de Libre Empresa y demás grupúsculos interesados en aumentar las ventas de apartamentos se expre-

sen, lo que, en buen castellano, no es sino la cancelación de aquel pretendido cheque en blanco.

De otro lado, la prelación de fuentes nos indica la amplitud que puede alcanzar el régimen de horizontalidad, al menos si aceptamos por horizontalidad esa mezcolanza que el legislador refunde dentro del concepto (al darle cabida en la ley de la especialidad). Ahora bien, tal amplitud supone, para analizarla en todos sus detalles, introducirse en el Derecho administrativo, Derecho que aún está, en Puerto Rico, en fase de formación científica, en el cual late con mayor intensidad la política que el Derecho (lógicamente, con el consiguiente detrimento de éste). Se explica así que limite mi examen a la esfera estricta del Derecho privado.

D) *Ambito de aplicación*

La Ley número 104, de 25 de junio de 1958, se ha dicho ya, dejaba aparte de su propio régimen, a la propiedad de casas por pisos existentes al amparo del artículo 330 del Código civil, reclamando para sí toda situación de copropiedad que surgiese luego de la entrada en vigor de la ley y por ello de cualquier edificio de nueva construcción en que se presentase esa copropiedad, o edificios en copropiedad, ya existentes, que se abocasen al régimen de la horizontalidad.

La Ley de Reforma de 1976, se limita simplemente a reinsistir que su ámbito de aplicación se extiende a todo inmueble sometido a propiedad horizontal, cualquiera que fuese el momento en que se efectuase dicho sometimiento (art. 53, párrafo primero), otorgándose al respecto el plazo de un año para la correspondiente adaptación de las escrituras constituidas y estatutos o reglamentos a lo dispuesto en la Ley de Reforma (art. 53, párrafo segundo). Caso de no acogerse los particulares a este plazo de adaptación, las cláusulas y disposiciones escrituradas, estatutarias o reglamentarias opuestas a la nueva ley se entenderán ineficaces, pudiendo cualquier titular solicitar la adaptación antes indicada ante los Tribunales (art. 53, párrafo segundo, proposición última).

CONSTITUCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

A) *El acto constitutivo*

Dos requisitos se establecen en la ley para constituirse un inmueble (verdaderamente, un edificio) en propiedad horizontal: *a)* una expresión de voluntad al respecto; *b)* constatación de esa voluntad expresada en el Registro de la Propiedad.

Se ha discutido en la doctrina jurídica la naturaleza del título acreditativo de la propiedad horizontal. Regularmente, la razón de la discusión ha solido derivar de la parquedad con que la mayoría de las leyes existentes sobre horizontalidad reseñan el título constitutivo de la propiedad horizontal. No es éste, sin embargo, el caso de la ley puertorriqueña, que expresa con suma claridad que la propiedad horizontal solamente se origina mediante un *acto documentado*. Acto jurídico, pues, es la naturaleza del fenómeno constitutivo de la propiedad horizontal, que atribuye título a la misma.

En efecto, no es dable admitir la tesis que, desde un plano simplemente formalista, configura la propiedad horizontal como un mero proceso de formalización, en sí mismo determinante del régimen especial, ya que esa mera formalidad es rechazada por el artículo 2 de la ley, que reclama una expresión de voluntad, que se impone bajo la forma concreta de *declaración*, con exclusión, pues, de los comportamientos (70). Hay formalismo, sí, porque el acto, como todo acto, lo reclama, y porque la ley previene una formalidad *ab solemnitate*. Pero ese formalismo no es sino la exteriorización de una realidad: la voluntad del sujeto dirigida a un fin concreto.

Tampoco cabe aceptar la tesis negocial para definir la constitución de la horizontalidad, ya que, aunque la ley no excluye el negocio como modalidad, también es cierto que considera suficiente un acto jurídico para que surja el régimen especial que se implica. Este carácter, suficientemente actual y eventualmente negocial del título constitutivo, está claramente determinado en el citado artículo 2 de la ley, al indicar el mismo que el régimen puede aplicarse al conjunto de apartamentos y elementos comunes «cuyo *titular único* o titulares todos declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta ley» (énfasis suplido).

La fórmula, evidentemente, presupone la posibilidad de acceder a la horizontalidad mediante negocio jurídico; pero reclama simplemente un acto para lograr ese fin. Que ese acto sirva como regla de solución de conflictos de intereses o no es algo que no resuelve la ley—y hace bien—, remitiéndose a los particulares y a sus situaciones vitales. La norma estima, pues, suficiente el acto, pero reclama del mismo una constatación registral: «... haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad» (art. 2, párrafo primero, *in fine*, de la ley).

La distinción tiene interés, interés que resalta FERNÁNDEZ MARTÍN-

(70) Sobre la distinción, VÁZQUEZ BOTE: *Derecho Civil*, I, vol. 2.º, págs. 202 y ss. Para una exposición de las diversas teorías, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 225 y ss., y las referencias allí incluidas.

GRANIZO (71), en función de que por el acto *nace* la propiedad horizontal, mientras que la documentación *constituye* el régimen especial. En otros términos, cabe hacer nacer la propiedad horizontal sin necesidad de documentación especial alguna (eficaz, pues, *inter partes*, conforme con el art. 1.230 del Código civil, en relación con el art. 1.231 del mismo cuerpo legal) (72). Pero los efectos típicos y propios de la horizontalidad solamente se alcanzan con la documentación en escritura pública y la ulterior registración. Con la registración surge el régimen especial, a partir de cuyo momento «los apartamentos (...) podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio y posesión y de toda clase de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con independencia del resto del inmueble de que formen parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad...» (art. 4 de la ley). A partir de ese momento, el acto constitutivo se convierte en verdadero título constitutivo de la propiedad horizontal (73).

B) *Título de constitución*

a) *Concepto*

El acto constitutivo, debidamente documentado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, genera el título constitutivo de la propiedad horizontal. Es a partir de ese momento que el titular puede ejercitar los derechos característicos de este régimen especial frente a terceras personas, quedando sometido al haz de obligaciones inherentes a la horizontalidad.

Omite el legislador la referencia al título constitutivo. En diversos artículos se alude al titular o titulares, y solamente el artículo 4 hace referencia a los «títulos correspondientes» a los apartamentos en horizontalidad. Con ello evita, ciertamente, el problema que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO apunta para el Derecho español (74), en el sentido de que no

(71) *Op. cit.*, págs. 227, nota 249.

(72) Artículo 1.230 del Código civil: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez». Artículo 1.231 del Código civil: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Al respecto, mi trabajo «Forma de los contratos», *Revista Notarial de Buenos Aires*, núm. 802, 1972, páginas 823 y ss. También «Sobre el artículo 1.279 del Código civil», *R. G. L. J.*, diciembre 1970, núm. 6, segunda época, tomo LXI, págs. 825 y ss.

(73) Ver mis *Elementos de Derecho hipotecario*, cit., págs. 354-355.

(74) *Op. cit.*, págs. 221 y ss.

es dable pretender un concepto del título constitutivo legalmente determinado, correspondiendo completamente al intérprete su precisión. De otro lado, es más claro el artículo 2 de la ley que el texto de su homónima española, lo que facilita sensiblemente la labor hermenéutica.

¿Es dable distinguir un *título constitutivo estricto* y un *título constitutivo amplio*? FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO plantea la cuestión (75) aludiendo al conjunto de requisitos mínimos que deben constar en la escritura pública constitutiva de la horizontalidad (supuesta la inscripción subsiguiente), frente a la posibilidad de ampliar el conjunto de datos informativos, que la ley remite a los pactos particulares. Con ello da la impresión de que se pretende actualizar, en tema de propiedad horizontal, una distinción ya superada por la doctrina moderna, entre elementos esenciales y naturaleza (76), sin más trascendencia que ser una distinción escolástica. Desde un punto de vista práctico y técnico jurídico, es suficiente con matizar cuáles son los requisitos mínimos necesarios para que surja la propiedad horizontal, con independencia, dentro de una teoría general, de cualesquiera otros, que, en el caso concreto, devendrán esenciales, como los presupuestos normativos. De ahí el acierto del legislador al redactar el artículo 22 en términos tales, que deja la puerta abierta a los interesados para fijar libremente lo relativo a la administración del inmueble, y «cuanto más se refiera al inmueble y sea de interés hacerlo constar», ello con sujeción, claro es, a otras restricciones fijadas directamente en la misma ley o en disposiciones complementarias.

De aquí que el contenido mínimo necesario queda circunscrito al artículo 22 (77).

b) *Carácter*

De lo indicado se deduce que el título constitutivo no puede ser analizado a la luz de la dicotomía *acto legal-acto convencional*. Que su naturaleza de acto jurídico es tal resulta por el hecho de que el legislador no impone la propiedad horizontal en caso alguno. Aquí, como es norma en Derecho privado, el legislador se limita a prevenir los supuestos para que la intención particular pueda ser eficaz jurídicamente; pero se remite a los mismos particulares y a la intención y voluntad de éstos para que surja la horizontalidad o no. Tal afirmación debe sustentarse incluso ante las facultades que el capítulo V de la ley otorga a la Administra-

(75) *Op. cit.*, págs. 235-236.

(76) Ver VÁZQUEZ BOTE: *Derecho civil*, I, vol. 2.º, págs. 192 y ss.

(77) Ver artículo 22, *a, b, c, d, e*, en el apéndice.

ción para intervenir en determinados casos en situaciones previas al nacimiento de la propiedad horizontal (cfr. art. 49).

Ciertamente, pretender distinguir hoy en día lo convencional de lo legal, partiendo de la base de que aquello tiene su origen en la voluntad particular y esto en la de la ley, como si entre voluntad particular y ley no hubiese relación alguna, es ignorar el comportamiento del Derecho respecto de la realidad social (78). Menos acertado resulta confundir la tipicidad legal con la tipicidad social, porque la tipicidad social sólo es jurídicamente eficaz cuando el Derecho la acepta en cuanto tal. Y querer traer a colación estos seudoproblemas en tema de naturaleza del título constitutivo es, cuando menos, perder el tiempo en puntos que, así tratados, no llevan a parte alguna (79).

Acto jurídico, insisto, es el título constitutivo, sin perjuicio, ciertamente, de que en múltiples ocasiones pueda ser negocio jurídico. Lo que no significa atribuir diversa naturaleza a un mismo fenómeno, sino describirle, en cada caso, a su tipo concreto. En aquellos casos en que la propiedad horizontal se determina por el solo titular, quizá pueda existir, en el caso concreto, negocio jurídico; pero, inicialmente, solamente existe un acto. Por el contrario, en aquellas situaciones en que un conjunto de copropietarios constituyen propiedad horizontal sobre el inmueble, es manifiesta la presencia de un negocio jurídico. Bien entendido que ese negocio jurídico no esconde un posible contrato previo a la constitución de la propiedad horizontal, sino que es un negocio directamente dirigido a constituirla (80).

C) *Constitución. Prehorizontalidad. Modificación*

No existe en Puerto Rico como problema lo que, para el Derecho español, se apunta por el siempre citado FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, acerca de las situaciones fácticas de «horizontalidad», que, por no estar jurídicamente documentadas, no quedan sujetas al especial régimen jurídico. No existe el problema porque o dichas situaciones encajan perfectamente en la normativa del artículo 330 del Código civil o, de tampo-

(78) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 39 y ss.

(79) Véase FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 237-243.

(80) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 242, nota 263, b), parece dar por sentado que no hay negocio constitutivo de propiedad horizontal. Acierta al afirmar que la propiedad horizontal puede surgir por acto (que él califica de *real*, fáctico; calificativo que sobra, pues todo acto considerado jurídicamente es *real*) o por negocio. Pero me parece que, por seguir muy de cerca las tesis que parece criticar (en concreto, la de MONEDERO GIL), se pierde con ellas.

co quedar afectados por ellas, nos encontraríamos ante una situación normal de comunidad, siendo de aplicación los artículos 226 a 340 del Código civil. La solución viene así impuesta por el artículo 2 de la ley especial, que solamente reclama competencia cuando el titular único o los titulares todos de un inmueble «declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido» en dicha ley. Por tanto, si tal voluntad no se expresa, no existe propiedad horizontal, sino propiedad de casas por pisos o comunidad de bienes.

El citado estudioso se muestra renuente (81) a la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes, «ya que lo esencial en esta 'situación de hecho' no es la copropiedad sobre los 'elementos comunes', sino la propiedad privativa sobre los pisos y locales». No es serio el argumento. Porque en situaciones de hecho en que no cabe acreditar propiedad privativa alguna (para lo cual es menester ajustarse a las exigencias jurídicas concretas), es necesario buscar el tipo legal más adecuado y próximo a la intención práctica, y válida esencialmente, de las partes. Y salvo intentar aplicar el criterio de cuotas de horizontalidad—lo que no se justifica—solamente resta aplicar los criterios legales, es decir, los de la comunidad de bienes o los de la propiedad de casas por pisos.

Así las cosas, el acto de constitución de propiedad horizontal puede efectuarse en cualquier momento, ya que la ley no establece impedimento alguno y, por el contrario, favorece ampliamente la difusión del régimen especial (art. 47, párrafo segundo).

Este acto constitutivo tiene carácter complejo, así objetivamente como, en cuanto posible, subjetivamente. Es un acto objetivamente complejo desde el momento en que, para que surja el régimen especial (título de la horizontalidad), la ley reclama la expresión de una voluntad al respecto del o de los interesados; que esa voluntad se manifieste documentalmente en escritura pública, y que esa escritura se inscriba en el Registro de la Propiedad. Y es un acto que puede presentarse como subjetivamente complejo (en terminología de GASPARRI) si siendo varios los titulares del inmueble, todos menos uno o algunos emiten su declaración correspondiente en escritura pública e incluso proceden a inscribir, si bien la eficacia de estas manifestaciones, documentaciones e inscripción quedan supeditadas a la emisión de la debida expresión de voluntad del o de los interesados que no han intervenido (espíritu del art. 533 del Código civil).

El titular único o los titulares todos, unánimemente de acuerdo en este caso, deben entonces proceder a documentar el acto, culminándose éste con la inscripción.

(81) *Op. cit.*, pág. 246.

a) *Constitución y prehorizontalidad*

A) Es frecuente que la persona llamada a constituir el régimen de horizontalidad, persona física o jurídica, reclame de los futuros titulares en propiedad horizontal algunas ventajas económicas o de diversa índole, cuya garantía no suele ser de contenido y alcance reales, sino meramente obligaciones. Los promotores de inmuebles, constructoras, financiadoras, suelen encontrarse en una posición real, económica y jurídicamente más cómoda que el conjunto de compradores individuales. Como quiera que su garantía estriba en recibir el título de horizontalidad, y ese título sólo les será entregado mediante el transcurso de un lapso de tiempo, durante éste las cantidades entregadas a cuenta no quedan garantizadas. De más está indicar que, siendo el mercado inmobiliario de carácter marcadamente oligopolístico, el consumidor, adquirente o comprador se encuentra en inferior condición.

Esta situación, que la doctrina argentina ha difundido con la denominación de *prehorizontalidad*, genera múltiples problemas. En algunos países se reclama de los promotores la apertura de cuentas bancarias especiales, debidamente aseguradas por el propio banco o terceros, que garantizan al consumidor, para el caso de no advenir a la horizontalidad por causas ajenas al mismo, la devolución, al menos, de las sumas entregadas (siquiera el consumidor sufra ya la pérdida inherente a la inflación); otros países regulan seguros especiales al efecto. ¿Cuál es la solución que aporta la Ley de Propiedad Horizontal?

Dos son las soluciones que patrocina la ley. La primera, de carácter formal jurídico, se contiene en el artículo 5 del texto legal, a cuyo tenor: «en los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario o gravada la participación que corresponda al transmitente o, en su caso, al deudor en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél, a todos los efectos legales.» Digo que la solución es formal jurídica porque puede surgir la situación que impida actuar la aparente eficacia del artículo 5: piénsese, simplemente, que el apartamento proyectado nunca se construya, por quiebra del constructor, etc. Piénsese, igualmente, que siendo normal la construcción con financiación ajena, el financista adquiere refacción de lo construido o hipoteca del solar y de las mejoras que en él se hagan mediante pactada extensión objetiva, aparte de la legal. Con lo cual el consumidor no tiene posibilidad de invocar el artículo 5, pues precisamente dicho artículo opera contra él. De otro lado, ¿qué garantía real puede ofrecer un apartamento proyectado?

La segunda solución se fija en el artículo 49, al otorgar facultades delegadas al Departamento de Asuntos del Consumidor para «proteger los intereses de los adquirentes de apartamentos durante el período de la administración el titular que somete el inmueble al régimen de propiedad horizontal...» (art. 49, *f*). Será, pues, menester esperar a ver cómo el indicado Departamento asume la protección de esos intereses, lo cual, ciertamente, podrá realizarse mediante los clásicos Reglamentos administrativos que nada dicen, debiendo recurrir, en cada caso, a decisiones particulares y concretas.

— No se aporta, pues, solución alguna a estas situaciones de prehorizontalidad. En todo caso, el consumidor deberá esperar que le den la solución, sin poder prevenir él mismo la garantía de sus derechos. No critico la situación, a la que llegamos como consecuencia del abuso que los impulsores de esta modalidad de edificación han instaurado. Pero sí es de lamentar, nuevamente, que el Derecho privado sea limitado en su eficacia, para remitirla al Derecho público. Porque esto no significa sino que, en última instancia, los intereses privados quedan pendientes de una orientación política.

B) Lo que sí aporta la ley, frente a su antiguo texto, es el procedimiento que debe seguirse para que el titular único actúe la aparición del título de horizontalidad. Pero también en esto es incompleta la ley, pues omite toda regulación en la fase de transición de la prehorizontalidad a la horizontalidad, y parte del presupuesto que, inscrito el inmueble bajo el régimen especial, lo que se produce es una simple transferencia del título a cada uno de los componentes de la horizontalidad y por parte del titular único.

A aquella situación alude el artículo 36-A, aplicable, ciertamente, tanto a las situaciones en que existe un único titular físicamente considerado (persona física o persona jurídica) como cuando existen varios titulares en situación de prehorizontalidad. Establece el precepto una pauta similar a la vigente para los promotores de sociedades anónimas en múltiples países: «El titular o los titulares que sometan el inmueble al régimen de la propiedad horizontal asumirán la administración inicial del inmueble, con todos los poderes y deberes que esta ley confiere e impone, y los que el Reglamento confiera e imponga al Director o a la Junta de Directores, al Presidente y al Secretario...» De este párrafo se deduce que el legislador supone la existencia de la horizontalidad, pendiente la transmisión de cada apartamento a su adquirente. Con ello queda garantizada la irresponsabilidad de tales promotores, quienes, obviamente, en el contrato de venta se encargarán de obtener el respectivo consentimiento del adquirente para

todo lo hecho. Es curioso cómo allí donde se explica el paternalismo el legislador lo elude, y allí donde no hace falta, lo impone meticulosamente.

Como se ha de ver inmediatamente, no se crea que el precepto reclama una actuación conjunta de los titulares adquirentes de los apartamentos para sumir las responsabilidades, derechos y deberes de los promotores de la horizontalidad; no. La actuación colectiva está prefijada en la ley solamente para el hecho formal del traspaso de la administración del inmueble. Nada más.

«El traspaso de la administración se efectuará—continúa el párrafo primero del artículo 36-A—: 1.º Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán al cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá ser convocada en cualquier momento por cualquiera de los titulares de los apartamentos inscritos como filiales, o; 2.º Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán al cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá convocar el titular que sometió el inmueble al régimen de propiedad horizontal una vez se haya segregado y enajenado (*sic*) más de la mitad de los apartamentos suficientes para que al sumar los porcentajes de participación atribuibles a éstos, el resultado exceda al cincuenta y uno por ciento. En la reunión en que los titulares habrán de elegir a las personas que ocuparán los cargos directivos, el titular o los titulares que hasta este momento hayan estado a cargo de la administración deberán entregar al Consejo de Titulares los libros de cuentas de la comunidad debidamente auditados y certificados por un contador público autorizado independiente, así como todos los fondos de la comunidad que tengan en su poder. Ningún contrato otorgado durante el período en que la administración del inmueble estuvo a cargo del titular que sometió el mismo el régimen de propiedad horizontal vinculará al Consejo de Titulares, a menos que los titulares, por voto mayoritario, ratifiquen dicho contrato. Este artículo se interpretará restrictivamente en protección de los derechos de los titulares.»

El precepto es largo, reiterativo, farragoso, confuso, incompleto y, además, deja la puerta abierta para una irresponsabilidad del titular o titulares promotores de la horizontalidad. En efecto, bastará que se vendan apartamentos equivalentes al 51 por 100 de las cuotas proporcionales para que el promotor de la horizontalidad (normalmente, persona jurídica) consiga, vendiéndose a sí mismo bajo otra personalidad un apartamento; obtener la mayoría necesaria, convocar en forma anómala, aprobar lo hecho y... seguir vendiendo.

¿Hasta qué punto podrá impedir el párrafo último del precepto una frustración de los legítimos intereses de los consumidores? Me temo que su eficacia no será tan conveniente como sería menester, pues para ello

habría que introducir en el texto de la ley, por vía de interpretación, una auténtica garantía, lo que no aparece por parte alguna ni, presumiblemente, preocupó al legislador. Por poner un ejemplo concreto, que sí pensó el legislador: ¿cómo se solucionará el conflicto entre un inquilino a quien el titular promotor de la horizontalidad le alquiló el apartamento con la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 36-A, acerca de la ineficacia de los contratos celebrados por el promotor en la horizontalidad, y con la previsión del artículo 49, *d*), otorgando al Departamento de Asuntos del Consumidor facultades para proteger a los inquilinos, aparte de la ley de alquileres razonables? Porque el arrendamiento es acto de administración (ciertamente, que fuera de las facultades inherentes al Consejo de titulares) y, como contrato, encaja en la hipótesis, tan inocente, del artículo 36-A.

Es claro que el legislador no ha visto aspectos más relevantes de la prehorizontalidad e incluso los de la horizontalidad con *prehorizontalidad fáctica* (por llamarlo de algún modo).

C) De otro lado, y ya desde el punto de vista formal, ¿cómo debe actuar el titular único o titulares varios para constituir el título de horizontalidad, en el caso de venta de un edificio no sometido a la misma? La hipótesis no ofrece problema alguno, por cuanto se actuará como en cualquier situación normal de venta, procediendo a efectuar la oportuna declaración de sujeción al régimen especial, documentándola debidamente y procediendo a su registración.

Pero es frecuente en la práctica la compra de apartamentos en edificios no construidos sino proyectados. ¿Cabe entonces la constitución en horizontalidad? La duda se presenta ante el artículo 5 de la ley, que se refiere a la transmisión o gravamen (*sic*) de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar. Dejando de lado el lapsus del legislador, que alude a una figura no conocida en el Ordenamiento (gravamen sobre cosa inexistente), y que se aplica fácilmente por suponer simplemente la *extensión objetiva* futura de un derecho real (refacción o hipoteca, normalmente), debe concluirse que no existe en la ley base alguna para aceptar que es posible la horizontalidad, considerada como título constituido y existente, en apartamentos proyectados. Cualquier formalización jurídica de tal fenómeno—y nunca mejor denominado—solamente puede considerarse como una contratación de futuro, sin carácter real alguno, luego sin posibilidad de hablar en este caso de régimen horizontal debidamente constituido. A esta conclusión se llega no solamente por vía del artículo 2, que presupone la existencia física de los apartamentos, sino en base al artículo 8, en el que, contrastando sus párrafos primero y segundo, se determina con suma claridad, que una cosa son los cálculos y proyecciones,

y la expresión y existencia de la propiedad horizontal otra muy distinta. Y, finalmente, el propio artículo 28, que, al tratar de la inscripción en detalle, indica, respecto de las obras proyectadas y comenzadas, la necesidad de que se declare su terminación en escritura pública e inscripción en cada folio de finca filial. Solamente esta declaración inscrita puede autorizar que se hable de constitución del título de propiedad horizontal. Todo ello se explica porque, como se deduce de la regulación en tema de inscripción, la registral tiene, en punto a horizontalidad, carácter necesario de su eficacia real.

b) *Modificación*

La ley contempla varias situaciones que implican la modificación del título constitutivo, si bien no es prolija en la determinación del procedimiento para ello, en orden a la eficacia de la modificación misma. Incluso cabe aceptar que, precisando en algunas modalidades el trámite correspondiente, en otras lo da por supuesto o lo ignora.

Varias son las situaciones que implican modificación del título.

1) *Modificación del título por modificación de los porcentajes o cuotas.*—Salvo la afirmación legislativa de que el porcentaje o cuota «tendrá carácter permanente» (art. 8, párrafo segundo)—lo que el mismo legislador reconoce, en otros preceptos, no ser cierto—, nada hay en la ley que impida modificar el título por consecuencia de modificarse los porcentajes. La intangibilidad de éstos, tan radicalmente proclamada en el artículo 8, párrafo segundo, proposición primera, es, inmediatamente, decantada en la proposición siguiente del mismo párrafo, que condiciona meramente la modificación a la anuencia de los titulares: «salvo lo dispuesto en el artículo 32-A para casos de segregaciones o agrupaciones, el mismo no podrá ser variado sin la anuencia de los titulares que representen la totalidad de apartamentos en el inmueble» (art. 8, párrafo segundo, proposición segunda). Consiguientemente, las cuotas pueden modificarse siempre que concorra el consentimiento de todos los titulares o... sin él.

El artículo 8 hace excepción, para modificar los porcentajes, del artículo 32-A. La excepción es relativamente comprensible, porque ese artículo se dedica, precisamente, a determinar la posibilidad de modificarse los porcentajes por consecuencia de segregaciones, divisiones y agrupaciones de apartamentos. La excepción debe referirse a que, mientras el artículo 8 reclama el consentimiento de todos los titulares, el artículo 32-A se conforma con el de los afectados y el del Consejo de Titulares. Es verdad que, según el artículo 21, la referencia a la Junta de Titulares «se enten-

derá la totalidad de ellos», pero no debe olvidarse que la Junta se compone según *quorum*, lo cual significa que no es imprescindible la presencia de todos.

Por tal circunstancia, cabe distinguir tres modalidades que permiten alterar los porcentajes: *a)* mediante el consentimiento de todos los titulares que representen la totalidad de los apartamentos, tratándose de «construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio» (art. 18), o «por agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de porciones de terrenos colindantes» (art. 31), o en «segregaciones de porciones de terreno común, transmitidas por la totalidad de los titulares (art. 32); *b)* mediante el consentimiento de los titulares afectados y el de la Junta de Titulares en decisión tomada con *quorum* suficiente, por división de apartamentos y anejos, mediante segregación, para tomar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, o para su agrupación, sin alterar los porcentajes correspondientes a los otros apartamentos y titulares, y *c)* por convención comercial al respecto en que intervengan y consientan únicamente todos los titulares.

2) *Modificación del título por realización de obras que alteren los porcentajes.*—En donde deben englobarse las hipótesis *a)* y *b)* señaladas antes. Ciertamente, debe concretarse que, si no siempre, sí casi siempre las obras que contempla la ley generarán una alteración de los porcentajes: *a)* si se agregan nuevos pisos (dejando de lado la hipótesis de procomunidad), el prorrateo de los elementos comunes sufre automáticamente una modificación; *b)* la agregación de colindancias como elementos comunes, aunque no tendría que modificar los porcentajes, provoca regularmente tal alteración, por virtud de las pautas elegidas por el legislador para fijar esos mismos porcentajes *permanentes*, sin perjuicio de que, por razones de simplificación, pueda estimarse la inalterabilidad como solución más práctica (82).

3) *Modificación, parcial o relativa, del título, por división o agrupación de un apartamento o varios, para formar varios o uno.*—Es la hipótesis contemplada en el artículo 32-A. Caben aquí dos situaciones diversas. Que esa modificación, por relativa, altere solamente los porcentajes de los apartamentos afectados, siendo entonces suficiente el consentimiento de los correspondientes titulares, y el de la Junta de Titulares; o que resulten afectados todos los porcentajes, en cuyo caso la modificación no sería relativa, sino absoluta, y sería exigible el consentimiento de todos los titulares que representen la totalidad de los apartamentos del inmueble.

(82) Cfr. artículo 8 de la Ley, acerca de la determinación del valor porcentual.

4) *Modificación del título por alteración de su contenido formal.*—

De manera muy general se refiere a esta posibilidad el artículo 36, al requerir la inserción «en la escritura de constitución» del reglamento para la administración del inmueble «y toda enmienda a los mismos». Estas modificaciones formales quedan sometidas al criterio de la mayoría de dos terceras partes de los titulares (art. 37, párrafo último). Resulta este porcentaje de dos tercios un poco extraño, ya que pueden ser muchas las decisiones tomadas por esa mayoría (que nada impide sea una auténtica minoría) que sean perjudiciales para muchos, sin posibilidad alguna de recurso, dados los términos en que se hace vinculante la decisión mayoritaria.

NACIMIENTO DE LA HORIZONTALIDAD

La propiedad horizontal, como cualquier derecho de contenido real, reclama una situación fáctica que explique las consecuencias económico-sociales predeterminadas en la norma jurídica. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (83) distingue a este respecto entre unos elementos fácticos y una presuposición legal. Aquéllos vienen determinados por la existencia de un edificio, terminado o, al menos, iniciada su construcción, dividido en pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia o un elemento común del edificio o a la vía pública, que pertenezcan a diversos propietarios; ésta se concreta en el otorgamiento del título constitutivo.

Distingue así, realmente, el citado estudioso la existencia de la propiedad horizontal de su legitimación jurídica. La existencia deriva de unos hechos innegables (edificio, etc.); la legitimación jurídico-especial: la horizontalidad, cuyo efecto es ser los apartamentos, potencialmente, objetos individualizados e independientes del tráfico.

Iguals conclusiones pueden afirmarse en Derecho puertorriqueño, si bien es menester precisar algunas diferencias de detalle, que hacen incompatibles las situaciones puertorriqueñas y, casi, universal, provocando, en verdad, dos sistemas jurídicos diametralmente opuestos en la forma.

A) *Los elementos fácticos*

a) *El inmueble o edificio*

Indiqué anteriormente que la reforma de 1976 ha sustituido la palabra *edificio* por el término *inmueble* o *lo construido* en casi todos los artícu-

(83) *Op. cit.*, págs. 257 y ss.

los de la ley, pero no en todos: subsiste en el artículo 18 la expresión edificio, lo que permite reconducir a este concepto los aparentes homónimos (?), aquellos dos vocablos. Por ello, puede afirmarse que el primer elemento fáctico para que nazca la propiedad horizontal es, ciertamente, la existencia de un edificio.

Ahora bien, mientras que en casi todos los países se reclama que el edificio sea una realidad (que esté terminado en su estructura o, al menos, comenzado), solamente es Puerto Rico, con Brasil (84), el país que admite un edificio proyectado como fundamento fáctico de la propiedad horizontal. Así lo acepta expresamente el reformado artículo 8 de la Ley Hipotecaria y lo ratificaba el artículo 26 de la anterior Ley de Propiedad Horizontal (85) y lo sustenta el nuevo texto de 1976 en su articulado (artículos 5, 9, 28).

Sin embargo, no debemos engañarnos por tal novedad, ya que ese edificio proyectado, que parece latir constantemente como un factor de la horizontalidad, resulta, a la hora de la verdad, que no es sino una simple expresión, desafortunada, sin trascendencia alguna, ya que el fundamental artículo 27, no alterado en la modificación de 1976, afirma totalmente, en su párrafo tercero, que «mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamento, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente».

Es verdad que el artículo 8 de la Ley Hipotecaria dice lo contrario, pero, siendo la ley reformadora de este precepto del año 1951 (86) y la Ley de Propiedad Horizontal primigenia de 25 de junio de 1958, debe estimarse que ese artículo 8 de la Ley Hipotecaria no es norma complementaria de la horizontalidad, sino que está expresamente derogado por el legislador para el régimen especial; siendo, pues, susceptible de aplicarse solamente a la propiedad de casas por pisos proyectados (!), en tanto en cuanto lo autorice el Código civil.

Consiguientemente, lo único que cabe plantear es: ¿puede ser objeto de inscripción un edificio proyectado sin poder ser objeto de hoja independiente los apartamentos de ese mismo proyecto? Si la respuesta es positiva, es claro que la inscripción del edificio proyectado sólo es susceptible de inscripción como finca matriz. Y esa inscripción matriz está, es claro, correspondiendo al solar, que es la única realidad. Todo lo demás no será otra cosa que humo... y trabajo para el Registrador, a la vez que

(84) Ley de Propiedad Horizontal del Brasil (art. 9) de 1964, modificada en 1965.

(85) La Ley era contradictoria en sí misma. Definía el apartamento como «la construcción», pero admitía un apartamento que no fuese tal al aceptar el proyectado como real (art. 5).

(86) Ley núm. 422, de 13 de mayo de 1951.

confusionismo registral, ya que en el Registro podremos dar cabida a un cúmulo de descripciones y planos que no responden absolutamente a nada y que ninguna eficacia real tienen (87).

A esta conclusión llegan las leyes de muchos países por el sencillo procedimiento de impedir el acceso de meros proyectos al Registro.

La única razón que puede explicar esta contradicción del texto legal, salvo error por mi parte, puede hallarse en dos factores: a) uno, de carácter ajeno al Derecho, cual es el modo de financiación de la construcción; b) otro, más jurídico, pero no más técnico-jurídico, cual es la incidencia del seguro de títulos norteamericano (88).

En efecto, como la financiación de la construcción es, sólo inicialmente, de capital local, vendiéndose inmediatamente las hipotecas a entidades norteamericanas, éstas tienen asegurada su inversión en función de varios factores: 1.º El *mortgage* norteamericano tiene eficacia real desde la fecha de la escritura, esté o no registrado en los archivos inmobiliarios, surgiendo así, en el marco puertorriqueño, como una hipoteca tácita al modo del siglo XVIII; 2.º Ese *mortgage* está garantizado por un seguro de valor; 3.º Es verdad que si un apartamento proyectado no se construye, no habrá ejecución; pero, como los Tribunales norteamericanos tienen entonces la última palabra, el inversionista norteamericano difícilmente asumirá riesgos reales; 4.º Mientras esto llega, y como los apartamentos suelen construirse, la banca y las financieras locales lanzan—en hipótesis del edificio proyectado—sumas fabulosas de humo, que les sirven, sin embargo, contablemente para determinar su magnífico estado financiero; 5.º Finalmente, es obvio que la única hipoteca existente sobre el solar permite convencionalmente la extensión objetiva. Y como quien financia la construcción solamente paga las obras que están certificadas en su término, total o parcial, a la hora de la verdad no hay apartamento o edificio proyectado, y sí una hipoteca que no cubre, naturalmente, el valor total real del solar, sino parte del mismo.

Este proceso, que es normal en cualquier parte, se complica formalmente en Puerto Rico, quizá por la tendencia del legislador a pensar que con sólo poner en una ley sus intenciones, éstas se convierten en realidad. La única realidad es el confusionismo que así se genera.

Por tanto, puede concluirse que es necesario el edificio como realidad para que pueda darse la propiedad horizontal. Ya se trate de un edificio

(87) La tesis de que el Registro de la Propiedad debe reflejar la realidad inmobiliaria parece, pues, sustituirse por el concepto del Registro como un globo que más se hincha cuanto más se le pone aire... hasta que estalle.

(88) Ver mi trabajo «El denominado seguro de títulos. Ventajas e inconvenientes de su adopción en el Derecho español», *Revista Notarial de Buenos Aires*, número 828, págs. 7 y ss.

terminado, en cuyo caso es completamente susceptible de ser sometido al régimen especial, ya esté en construcción, en cuyo caso su ingreso al régimen de horizontalidad será proporcional y progresivo con la terminación del edificio mismo (arts. 27 y 28 de la ley).

b) *Las características físicas del inmueble.*

Dicho edificio debe estar dividido en unidades de construcción, suficientemente delimitadas y cubicadas (abiertas, cerradas en todo o en parte), susceptibles de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, que tengan salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía (art. 3 de la ley).

De esta manera, la ley de 1976 conceptúa al clásico apartamento, piso o local, susceptible de aprovechamiento independiente y de comunicación directa o indirecta con la vía pública.

c) *Características jurídicas respecto del edificio*

Previene la ley la indiferencia de que el edificio pertenezca a uno o a varios titulares, así como que los diversos espacios o apartamentos pertenezcan a uno o a varios titulares (art. 2).

B) *La anomalía del artículo 2, párrafo segundo, de la ley*

Aludí antes a la extraña modalidad que autoriza el artículo 2, párrafo segundo, del texto de 1976, al establecer que «el régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo, siempre que, mediante escritura pública al afecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original». El precepto se complementa con el artículo 23, proposición última, que, refiriéndose a las circunstancias de la inscripción, indica: «si el terreno en que enclava la estructura fuese poseído a título de arrendamiento o de usufructo, la escritura así lo expresará especificando la fecha en que expira el término del arrendamiento o del usufructo.»

Como quiera que el Ordenamiento no admite un dominio sobre algo de menor entidad—al igual que la física no autoriza sentar un soldado de plomo sobre un caballo de papel, en frase que ha difundido DE CASTRO (89)—, es manifiesto que esa propiedad montada en un usufructo o

(89) Ver VÁZQUEZ BOTE: *Derecho Civil*, I, vol. 1.º, pág. 596.

en un arrendamiento no es, a la hora de la verdad, propiedad alguna, sino algo, confundido totalmente por el legislador, que, exteriormente, se asemeja a la horizontalidad. Ante la expresión legislativa, es obvio que se trata de una construcción en suelo ajeno; y, por la fórmula usada en el artículo 2, acerca de la renuncia expresa del titular del dominio, la hipótesis es una construcción en suelo ajeno con consentimiento del titular dominical, esto es, existiendo una relación jurídica fundamento y base del arrendamiento o del usufructo.

En otra parte (90) me he preocupado de matizar las situaciones en que, existiendo edificación en suelo ajeno, surgen distintas calificaciones jurídicas potencialmente factibles. Trayendo, pues, a colación lo allí indicado, es menester precisar las diversas hipótesis en que puede desembocar la desafortunada expresión legislativa ínsita en el artículo 2 de la ley.

En caso de edificación en suelo ajeno pueden darse las hipótesis siguientes:

A) *Edificación en suelo propio*: contentiva de las siguientes situaciones: a) *con materiales propios*, en cuyo caso se adquiere la propiedad de dichos materiales según avanza la construcción; b) *con materiales ajenos y sin existir relación jurídica* alguna con el propietario de los mismos, en cuyo caso la propiedad se adquiere por accesión, según el artículo 296 del Código civil; c) *con materiales ajenos y por virtud de relación jurídica* con el dueño de éstos, hipótesis en la cual es susceptible de distinguirse una variedad de alternativas: 1) una situación de condominio de suelo y edificio; 2) un censo enfiteútico perteneciendo el dominio directo al dueño de los materiales; 3) un derecho de superficie para el dueño de los materiales.

B) *Edificación en suelo ajeno*: a) *sin existencia de relación jurídica*, hipótesis comprensiva de: 1) edificación sin conocimiento del dueño del suelo, pero con *buena fe* de quien edifica, en que es aplicable la accesión (artículo 297 del Código civil); 2) edificación sin conocimiento del dueño y con *mala fe* de quien edifica, rigiendo entonces la accesión (art. 298 del Código civil) y a la destrucción forzosa de lo edificado (art. 299 del Código civil); 3) con conocimiento del dueño del suelo, en que caben varias situaciones distintas: 1.º *con buena fe* por parte de quien edifica, hipótesis no regulada en el Código civil y que puede originar un derecho de superficie; 2.º *con mala fe* de quien edifica, siendo de aplicación la accesión (artículo 297 del Código civil) o, asimismo, la venta o arrendamiento forzoso; b) *con existencia de relación jurídica*, hipótesis comprensiva de: 1) contrato de empresa, susceptible de generar un derecho de superficie,

(90) *Ibidem*, II, pág. 387.

según la solución que pueda darse a la atribución del dominio; 2) censo enfiteútico; 3) condominio del suelo y del edificio; 4) derecho de superficie.

La Ley de Propiedad Horizontal contempla la hipótesis de un solar, poseído por arrendamiento o usufructo, en que se ha autorizado la construcción. Luego se trata de una situación de construcción en suelo ajeno con conocimiento del dueño del solar y existencia de una relación jurídica. En tal situación caben varias calificaciones, según casos: contrato de empresa, censo enfiteútico, condominio de suelo y edificio, derecho de superficie.

De las cuatro situaciones resultantes, solamente dos admiten la posibilidad de erigirse en ellas propiedad horizontal: la resultante de un *contrato de empresa*, en que cada parte aporta su titularidad sobre diversos objetos, para provocar la horizontalidad, y la resultante de un condominio de suelo y edificio, que desemboca en la horizontalidad. Fuera de esos casos, solamente existe un censo enfiteútico y un derecho de superficie, ninguno de los cuales admite sustentar un dominio horizontal.

Por ello, no empece la intención del legislador de generar monstruos en aquellos casos en que el nudo propietario preste su consentimiento (artículo 2, párrafo segundo, de la ley), renunciando a toda acción, solamente podemos admitir tal consentimiento como expresivo de empresa o de condominio de suelo y edificio. Y entonces la exigencia del plazo del artículo 23 no se acomoda muy bien a la posibilidad ofrecida en el artículo 2.

Es verdad que un contrato de empresa puede estar sujeto a plazo; y es verdad que nada impide someterse a la horizontalidad por tiempo fijo, desde el momento en que el artículo 34 previene la posibilidad de renunciar al régimen de propiedad horizontal. Pero siempre estaremos ante situaciones de propiedad ordinaria, cuya titularidad se configura de diversa manera, y nunca nos hallaremos ante una horizontalidad que descansa en arriendo o usufructo. Es asimismo cierto que no existe impedimento alguno para aceptar la adaptación de una situación de condominio al régimen de la horizontalidad; y que, por igual función del artículo 34 de la ley, ese régimen puede admitirse temporalmente. Pero también aquí estamos ante un dominio sometido a horizontalidad, y no ante una horizontalidad que descansa en arrendamiento o usufructo. Y, es claro, para provocar tales posibilidades sobran los artículos 2 y 23 de la ley. Por tanto, si el legislador incluye los artículos 2 y 23, planteando situaciones que requieren una normativa concreta, es evidente que no está pensada legalmente una horizontalidad a la que se llega desde el contrato de empresa o desde una situación de condominio de suelo y edificio.

Consiguientemente, sólo restan dos hipótesis de construcción en suelo ajeno con consentimiento del dueño del suelo, las cuales desembocan en un censo enfiteútico y en un derecho de superficie. Y en estas situaciones la propiedad horizontal es imposible por imposición del propio sistema jurídico.

¿Qué pretende entonces el legislador ante tal anomalía? Cabe, sí, una cotitularidad en la enfiteusis, al igual que cabe una cotitularidad en la superficie. Y en el caso de un edificio existente en solar tenido en arrendamiento o usufructo, nos resultará una pluralidad de titulares del censo o de la superficie, cuyas relaciones internas pueden regirse por criterios inherentes a la horizontalidad. ¡Caramba!, para esto no hacía falta el artículo 2 ni el 23; bastaba con una norma de extensión general que, dicho sea de paso, existe desde que se publicó el Código civil: el artículo 1.207 del citado cuerpo legal.

C) *Los presupuestos normativos*

La ley reclama expresión en documento público, efectuada por el titular o titulares interesados, de someter el edificio al régimen de propiedad horizontal, inscribiendo dicha escritura en el Registro de la Propiedad.

Aquella realidad con las características indicadas y la realización del presupuesto normativo provocan el nacimiento de la propiedad horizontal.

¿Significa esto, pues, que la inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo?

No parece aceptable estimar que la inscripción constituye la propiedad horizontal, porque ésta puede existir como realidad civil, *de facto*, en la vida. De otro lado, si la inscripción es, simplemente, instrumento para reforzar la eficacia de los títulos que acceden al Registro, hecha excepción de la hipoteca, sería atribuir a la inscripción un valor que el legislador le niega regularmente.

Ahora bien, no es menos cierto que sin inscripción no se da el régimen especial de la horizontalidad, consistente en la individualización, como fincas independientes, de los apartamentos, pudiendo éstos entonces ser objeto de tráfico jurídico.

Por ello, y por ser el procedimiento constitutivo expresivo de un acto jurídico complejo, me inclino por estimar la inscripción como necesaria, con valor similar, *mutatis mutandis*, al previsto para la anotación preventiva de embargo (arts. 42, párrafo segundo, y 43 de la Ley Hipotecaria).

ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En otra ocasión decía que un derecho nace cuando viene a la vida una relación jurídica. Como quiera que toda relación, cualquiera que fuese su naturaleza, tiene un sujeto al que debe referirse, a todo nacimiento de un derecho, dice RUGGIERO, corresponderá una adquisición; es decir, la unión del derecho a la persona. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los conceptos de *nacimiento* y *adquisición* no coinciden necesariamente entre sí, porque así como puede ocurrir que el derecho se adquiera en el mismo instante en que nace (ocupación), así también puede darse la adquisición de un derecho ya nacido (venta de una casa) y, excepcionalmente, puede ocurrir también el nacimiento de un derecho sin adquisición actual por una persona (herencia destinada al concebido) (91).

Esta distinción se pone de relieve magníficamente en tema de propiedad horizontal, ya que, en términos en que aparece formulado el artículo 2 de la ley, es perfectamente posible que la propiedad horizontal nazca sin que exista adquisición alguna o que se produzca la adquisición simultáneamente o con posterioridad al nacimiento.

Efectivamente, el artículo 2 de la ley declara aplicables sus disposiciones al conjunto de apartamentos cuyo titular único o titulares todos, si hubiere más de uno... VÉLEZ TORRES (92) señala que dicho precepto contempla la posibilidad de que más de una persona sea dueña del edificio sometible a propiedad horizontal, indicando a continuación el carácter de indivisión del apartamento como hipótesis del artículo 7 de la ley. Pero no destaca la posibilidad de que el edificio pertenezca a un solo titular que desee establecerse bajo la horizontalidad. Personalmente entiendo que ninguna razón existe para que se considere indigna de protección esta situación ni, desde luego, se halla en la ley precepto alguno que lo impida. Los términos en que se expresa el artículo 2 permiten afirmar claramente que ese titular único es titular del conjunto de apartamentos, es decir, del edificio. De otro lado, el artículo 26 reconoce expresamente tal posibilidad, al determinar, con referencia a la inscripción de la finca matriz, que «... quedarán inscritos... a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total...» (art. 26, párrafo segundo, de la ley); idea que reitera el artículo 34, al indicar que «la totalidad de los propietarios de un inmueble constituido en propiedad horizontal o el propietario único...».

Por ello, quien siendo titular único de un edificio lo somete a propie-

(91) *Ibidem*, I, vol. 1.º, págs. 396 y ss.

(92) *Lecciones*, cit., pág. 182.

dad horizontal provoca el nacimiento de ésta sin adquisición alguna, ya que la titularidad no se ha transferido, sino que se ha modificado en su naturaleza objetiva.

Naturalmente que adquisición y nacimiento sean fenómenos distintos no significa que no puedan ser coincidentes. Basta pensar en un acontecimiento muy frecuente: el constructor titular único que al tiempo que procede a vender procede a la declaración de horizontalidad, o los adquirentes de un piso o local de un edificio, *pro indiviso*, que provocan la horizontalidad simultáneamente. Si bien en ambos procesos podríamos distinguir un *prius* y un *posterius* lógicos (siendo entonces nacimiento y adquisición momentos distintos), práctica y jurídicamente cabe admitirlos como simultáneos.

Así, la adquisición de la propiedad horizontal queda sujeta a las normas generales de adquisición de los derechos (93), lo que autoriza a afirmar que, frecuentemente, la horizontalidad se adquiere con carácter *originario*, sobre todo en edificios de nueva planta o en edificios antiguos sometidos al régimen de alquileres en que el propietario dispone de ellos en favor de los inquilinos o de terceros (por cuanto éstos adquieren un título, la horizontalidad, completamente distinto al del dominio del vendedor), provocando al mismo tiempo la horizontalidad. Existe, sin embargo, algún confusionismo doctrinal que conviene aclarar.

No es extraño entre los autores (94) considerar que la adquisición es originaria cuando el derecho surge *ex novo* para el titular presente, y que es derivativa cuando lo adquiere de otro titular anterior. Esto es cierto; pero no es menos frecuente considerar que si un derecho que ya existía en un titular es adquirido por otro sin derivación causal alguna, también se da la adquisición derivativa. Y aquí estriba el error, porque toda adquisición no justificada en una relación con el titular precedente tiene carácter originario y no derivativo. El error estriba en calificar la relación jurídica por función del *iter* seguido por el objeto; premisa bajo la cual, después de la única adquisición primigenia, toda ulterior será derivativa. Pero si atendemos al *contenido propio del derecho adquirido* y a la existencia o no de una derivación, es claro que caben múltiples adquisiciones originarias.

En tema de propiedad horizontal, si el adquirente de un piso lo es simultáneamente con la constitución en régimen de horizontalidad, su adquisición puede definirse como originaria. Así lo admite también FERNÁN-

(93) VÁZQUEZ BOTE: *Derecho Civil*, I, vol. 1.º, págs. 397 y ss.

(94) Por todos, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil*, I, vol. 2.º, pág. 37, siguiendo a COVIELLO: *Manuale*, pág. 310.

DEZ MARTÍN-GRANIZO (95), si bien en los ejemplos o hipótesis que señala no parece demostrar gran seguridad, aunque acierta en todas las situaciones que ofrece; muy probablemente sus aparentes dudas deriven de seguir la doctrina corriente (96), que se obsesiona con la contemplación subjetiva y no objetiva del *derecho* subjetivo. Por el contrario, en aquellos casos en que el régimen de horizontalidad ya existe, la adquisición será siempre derivativa.

La adquisición de propiedad horizontal no plantea, inicialmente, ningún problema especial, fuera de los inherentes a toda teoría general, sobre todo en el caso de Puerto Rico, en que el tráfico uniforme y seriado se caracteriza por la modalidad de adquisición con pago aplazado y garantía hipotecaria o, excepcionalmente, mediante pactos de retroventa o de reserva de dominio (éste, menos frecuente por sus implicaciones fiscales). La novedad local está situada o limitada en sus peculiaridades, a la incidencia del seguro de títulos, como requerimiento sin eficacia alguna, hecha excepción del incremento en los costos y del beneficio, sin riesgo, para la entidad aseguradora (97).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Catedrático de Derecho Civil

A P E N D I C E

LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL (98)

Exposición de Motivos

La llamada propiedad horizontal en Puerto Rico se organiza y funciona bajo las normas establecidas por la Ley 104, de 25 de junio de 1958, según enmendada. La incorporación del sistema de propiedad horizontal en nuestro ordenamiento jurídico resultó una acción positiva e innovadora en relación a los sistemas tradicionales que reglamentaban hasta entonces la compraventa y construcción de propiedades.

Durante los años de vigencia de la referida Ley 104 se han registrado

(95) *Op. cit.*, pág. 271.

(96) *Ibidem*, pág. 272, nota 296, citando a PUIG PEÑA, CASTÁN, VALVERDE.

(97) VÁZQUEZ BOTE: *El denominado seguro de títulos*, cit.

(98) Omito conscientemente los innumerables (*sic*) que debieran acompañar la transcripción del texto de la Ley para no cansar al lector; la mayoría de las erratas son fácilmente salvables por cualquier lector sabedor de castellano.

significativos cambios en las condiciones socioeconómicas que aconsejaron su promulgación. Por otro lado, las limitaciones territoriales de Puerto Rico y su explosivo aumento poblacional ocurrido en los últimos años (*sic*) han incrementado notoriamente el número de inmuebles residenciales sometidos a este régimen de propiedad. Datos obtenidos de la Junta de Planificación revelan que a junio de 1970, en el área metropolitana de San Juan, se habían construido 8.128 apartamentos en inmuebles residenciales sometidos al régimen. Durante los años 1971 a 1974, en todo Puerto Rico se construyeron 25.854 apartamentos en inmuebles residenciales.

La experiencia que se ha ido acumulando al amparo de la citada ley permite concluir que, a pesar de los beneficios alcanzados a través del concepto de propiedad horizontal, se hace inminente una revisión de varios aspectos del estatuto que dificultan la vida en comunidad y afectan adversamente a los adquirentes de apartamentos en inmuebles sometidos a este régimen.

Las limitaciones más importantes de la ley vigente son las siguientes: carece de criterios objetivos para determinar el porcentaje de participación en los elementos comunes que corresponderá a cada apartamento, carece de normas para regir la administración del inmueble durante el período de venta de los apartamentos, carece de mecanismos que faciliten el rápido cobro de los gastos por conceptos de cuotas especiales a los titulares que ocasionen gastos comunes excesivos, carece de una clara delimitación entre los poderes y facultades del Consejo de Titulares y de los administradores y postula una definición de mayoría de titulares que permite que un grupo reducido de titulares controlen la administración del inmueble. Estas limitaciones, unidas a la ausencia de un foro administrativo ante el cual los titulares puedan plantear sus querellas han desalentado la compra de apartamentos en inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal y han estimulado el éxodo de los ya titulares.

Existen intereses de índole pública que el Gobierno está obligado a atender con preferente consideración. Así deben prevenirse posibles abusos contra futuros adquirentes de apartamentos residenciales, que dificultan el logro de la política pública sobre utilización de terrenos del Estado Libre Asociado de Puerto Rico que se dirige a estimular que las familias puertorriqueñas residan en proyectos multi-familiares. Es necesario brindar igual protección a los ya titulares de apartamentos residenciales a fin de evitar que se perpetúen los abusos cometidos contra éstos en el pasado.

Decrétase por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico:

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Esta ley se denominará Ley de Propiedad Horizontal.

Art. 2. Las disposiciones de esta ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes cuyo titular único, o titulares todos, si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta ley, haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad.

El régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original.

La escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fojado dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento unánime de los titulares.

Art. 3. A los efectos de esta ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción, suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos, cerrados, parcialmente cerrados, o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos, siempre que tal unidad sea susceptible de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía.

Art. 4. Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión, y de toda clase de actos jurídicos intervenidos *mortis causa*, con independencia total del resto del inmueble de que forman parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y en la Ley Hipotecaria.

Art. 5. En los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación que corresponde al transmitente o, en su caso, al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél a todos los efectos legales.

Art. 6. Si la transmisión o gravamen se refiriese al apartamento que ya hubiese comenzado a construirse, se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo 5 de esta ley, y de modo privativo lo que ya esté fabricado del apartamento en cuestión, entendiéndose también subrogado el adquirente en el lugar y grado del transmitente a todos los efectos legales.

Art. 7. Cada apartamento puede pertenecer en comunidad a más de una persona.

Art. 8. El titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento y a una participación con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble, equivalente al porcentaje que representa el valor de su apartamento en el valor de la totalidad de apartamentos del inmueble. Este porcentaje se calculará tomando como base lo que valga el apartamento en moneda de curso legal, en relación con lo que valga la totalidad de apartamentos del inmueble. Al determinar el valor proporcional de cada apartamento se considerarán los siguientes factores: superficie y volumen del apartamento en relación con la superficie y volumen de la totalidad de apartamentos del inmueble, la intensidad del uso que conforme al destino dispuesto para el apartamento en la escritura matriz racionalmente puedan dar los ocupantes o visitantes del mismo a los servicios o elementos comunes, la localización del apartamento respecto de las otras unidades y la luminosidad interior, ventilación, vistas, orientación y comodidad del apartamento.

Dicho porcentaje se expresará y fijará al constituirse el régimen de la propiedad horizontal y tendrá carácter permanente. Salvo lo dispuesto en el artículo 32-A para casos de segregaciones o agrupaciones, el mismo no podrá ser variado sin la anuencia de los titulares que representen la totalidad de apartamentos en el inmueble.

El valor proporcional de cada apartamento que se fijará al solo efecto de esta ley no impedirá que cada titular señale un valor distinto a su apartamento para cualquier otro propósito no relacionado con esta ley.

Art. 9. Los créditos hipotecarios constituidos antes de ser sometido el inmueble al régimen de propiedad horizontal estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, pero el acreedor, al iniciarse el procedimiento para su cobro, deberá dirigir la acción, simultáneamente, por la totalidad de la suma garantizada contra todos los titulares de los apartamentos que estén gravados. Si se constituyeren dichos créditos después de organizarse el inmueble en régimen de propiedad horizontal, se hará la distribución de aquéllos, en la forma a que se refiere el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, entre los apartamentos gravados que estuvieren ya construidos; y si se tratare de apartamentos meramen-

te proyectados o en vía de construcción, la distribución del crédito deberá hacerse entre las participaciones o derechos inscritos, a tenor de los artículos 5 y 6 de esta ley.

La hipoteca de los elementos comunes de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal sólo podrá verificarse (*sic*) mediante acuerdo unánime de todos los titulares.

Art. 10. Siempre que hubiere distribución de créditos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de esta ley, la acción hipotecaria podrá ejercitarse en un solo procedimiento y con una sola certificación del Registro de la Propiedad.

Art. 11. Se consideran elementos comunes generales del inmueble:

- a) El terreno, el vuelo y toda área destinada a actividades recreativas.
- b) Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.
- c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, salvo disposición o estipulación en contrario.
- d) Los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados, salvo disposición o estipulación en contrario.
- e) Los locales o instalaciones de servicio centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua, y demás similares.
- f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos o instalaciones existentes para beneficio común.
- g) Toda área destinada a estacionamiento, salvo disposición o estipulación en contrario.
- h) Todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del inmueble o necesario para su existencia, conservación, seguridad y adecuado uso y disfrute.

Art. 12. También serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por la totalidad de los titulares del inmueble, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de apartamentos, con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos.

Art. 13. Los elementos comunes, generales y limitados, se mantendrán en indivisión forzosa y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad. Cualquier pacto en contrario será nulo.

Art. 14. Cada titular podrá usar de los elementos comunes conforme a su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás.

Cuando el estacionamiento fuere elemento común, ningún titular po-

drá hacer uso de un espacio con capacidad para acomodar más de un automóvil, si ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común.

Art. 15. El uso y disfrute de cada apartamento estará sometido a las reglas siguientes:

a) Cada apartamento se dedicará únicamente al uso dispuesto para el mismo en la escritura a que se refiere el artículo 2.

b) Ningún ocupante del apartamento producirá ruidos o molestias ni ejecutará actos que perturben la tranquilidad de los demás titulares o vecinos.

c) Los apartamentos no se usarán para fines contrarios a la ley, a la moral y a las buenas costumbres.

d) Cada titular deberá ejecutar a sus únicas expensas las obras de modificación, reparación, limpieza, seguridad y mejoras de su apartamento, sin perturbar el uso y goce legítimo de los demás ni cambiar la forma externa de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores con colores o tonalidades distintas a las del conjunto.

e) Todo titular deberá contribuir con arreglo al porcentaje de participación fijado a su apartamento en la escritura de constitución y a lo especialmente establecido, conforme al inciso e) del artículo 38, a los gastos comunes para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades.

f) Todo titular deberá observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responderá ante éstos por las violaciones cometidas por sus familiares, visitas o empleados y, en general, por las personas que ocupen su apartamento por cualquier título, sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra dichas personas.

g) Todo titular o ocupante cumplirá estrictamente con las disposiciones de administración que se consignan en esta ley, en la escritura o el Reglamento a que se refiere el artículo 36.

La infracción de estas reglas dará lugar al ejercicio de la acción de daños y perjuicios por aquel titular u ocupante que resulte afectado, además de cualquier otra acción que corresponda en derecho.

Art. 15-A. Todo titular debe comunicar al director o Junta de Directores, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de adquisición de su apartamento, su nombre, apellidos generales y dirección, la fecha y demás particulares de la adquisición de su apartamento, presentando los documentos fehacientes que acrediten dicho extremo.

En caso de venta, cesión o arrendamiento del apartamento, el titular

deberá ponerlo en conocimiento del director o la Junta de Directores, con expresión del nombre, apellidos generales y dirección del adquirente o del arrendatario en su caso. Además, deberá exigir al adquirente la expresión de que conoce y observará plenamente los preceptos de esta ley, el reglamento y demás bases del régimen de la propiedad horizontal en la escritura en que conste la transferencia o en el contrato de arrendamiento en su caso.

El titular arrendador seguirá siendo el responsable exclusivo de las contribuciones para los gastos comunes y, además, responderá del cumplimiento de esta ley y del reglamento por parte del arrendatario.

Art. 16. Las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes serán acordadas por la mayoría de los titulares.

Para toda otra obra que afecte los elementos comunes del inmueble requerirá el consentimiento unánime de todos los titulares.

Art. 17. Cuando el inmueble o sus elementos comunes requieran obras urgentes o necesarias de reparación, seguridad o conservación, cualquier titular podrá hacerlas a sus expensas y repetir contra los demás para el pago proporcional de los gastos hechos, mediante las justificaciones pertinentes.

Art. 18. Ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio.

Art. 19. Cuando un apartamento pertenezca *pro indiviso* a varias personas y una transmitiere su participación, corresponderá a los demás comuneros de aquel apartamento el derecho de retracto previsto en el artículo 1.412 del Código civil.

Art. 20. Las ganancias comunes del inmueble se distribuirán entre los titulares de los apartamentos de acuerdo con el porcentaje que represente cada uno en el valor de la totalidad de apartamentos en el inmueble.

Art. 21. El Reglamento a que hace referencia el artículo 36 especificará cuál de las dos siguientes definiciones de mayoría regirá para el inmueble en cuestión:

a) La mitad más uno de los titulares.

b) La mitad más uno de los titulares cuyos apartamentos, a su vez, representen, por lo menos, el 51 por 100 de participación en los elementos comunes, de conformidad con los porcentajes asignados a los apartamentos según el artículo 8.

Del mismo modo, siempre que en esta ley se haga referencia al Con-

sejo de Titulares, se entenderá la totalidad de ellos, pero integrarán *quórum* para la adopción de acuerdos, la mayoría, según ésta queda definida en el Reglamento, salvo los casos en que en esta ley se disponga lo contrario.

CAPÍTULO II. DE LA ESCRITURA PÚBLICA SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Art. 22. La escritura pública, a que se refiere el artículo 2 de esta ley, expresará las siguientes circunstancias:

a) Descripción del terreno y descripción general de lo allí construido, con expresión de sus áreas respectivas y materiales de construcción.

b) Descripción de cada apartamento y número de cada uno, con expresión de sus medidas, situación, piezas de que consta, puerta principal de entrada y lugar con el cual inmediatamente comunique y demás datos necesarios para su identificación.

c) Descripción de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados a cierto número de apartamentos, con expresión de cuáles sean esos apartamentos.

d) Indicación clara del destino dado al inmueble y a cada uno de sus apartamentos.

e) Valor de la totalidad de apartamentos en el inmueble, en moneda de curso legal, y valor de cada apartamento en la misma moneda, fijándose de acuerdo con estos valores el porcentaje que tengan los propietarios en los gastos, ganancias y derechos sobre los elementos comunes.

f) Lo relativo a la administración del inmueble, en su caso.

g) Y cuanto más se refiera al inmueble y sea de interés hacerlo constar.

Art. 23. La escritura que se refiera a cada apartamento individualizado expresará las circunstancias previstas en la letra b) del artículo anterior relativas al apartamento de que se trate y, además, el porcentaje que corresponda a dicho apartamento en los elementos comunes del inmueble. Si el terreno en que enclava la estructura fuese poseído a título de arrendamiento o de usufructo, la escritura así lo expresará especificando la fecha en que expira el término del arrendamiento o del usufructo.

Art. 24. La copia certificada de la escritura que origine la primera inscripción del inmueble total y la copia certificada de la que origine la

primera inscripción del apartamento individualizado, para su inscripción en el Registro de la Propiedad deberán tener agregadas copias completas y fieles de los planos de dicho inmueble o de los planos del apartamento de que se trate, según los casos, para que queden archivados en el Registro de la Propiedad. Dichos planos serán certificados, sin pago de derechos, por el Administrador de Reglamentos y Permisos e indicarán de modo gráfico los particulares del inmueble o del apartamento, según los casos.

Cuando se desee someter al régimen de propiedad horizontal un inmueble existente cuyos planos no obren en los archivos de la Administración de Reglamentos y Permisos, así se acreditará mediante certificación expedida al efecto por el Administrador. En tal caso, se agregará a la copia certificada de la escritura que bajo dicho régimen origine la primera inscripción del inmueble total, y a la copia certificada de la escritura que origine la inscripción del apartamento individualizado, un juego de planos certificados por un ingeniero o arquitecto autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indiquen claramente los particulares del inmueble o del apartamento, según sea el caso.

La copia certificada de la escritura que origine la primera inscripción del inmueble total para su inscripción en el Registro de la Propiedad deberá tener agregada, además, una tasación de dicho inmueble certificada por un tasador autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico. Esta tasación se usará para determinar los derechos de inscripción a pagarse en el Registro de la Propiedad.

Art. 25. La propiedad horizontal queda organizada en el Registro por un sistema de fincas enlazadas entre sí por notas marginales de mutua referencia.

La inscripción de lo construido en el terreno se llevará a efecto en la finca en que aparezca inscrito el terreno, y se denominará finca matriz.

Cada apartamento se inscribirá como finca aparte, en registro particular filial de la finca matriz.

Todas estas inscripciones irán precedidas de las palabras «propiedad horizontal».

Art. 26. Al inscribirse el inmueble en la finca matriz figurarán como circunstancias del asiento aquellas que aparecen relacionadas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en concordancia con las del Reglamento establecido para su ejecución, y con el artículo 22 de esta ley, excepto que en cuanto a la descripción de cada apartamento contenido en el inmueble, a los efectos del asiento en la finca matriz, bastará que se exprese el número de apartamentos de que consta el inmueble, número y tipo de apartamento en cada piso, con expresión del número de cada

uno, el valor, el área y porcentaje de participación que le corresponde en los elementos comunes, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 siguiente para la inscripción del apartamento individualizado. Además, se expresarán las obras que estuvieren en proyecto, las comenzadas y las realizadas, según el caso.

En dicho asiento quedarán también inscritos, de modo permanente, los elementos comunes, a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total, y en lo futuro de los apartamentos, sin expresar sus nombres y apellidos y en la proporción correspondiente.

Art. 27. Al inscribir los apartamentos en las fincas filiales, se expresarán como circunstancias del asiento las que resulten del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en concordancia con las del Reglamento dictado para su ejecución y con el artículo 22 de esta ley, excepto las referidas en el párrafo a) del artículo 22 de esta ley.

En cuanto a la parte que en los elementos comunes generales o limitados, en su caso, les corresponda a los titulares de apartamentos, se hará una oportuna y breve referencia al asiento de la finca matriz en que aparezcan inscritos.

Mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamentos, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente. Cuando las obras estén comenzadas, pero no concluidas en el apartamentos, deberán señalarse las que ya están realizadas y las que se encuentran pendientes de fabricación.

Art. 28. Las obras en proyecto o comenzadas que hayan sido objeto de inscripción conforme al artículo 26 de esta ley, o las obras ya comenzadas a tenor con lo dispuesto en el artículo anterior, deberán declararse a su terminación en escritura pública. Tal declaración se hará por los interesados y será inscrita en el registro particular de cada finca respectiva. Podrá inscribirse la descripción definitiva de cada apartamento construido, aunque sólo aparezcan registradas las obras en proyecto o en vías de construcción, debiendo ponerse nota marginal de referencia en la finca matriz.

Art. 29. La transmisión o gravamen previstos en el artículo 5 de esta ley, se inscribirán en el registro particular de la finca matriz; pero en el supuesto del artículo 6, la inscripción se practicará en el registro particular filial del apartamento, debiéndose abrir como finca nueva, ateniéndose a lo dispuesto en la última oración del artículo 27 de esta ley.

Art. 30. El tracto sucesivo se llevará a efecto en los registros filiales de los respectivos apartamentos.

La parte proporcional o porcentaje en los elementos comunes que corresponde al titular de cada apartamento, se entenderá transmitida

o gravada conjuntamente con éste, sin necesidad de inscribir dicha transmisión o gravamen de la parte proporcional de esos elementos en la finca matriz.

Art. 31. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes, efectuadas por la totalidad de los titulares para que formen parte de los elementos comunes del inmueble, se inscribirán en la finca matriz. Del mismo modo, la cancelación total o parcial de gravámenes anteriores a la constitución del inmueble en propiedad horizontal y las inscripciones o anotaciones preventivas que tengan referencia expresa al inmueble o a los elementos comunes del mismo en su totalidad, se practicarán en la finca matriz, dejando siempre constancia marginal de estas operaciones en los registros filiales.

Art. 32. En la segregación de porciones de terreno común transmitidas por la totalidad de los titulares, la escritura pública contendrá la descripción del inmueble tal como debe quedar después de deducidas aquellas porciones de terreno. Esta nueva descripción se practicará en la finca matriz.

Art. 32-A. A menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente lo prohíba, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, o podrán ser aumentados por agrupación de otras partes colindantes del mismo inmueble; pero ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados.

En tales casos se requerirá, además, el consentimiento de los titulares afectados, la aprobación del Consejo de Titulares, correspondiéndole al Director o a la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8 y sin alterar los porcentajes correspondientes a los restantes titulares. La nueva descripción de los apartamentos afectados, así como los porcentajes correspondientes, deberán consignarse en la escritura pública de segregación o agrupación que se otorgue, la cual no surtirá su efecto hasta tanto no se inscriba en el registro particular de cada una de las fincas filiales afectadas, dejándose copia certificada archivada en el Registro de la Propiedad, unida a la escritura matriz. A dicha copia certificada se unirá un plano, certificado por un ingeniero o arquitecto autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del apartamento o apartamentos según resulten modificados. Cuando se tratare de una segregación, dicho plano de-

berá también aparecer aprobado y certificado por la Administración de Reglamentos y Permisos.

Art. 33. Quien tenga algún derecho real sobre cualquier apartamiento no inscrito en dominio o posesión podrá solicitar la inscripción de éste, mediante la observancia de las disposiciones de los artículos 442, párrafo segundo, al 448, ambos inclusive, del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria.

Cuando la finca esté inscrita a nombre de persona distinta, el que tuviere el derecho real sobre un apartamento podrá solicitar la inscripción de su derecho, observando en lo pertinente lo dispuesto en los artículos citados en el párrafo anterior. El requerimiento o requerimientos al titular o titulares del inmueble, que no aparezcan aún del Registro, a fin de que inscriban su derecho, será notariales y por un plazo de diez días hábiles.

Art. 34. La totalidad de los propietarios de un inmueble constituido en propiedad horizontal o el propietario único podrán renunciar a este régimen y solicitar del Registrador la reagrupación o refundición de las fincas filiales en la finca matriz, siempre que éstas se encuentren libres de gravámenes o, en su defecto, que las personas a cuyo favor resulten inscritas las mismas presten su conformidad para sustituir la garantía que tengan con la participación que corresponda a aquellos titulares en el inmueble total, dentro del régimen de comunidad de bienes señalados en los artículos 326 y siguientes del Código civil.

Art. 35. La refundición prevista en el artículo 34 de esta ley no impedirá, en modo alguno, la constitución posterior del inmueble en propiedad horizontal cuantas veces así se quiera y se observe lo dispuesto en esta ley.

CAPÍTULO III. DE LA ADMINISTRACIÓN Y SEGURO

Art. 36. La administración de todo inmueble constituido en propiedad horizontal se regirá por lo dispuesto en esta ley y, además, por un Reglamento que deberá insertarse en la escritura de constitución o que se agregará a dicha escritura. Copia certificada de dicha escritura y del Reglamento, y de toda enmienda a los mismos, deberá quedar archivada en el Registro de la Propiedad.

Art. 36-A. El titular o los titulares que sometan el inmueble al régimen de propiedad horizontal asumirán la administración inicial del inmueble, con todos los poderes y deberes que esta ley confiere e impone, y los que el Reglamento confiera e imponga al Director o a la Junta de

Directores, al Presidente y al Secretario. El traspaso de la administración se efectuará:

1. Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración en una reunión extraordinaria, que podrá ser convocada en cualquier momento por cualquiera de los titulares de los apartamentos inscritos como fincas filiales.

2. Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración en una reunión extraordinaria, que podrá convocar el titular que sometió el inmueble al régimen de propiedad horizontal una vez se haya segregado y enajenado más de la mitad de los apartamentos o un número de apartamentos suficientes para que al sumar los porcentajes de participación atribuibles a éstos el resultado exceda el 51 por 100.

En la reunión en que los titulares habrán de elegir las personas que ocuparán los cargos directivos, el titular o los titulares que hasta ese momento hayan estado a cargo de la administración deberán entregar al Consejo de Titulares los libros de cuentas de la comunidad debidamente auditados por un contador público autorizado independiente, así como todos los fondos de la comunidad que tengan en su poder.

Ningún contrato otorgado durante el período en que la administración del inmueble estuvo a cargo del titular que sometió el mismo al régimen de propiedad horizontal vinculará al Consejo de Titulares, a menos que los titulares, por voto mayoritario, ratifiquen dicho contrato.

Este artículo se interpretará restrictivamente en protección de los derechos de los titulares.

Art. 37. El Reglamento podrá contener todas aquellas normas y reglas en torno al uso del inmueble y sus apartamentos, ejercicios de derechos, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, que no contravengan las disposiciones de esta ley. Proveerá obligatoriamente a los extremos siguientes:

a) Forma de administración, indicándose si estará a cargo de un Director o de una Junta de Directores, con expresión de sus facultades, remoción y, en su caso, remuneración. Deberá especificar cuáles, si algunos, de sus facultades y deberes podrá delegar el Director o la Junta de Directores a un Agente Administrador.

b) Sistema de convocatoria o citación para las reuniones de los titulares, definición del concepto de mayoría que regirá para el inmueble en cuestión, persona que presidirá y la que llevará el libro de actas en que han de constar los acuerdos.

c) Cuidado, atención y vigilancia del inmueble en sus elementos y servicios comunes generales o limitados.

d) Manera de recaudar los fondos de los titulares para el pago de los gastos comunes.

e) Designación y despido del personal necesario para la realización de obras y servicios comunes generales o limitados al edificio inmueble.

f) Cuando se someta al régimen de la propiedad horizontal un inmueble que contenga o haya de contener apartamentos destinados a vivienda conjuntamente con apartamentos destinados a usos no residenciales, se proveerá lo necesario para que no se estorbe el legítimo derecho de los titulares en el uso y disfrute de los elementos comunes, así como para que no se les imponga una carga económica indebida por concepto de gastos comunes.

En cualquier momento, el titular único del inmueble o, si hubiere más de uno, las dos terceras partes de los titulares podrán modificar el Reglamento, pero siempre deberá quedar regulado cada extremo de los comprendidos en este artículo. La modificación no surtirá efecto mientras no se haga constar en la escritura pública y, además, se inscribirá en el registro particular de la finca matriz, dejándose archivada en el Registro de la Propiedad copia certificada, según dispone el artículo 36.

Art. 38. Corresponde al Consejo de Titulares:

a) Elegir, por voto afirmativo de la mayoría, las personas que habrán de ocupar los siguientes cargos:

1. El Director o la Junta de Directores, quien o quienes necesariamente pertenecerán a la comunidad de titulares. El Director o los miembros de la Junta de Directores que los titulares designen actuarán como Presidente y Secretario del Consejo. El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten y presidirá las reuniones del Consejo. El Secretario llevará, certificará y custodiará las actas en que consten los acuerdos del Consejo.

2. El Agente Administrador, quien podrá no pertenecer a la comunidad y en quien el Director o la Junta de Directores podrán delegar las facultades y deberes que les permita delegar el Reglamento.

Salvo que el Reglamento disponga otra cosa, estos nombramientos serán por un año, prorrogables tácitamente por períodos iguales.

b) Conocer las reclamaciones que los titulares de los apartamentos formulen contra los aludidos en el inciso anterior y removerlos, en todo caso, por acuerdo mayoritario tomado en reunión extraordinaria convocada al efecto.

c) Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles para el próximo año fiscal y el estado de cuentas correspondientes al año que finaliza.

d) Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de mejoras y recabar fondos para su realización.

e) Imponer, mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares, una cuota especial: (i) al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás titulares, regularmente hagan un uso tan intenso de cualquier elemento común, que los gastos de operación, mantenimiento o reparación de dicho elemento común sobrepasen los que razonablemente deban incurrirse en el uso normal y corriente de la referida facilidad; (ii) al titular del apartamento que por la naturaleza de la actividad que legítimamente lleva a cabo en su apartamento, conforme al destino que le ha sido asignado al mismo en la escritura de constitución, ocasione unos gastos comunes mayores a los que habría que incurrir si en el apartamento en cuestión no se llevase a cabo la referida actividad. La cantidad impuesta para cubrir el importe del exceso de gastos de referencia se añadirá y será exigible como parte de los gastos comunes atribuibles a dicho apartamento.

f) Aprobar o enmendar el Reglamento, a que se refiere el artículo 36.

g) Entender y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad y acordar las medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio común.

Art. 38-A. El Consejo de Titulares se reunirá, por lo menos, una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas, y en las demás ocasiones que convoquen el Presidente, la quinta parte de los titulares o un número de éstos cuyos apartamentos representen, al menos, el 20 por 100 de los porcentajes de participación en los elementos comunes.

La convocatoria estará firmada por la persona o personas que convoquen e indicará los asuntos a tratar y hora, día y lugar de la reunión. Las citaciones se harán por escrito, entregándose en el apartamento perteneciente a cada titular o por medio de carta certificada dirigida a la dirección que a esos fines haya designado el titular que no resida en su apartamento.

La citación para la reunión ordinaria anual, cuya fecha se fijará en el Reglamento, se hará, cuando menos, con diez días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

El Consejo podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria, siempre que concurran la totalidad de los titulares y así lo decidan.

No será necesaria la celebración de una reunión del Consejo de Titulares para determinado propósito si todos los titulares con derecho a votar en dicha reunión renunciaren a la referida reunión y consintieren por escrito a que se tome la acción propuesta.

Art. 38-B. La asistencia a las reuniones del Consejo de Titulares será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar esta última un escrito firmado por el titular.

Cada titular tendrá derecho a un voto, irrespectivamente del número de apartamentos de que es propietario, para efectos del cómputo de mayoría del número de titulares, y/o derecho al voto con arreglo al porcentaje correspondiente a su apartamento para los efectos del cómputo de mayoría de porcentajes, dependiendo de la definición del concepto de mayoría que rija para el inmueble.

Cuando uno o más apartamentos pertenecieren a una persona jurídica, ésta designará a uno de los oficiales para que asista a las reuniones y ejercite el derecho al voto que le corresponda.

Si algún apartamento pertenece *pro indiviso* a diferentes propietarios, éstos nombrarán a una sola persona para que represente a la comunidad.

Si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, quien salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares o de obras extraordinarias o de mejora. Ninguna persona podrá ejercitar el derecho al voto por delegación en representación de más de un titular.

Art. 38-C. Los acuerdos del Consejo de Titulares se someterán a las siguientes normas:

a) Cuando en una reunión para tomar un acuerdo no pudiera obtenerse el *quorum* por falta de asistencia de los titulares se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera, y en tal reunión constituirán *quorum* los presentes.

b) Cuando todos los titulares presentes en una reunión convocada para tomar un acuerdo que requiera unanimidad, adoptasen dicho acuerdo, aquellos que, debidamente citados no hubieren asistido, serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado y, si en un plazo de treinta (30) días, a contar de dicha notificación no manifestaren en la misma forma su discrepancia quedarán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutable hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad.

c) Cuando en una reunión convocada para enmendar el Reglamento no pueda obtenerse la aprobación de las dos terceras partes de todos

los titulares, aquellos que, debidamente citados, no hubieren asistido, serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por la mayoría de los presentes, concediéndoseles un plazo de treinta (30) días a contar desde dicha notificación para manifestar en la misma forma su conformidad o discrepancia con el acuerdo tomado. Disponiéndose que el voto de aquellos titulares que no manifestaren su discrepancia dentro del plazo concedido se contará a favor del acuerdo. Dicho acuerdo será ejecutable tan pronto se obtenga la aprobación de las dos terceras partes de los titulares.

d) Los acuerdos del Consejo se reflejarán en un libro de actas. Las actas contendrán necesariamente el lugar, fecha y hora de la reunión, asuntos propuestos, número de titulares presentes, con expresión de sus nombres y porcentajes de participación que éstos representan, forma en que fue convocada la reunión, texto de las resoluciones adoptadas, los votos a favor y en contra y las explicaciones de votos o declaraciones de que cualquier titular quiera dejar constancia.

e) Las actas serán firmadas al final de su texto por el Presidente y el Secretario.

Art. 38-D. El Director o la Junta de Directores constituye el órgano ejecutivo de la comunidad de titulares y tendrá los siguientes deberes y facultades:

a) Atender todo lo relacionado con el buen gobierno, administración, vigilancia y funcionamiento del régimen y en especial lo relativo a las cosas y elementos de uso común y los servicios generales, y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimiento a los titulares.

b) Preparar con la debida antelación y someter al Consejo el presupuesto anual de gastos previsibles y de ingresos, fijando la contribución proporcional que corresponda a cada titular.

c) Dirigir los asuntos financieros concernientes a las recaudaciones y pagos y anotar detalladamente en un libro las partidas de ingresos y gastos que afecten al inmueble y a su administración, fijándoles por orden de fecha y especificando los gastos de conservación y reparación de los elementos comunes y tener disponibles para su examen por todos los titulares en días y horas hábiles que se fijarán para general conocimiento tanto del libro expresado como los comprobantes acreditativos de las partidas anotadas.

d) Cobrar a los titulares las cantidades con que deben contribuir a los gastos comunes y realizar los demás cobros y pagos que sean necesarios, extendiendo los correspondientes recibos y cheques.

e) Abrir una cuenta bancaria a nombre de la comunidad de condóminos, en la cual depositará todos los ingresos del régimen, realizando

los depósitos dentro del término de su recibo que fije el Reglamento; girar cheques contra dicha cuenta para realizar todos los pagos que sean necesarios, cuidando de no extenderlos al portador y que cada uno tenga su comprobante o recibo correspondiente.

f) Someter para la aprobación del Consejo el estado de cuentas correspondiente al año que finaliza. El estado de cuentas deberá indicar la cantidad total recibida por concepto de cuotas para gastos comunes y por otros conceptos, un desglose por partidas de todos los gastos incurridos, la remuneración percibida por el agente administrador, si alguna, las cuentas a cobrar por concepto de gastos comunes y por otros conceptos, balance para el próximo año y la cantidad disponible por concepto de fondo de reserva. El Director o la Junta de Directores será responsable de hacer que se notifique una copia del estado de cuentas a todo titular con quince (15) días de antelación, por lo menos, a la fecha en que se celebre la reunión ordinaria anual.

g) Atender a la conservación del inmueble y disponer las reparaciones ordinarias y en cuanto a las extraordinarias, adoptar las medidas necesarias dando inmediata cuenta al Consejo.

h) Llevar el libro de propietarios, en el cual se anotarán los nombres y demás datos de los titulares de los apartamentos, así como las sucesivas transferencias o arrendamientos que ocurran en relación a esas unidades.

i) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta ley, del reglamento y los acuerdos del Consejo de Titulares.

j) Aumentar o disminuir las cuotas para gastos comunes y cubrir las vacantes de miembros de la Junta de Directores sujeto a revocación del Consejo de Titulares.

k) Todas las demás que le sean asignadas por el Reglamento o por el Consejo de Titulares.

Art. 38-E. El Secretario tendrá los siguientes deberes y facultades:

a) Redactará las convocatorias a las reuniones del Consejo y notificará las citaciones en la forma dispuesta en el artículo 38-A.

b) Redactará las actas de las reuniones del Consejo en el libro correspondiente.

c) Certificará conjuntamente con el Presidente las actas de cada reunión.

d) Expedirá con vista al libro de actas las certificaciones que fueren necesarias con la aprobación del Director o de la Junta de Directores.

e) Comunicará a los titulares ausentes todas las resoluciones adoptadas, en la forma que esta ley dispone para la notificación de las citacio-

nes a las reuniones del Consejo y dentro del término que disponga el Reglamento.

f) Custodiará a disposición de los titulares toda la documentación concerniente a las reuniones del Consejo.

g) Todas las demás funciones y atribuciones que lógicamente sean de su competencia, por la naturaleza de su cargo y aquellas que le sean asignadas por el Reglamento o el Consejo de Titulares.

Art. 39. Los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir proporcionalmente a los gastos para la administración, conservación y reparación de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados.

Ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes, ni por abandono del apartamento que le pertenezca.

La cantidad proporcional con que debe contribuir cada titular a los gastos comunes se determinará, fijará e impondrá al principio de cada año calendario o fiscal y vencerá y será pagadera en plazos mensuales. Las cuotas que los titulares no cubran dentro del plazo fijado para su pago, devengarán interés al tipo máximo legal. La falta de pago de tres o más plazos consecutivos conllevará una penalidad adicional equivalente al uno por ciento mensual del total adeudado.

El titular moroso será requerido de pago mediante correo certificado con acuse de recibo y de no verificar el pago en el plazo de quince días, se le podrá exigir por la vía judicial.

La deuda de un titular por concepto de gastos comunes hasta la suma de quinientos (500) dólares o hasta la cantidad que represente la falta de pago de no más de seis (6) plazos, le podrá ser reclamada judicialmente con arreglo al procedimiento abreviado dispuesto bajo la Regla 60 de las de Procedimiento civil de 1958, según enmendadas.

Cuando se reclame la deuda por la vía judicial, el Tribunal, a instancias del demandante, decretará el embargo preventivo de los bienes del deudor o deudores, sin otro requisito que la mera presentación de una certificación jurada por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Titulares, ante un notario público u otro funcionario autorizado para tomar juramentos, en que conste el acuerdo que aprobó el gasto exigible y su cuantía, así como la gestión de requerimiento de pago a que se refiere el párrafo cuarto anterior.

Cuando el demandante así lo solicitare, en aquellos casos en que el titular moroso hubiere arrendado el apartamento, el Tribunal podrá ordenar al arrendatario que consigne judicialmente a favor del Consejo de

Titulares la cantidad total por concepto de cánones de arrendamiento, según éstos vayan venciendo, hasta que se cubra totalmente la deuda del titular.

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos, quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones del Consejo de Titulares hasta tanto satisfagan la deuda en su totalidad.

Art. 40. El crédito contra cualquier titular por su parte en los gastos a que se refiere el artículo 39 de esta ley tendrá preferencia sobre cualquier otro crédito de cualquier naturaleza excepto los siguientes:

a) Los créditos a favor del Estado Libre Asociado y la correspondiente municipalidad por el importe de las cinco últimas anualidades y la corriente no pagada, vencidas y no satisfechas de las contribuciones que graviten sobre el apartamiento.

b) Por la prima del seguro de dos años, del apartamiento o del inmueble total, en su caso, y si fuere el seguro mutuo por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

c) Los créditos hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad.

Art. 41. La obligación del titular de un apartamiento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamiento. Por tanto, el adquirente de un apartamiento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente de repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamiento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad, o enajenado a favor de persona alguna. Quedan eximidos de esta obligación los que adquieran apartamentos mediante el ejercicio de los créditos preferentes que reconoce el artículo anterior.

Art. 42. Los acuerdos del Consejo de Titulares y las determinaciones, omisiones o actuaciones del director o de la Junta de Directores, del titular que somete el inmueble al régimen que establece esta ley, durante el período de administración que contempla el artículo 36-A, del Presidente y del Secretario, concernientes a la administración de inmuebles que no comprendan apartamientos destinados a vivienda, serán impugnables ante el Tribunal Superior por cualquier titular que estimase que el acuerdo, determinación, omisión o actuación en cuestión es gravemente perjudicial para él o para la comunidad de titulares o es contrario a la

ley, a la escritura de constitución o al Reglamento a que hace referencia el artículo 36.

La acción de impugnación de acuerdos y determinaciones que el titular estimase gravemente perjudiciales para él o para la comunidad de titulares deberá ejercitarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se tomó dicho acuerdo o determinación, si se hizo en su presencia, o dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que recibe la notificación del acuerdo, si el titular afectado no estuvo presente en el momento en que se llegó a tal acuerdo o determinación. Si se tratare de una actuación u omisión perjudicial, el plazo para ejercitar la acción de impugnación, será dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el titular tenga conocimiento de tal actuación u omisión perjudicial.

Al ejercitar la acción de impugnación de acuerdos del Consejo de Titulares, el titular deberá acreditar que estuvo presente o representado en la reunión en que se tomó el acuerdo que impugna y que no votó a favor del mismo. Si estuvo ausente a pesar de que fue debidamente notificado deberá aprobar que su ausencia estuvo justificada.

Luego de oír a las partes en controversia, el Tribunal decidirá lo que corresponda conforme a derecho, equidad y normas de buena convivencia. El acuerdo, la determinación, omisión o actuación serán provisionalmente válidos, salvo que el Tribunal determine lo contrario.

Art. 43. Los titulares, mediante acuerdo de quienes representen la mayoría, podrán asegurar contra riesgos el inmueble sin perjuicio del derecho que asiste a cada uno para asegurar por su cuenta y beneficio propio su apartamiento.

Art. 44. En caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará, salvo lo establecido en el artículo III, apartado 5, de la Ley Hipotecaria, a la reconstrucción del mismo.

Cuando dicha reconstrucción comprendiere la totalidad del inmueble o más de sus tres cuartas partes, no será obligatorio hacerla. En tal caso y salvo convenio unánime de los titulares en otro sentido, se entregará la indemnización proporcionalmente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código civil.

Si procediere hacer la reconstrucción se observará lo previsto para tal hipótesis en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal y en su defecto, lo que acuerde el Consejo de Titulares.

Art. 45. Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que deba reconstruirse, el nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcen-

taje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquellos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos, en cuanto las obras les beneficien, tomando el acuerdo oportuno, que fijará los particulares del caso e inclusive el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares.

Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo unánime de los interesados, adoptado con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro.

Art. 46. Las disposiciones de la Ley Hipotecaria y del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria se considerarán complementarias a las de la presente ley.

Art. 47. Las disposiciones del artículo 300 del Código civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta ley, constituidos a virtud de los referidos preceptos legales.

Los edificios mencionados en el párrafo anterior podrán, no obstante, ser sometidos al régimen establecido en esta ley, previo cumplimiento con los requisitos del artículo 2 de esta ley.

CAPÍTULO V. DE LA VENTA DE APARTAMENTOS DEL FORO ADMINISTRATIVO

Art. 48. Las acciones de impugnación reconocidas en el artículo 42 que surjan en relación con la administración de inmuebles, que comprendan por lo menos un apartamento destinado a vivienda, se radicarán en el Departamento de Asuntos del Consumidor.

Las disposiciones del artículo 42 relativas a los términos prescriptivos de las acciones de impugnación, extremos que debe acreditar o justificar el titular que ejercite la acción, criterios conforme a los cuales el juzgador decidirá las controversias planteadas, y las relativas a la validez provisional de los acuerdos, serán aplicables al ejercicio de las acciones de impugnación que se radiquen en el Departamento de Asuntos del Consumidor.

Art. 49. Se faculta al Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor para emitir reglamentación, conforme al procedimiento dispuesto en el artículo 8 de la Ley número 5 de 23 de abril de 1973, según enmendada, dirigida a:

a) Requerir el registro de apartamentos en el Departamento de Asuntos del Consumidor antes de que los mismos se anuncien, se ofrezcan para la venta o se vendan.

b) Garantizar que se brinde a los compradores potenciales de apartamentos toda aquella información necesaria para que puedan hacer una decisión de compra inteligente.

c) Establecer criterios de publicidad y propaganda que aseguren una exposición de información precisa y completa que pueda ser fácilmente comprendida por los compradores.

d) Establecer a favor del arrendatario que haya estado residiendo en un inmueble con anterioridad a la fecha en que el mismo se somete al régimen de la propiedad horizontal aquellos derechos necesarios para evitar que se le desahucie, se le aumente la renta o se le perturbe para obligarlo a desalojar, sin antes haberle ofrecido una oportunidad real de comprar el apartamento en que reside o un término razonable para el desaloje.

e) Establecer un término razonable dentro del cual el vendedor original de un apartamento que haya estado ocupado con anterioridad a la fecha en que el inmueble se somete al régimen de la propiedad horizontal, responderá por los vicios o defectos de dicho apartamento.

f) Proteger los intereses de los adquirentes de apartamentos durante el período de la administración del titular que somete el inmueble al régimen de la propiedad horizontal, conforme al artículo 36-A.

Esta reglamentación será aplicable a las ventas de apartamentos destinados a vivienda que formen parte de un plan común de promoción y venta de por lo menos diez apartamentos, excepto la que se emita de conformidad con los incisos c) y d) anteriores, la cual será aplicable a toda venta de apartamentos destinados a vivienda. Dicha reglamentación no será aplicable a ventas de conformidad con una orden judicial o en las ventas efectuadas por algún gobierno o agencia de éste.

Art. 50. Toda petición de registro de apartamentos en el Departamento de Asuntos del Consumidor vendrá acompañada de un cheque a nombre del Secretario de Hacienda por la cantidad de quince (15) dólares por cada apartamento cuyo registro se solicite. No obstante, dicha cantidad nunca será menor de doscientos (200) dólares ni mayor de mil (1.000) dólares. Por cada solicitud de enmienda a una petición de registro se pagarán veinticinco (25) dólares.

Art. 51. El Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor podrá utilizar todos los poderes que le confiere la Ley 5 de 23 de abril de 1973, según enmendada, tanto al adjudicar las controversias que surjan bajo esta ley como para evitar que cualquier persona viole los reglamentos u órdenes emitidas bajo la misma, incluyendo la imposición de multas administrativas hasta un máximo de cinco mil (5.000) dólares por cada infracción. Todo reglamento, orden o resolución que emita el Secretario al amparo de esta ley podrá ser reconsiderada y revisada ju-

dicialmente de conformidad con los artículos 16 y 17 de la Ley 5 de 23 de abril de 1973, según enmendada.

Art. 52. Por la presente se crea en el Tesoro de Puerto Rico un Fondo Especial, en el que ingresará todo el dinero que se recaude a tenor con los artículos 50 y 51 que estará a disposición del Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor para los fines de la ejecución de los poderes que le confiere esta ley.

Art. 53. Esta ley entrará en vigor noventa (90) días después de su aprobación y sus disposiciones regirán a todo inmueble sometido al régimen de Propiedad Horizontal, cualquiera que sea el momento en que fuera sometido a dicho régimen.

Las comunidades de titulares que ya han sido sometidas al régimen de Propiedad Horizontal tendrán un plazo de un año a partir de la vigencia de la presente ley para adaptar sus escrituras de constitución y reglamento a lo dispuesto en esta ley en lo que estuviere en contradicción con sus preceptos. Transcurrido dicho término las disposiciones de las escrituras de constitución y de los reglamentos de tales inmuebles no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la presente ley, y cualquiera de los titulares podrá instar judicialmente la adaptación prevenida.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Catedrático de Derecho Civil

NOTAS

El razonamiento jurídico y el derecho natural

' *El razonamiento jurídico*, entendido en su dimensión teleológica, es decir, no puramente argumental—aunque no carezca de ésta—, puede, *ab initio*, configurarse como *tensión-búsqueda*, como trayectoria del arco—que tampoco radica en el arco—que se dirige a un blanco.

No hablamos aquí de la razón como objeto, sino del razonamiento jurídico en su *objetivo*. Insistimos: la búsqueda, o si se quiere, el *encuentro*.

La línea argumental de lo jurídico opera, entre otros campos, bajo una doble tensión: o la que KALINOWSKI habla una *filosofía de la idea de la ley*; o en el lado de la concreción o de la *praxis*, como suscita ENGISCH. Una u otra línea tienen como punto de coincidencia los elementos *lógicos*, aunque a la primera se le añadan o se le subrayen mejor los elementos *prudenciales*. Si se quiere, nos apuntaríamos a la certera posición de RECASENS, que acaso enhebre las dos orientaciones, en cuanto a los elementos *logoides*—no meramente lógicos—y razonables—o no meramente racionales—del «*logos de lo humano*».

El razonamiento jurídico se mueve—y *con-mueve*—sobre ese prisma multicolor, *explicativo* y *explicante*, de las normas. En la mente del legislador hay un discurrir *lógico-razonable*. Cuando los mismos juristas prácticos nos dicen que tal precepto o tal norma entraña una «*filosofía*», no se suelen referir—generalmente—a la existencia de unos valores o destinaciones, sino a la *fuerza argumental* que emana desde la expresión *semántica* hasta su *colocación* en el texto legal, dentro de una *estructura* o de un *esquema*.

Casi siempre está en esa filosofía de la idea de la ley, la «*filosofía*» que entraña la *imagen del cumplimiento* o *verificación* de la norma, como un *anticipo visionario*—de su incardinación, también—en principio lógico-razonable.

El razonamiento jurídico puede a su vez contemplarse como *expresión formal* de una norma. Aquí hay algo más que *idea* y *praxis*. Diríamos se encuentra en esto un doble juego de entidades y juicios: lo que entraña de *cumplimiento de voluntad*, y lo que supone de *explicación de la razón misma*.

Sin duda en este terreno los elementos formales ya no son todo. Ni siquiera los semánticos o estructurales. He aquí unas preguntas:

— ¿Cumplimiento de libertad de la norma o cumplimiento de voluntad en la norma?

— ¿Voluntad del legislador-formal o voluntad de la sociedad?

— ¿Cabe el razonamiento jurídico de las *leyes injustas*?

— ¿Hay razonamiento jurídico en la costumbre?

— ¿Cuáles son las características del razonamiento jurídico operando sobre lo que llama ELÍAS DE TEJADA las comunidades naturales no normatizadas?

No es de extrañar, por tanto, que modernamente se tienda a ensanchar el campo de comprensión del razonamiento jurídico a algo más que el correspondiente a la *argumentación*, la *aplicación* o la *decisión jurídicas*. Casi podríamos decir que la *historicidad* del «Derecho»—*norma* y *valor*—pudiera representarse simbólicamente, por la expresión histórica de los «razonamientos jurídicos», en tanto que dados en la Historia, aunque no sean expresión exclusiva de la Historia, a estilo hegeliano. El pensamiento de VILLEY en Francia y LEGAZ LACAMBRA en España, pueden estar en esa orientación.

Ocurre entonces que el razonamiento jurídico lo podríamos mostrar:

a) Como *explicación natural-histórica*. Las «cuestiones» tomistas no pueden ser más expresivas, incluso en su línea argumental, de unas razones históricas. Por haber acertado en ellas se llegó a la *Summa*. Por deshilararse de lo histórico los postomistas perdieron la fuerza argumental y dinámica en las «nuevas» cuestiones. En definitiva, la línea iusnaturalista protestante, en síntesis, acaso no hizo—acertadamente o no, eso es otra cosa—sino aceleradamente pretender asirse al carro de la Historia, de los hechos, de las realidades nuevas.

b) Como *explicación natural-social*, en cuanto que el razonamiento jurídico no comienza ni termina en el sujeto pensante. Sigue teniendo vigencia el acento aristotélico de la indagación de «*lo justo vivido por el hombre en comunidad*».

Es cierto que en la actualidad, por desarrollo de la psicología, se tiende a hablar y—aun a valorar—de un razonamiento como *expresión u objeción de conciencia*. Es decir, la conciencia operando como norma

de razón, como *soberanía*, semejante—en el plano individual—a la soberanía del legislador, como reducto de *mandato* inabordable por la norma.

Pero esta especie de excepción no desfigura, sino que confirma lo *natural-social* del razonamiento jurídico. Es algo más que *morfología social* a estilo de MONTESQUIEU; es algo más que *ambientación sociológica* porque el razonamiento jurídico, aunque sea normatizado, si es natural-social se crea en la *sociedad*, en el sentido más amplio de la palabra. Ni siquiera la norma positiva, por sí, tiene capacidad para imponerse si no es por la *imperatividad* de su exigencia, y por la exigencia de la sociedad. Cuando leyes completas—como las que remiten el fallo a la *equidad* o al arbitraje—dejan muy atrás las justificaciones legales, se evidencia a toda costa que la norma positiva se excepciona a sí misma en razón de unos determinados supuestos que están más cercanos a una correcta realidad o situación o cuestión social, sea mercantil, civil o sindical, que es donde más cabe la vivencia de la *equidad*, la *composición*, la *mediación*, el *arbitraje*, la *conciliación*.

c) Por último, el razonamiento jurídico puede entenderse como *explicación natural-humana*. ¿No es el hombre destinatario y protagonista del Derecho? ¿No es el hombre portador de eternos valores, irreversibles valores, a cuya búsqueda debe tender igualmente el razonamiento jurídico?

Dejemos aquí detenida la indagación de la naturaleza—absoluta o no—de los valores de lo jurídico. De lo que no cabe duda es que concebido el razonamiento en una *posición dinámica o tensional*, se mueven en aquél dos tipos de valores: los que *utiliza* la razón y aquellos a *los que sirve* la razón. Esa doble cara de los valores es precisamente la que colorea la vieja polémica entre el *derecho vivido* o el *no vivido*; entre el derecho *vigente* y el *no vigente*; entre lo que en un trabajo nuestro hemos llamado *génesis* de la norma, como *legalidad* o *legitimidad*, o si se quiere *promoción*, *creación* y *justificación* de la norma; entre *Derecho Natural* o *Derecho Positivo*.

Cuanto más se avance en el *estado de la cuestión* o en la contemplación del razonamiento jurídico—en la historia, en la justificación de las *decisiones*, en su *verificación* y praxis—, más cerca estamos de la configuración de razonamiento jurídico como expresión de lo *ius-natural*. El razonamiento jurídico *normativizado* es expresión de lo *previsible*; el razonamiento jurídico *iusnatural* es *previsión*; el primero subraya elementos, categorías *de que se sirve*, mientras que el segundo descubre valores a los que *trata de servir*; aquél incide en la contemplación *hermenéutica* de los preceptos, éste los pone con el condimento y *salsa* de lo *humano-social*.

Ni Derecho Natural ni Positivo tienen rigidez extrema, como diría

RENARD, sino que ambos se «*encuentran*», o *reencuentran*—mejor dicho—al hacer *arista común* con los valores de *que se sirve* y *a que sirve* el razonamiento jurídico. Aunque los iusnaturalistas generalmente y por razón de *método*, *comencemos* hablando de esta arista común, y los iuspositivistas se sitúen más bien en la superficie de las caras; en definitiva, unos y otros terminamos—en líneas generales—por un apuntar a esa *arista común* si la argumentación razonable y logoide, se contempla bajo el prisma total de la *Historia*, y de la *Sociedad*, y del *Hombre*—valor—inserto dentro de una u otra.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

El Registro Mercantil en el Anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua

Ponencia presentada al Seminario sobre el
Anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua

I. INTRODUCCION

Ante todo quiero agradecer la honrosa invitación que me hizo el comité que organiza este Seminario para participar en el mismo.

La legislación nicaragüense, en muchos aspectos, necesita modernizarse para responder a las exigencias de nuestro desarrollo cultural, económico, político y social. Por ejemplo, el Código de Instrucción Criminal ha servido para la aplicación de dos Códigos Penales del siglo pasado y uno recientemente publicado; la Ley Orgánica de Tribunales, promulgada en el siglo pasado, el Código civil y el de Procedimiento civil, también requieren actualización, etc.

Es digna de encomio, pues, la labor que realiza el Banco Central en la preparación y discusión del Anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua. La convocatoria a este Seminario es verdaderamente atinada, pues ha logrado reunir un amplio sector de especialistas, quienes, sin lugar a dudas, darán sus mejores conocimientos teóricos y prácticos para que el futuro Código se ajuste a nuestra realidad e idiosincrasia. El Foro nicaragüense aplaude a dicho organismo, con quien ya tiene una gran deuda. Mi entusiasmo me lleva a ver que éste es el inicio de nuestro mejoramiento legislativo y ojalá que en el futuro se siga el mismo sis-

tema para la discusión y aprobación de un Código o Ley de importancia para la vida nacional. La creación, por el Banco Central, de una comisión que promueva futuras reformas, cuando el caso lo amerite, sería bien recibida tanto por el Foro Nacional como por todo el pueblo nicaragüense.

La institución registral es de gran importancia para el Derecho Comercial, por lo que ha merecido destacada atención de parte de la doctrina y de la legislación de muchos países. Dentro del Derecho Inmobiliario Registral, denominado también Derecho Registral, Derecho Hipotecario, etc., se ha formulado un método seguro y científico para el estudio de la disciplina, y aun cuando ha sido fuertemente criticado, es el que se sigue y a su impulso la publicidad registral se ha desarrollado en forma fructífera. Me refiero a los principios registrales o hipotecarios.

Los principios son normas fundamentales sobre las cuales se organiza un sistema registral. Aunque desarrollados y perfeccionados dentro del Derecho Inmobiliario Registral, dichos principios han dejado sentir su influencia en el Registro Mercantil. En la actualidad ya se habla de principios registrales genéricos, aplicables a otros Registros, entre ellos el mercantil. En España, por ejemplo, en el Reglamento del Registro Mercantil, se les reserva el Título Preliminar: «Del Registro Mercantil en general».

Por supuesto que la intensidad o extensión de los principios en el Registro Mercantil dependerá de la materia inscribible, pues no debemos perder de vista la circunstancia de que en el Registro Mercantil se escriben sujetos, hechos y cosas, en cambio, en el Registro de la Propiedad se inscribe el dominio de los inmuebles y los demás derechos reales que lo afectan, con excepción de ciertos derechos personales. Un sector doctrinal opina que los principios del Registro Mercantil no son idénticos a los hipotecarios, no obstante reconoce que no se alejan de ellos.

En el capítulo II, título tercero, del libro primero, el anteproyecto le dedica dieciocho artículos al Registro Público de Comercio, del 64 al 81. También existen otras disposiciones insertadas en algunos capítulos del Código.

Principiaré haciendo un breve análisis del sistema, luego examinaré su organización y técnica, para terminar con las conclusiones.

II. ANALISIS DEL SISTEMA

A la luz de los principios del Registro Mercantil analizaré el sistema del Anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua elaborado por el mercantilista argentino Rodolfo O. FONTANARROSA.

1. INSCRIPCIÓN

En el sistema del anteproyecto la inscripción es declarativa, salvo las excepciones legales (art. 79). Entre estas excepciones se encuentra el caso de las sociedades, ya que según el artículo 112 la sociedad sólo adquirirá personalidad jurídica por su inscripción en el Registro Público de Comercio. Se dispone, pues, que sin inscripción no hay personalidad jurídica.

La solución es aceptable y, además, dominante en el Derecho Comparado en cuanto a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

La inscripción constitutiva trae un problema de no fácil solución que ha inquietado a muchos mercantilistas, lo mismo que al Notariado Latino, por lo que en el XIV Congreso Internacional, a realizarse en Guatemala del 5 al 13 de noviembre del corriente año, se abordará el punto en el tema II. Se trata de la validez y eficacia de los actos y contratos celebrados por las sociedades antes de su inscripción, es decir, antes de haber obtenido su personalidad jurídica.

Existen varias soluciones en el Derecho Comparado, entre ellas, las siguientes: *a)* la ratificación del contrato por la sociedad una vez inscrita o la responsabilidad solidaria de los que contrataron en nombre de la sociedad; *b)* la conversión o subsunción de la sociedad irregular en otra que no requiere publicidad (solución italiana y alemana).

Nuestro anteproyecto reglamenta la situación legal de las sociedades no constituidas regularmente en la sección IV, título IV del libro IV. Se establece la responsabilidad solidaria de los socios y se concede la representación de la sociedad, con relación a terceros, a cualquiera de los socios (arts. 124 y 125). Por otra parte, en los artículos 275 y siguientes se regula la responsabilidad ilimitada y solidaria de los promotores, fundadores y directores, por los actos y obligaciones contraídas con motivo de la constitución de la sociedad anónima y la asunción de esas obligaciones por parte de la sociedad, una vez concluido el proceso de constitución.

Como el Congreso se realizará antes de la conclusión del Seminario y de la sanción del anteproyecto, sería conveniente, a fin de obtener una mejor solución definitiva, analizar las recomendaciones que resulten de ese evento internacional que agrupará a una gran cantidad de juristas de prestigio y experiencia.

En este tipo de inscripción el Estado, además de cumplir fines publicitarios, se reserva la facultad de otorgarles personalidad jurídica a las sociedades que se ajustan a la ley, para lo cual ejerce un control a través de la función calificadora del Registrador, sobre la validez y licitud

de aquéllas. Debe advertirse que este control tiene como límite los propios de la calificación del funcionario encargado del Registro.

Por otra parte, en el artículo 79 se dice que la inscripción no prejuzga sobre la validez y licitud de los actos que ingresan al Registro. Es lógico que así se disponga. Si el título es válido en nada ha contribuido la inscripción. Si es nulo, seguirá siéndolo, aunque se inscriba, pues ni la calificación favorable del Registrador, ni la inscripción sanan su nulidad. Los Tribunales de justicia son los llamados a decidir, dentro del procedimiento adecuado y en forma definitiva, sobre su validez y eficacia.

Similar criterio se contempla en el sistema registral establecido en nuestro Código civil. Se dispone, en la primera parte del artículo 3.949 C, que «la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley». El artículo 28 del R. R. P. repite el criterio de la no convalidación. En España, un fuerte sector doctrinal estima innecesaria tal declaración, por considerarse una verdad axiomática que puede vivir dentro del sistema sin recurrir a una declaración expresa.

2. PUBLICIDAD

A) *Publicidad material*

No existe en el anteproyecto disposición que expresamente declare la exactitud del contenido del Registro y la protección a los terceros de buena fe, cuando se declara la inexactitud registral. Tampoco se consagra el principio de legitimación registral.

La inoponibilidad de lo no inscrito a terceros aparece al final del artículo 68 que regula la retroactividad de la inscripción. Esa parte final dice: «Las inscripciones hechas después del vencimiento de los términos legales producen efectos respecto de tercero desde la fecha de su inscripción». En el anteproyecto también se establecen casos concretos de inoponibilidad (arts. 114, 246 y otros).

La inoponibilidad es regulada con bastante acierto en el artículo 3.948 inc. 1 C., que dice: «Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro». Este artículo, agregándole el requisito de la buena fe del tercero para evitar cualquier duda, podría servir de modelo a una revisión que se haga del principio de publicidad.

Es conveniente destacar que el anteproyecto regula la compraventa, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles, en la que se ha pactado,

para garantía del pago del precio aplazado, la reserva de la propiedad por parte del vendedor, es decir, la venta con reserva de dominio (artículo 878). También se reglamenta la venta bajo condición resolutoria (artículo 876).

Con relación a los bienes inmuebles se establece que la cláusula resolutoria para su oponibilidad a terceros debe constar inscrita en el Registro Público (art. 876 inc. 1). Sobre la venta de los muebles se dispone que la resolución del contrato no producirá efecto contra tercero de buena fe que haya adquirido dichos bienes (art. 876 inc. 2).

La cláusula de reserva de propiedad en las ventas de inmuebles producirá efectos para terceros a partir de la inscripción en el Registro de Comercio, dice el artículo 879. Esta disposición, sin delimitar supuestos, no se ajusta, según parece, a la técnica del folio real que sigue nuestro sistema registral. Por esta técnica se realiza una concentración, en la hoja o folio abierto al efecto, de toda la situación jurídica del inmueble, de tal manera que lo que no aparece inscrito en dicha hoja, sea porque el título no ingresó al Registro, sea porque se inscribió en otro equivocadamente o en forma incompleta, no puede perjudicar a terceros.

Sería aconsejable, con relación a la venta de bienes muebles, que se dictase una ley especial que regule, con la amplitud necesaria, las ventas de bienes a plazo y contemple la inscripción de la cláusula de reserva de dominio en un Registro para su oponibilidad a terceros. Para cumplir con esa amplitud podría regular los requisitos del contrato, sus efectos, inscripción, procedimiento para hacer efectiva la garantía y las disposiciones penales. Es evidente que si a nuestros Códigos los hiciéramos progresar armónicamente, gran parte de la materia relacionada podría repartirse entre ellos. Sin perjuicio del correspondiente ajuste, podrían conservarse las regulaciones del anteproyecto y luego dictarse una ley que lo complementa.

Esta ley podría solucionar el problema que ocasiona la garantía sobre bienes muebles no destinados a los trabajos agrícolas, ganaderos o industriales. El comerciante, por ejemplo, recurre a la Ley de Prenda Agraria o Industrial para garantizar su venta a plazo; pero resulta que se encuentra con un doble obstáculo: 1) el contrato de Prenda Agraria o Industrial fue creado para cierta clase de préstamos y no para garantizar saldos del precio de una venta (art. 1 de la Ley); 2) los propósitos y supuestos de la ley, que se pretende cumplir declarando en el contrato fines y propósitos alejados de la verdad. Esta opinión está respaldada por muchas juristas nicaragüenses y en una ocasión la Corte de Apelaciones de Masaya, Sala de lo Civil, partiendo del hecho de que el artículo 2 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial enumera en forma

taxativa los bienes que pueden darse en prenda agraria o industrial, declaró: *a)* que las doce toneladas de guayacán estaban afectadas a la garantía especial de prenda (art. 2 inc. *f)* de la Ley); *b)* que los muebles domésticos (como el juego de muebles pignorado) no están entre dichos bienes; *c)* y que, aun cuando las máquinas en general (como el refrigerador pignorado) son susceptibles de ser afectadas a dicha garantía especial, tal cosa sólo puede hacerse cuando la máquina se destine a trabajos de explotación industrial, agrícola o ganadera (art. 2 inc. *b)* de la Ley), lo cual debe consignarse en la escritura correspondiente, por lo que al no haberse consignado esa circunstancia, el refrigerador no está vinculado a la prenda industrial (S. 10:15 a. m. del 1 de noviembre de 1971).

Se dice: *a)* que las novaciones objetivas (cambio del saldo del precio por un mutuo. Art. 2.096 inc. 1 C) y simulaciones (destinar el mueble a actividades completamente distintas a la que le corresponde en la realidad) a que se recurre, es una magnífica prueba de que las referidas ventas no encajan dentro de los límites de la Ley de Prenda Agraria o Industrial; *b)* que el derecho tiene figuras que pueden aplicarse al supuesto que nos ocupa (venta con reserva de dominio e hipoteca mobiliaria), por lo que es innecesario tantos esfuerzos, con resultados inseguros y dudosos, para encontrar la garantía buscada; *c)* que la mencionada Ley de Prenda es una ley especial que regula una materia o sector determinado, por lo que resulta impropio y hasta peligroso amparar supuestos ajenos a dicho sector.

El distinguido jurista nicaragüense, doctor ILDEFONSO PALMA MARTÍNEZ, propone la creación de una prenda comercial sin desplazamiento. Dice: «Con frecuencia se celebran contratos en los que un bien mueble se da en garantía y el deudor, cuando es demandado, alega que, ni el contrato es de la naturaleza que se le da por las partes, ni el objeto de la garantía puede válidamente ser tenido como prenda agraria o industrial, y fundan su razonamiento en lo que se dispone en los artículos 1.º y 2.º de la citada ley, o sea, que si la finalidad del contrato de prenda agraria o industrial es la de procurar el desarrollo de la industria, de la agricultura y de la ganadería, si la prenda se constituye en bienes diferentes a los que señala el artículo 2 de la misma ley, el contrato se desvirtúa aunque se le dé el nombre de contrato de prenda agraria o industrial. Uno de los argumentos que se hacen valer es el de que bienes como un automóvil de lujo, no pueden servir para fines industriales, o que un televisor no tiene más fin que el de la distracción del que lo adquiere, o que un juego de muebles de salón tampoco se usa para fines de la industria ni de la agricultura.

Para evitar estas discusiones el suscrito piensa que debería dictarse

una ley que autorice la contratación de una prenda comercial diferente a la que señalan los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio, con las siguientes características que a diferencia de las prendas que se relacionan en los números 1, 2 y 3, esa prenda comercial no pueda ser desplazada sino que permanezca en poder del deudor, salvo los casos en que como en los de la prenda agraria o industrial, deba promoverse acción persecutoria del objeto dado en garantía.» (Del Aseguramiento de los Bienes Litigiosos.—Continuación del folleto Embargos y Secuestros y Sugerencias para que se reformen algunas leyes. Managua, Nicaragua, año 1976, pág. 37.)

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia, consciente del asunto y con una clara visión, ha dicho: «La prenda se instituyó por la ley de la materia para máquinas y demás enseres “destinados a trabajos y explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales” únicamente. Por ello, las ventas de vehículos garantizados con prenda, si no es para los rubros que la ley señala, no tienen ningún valor ni efecto. Mientras no exista ley de venta de muebles a plazo, con Registro para garantía de las partes, las prendas de tales enseres que no son para explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales, no tienen ningún valor.» (Consulta del 31 de julio de 1975, B. J., pág. 444.)

Son muchas las legislaciones extranjeras que regulan la venta con reserva de dominio y quizá, una ley de este tipo sea la solución a nuestro problema. El comercio no puede seguir en esa inseguridad. La Corte Suprema es terminante. Hay que encontrar una solución, cualquiera que sea.

La clásica distinción entre bienes muebles e inmuebles ha perdido valor con relación a la publicidad, pues en la actualidad se distingue entre bienes registrables y no registrables, siendo, en consecuencia, inscribibles, tanto los derechos reales sobre muebles, como sobre inmuebles. Pero se establecen requisitos o condiciones para la inscripción de los derechos reales, a saber: a) facilidad para identificarlos y diferenciarlos; b) durabilidad. También se toma en consideración el valor económico de los bienes muebles.

Por otra parte, si se le debe conceder fe pública al Registro, sería conveniente pensar en la consagración general de las anotaciones preventivas para evitar que los derechos subjetivos sean perjudicados o desplazados al surgir un tercero protegido por el Registro. La inscripción calificada de provisoria por el artículo 78 no es suficiente, pues se concreta al supuesto de negativa de la inscripción. Tampoco lo es el supuesto del artículo 248 que permite la inscripción del embargo y otras medidas precautorias. Cuando el legislador sólo atiende casos concretos, muchas

veces corre el riesgo de no contemplar otros de no menor importancia, por lo que es aconsejable también, si la materia lo permite, una formulación general.

B) *Publicidad formal*

La publicidad formal está consagrada en el artículo 80, que dice: «El Registrador facilitará a los que lo soliciten, información atinente a lo que conste en el Registro. Asimismo expedirá a quienes lo soliciten certificación literal de los asientos de los libros o protocolos.

El Registrador adoptará las medidas y precauciones convenientes para evitar la sustracción, rotura o alteración de los libros y protocolos del Registro o de sus asientos.» Este artículo, a diferencia del artículo 23 del Código de Comercio vigente, calla sobre las certificaciones en relación.

3. PRIORIDAD

En virtud del artículo 68 del Anteproyecto la inscripción retrotrae sus efectos, con relación al tercero, al momento en que se realiza el acto, si aquélla se hizo dentro del plazo del mes señalado en dicha disposición. Se aplica no sólo a la inscripción de comerciantes, auxiliares, empresas, establecimientos y sociedades, sino también en forma amplia, a la inscripción de los demás documentos. Estos documentos podrían contener, según parece, ventas, cesiones, gravámenes, etc., por lo que da la impresión de que dicha disposición encierra una reserva legal de prioridad que perturbaría el juego normal de la fe pública registral que también debe aplicarse al Registro Público Mercantil, ya que de ella no se deja constancia en el Registro, razón por la cual los terceros de buena fe podrían resultar perjudicados por los actos que, amparados en la reserva, otorgue su transmitente.

En el Derecho Inmobiliario Registral ha sido objeto de estudio el instituto de la certificación con reserva de prioridad. Existen antecedentes legales en Australia, Inglaterra, Cuba, Perú y Argentina.

En virtud de tal certificación el Registro anuncia la celebración del acto y al adquirente se le concede un plazo dentro del cual se le garantiza o asegura su prioridad, es decir, para él la situación registral permanecerá inmutable e igual a la que existía al tiempo en que se le extendió la certificación. En esa forma se protege a los contratantes y a los terceros.

El Anteproyecto de Ley Argentina de Registro Público de Comercio, elaborado por una comisión de comercialistas, registralistas y Notarios

del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, acogió dicho instituto. El II Congreso Internacional de Derecho Registral, reconoció su utilidad y recomendó que cada legislación nacional considere la posibilidad de adoptar la forma y los efectos de la certificación con reserva de prioridad a las peculiaridades de su sistema jurídico.

Sin agotar los casos, por vía de ejemplo, enumero las transacciones que podrían estar amparadas por la certificación con reserva de prioridad: 1) la venta y constitución de derechos reales sobre el buque; 2) la transferencia del interés en las sociedades colectivas y de las cuotas de capital en las de responsabilidad limitada; 3) la constitución, transferencia y modificación de derechos reales sobre empresas o sus establecimientos.

En México la prioridad se asegura mediante un aviso de la celebración del acto que envía el Notario al Registro, en virtud del cual el Registrador extiende una anotación preventiva al margen de la propiedad afectada (art. 3.018 C).

O se acoge cualquiera de estas dos soluciones o se deja que el principio de prioridad juegue en forma normal, es decir, desde el momento de la presentación del título en el Registro, pero no debemos aceptar reservas legales de prioridad que perturben la fe pública del Registro.

Que nuestro Código civil consagre algunas reservas legales (arts. 39 del R. R. P.; 2.575 y 3.828 C.) no es razón para llenar a nuestras leyes de prioridades retroactivas por el motivo apuntado.

4. LEGALIDAD.

En el anteproyecto no se hace una declaración general sobre la naturaleza de la documentación requerida para la inscripción (notarial, judicial, administrativa, etc.) y en el artículo 77 se confiere al Registrador la facultad de revisar si los actos o instrumentos presentados llenan los requisitos legales.

Al Registrador se le puede conceder la facultad de revisar el fondo y la forma del título, pero para fundar su decisión solamente tendrá en cuenta lo que resulta del título o de los asientos del Registro, por lo que no puede entrar a conocer sobre circunstancias o hechos que corresponden apreciar a los Tribunales de justicia.

Se cambia la estructura tradicional de nuestro sistema de impugnación de la calificación registral, consistente en un ocurso al Juzgado Civil y apelación a la Corte correspondiente, ya que en el anteproyecto sólo se establece, en forma general, un recurso de apelación ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil y Comercial (art. 78). No obstante, en el

artículo 260, que se refiere a la calificación de las sociedades anónimas, se habla de ocurso contra la negativa tácita o expresa. Existe pues, sin mayor fundamento, una dualidad de procedimientos. Lo aceptable en nuestro medio es la uniformidad mediante el establecimiento del ocurso y la apelación correspondiente, evitándose así hasta las sorpresas en el ejercicio diario de nuestra profesión.

En el mismo artículo 78 se habla de que la apelación se sustanciará por el procedimiento sumario. La expresión «procedimiento sumario» solamente la podemos entender en nuestro medio jurídico como una sugerencia para que la apelación se tramite rápidamente, sin atraso, pues no existen trámites-tipos en el recurso de apelación que nuestro Código de Procedimiento Civil califique de sumarios.

Por otra parte, aunque existe cierta duda por la redacción del artículo 17 del R. R. P., es opinión dominante que el Registrador, según sea la falta subsanable e insubsanable, admitirá o negará la anotación preventiva del título rechazado. Además, se establece la conversión de la anotación preventiva si el título es subsanado o en virtud de la resolución que, dictada en el ocurso, ordene la inscripción. El artículo 78 inc. 2 se aparta de dicho criterio.

Es aconsejable, pues, hacer una precisa y detallada reglamentación del principio de legalidad, ajustándolo a nuestras tradiciones y medios, aunque comprendo que el Código no es el lugar indicado para desarrollar dicho principio en todo su alcance y proyecciones.

5. ROGACIÓN

La actividad del Registrador en el procedimiento de inscripción es rogada y según el artículo 76 la inscripción podrá ser solicitada por los otorgantes de los actos, los Notarios que autoricen los actos sujetos a registro y cualquier persona que tenga interés en asegurar un derecho o en autenticar un hecho susceptible de inscripción.

El principio de rogación se deduce de varias disposiciones (arts. 68, 69, 70, 71, 72 y 76). Por otra parte, el artículo 76 establece en forma amplia la legitimación o interés para pedir la inscripción.

6. ESPECIALIDAD Y TRACTO SUCESIVO

En el Registro de Comercio también juegan los principios de especialidad y tracto sucesivo.

El tracto sucesivo exige la previa inscripción o anotación de la relación jurídica que resultará afectada por la subsiguiente inscripción.

No existe en el anteproyecto una consagración general del tracto sucesivo y su expresión abreviada o comprimida. Tampoco exige, en algún caso concreto, la previa inscripción del transmitente para que se pueda inscribir el título del adquirente, con lo cual se lograría el encañamiento ininterrumpido que exige dicho principio.

Sin constituir una consagración del principio del tracto sucesivo, el artículo 75 establece un juego de referencias entre los libros y protocolos.

III. ORGANIZACION Y TECNICA

El anteproyecto establece Registros de Comercio en la capital de la República y en cada cabecera departamental. Es una medida sana y tradicional de descentralización; no obstante, se podría pensar en un Registrô Central de Denominaciones que recoja la información de los restantes Registros, con lo cual se podría impedir la inscripción de alguna sociedad con denominación social idéntica o de gran parecido o la de otra anteriormente inscrita. A diferencia del artículo 27 del Código de Comercio vigente, no se establece expresamente que el Registro de Comercio estará a cargo del Registrador de la Propiedad. Es conveniente mantener el criterio del Código vigente, pues, entre otras razones, se encuentran las siguientes: *a)* el auxilio económico entre ambos Registros; *b)* el aprovechamiento de la experiencia de nuestros Registradores y personal. El Registro requiere un personal técnico difícil de entrenar.

En el artículo 65 se crean diez clases de libros, incluyendo el de índice, libros auxiliares y cualquier otro necesario, a tenor del inciso 9 de dicho artículo. De gran utilidad es la autorización que se concede para que los libros puedan ser llevados en hojas sueltas, manuscritos o mecanografiados. La conversión a la técnica de la hoja suelta debe hacerse en forma progresiva y además condicionada, previa comprobación de su utilidad o necesidad, a la aprobación de la Corte Suprema de Justicia.

Lamentablemente, el anteproyecto calla sobre el Libro Diario, pues no puede decirse que es un libro auxiliar y que, por ende, está contemplado en el inciso 10 del artículo 65. El Diario es un libro principal y no accesorio, que requiere regulación especial.

Al leer los artículos 71 y 72 da la impresión de que la técnica seguida en la inscripción de sociedades, poderes de los factores, etc., es la de transcripción mediante la protocolización de un ejemplar del contrato y la entrega del otro al interesado, máxime cuando no existen disposi-

ciones que determinen las clases, contenido y requisitos de los asientos del Registro. Pero también podría decirse que el protocolo no es más que un libro auxiliar que sirve de respaldo a la inscripción hecha en el Libro o Registro correspondiente y, además, como fuente de mayor información. El proyectista pudo haber sido un poco más claro. Para los otros libros, según parece, se sigue la técnica de la inscripción.

Creo que la técnica general que debe mantenerse es la de la inscripción, procurando en la medida de lo posible la brevedad de los asientos, sin sacrificar, en cada caso, la publicidad de lo que se considere de interés o importancia. A los sujetos de comercio: comerciantes individuales y sociedades mercantiles, se les puede abrir una hoja o folio especial en el cual se extenderán todos los actos declarados inscribibles que los afecten (folio personal). Así, por ejemplo, en la hoja abierta a la sociedad se inscribirán: su constitución, modificación y disolución; los poderes, sus modificaciones y revocaciones, etc. Con esta técnica se logra: *a)* centralización de la información y descongestionamientos—o eliminación—de otros libros; *b)* facilidad en la consulta; *c)* un juego más cómodo de ciertos principios del Registro Mercantil (publicidad y tracto sucesivo).

Dentro de las posibilidades también cabe abrir folio a las empresas o establecimientos comerciales. El proyecto del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, también abre folio a los agentes auxiliares.

El artículo 1.295 del Anteproyecto, insertado en las Disposiciones Finales, deja vigente el libro III del Código actual relativo al comercio marítimo. En el artículo 735 de dicho libro se habla de la inscripción de la adquisición del buque en el Registro Mercantil. Al buque también se le podría abrir una hoja especial en la que se centralizaría toda la situación jurídica del mismo, es decir, en esa hoja o folio especial se concentrarían todas las transmisiones, derechos y cargas que pesan sobre el buque. Esta es la técnica del folio real, que facilita la información y el juego normal de los principios de especialidad, tracto sucesivo y publicidad. Al registro de buques se le aplican con mayor intensidad los principios registrales.

En la referida técnica se toma al sujeto u objeto escogido como elemento básico alrededor del cual se unifican o centralizan, en la hoja o folio abierto al efecto, los hechos, situaciones, actos o contratos que le afectan y que son declarados inscribibles.

IV. CONCLUSIONES

Considero que ésta es la oportunidad para organizar un buen Registro Público de Comercio. Nuestros viejos y sabios codificadores fueron limitados por los escasos recursos de su época. Contrariamente, en la actua-

lidad se cuenta, por una parte, con una formidable tecnología que podría aplicarse al Registro, y, por otra parte, con un gran desarrollo de los estudios sobre el Derecho Registral, los que han adquirido un alto valor científico.

El proyectista no reguló todos los detalles del Registro Mercantil pensando en una reglamentación. Creo que no es suficiente una simple reglamentación sin que antes se dicte una ley que regule ampliamente las ideas generales del anteproyecto y disponga sobre otros puntos de importancia. Algunos opinan que toda la regulación del Registro Mercantil podría quedar dentro del anteproyecto.

Por todo lo expuesto anteriormente, propongo:

1. Que se revise el capítulo del anteproyecto relativo al Registro Público de Comercio, consignando en el mismo solamente las disposiciones sustantivas básicas de dicha institución.
2. Que se prepare un anteproyecto de ley complementaria del Código de Comercio, en la que se desarrolle la institución registral con la amplitud necesaria. Esa ley podría denominarse Ley del Registro Público de Comercio.
3. Que se busque una solución al problema de la garantía de las ventas de los bienes muebles a plazos.

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte de Apelaciones
de Masaya

BIBLIOGRAFIA

- ABEJÓN, Julián: *El Registro Mercantil en Derecho español*. «RCDI», núm. 73, enero 1931, págs. 19 y sigs.
- ANTEPROYECTO DE LEY ARGENTINA DE REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Revista Notarial*, núm. 80, 1974, págs. 1475 y sigs.
- AVILA ALVAREZ, Pedro: *La calificación mercantil de la representación documental. Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil. Centro de Estudios Hipotecarios*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1971, págs. 55 y sigs.
- ARROYO C., Duilio: *La venta con reserva de dominio*. Estudios Jurídicos, Panamá, 1960, págs. 225 y sigs.
- BALDO DEL CASTAÑO, Vicente: *Régimen jurídico de las ventas a plazo. Particular estudio de sus garantías*. Editorial Tecnos, Madrid.
- BERGEL, Salvador D.: *Registro Público de Comercio*. Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XXIV, págs. 522 y sigs.
- CASAFONT ROMERO, Pablo: *El pacto de reserva de dominio en la compraventa. Ensayos de Derecho contractual*. Costa Rica, 1968, págs. 129 y sigs.
- CASERO FERNÁNDEZ, Rafael: *Leyes Hipotecarias y legislación complementaria*. 2.ª edición, 1969.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *La nueva regulación del Registro Mercantil*. «RCDI», núms. 380-381, enero-febrero 1960, págs. 397 y sigs., págs. 163 y sigs.; núms. 386-387, julio-agosto 1960, págs. 510 y sigs.; núms. 388-389,

- septiembre-octubre 1960, págs. 666 y sigs.; núms. 390-391, noviembre-diciembre 1960, págs. 830 y sigs.; núms. 394-395, marzo-abril 1961, págs. 447 y sigs.; núms. 398-399, julio-agosto 1961, págs. 797 y sigs.; núms. 400 y 401, septiembre-octubre 1961, págs. 947 y sigs.; núms. 402-403, noviembre-diciembre 1961, páginas 1120 y sigs.; núms. 404-405, enero-febrero 1962, págs. 23 y sigs.
- CHACÓN YERÓN, Joaquín: *Nuevas disposiciones sobre el Registro Mercantil*. «RCDI», número 483, marzo-abril 1971, págs. 339 y sigs.
- CHICO Y ORTIZ, José María, y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*. 2.ª edición, Madrid, 1968, tomo II, págs. 1407 y sigs.
- ESCOBAR FORNOS, Iván: *Sistemas registrales*. Trabajo presentado al VI Encuentro Internacional del Notariado Americano, Guatemala, agosto de 1970. *Consultas de la Corte Suprema de Justicia sobre Derecho hipotecario*. Imprenta Nacional, 1970. *El Registro Público en Nicaragua. Principios y desarrollo legislativo de los Registros Jurídicos de Bienes*. II Congreso Internacional de Derecho Registral. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Los asientos registrales. Universidad Centroamericana, Managua, 1976. *Tres temas registrales*. Universidad Centroamericana, Managua, 1976.
- RODRÍGUEZ SERRANO, Felipe; JARQUÍN, Camilo, y otros: *Informe de la Misión de Estudios de los Registros y Catastros de algunos países suramericanos*.
- ESCOBAR, Manuel: *La hipoteca de bienes muebles y la venta con retención de dominio*. Publicaciones Jurídicas, Masaya, 1962, tomo II, págs. 37 y sigs.
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, Joaquín D.: *El Registro Mercantil en Derecho español*. «RCDI», núm. 69, septiembre 1930, págs. 657 y sigs.; «RCDI», núm. 70, octubre 1930, págs. 737 y sigs.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: *Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil*. «Revista de Derecho Notarial», núm. XIX, enero-marzo 1958, páginas 261 y sigs.
- JIMÉNEZ, Casimiro G.: *Los principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil*. «Revista de Derecho Notarial», núms. XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, págs. 213 y sigs.
- MÉNDEZ, Aurelio: *La buena fe y el Registro Mercantil. Curso de Conferencias*, páginas 169 y sigs.
- Nuevo Reglamento del Registro Mercantil*. Publicaciones del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: *El principio de tracto sucesivo en el Registro Mercantil. Curso de Conferencias*, págs. 87 y sigs.
- PALMA MARTÍNEZ, Ildefonso: *Del aseguramiento de los bienes litigiosos*. Continuación del folleto *Embargos y secuestro y sugerencias para que se reformen algunas leyes*. Managua, 1976.
- RIVAS GARCÍA, Francisco, y CHACÓN YERÓN, Joaquín: *El Registro Mercantil. Su organización y funcionamiento*. «RCDI», núm. 478, mayo-junio 1970, págs. 635 y sigs.
- RICA Y ARENAL, Ramón de la: *La nueva legislación de sociedades y el Registro mercantil*. «Revista de Derecho Privado», diciembre 1955, págs. 1083 y sigs.
- ROTONDAVO, Domingo N.: *Registro de Buques en la República Argentina (Mecánica de la Ley Registral. Principios registrales consagrados en la misma, su exteriorización)*. Aporte de la Delegación argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974.
- URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo: *Las sociedades y el Registro Mercantil. Curso de Conferencias*, pág. 189.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Derecho de garantía sobre el buque y las aeronaves. Curso de Conferencias*, págs. 103 y sigs. *Esbozo de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento. Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, págs. 395 y sigs.
- ZUMALACÁRREGUI CALVO, Manuel: *La financiación de las ventas a plazo y su protección registral. Curso de Conferencias*, págs. 11 y sigs.

JURISPRUDENCIA

II. Resoluciones y Sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. NO ES PROCEDIMIENTO IDÓNEO EL DE RECTIFICACIÓN DE ERRORES DE CONCEPTO (ART. 217 DE LA LEY HIPOTECARIA) Y SÍ EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES REGISTRALES O, EN SU DEFECTO, LA RESOLUCIÓN JUDICIAL (ART. 40, D), DE LA MISMA), PARA CONSEGUIR QUE SE HAGAN CONSTAR EN LOS ASIENTOS REGISTRALES CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS (EN EL CASO CONCRETO UNA MEJORA CONDICIONAL EN COSA CIERTA), QUE POR NO SER RECOGIDAS EN LAS ADJUDICACIONES HECHAS EN LA PARTICIÓN O POR OTROS MOTIVOS NO SE HICIERON CONSTAR EN LA INSCRIPCIÓN DE ÉSTA.

Resolución de 20 de octubre de 1976 (B. O. del E. de 30 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Doña María Aragón Díez otorgó testamento en Valladolid ante el Notario don Miguel Hoyos de Castro el 2 de febrero de 1959, en el que instituía herederos a sus hijos doña María del Carmen, José María, María Antonia, María Luisa, Fernando y María del Consuelo Orbaneja Aragón; en la cláusula segunda establece una mejora a favor de sus hijas solteras María del Carmen, María Luisa y María del Consuelo consistente en el pleno dominio del piso principal derecha de la casa número 16 de la calle del Duque de la Victoria de Valladolid y el usufructo del resto de la misma casa, cuya nuda propiedad será adjudicada por

sextas partes a sus seis hijos; establece la mejora a favor de sus hijas mientras se conserven solteras y si alguna se casare o profesase en religión perdería su parte, que acrecería a las que sigan solteras, y si alguna quedase viuda o saliere del convento habiendo profesado volverá a participar de la mejora; fallecida la testadora el 14 de marzo de 1963, doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón otorgaron escritura de adjudicación de herencia ante el mismo Notario el día 4 de julio de 1963, en la que se declara que don José, doña María Antonia, doña María Luisa y don Fernando Orbaneja Aragón renunciaron de forma auténtica a sus derechos en la herencia de su madre; doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón aceptan la herencia y se adjudican en pago de la misma por mitad la casa de la calle del Duque de la Victoria, número 16, de la capital, solicitando del Abogado del Estado y del Registrador de la propiedad de Valladolid la liquidación del Impuesto de Derechos Reales y la inscripción a nombre de las adjudicatarias; la referida escritura causó, por lo que se refiere al inmueble citado, el asiento correspondiente, sin que en su texto se recogieran los particulares de la disposición de mejora contenida en la cláusula segunda del referido testamento; doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón contrajo matrimonio el día 16 de mayo de 1969; doña María del Carmen Orbaneja y Aragón falleció en Valladolid el 14 de abril de 1975 bajo testamento abierto, otorgado en Valladolid ante el Notario don Iñigo Fernández y Fernández el 3 de marzo de 1966, del que resulta que instituye heredera por igual de sus bienes a sus sobrinas María y Ana Orbaneja Gil de Biedma, hijas de su hermano Fernando, dejando a su hermana María del Consuelo el usufructo vitalicio de todos sus bienes; mediante instancia acompañada de los citados testamentos y escritura, así como de otros documentos complementarios, don Fernando de Orbaneja y Aragón, en representación de su hija menor Ana, y doña María Orbaneja y Gil de Biedma solicitaron del Registrador se completara la inscripción del inmueble aludido, a favor de sus actuales titulares registrales, mediante la transcripción de las disposiciones testamentarias pertinentes, y asimismo, que por nota marginal se haga constar el matrimonio de doña María del Consuelo Orbaneja y Aragón, todo ello en aplicación *a contrario sensu* del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, por cuanto la omisión resulta claramente del Registro, y se hallan en el mismo los documentos que sirvieron para extenderlos.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 2 de Valladolid la referida instancia y demás documentación complementaria fue calificada con nota del tenor literal siguiente:

«Denegada la inscripción solicitada en el precedente documento, que fue presentado según asiento 1.824, obrante al folio 248 del diario 6.º, en cuanto a la transcripción de las disposiciones testamentarias que se indican en el mismo por los siguientes motivos:

A. La finca indicada en la precedente instancia, casa número 16, antes 18, de la calle Duque de la Victoria en Valladolid, aparece inscrita al tomo 1.066 del archivo general, libro 396 del Ayuntamiento de Valladolid, folio 247, finca número 9.609, inscripciones 11 y 12, en pleno dominio y por mitades indivisas, a favor de doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón, sin que en la inscripción 11 de herencia de doña María Aragón Díez, madre de las titulares registrales, por virtud de la cual se inscribió a favor de ellas la mitad de la finca en pleno dominio y la otra mitad nuda propiedad (comprendiéndose en la 12 la extinción del derecho de usufructo de esa mitad), figure la condición o condiciones de las cláusulas testamentarias a que se refiere la instancia. Es decir, que figura inscrita en pleno dominio la totalidad de la casa a favor de las repetidas hermanas doña María del Carmen y doña María del Consuelo Orbaneja Aragón, sin limitación ni condición alguna y, además, sin dis-

tinguir entre pleno dominio del piso principal y el usufructo de la misma casa, que, por otra parte, tampoco aparece constituida en régimen de propiedad horizontal.

B. Que estando los asientos del Registro practicados en los libros que determinan los artículos 238 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en cuanto se refieren a derechos inscribibles, bajo la salvaguardia de los Tribunales, los mismos asientos producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud en los términos establecidos en la ley (art. 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria y concordantes), y por ello es claro que los expresados asientos no pueden ser completados, modificados o alterados en forma alguna sin consentimiento expreso del titular registral o por mandato judicial.

C. Que al mismo resultado ha de llegarse aplicando el artículo 217 de la Ley Hipotecaria, que el solicitante invoca, pues aun en el caso de que hubiera existido el error de concepto que el mismo alega, siempre resultaría la imposibilidad de rectificarlo cuando, como ocurre en este caso, el error no resulta de la propia inscripción, sin el consentimiento unánime de todos los interesados (e ineludiblemente del titular o titulares registrales), y del Registrador o por una providencia judicial que ordene la rectificación.

D. Que la instancia presentada no reúne los requisitos de autenticidad ni es título hábil para provocar los asientos que se solicitan y carece de nota de liquidación del correspondiente impuesto.

E. Que asimismo tampoco, y esencialmente por idénticos motivos, procede extender la nota marginal solicitada expresando la circunstancia de haber contraído matrimonio una de las titulares registrales, ya que ello implica una modificación de las circunstancias que figuran en el asiento.

No procede, dada la naturaleza insubsanable de los defectos expresados, tomar anotación preventiva de suspensión, que, además, no se ha solicitado.»

Don Fernando Orbaneja y Aragón, en la representación que ostentaba, y doña María de Orbaneja Gil de Biedma interpusieron recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegaron: Que, en cuanto al motivo A) de la nota, la falta de constitución del régimen de propiedad horizontal no es causa suficiente para oponerse a completar los asientos vigentes; que respecto a los motivos B) y C) cabe decir que para conseguir una rectificación no son los únicos medios posibles los que impliquen el consentimiento de los interesados y el Registrador o, en su defecto, la providencia judicial, sino que la legislación hipotecaria es más flexible permitiendo arbitrar otros medios para la corrección de errores, tanto materiales como de concepto, y en este sentido cabe citar el artículo 321 de la Ley Hipotecaria; que en contra de la opinión del funcionario calificador, el error en el caso presente resulta de la propia inscripción al omitir la disposición testamentaria que debería haber recogido; que en cuanto al motivo D) ha de hacerse constar que el título en que se basa la pretensión no es la instancia, que, efectivamente, no sería título suficiente para provocar los asientos que se solicitan, sino que el título fundamental es el testamento de doña María Aragón Díez completado por la escritura particional, autorizados ambos instrumentos por el Notario don Miguel Hoyos de Castro; que el requisito de la liquidación de los derechos fiscales no es exigible en el supuesto que nos ocupa, pero que de haberlo sido sólo tendría carácter de defecto subsanable; que en relación con el último motivo puede rebatirse teniendo en cuenta que la celebración del matrimonio de doña María del Consuelo Orbaneja es una condición resultoria de la mejora instituida en el testamento y su constatación mediante anotación marginal es exigible basándose en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

El Registrador informó: Que es equivocado el criterio del recurrente al sostener que la omisión de las cláusulas testamentarias fue un error

que puede rectificarse por la sola actividad del Registrador sin necesidad del consentimiento expreso del titular registral o de un mandato judicial; que nuestro sistema hipotecario no es de transcripción del título, sino de inscripción, precedida de una calificación para determinar lo que debe tener acceso al Registro y lo que debe quedar fuera del mismo; que el Registrador califica el título decidiendo—certera o equivocadamente—lo que debe constar en la inscripción, caso de resolver afirmativamente; que si el Registrador al verter el contenido del título al asiento estima que éste no debe contener tal o cual expresión y la emite, el asiento quedará configurado de esta forma bajo la salvaguardia de los Tribunales sin que pueda ser modificado, alterado o completado más que con el consentimiento del titular registral o por mandato judicial; que en este caso podrá existir un error en la calificación en cuanto al fondo del asunto, pero el asiento no será erróneo, puesto que expresa lo que se quiso, omitiendo lo que se estimó debía omitirse; que, al contrario, cuando al calificar el título se decide llevar al asiento determinadas cláusulas, y al extender éste se omiten, existirá un error formal en el asiento; que en ambos casos podrá existir una discordancia entre el Registro y la realidad que puede ser rectificada, pero el procedimiento es distinto, ya que en caso de error el asiento deberá utilizarse el procedimiento prevenido en el título VII de la Ley Hipotecaria; pero que en el supuesto presente, en el que no existe error de asiento, la forma de rectificación sería de las comprendidas en el apartado D) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, por el que se exige el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial; que todo ello se deduce por varias consideraciones, tales como: La presunción contenida en el artículo 38, 1.º, de la Ley Hipotecaria de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo; que la rectificación se solicita en base a una segunda copia del título, habiéndose practicado el asiento a vista de la primera copia, en la que cabe admitir la posibilidad de que en la nota de despacho se hiciera constar, al amparo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, la no registración de la cláusula cuya inscripción se pretende, aun cuando dicha denegación parcial no conste en la nota marginal del asiento de presentación; que el artículo 79 del Reglamento Hipotecario, que citan los recurrentes, no exige al Registrador la transcripción de todas las disposiciones testamentarias, sino sólo de las que a su juicio calificador tengan trascendencia real inmobiliaria; que en el caso presente el funcionario calificador—que no era el mismo que ahora informa—pudo pensar que por la renuncia de los demás herederos, y al quedar como únicas interesadas en la herencia doña María del Carmen y doña María del Consuelo y ser mayores de edad, pudieron hacer la partición en la forma que tuvieron por conveniente, de conformidad con el artículo 1.058 del Código civil, adjudicando los bienes de la causante sin sujetar su adquisición a las condiciones o cláusulas testamentarias, pudiendo pensar el Registrador que al ser las únicas interesadas en la herencia por renuncia de sus hermanos era ineficaz la cláusula testamentaria, calificación que será acertada o equivocada, pero no revisable por otro Registrador ni aun por el mismo; que a análoga conclusión llega la doctrina que se desprende de las resoluciones de la Dirección de 9 de enero de 1923, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971 y otras muchas; que el error no se deduce de la propia inscripción, pues para ello sería necesario que fuera suficiente la lectura de ésta para apreciarlo, cosa que no ocurre; que al no aparecer la finca constituida en régimen de propiedad horizontal, tal constitución sería un requisito previo forzoso de las operaciones registrales que se pretenden, para el que también se precisaría el consentimiento de todos los titulares o, en su defecto, la resolución judicial; que la instancia presentada carece de autenticidad, ya que la firma no está legitimada ni

puede considerarse como título hábil para practicar la rectificación; que, por otra parte, no se ha acreditado la liquidación del impuesto, conforme exige el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, y que respecto al último apartado de la nota debe alegarse que no constando inscrita la condición y denegándose la misma, no puede tener constancia registral, por aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, la circunstancia de hecho que implique cumplimiento o incumplimiento de esa condición.

El Presidente de la Audiencia de Valladolid confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, declarando que si bien la mejora ordenada por la causante, doña María Aragón Díez, en su testamento está sujeta a condición resolutoria, cuya inscribibilidad no puede ser puesta en duda, lo cierto es que en la inscripción de la finca de que se trata ha sido silenciada toda referencia a la misma proclamando el asiento el pleno dominio «por mitad y proindiviso»; omisión que muy bien pudo ser ponderada por el funcionario calificador, por entender que los herederos mayores de edad habían descartado la condición en la operación divisoria actuando el pleno arbitrio que les otorgaba el artículo 1.058 del Código civil.

Interpuesta apelación contra el auto presidencial por los expresados recurrentes, la Dirección General acordó (1) confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a los siguientes considerandos:

Doctrina de la Dirección.—Inscritos en el Registro de la Propiedad, en base a una escritura de aceptación de herencia, los bienes que la integran a favor de las dos hijas y herederas, por haber renunciado los otros cuatro hijos a aquélla, la cuestión primordial que plantea este recurso es la de si puede atenderse la petición solicitada de completar en los libros registrales, por aplicación del artículo 217 de la Ley Hipotecaria, la referida inscripción mediante la transcripción de la cláusula contenida en el testamento de la causante, que no aparece reflejada en la mencionada escritura de aceptación y, en consecuencia, tampoco en el asiento practicado.

La omisión de las cláusulas testamentarias en el asiento de inscripción no puede entenderse en el sentido de haberse cometido un error de concepto, al que se refiere el artículo 216 de la Ley Hipotecaria, ya que para que este error se produzca es necesario que en la inscripción se haya alterado o variado el verdadero sentido del título, lo que aquí no ha sucedido, ya que el asiento practicado ha recogido fielmente el contenido de la escritura de adjudicación de bienes.

Hay que descartar la hipótesis de un posible error en la calificación en cuanto al fondo del asunto por parte del Registrador que extendió en su día el asiento, pues aparte la independencia que estos funcionarios tienen en esta materia de calificación como contrapartida a la responsabilidad aneja, es de observar en este caso que una vez estudiados los títulos—escritura de adjudicación de herencia y testamento de la causante—entendió el Registrador la procedencia de su ingreso en los libros registrales, pues no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 1.058 del Código civil y por las renunciaciones habidas, las dos herederas mayores de edad—que eran recíprocamente las beneficiarias de las limitaciones establecidas—pudieron dejar ineficaz la cláusula testamentaria y distribuirse los bienes hereditarios en la forma que estimaran conveniente, ya que con esta actuación no contrariaban ningún interés público ni ocasionaban perjuicio a tercero.

Se está, pues, ante un asiento correctamente extendido, que, de acuerdo con el artículo 1.3.º de la Ley Hipotecaria, se encuentra bajo la salvaguar-

(1) VISTOS los artículos 1.508 del Código civil, 1.º, 20, 33, 40, 82, 211 a 220 de la Ley Hipotecaria, 314 a 331 del Reglamento para su ejecución y las resoluciones de este Centro de 9 de marzo de 1917, 11 de noviembre de 1970, 28 de mayo de 1971, 19 y 27 de septiembre de 1974 y 23 de enero de 1975.

día de los Tribunales, y en el que cualquier rectificación o alteración que pretenda realizarse precisará, según el apartado D) del artículo 40 de la misma ley, o el consentimiento de su titular o, en su defecto, resolución judicial, por lo que hay que concluir que no es medio idóneo para hacer constar las cláusulas limitativas establecidas por la causante, la instancia suscrita solamente por las dos nietas, que, como herederas de su tía, quedan subrogadas en la posición jurídica que ésta tenía, sino que se requerirá además que lo consienta la otra titular registral, pues de lo contrario, y sin su conocimiento, vería alterado el derecho que tenía inscrito.

Con lo expuesto ya no es necesario entrar en el examen de los restantes puntos de la nota.

COMENTARIO.—Aunque el sentido de la doctrina sentada por esta resolución sea el que resulta del epígrafe de cabecera, en los cimientos de esta doctrina encontramos una idea más elemental, pero que al ser más comprensiva ha permitido en otras ocasiones que la normativa de la rectificación de errores sirva para rectificar el contenido registral sin necesidad de resolución judicial. Esta idea o doctrina de fondo consiste en rechazar que una rectificación de error por el Registrador, o una resolución en recurso gubernativo interpuesto contra la denegación de rectificación venga a prejuzgar o simplemente a dificultar una futura resolución judicial dictada en procedimiento entablado, probable o posible.

En este sentido, la resolución debe obtener un juicio favorable. No hay duda de que el total silencio que resultandos y considerandos guardan sobre la anuencia de María del Consuelo Orbaneja y Aragón respecto a lo solicitado por su hermano don Fernando, en representación de sus hijas menores doña Ana y doña María, parece indicar que no estaba totalmente conforme con lo pedido. Si lo hubiese estado, el problema tomaba un cariz muy distinto, aunque posiblemente el camino utilizado tampoco era plenamente correcto.

En efecto, la revitalización de la mejora y la constancia registral del matrimonio de doña María Consuelo venían a ser un importante paso en el tránsito de una mitad del usufructo de la casa de la calle Duque de la Victoria, 16, y de una mitad del pleno dominio de su piso principal derecha, de doña María Consuelo a doña María del Carmen, con indudable incremento del patrimonio heredado por las hijas de don Fernando. Existiese o no anuencia de doña María Consuelo, en la duda y por otras razones además, no parecía la rectificación de error el camino idóneo.

El posible litigio tenía, por lo menos, tres cuestiones *juris* en que basarse: si toda la cláusula de mejora, por contener condiciones ambiguas (¿qué ocurría en caso de segundo matrimonio de una mejorada que hubiese recobrado la mejora al enviudar?), debía tenerse como no hecha o como hecha sin condición; si la condición de no contraer matrimonio era admisible o había de considerarse como no puesta en base al artículo 793 del Código, al menos en cuanto al pleno dominio del piso principal derecha, y si, en todo caso, válida o no la mejora o sus condicionamientos, una u otros debían considerarse eliminados o descartados por el acto particional entre las dos hermanas mejoradas no renunciantes a la herencia.

Pero no obstante este acierto indudable en lo fundamental, la resolución debe ser objeto de crítica por incurrir en el comportamiento tan frecuente en los autores de novelas policíacas de ocultar al lector datos importantes para el descubrimiento del culpable.

El dato más importante que se silencia en la resolución es el referente a la contextura y contenido concreto de la partición otorgada por las dos herederas no renunciantes respecto a la cláusula testamentaria de me-

jora (2). De la resolución resulta que se aportó con la solicitud de rectificación de error y al recurso una segunda copia, por lo que se ignora el contenido de la nota al pie de la copia inscrita; pero se guarda silencio sobre la actitud de la partición o cuaderno particional en relación con la mejora condicional testamentaria. El contenido textual de la partición respecto a la cláusula testamentaria de mejora, y especialmente si se hizo en las hijuelas una adjudicación especial del usufructo de la casa y del pleno dominio del principal derecha en pago de la mejora y sometida a los condicionamientos de la misma, eran elementos básicos para el descubrimiento del culpable y, en nuestro caso, para diagnosticar si hubo error material, de concepto o de calificación, por parte del Registrador, o hubo error obstativo o error vicio, de hecho o de derecho, por parte de los otorgantes de la partición; o intención clara de descartar la mejora o, al menos, sus condicionamientos.

El «quid» de este recurso se remonta al contenido de la inscripción 11.^a de la finca 9.609 y al del título particional que la motivó. La cláusula de mejora a favor de las tres hijas solteras, con su condicionamiento resolutorio y su eventual renacimiento siguiendo los avatares del estado civil de las mejoradas, ¿debió ser objeto de inscripción en el referido asiento? La resolución dice que la cláusula no resultó inscrita, al menos condicionando o limitando el acta de inscripción de las adjudicaciones a las dos herederas por mitades indivisas, pero no es tan seguro que la cláusula no figurase en el fondo de la inscripción extensa al reseñar el contenido del título sucesorio.

Las inscripciones de las adquisiciones *mortis causa* desde el punto de vista puramente registral suelen estar un tanto descuidadas en nuestros tratados, en contraste con la extensión que suelen dedicar a los aspectos sustantivos de la sucesión, de la comunidad hereditaria, del derecho hereditario *in abstracto* y de la naturaleza de la partición. Casi todo lo referente a la estructura, contenido y requisitos formales de las inscripciones extensas y concisas de herencia-partición quedan relegadas a la práctica escasamente uniforme, y muy poco nos orientan los tratadistas sobre el mejor modo de recoger en el asiento el complejo tránsito de la titularidad registral del causante a la individual del heredero o herederos adjudicatarios, después de pasar por el período de comunidad y derecho hereditario *in abstracto*.

No cabe negar que, en todo caso, el negocio jurídico particional viene de una u otra forma determinado por el título sucesorio; pero unas veces más que otras. Mientras unas veces la partición debe limitarse a ser una mera realización del título sucesorio adaptando éste y acomodándole al caudal relicto, otras veces el negocio particional añade elementos negociales nuevos y libres de la pauta marcada por aquél, de manera que la inscripción de herencia-partición es un asiento complejo que puede con-

(2) Hay otras cosas de menos trascendencia que asimismo se silencian en la Resolución o por lo menos se observa cierta reticencia respecto a ellas, como por ejemplo

— Explicación de por qué la inscripción en pleno dominio a favor de María del Carmen y María del Consuelo por mitad necesitó dos asientos (11.^a y 12.^a) en vez de uno. Suponemos que se encontraba sin cancelar un usufructo a favor del alguien, en cuanto a una mitad de la casa, a pesar de estar extinguido al momento del testamento y de la partición.

— El no haber ninguna referencia a si la inscripción 11.^a de la finca 9.609 fue extensa y conteniendo, por tanto, las circunstancias y contenido del testamento o si fue concisa, en la que se olvidó hacer la oportuna referencia a la cláusula de mejora de la extensa, o si aun siendo la extensa había un expreso o tácito rechazo de la cláusula de mejora incluso suprimiéndola al reseñar el contenido del testamento.

— La falta de indicación de que a la partición se acompañó la escritura o escrituras de renuncia otorgadas por los otros cuatro hermanos tiene menos importancia, pues no cabe suponer que tales renunciaciones fueron meramente declaradas por las dos hermanas otorgantes de la partición como dice el resultando. Más importancia tiene el dato de si la renuncia de María Luisa comprendía expresamente tanto la herencia como la mejora, o si la renuncia de la mejora resultaba implícita por no usar del derecho que la concedía el artículo 833 del Código, y si este dato resultó recogido en el asiento.

tener hechos y negocios jurídicos varios que se combinan e interfieren de muy diversas maneras.

Así, en nuestro caso, debía comenzar recogiendo las cláusulas testamentarias fundamentales, incluso las de mejora; después habían de ser reseñadas las renunciaciones para dejar determinado el ámbito subjetivo del negocio particional, cuyo contenido sintético habría de desembocar en la adjudicación hecha respecto a la finca objeto del asiento. Esto en cuanto a la inscripción extensa.

Ahora bien, ¿hasta dónde era posible que documento particional y asiento fuesen discordantes respecto a la influencia de la cláusula de mejora condicional en la forma de realizarse las adjudicaciones? La renuncia a la herencia de todos los herederos excepto dos, que habían sido mejorados por igual y en iguales términos, tenía una indudable trascendencia, pues aparentemente dejaba sin efecto apreciable la mejora, ya que habían desaparecido de escena los herederos no mejorados y como consecuencia del acrecimiento producido era igual que el piso y el usufructo de la casa se adjudicase a las dos herederas no renunciantes en pago de su legítima o en pago de su mejora. Pero esto era sólo aparentemente, porque la mejora conforme a los términos del testamento no era una mejora normal y en pleno dominio de cosa cierta, sino que tenía los condicionamientos que ya sabemos, y porque en cuanto al resto de la casa, excluido el piso principal derecha, era mejora de usufructo probablemente con derecho de acrecer entre las mejoradas (usufructo sucesivo en cuanto a la totalidad sin consolidación hasta la muerte de ambas). Estas particularidades de la mejora obligaban a cierta atención en el momento particional porque debía realizarse una adjudicación especial del piso principal derecha y del usufructo del resto de la casa en pago de la mejora, y sometida tal adjudicación especial a los condicionamientos de la misma, o bien debía resultar claro que las herederas dejaban sin efecto la mejora y con ella sus condicionamientos y efectos posteriores (pérdida al casarse y renacimiento a la viudez); bien simplemente por simplificar las cosas; bien por dudar de la validez y utilidad de la mejora hecha en tal forma habida cuenta de las renunciaciones; bien porque los condicionamientos de no contraer matrimonio, al representar expectativas recíprocas en favor y en contra de cada una de las herederas, aconsejaban una mutua renuncia de ambas para evitar la tentación de soltería.

Y todo esto es lo que la resolución nos silencia. Nada sabemos sobre el contenido de la partición o del cuaderno; nada sobre si alguna base fue dedicada a la influencia de las renunciaciones en la mejora, sobre la exclusión de ésta o su aceptación, sobre su reflejo en las hijuelas ni sobre si la partición se percata en algún momento del problema de si la mejora roza poco o mucho el artículo 793 del Código.

Lo más probable, en vista de la forma en que el Registrador procedió y ante los escasos datos que pueden extraerse de resultandos y considerandos, es que la cláusula de mejora se recogiese en la parte expositiva de antecedentes de la partición al reseñar el contenido del testamento y luego se prescindiera totalmente de ella, haciéndose las adjudicaciones por mitades indivisas a las dos herederas únicas, sin discriminación de haberes ni de adjudicaciones por mejora y por herencia y sin limitaciones especiales provenientes de la cláusula de mejora en las adjudicaciones. De ser éste el caso, si era ésta la contextura de la partición o del cuaderno particional, la interpretación más lógica del mismo es entender que existe una renuncia implícita a la mejora y, consiguientemente, a sus eventuales condicionamientos, de manera que ningún tránsito de derechos sobre la casa o el piso han de producirse entre ambas hermanas, ni por el matrimonio de una de ellas, ni por el posterior de la otra, ni por la viudez de alguna, etc.

Creemos poco probable que la partición mantuviese en toda su integri-

dad la cláusula de mejora y todos sus condicionamientos y eventualidades, entre otras cosas, porque entonces hubiesen tenido las otorgantes que plantearse algunos problemas de interpretación, al menos los siguientes:

- Si permaneciendo ambas solteras, el usufructo de la casa era sucesivo o cada mitad se consolidaba con la respectiva mitad indivisa en pleno dominio.
- Si la mejora, en cuanto al piso en pleno dominio, permitía o no la condición de permanecer soltera o ésta contradecía el artículo 793.
- Si los vaivenes de la mejora se prolongaban más allá de la viudez de la que contrajera matrimonio (segundo matrimonio).

Y siendo así resultaba más difícil que el Registro incurriese en el error material o de concepto que se pretende, pues es difícil no percatarse de tales cláusulas o supuestos interpretativos o de tales limitaciones en las hijuelas y adjudicaciones de la casa objeto de la mejora.

Pero como a nada conduce continuar en este terreno de las suposiciones, ante el silencio de la resolución sobre el contenido del título particional, tratemos de enfocar el posible error del asiento partiendo de las resoluciones alegadas por el Registrador en su informe o reseñadas en el vistos.

El Registrador en su informe alega la Resolución de 9 de febrero de 1923. Se discutía la posibilidad de inscribir una cancelación de hipoteca consentida por quien figuraba en el Registro como usufructuaria del crédito hipotecario, solicitando previamente en la misma escritura que se rectifique el error del Registro al considerarla tal cuando en realidad era poseedora (dueña) de bien sujeto a condición resolutoria pendiente con facultad dispositiva, conforme al artículo 109 de la ley (anterior). Nos hemos ocupado en otra ocasión de esta resolución, que aunque confirmó la denegación por considerar en el caso concreto inmutable el contenido registral por la sola voluntad de la titular que había solicitado la inscripción como usufructuaria, contiene varios considerandos en que parece dejar abierto el camino del recurso contra la calificación negativa implícita (el asiento se practica, pero en términos distintos de los que resultan del documento presentado) (3).

La Resolución de 9 de marzo de 1917, partiendo de que la rectificación de error proveniente de error del título inscrito debe hacerse por medios distintos, según se refiera a hechos que pueden probarse con documentos auténticos independientes de la voluntad de los otorgantes o de actos jurídicos cuya validez descansa en la capacidad de los mismos y en las estipulaciones propiamente dichas, estima del primer grupo el error en la comparecencia, en la que el comprador aparece como casado con su esposa, fallecida antes del otorgamiento, y suficientemente acreditado tal error del título para conseguir la rectificación con las certificaciones de matrimonio y defunción de la esposa e información *ad perpetuam* del estado de viudez del comprador. El Registrador exigía nueva escritura o resolución judicial.

La Resolución de 11 de noviembre de 1970, citada por el Registrador y el vistos, es una de las más interesantes entre las que vienen consagrando la doctrina de que el recurso gubernativo no es medio idóneo para decidir sobre la negativa del Registrador a una solicitud de rectificación de error, en cuanto no se trata de impugnar una calificación denegatoria o suspensiva de un título inscribible. El fondo del asunto procedía de haber resultado eliminadas ciertas condiciones resolutorias, que gravaban a la finca inscrita a favor de personas interpuestas titulares, como consecuencia de la inscripción de la sentencia dictada, al amparo de la Ley de

(3) Ver la referencia a esta Resolución en mi comentario a la de 11 de noviembre de 1970 en el número 484, mayo-junio de 1971, pág. 678.

11 de julio de 1941, a favor de la Congregación Salesiana, en la cual se decía no constar gravámenes. Para no incurrir en repeticiones me remito a mi, acaso excesivo, comentario de tal resolución, en el que intenté destacar importantes lagunas en la regulación legal y reglamentaria de la rectificación de errores en los asientos (4).

La Resolución de 28 de mayo de 1971, entre otras cosas de gran interés, reafirmó la doctrina de que el recurso gubernativo no procede cuando el título ha tenido acceso al Registro porque el asiento, aun erróneamente extendido, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud mediante los procedimientos de rectificación de errores. El error, al que contribuyeron título y calificación en proporción no muy precisada, desemboca en inscribir títulos recayentes en un resto de finca, sobre la matriz tal como era antes de una segregación que llega retardada al Registro (5).

La de 19 de septiembre de 1974 tiene muy escasa relación con el de la resolución comentada. Se trataba de determinar si tenían o no trascendencia real determinadas cláusulas de tanteo-retracto que venían siendo acogidas por los asientos, y si en cualquier caso tenían fuerza cancelatoria de las mismas determinadas notificaciones al titular y documentos informales del mismo. Pero aunque el supuesto sea muy diverso aparece en cierto modo el error de calificación, que también apunta en el caso de la Resolución de 1971, antes reseñada, en cuanto éste pudo conducir al ingreso en el Registro de una cláusula de tanteo-retracto de valor meramente personal (6).

Más alejada de nuestro caso está la de 27 de septiembre de 1974. En la que comentamos ahora, el Registrador omite la cláusula de mejora condicional testamentaria; en la de 1974, el Registrador incluye de oficio y sin resultar de los títulos, la reserva del usufructo viudal del artículo 250 de la Compilación catalana. Aunque en ningún momento se centra el recurso en la doctrina del error, indudablemente el problema descansa en un posible error de calificación de una norma jurídica dudosa, pendiente de regular en sus aspectos registrales por la ley, la jurisprudencia o la doctrina (7).

La Resolución de 23 de enero de 1975 vino a decidir sobre un caso de inexactitud del Registro por haberse omitido en el asiento una reserva de disponer a favor de una donante, error derivado de figurar la reserva en una escritura de ratificación de documento privado, en el cual tal reserva no se incluía. La Dirección estima que en tanto no se consiga la rectificación registral como proceda, no es inscribible la venta hecha por la donante que se reservó aquel derecho de disposición (8).

Todas las resoluciones que anteceden se refieren a cuestiones de errores, pero muy variadas. En la de 1923, la Dirección estima inidóneo el procedimiento de rectificación de errores, por tratarse de un error de calificación y estar ya el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales; la de 1917 se refiere a un error del título y, sin embargo, encuentra fácil la rectificación del asiento por tratarse de un error en las circunstancias

(4) Ver el citado número 484 de esta Revista, págs. 667 y ss.

(5) La Resolución de 28 de mayo de 1971 es continuación de la de 28 de febrero de 1968. Se trataba de la venta de porción segregada que llega al Registro después de inscrito un título que debió concretarse al resto y que por error se extendió a toda la finca matriz. El primer recurso lo interpone el comprador de la porción segregada y el segundo el segregante y vendedor del resto contra la nota puesta a su solicitud de rectificación de error y conjuntamente contra la segunda nota puesta en la escritura de segregación y venta. El comentario conjunto de ambas resoluciones aparece en el número 486, septiembre-octubre de 1971, págs. 1229 y ss.

(6) Ver el comentario de la Resolución de 19 de septiembre de 1974 en el número 506, enero-febrero de 1975, págs. 131 y ss. de esta Revista.

(7) Ver el comentario de la Resolución de 27 de septiembre de 1974 en el mismo número 506 de esta Revista.

(8) Recogida esta Resolución sin comentario en el número 509 de esta Revista (julio-agosto 1975), páginas 955 y ss.

de hecho de la escritura no integrantes del negocio jurídico en sí mismo. La de 1970 rechaza el procedimiento de rectificación de errores por no resultar claro si se trataba de error de calificación o del título. También considera la Dirección el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales e improcedente el recurso gubernativo contra la denegación de la rectificación del Registrador en el caso de la Resolución de 1971, por resultar dudosa la naturaleza del error.

También se rechaza la rectificación de error de calificación en las dos resoluciones reseñadas de 1974, acaso por no estar claro si se trataba realmente de errores de calificación.

Acaso la Resolución que presente más similitud con nuestro caso sea la de 23 de enero de 1975, si bien en ella no se llegó a entrar en el fondo del asunto por estimarse defectuosamente planteado el recurso. Como en nuestro caso se trataba de una supuesta omisión en el asiento registral por no recoger circunstancias esenciales del título. En la Resolución de 1975, la omisión provino de existir discordancia entre dos partes conexas del título registrable (documento privado y escritura de protocolización del mismo). En nuestro caso creemos que existió la discordancia entre los presupuestos de una sucesión hereditaria (testamento) y su concreción en el acto particional, sin ser fácilmente determinable si los otorgantes incurrieron consciente o inconscientemente en la discordancia. Repetimos que no es fácil con los datos de la resolución determinar dónde estuvo el centro de gravedad del error, aunque hay indicios para suponer una clara voluntad tácita de dejar sin efecto la mejora en la partición, voluntad que por eventualidades posteriores se pretende cambiar. En cualquier caso habría muchas probabilidades de que al acceder a lo solicitado por don Fernando en nombre de sus hijas, la jurisdicción voluntaria del Registrador viniese a prejuzgar la resolución contenciosa sobre la revitalización de la mejora acaso extinguida.

De todas maneras, la resolución implica una grave advertencia en materia de calificación de inscripciones de partición: lo que se inscribe no es nunca el negocio particional exclusivamente, sino la coordinación según ley de título sucesorio y título particional.

T. C. G.

REGISTRO MERCANTIL

6. ES INSCRIBIBLE—POR ENTENDERSE CUMPLIDO EL ARTÍCULO 43, 7.º, DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EL DECRETO DE 21 DE FEBRERO DE 1958—EL ACTA NOTARIAL EN LA QUE SE DA FE DE QUE LA FIRMA (O FIRMAS) DEL ADMINISTRADOR (O ADMINISTRADORES) IMPRESAS EN EL TÍTULO DE ACCIÓN EMITIDO POR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, QUE SE INCORPORA AL PROTOCOLO, SON IDÉNTICAS A SUS FIRMAS AUTÓGRAFAS ESTAMPADAS ANTE EL NOTARIO, CON ASEVERACIÓN DEL ADMINISTRADOR (O ADMINISTRADORES) DE QUE EL TÍTULO ACCIÓN PROTOCOLIZADO ES EXACTAMENTE IGUAL—EN CUANTO A LAS FIRMAS IMPRESAS—A TODOS LOS EMITIDOS.

Resolución de 14 de octubre de 1976 (B. O. del E. de 12 de noviembre).

Antecedentes de hecho.—La Sociedad «Valores de Internacional de Comercio, S. A.» (INCOVASA), en escritura autorizada por el Notario de Madrid don Antonio Rodríguez Adrados en 1 de julio de 1974, aumentó su capital social en 200.000.000 de pesetas, por lo que su total capital actual es de 400.000.000 de pesetas, representado por 800.000 acciones al portador de 500 pesetas nominales cada una, todas ellas suscritas y totalmente desembolsadas, y para dar cumplimiento a lo ordenado en el Decreto de 21 de febrero de 1958, se imprimieron los 800.000 títulos con las firmas, también impresas, de su Presidente y del Consejero-Delegado, los cuales comparecieron ante el mencionado Notario, al que entregaron un título sin numeración e idéntico a todos los demás, a fin de que el Notario levantara acta, a la que incorporaría dicho título y en la que acreditaría la identidad de las firmas impresas en el título presentado con las que estamparían a continuación en su presencia al autorizarse el acta.

Autorizada en la forma indicada el acta, con fecha 19 de noviembre de 1975 y presentada a continuación en el Registro Mercantil de Madrid primera copia de la misma, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento—previo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario—, por acreditarse mediante la diligencia que contiene solamente la identidad de las firmas que aparecen en un impreso llamado 'título de acción', carente de valor jurídico, con otras estampadas a presencia del señor Notario autorizante, identificación que no está comprendida entre las que pueden tener acceso al Registro. Es defecto insubsanable, que impediría la anotación preventiva si fuera solicitada.»

El Notario autorizante del instrumento, don Antonio Rodríguez Adrados, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra

la anterior calificación, y alegó que el fondo del problema se reduce a determinar si el Notario tiene que comprobar la identidad de firmas de todos los títulos de cuya identificación se trata o si es suficiente el procedimiento utilizado en el acta calificada; que la interpretación literal que hace el funcionario calificador del Decreto de 21 de febrero de 1958 no es tan segura como para fundar la denegación impugnada, dado que el plural «firmas impresas» puede referirse no a la pluralidad de títulos a examinar, sino a la pluralidad de firmas, en el supuesto, normal en la práctica, de que sean dos los administradores que deban firmar los títulos, y a esta opinión nos conduce el tipo de documento notarial exigido, una sola acta notarial y no una diligencia por título, ya que de nada serviría a los accionistas ni a los futuros adquirentes de los títulos que el Notario hubiese examinado éstos uno por uno, comprobando las firmas, si esta comprobación notarial no constase en el mismo título, ya que nadie podría estar seguro de si determinado título había sido objeto de comprobación notarial o no; que el Decreto citado no exige una actuación notarial sobre cada título, sino un acta notarial genérica comprensiva de todos, careciendo de sentido la comprobación individualizada; que el mencionado Decreto de 21 de febrero de 1958 ha de ser interpretado a la luz de su precedente, el artículo 2.534, 2.º, del Código civil italiano, que establece que las acciones deben ser suscritas por uno de los administradores y que es válida la suscripción mediante la reproducción mecánica de la firma con tal que el original sea depositado en la oficina del Registro de Empresas en que está inscrita la Sociedad, ya que no se trata de legitimar las firmas de cada título, sino de crear un original del título de acción con firmas legitimadas, depositado en una oficina pública que permita el cotejo cuando sea necesario; que el Decreto de 1958 ha preferido, por el contrario, la conservación en el protocolo notarial y no en el Registro Mercantil, pero completando el sistema con la inscripción en el Registro Mercantil para que se haga público en qué protocolo notarial se encuentra el original; que la nota de calificación es una novedad, ya que el acta cuya inscripción se deniega es el sistema utilizado normalmente y a través del cual se ha hecho constar en el Registro Mercantil de Madrid y en otros muchos la identificación de multitud de título de acción; que con este sistema se trata de crear y conservar, uniéndolo al protocolo, el original del título, que necesariamente ha de ser un impreso sin valor; que el Decreto de 7 de julio de 1965, que declara válidas para las obligaciones la fórmula establecida en el Decreto de 1958 para la identificación de firmas de las acciones, dice textualmente «fórmula para acreditar la identidad de las firmas impresas en el título-acción», interpretando de forma auténtica que el Notario sólo acredita la identidad de las firmas impresas en un solo título, el original o matriz que se une al protocolo; que análogo criterio es el seguido por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales al resolver una consulta sobre la forma de aplicación del número 7 de los aranceles notariales en el caso de las actas a que se refiere el Decreto de 1958; que el Decreto de 1958, cuyo fin es arbitrar una fórmula que facilite, dentro de la seguridad necesaria, la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones, no puede ser interpretado en el sentido de entorpecer la vida mercantil, llegando a hacer imposible la puesta en circulación de tales títulos; que con la interpretación pretendida por la nota calificadora, en esta Sociedad con 800.000 acciones, la labor del Notario autorizante sería ingente y abrumadora, pues aun despachando mil títulos diarios, comprobando cada día dos mil firmas, se necesitarían ochocientos días, o sea, todos los días hábiles de tres años, y piénsese en su total imposibilidad en los casos de las grandes compañías eléctricas o bancarias; que tal interpretación conduciría a que el Decreto de 1958 fuera letra muerta, y según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo toda interpretación que

conduzca al absurdo debe rechazarse; que no es lógico un refuerzo de exigencias en este momento en que el concepto de acción como título está en plena crisis, que llevará, sin duda, a su desaparición, habiéndose dado el primer paso en este sentido por el Decreto de 25 de abril de 1974, referente al sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa; que el concepto de falta insubsanable de la nota no es aplicable a supuestos como el presente, en que el documento a inscribir es un acta notarial, que al no precisar unidad de acto ni de contexto puede continuarse con cuantas diligencias fueran precisas.

El Registrador dictó *acuerdo*, de conformidad con los cotitulares de la Oficina, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que si bien el Decreto de 21 de febrero de 1958 autoriza que los títulos de las acciones no sean firmados de su puño y letra por los administradores —permitiendo la sustitución del requisito de la firma autógrafa por la impresión o reproducción en los títulos de las firmas que se han estampado anteriormente por los administradores en un documento distinto, que puede consistir en un trozo de papel, una plancha metálica o cualquier otro objeto apto para ello—, exige para esa sustitución el cumplimiento de un requisito que garantice la fidelidad de la reproducción, consistente en un acta notarial que acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las firmas autógrafas estampadas a presencia del Notario; que el acta cuya inscripción se pretende es sólo acreditativa de las manifestaciones de los requirentes y del hecho de que las firmas impresas en un título nulo son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, lo cual no cumple las prescripciones del Decreto, pues no basta la remisión que se hace en el acta controvertida, en cuanto a la existencia de los títulos y de las firmas en ellos impresas, a las manifestaciones de los representantes de la Sociedad emisora; que efectivamente, como indica el recurrente, el Decreto no exige la identificación individualizada de cada una de las firmas, como así se deduce de su único artículo y, sobre todo, del preámbulo; que aparte de la observación directa por el Notario de cada una de las firmas impresas, comparándolas con las autógrafas, existen otros medios utilizables para la identificación basados en técnicas extrajurídicas, cuya existencia está presupuesta por las normas legales, técnicas que pueden ser utilizadas para acreditar lo que el Decreto exige, con lo que se obviarían las dificultades que para la vida mercantil y el normal desarrollo de la función notarial supondría el sistema de cotejar individualizadamente las firmas impresas con las autógrafas; que tratándose de la identificación de firmas impresas corresponde a la técnica de imprimir la determinación y ejecución de los procedimientos a seguir, pudiendo el Notario utilizarlos en la medida que lo estime suficiente para acreditar lo que el Decreto exige; que el Decreto habla de un acta notarial, por lo que nada impide que para llevar a cabo la identificación de las firmas impresas en los títulos se practiquen varias diligencias; que con la finalidad de esclarecer el punto controvertido y que no se pueda llegar a la reducción al absurdo que apunta el recurrente, y teniendo en cuenta que las técnicas de imprenta se basan en la existencia del «original» que ha de ser reproducido mecánicamente, puede sugerirse que lo lógico sería que las firmas autógrafas se estampasen ante el Notario en dicho original, el cual habrá de ser el del título completo y, por tanto, comprendiendo la matriz, ya que según el artículo 35 de la Ley de Sociedades Anónimas, las acciones se extenderán en libros talonarios; que el Notario mediante las correspondientes diligencias puede comprobar la identidad del elemento colocado en la platina de imprimir para su reproducción, con el original aludido precintando el numerador de la propia platina después de instalar el papel que ha de ser impreso, y levantar el precinto una vez terminada la tirada; que si el Notario lo estimara preciso, en la misma diligencia o en otra a continuación podrá hacerse constar

el pase de la serie impresa a la máquina contadora para comprobar la exactitud del número de ejemplares de la edición, lo cual, por otra parte, puede hacerse de modo que el numerador comience con uno o varios ceros en sucesiva progresión (el número cero, el cero cero, el cero cero cero, etc.) antes de la unidad para poder incorporar a la copia o copias uno de ellos, y que las alegaciones del recurrente respecto a la práctica seguida anteriormente en casos iguales al actual carecen de valor, pues tal práctica no vincula al Registrador.

Apelado el *acuerdo* del Registrador ante la Dirección General, ésta (1) revoca el mismo en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al estar de acuerdo Notario y Registrador acerca de que el Decreto de 21 de febrero de 1958 no puede entenderse en un sentido literal por conducir a una interpretación que habría de rechazarse por llevar al absurdo, y que, por tanto, tal Decreto no exige la identificación individualizada por el fedatario de las firmas estampadas en cada título, la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si responde a la finalidad pretendida y cumple, por tanto, los requisitos exigidos en este Decreto—y que también para la emisión de obligaciones los reitera el de 7 de julio de 1965—el acta notarial calificada, en la que se da fe por el funcionario de que las firmas impresas en el llamado título acción, que se incorpora al protocolo, son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el Notario, con aseveración por parte de los representantes de la Sociedad emisora de que aquel título-acción es exactamente igual a todos los emitidos.

Es indudable que la forma permisiva, y no imperativa, en que aparece redactado el mencionado Decreto autoriza a entender—tal como se deduce del propio preámbulo de dicha disposición legal—que no se exige ninguna comprobación notarial sobre cada título, máxime si se tiene en cuenta que carecería de sentido la misma al no quedar plasmada en el propio título emitido, sino que, por el contrario, el repetido Decreto establece la posibilidad de que pueda cumplirse el requisito exigido por el 43, número 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, mediante un acta notarial genérica comprensiva de todos los títulos, en la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen, a presencia del Notario autorizante, el Administrador o Administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción, y todo ello no obsta a la posibilidad de que en los casos de Sociedades con pequeño número de acciones, si el requirente lo desea, pueda legitimarse, dado que entonces no surgiría el obstáculo material que impide *de facto* la justificación por este procedimiento.

El procedimiento seguido por la generalidad de la práctica notarial, por cierto inspirado en la solución adoptada por algún Derecho extranjero—artículo 2.354, 2.º, del Código civil italiano—, tiene su fundamento, como pone de relieve en su informe el Notario recurrente, en que al ser materialmente imposible legitimar las firmas de cada título—lo que el propio Decreto tiene en cuenta—se crea un «original» del título-acción, con las firmas de los Administradores legitimadas, que se conserva en el protocolo notarial, y que a través de la inscripción del acto que lo recoge en el Registro Mercantil, confiere la publicidad suficiente para que de surgir cuestión puedan cotejarse las firmas impresas en los títulos con el original que contiene las firmas legitimadas.

Podría igualmente ser acogido el procedimiento que sugiere el funcionario calificador (resultando 4.º), así como cualquier otro que ofreciese las garantías necesarias—dentro del principio de buena fe que rige en las

(1) VISTOS los artículos 21, 24 y 25 del Código de Comercio, 35, 43 y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, 197 del Reglamento Notarial y los Decretos de 21 de febrero de 1958 y 7 de julio de 1965.

relaciones mercantiles—, para la observancia de la finalidad pretendida por el Decreto que regula esta materia, pero al no poderse realizar—como ya se ha indicado anteriormente—la legitimación individualizada de cada título emitido, que supondría la garantía máxima y total, en cualquiera de los sistemas empleados, siempre será necesario el cotejo de las firmas que aparecen en el título o títulos discutidos con las que figuren en aquel en que se haya dado fe de las mismas por el Notario que autorizó el acta.

COMENTARIO.—Este recurso y la resolución que le ha terminado no son tan intrascendentes como parecen, porque el Decreto de 21 de febrero de 1958 vino a hacer obligatoria la inscripción de las actas de identificación de firmas de las acciones impresas o estampilladas, por virtud del apartado 2.º de su artículo único, y porque viene a patentizar la insuficiente norma del apartado 1.º del mismo y la necesidad de ser mejorado en una futura redacción del Reglamento de Registro Mercantil.

I. Las acciones emitidas por la sociedad anónima, ni como título ni como derecho son objeto de inscripción en el Registro Mercantil. A lo más tienen cierto ingreso en él como parte del capital. La cifra de capital sí es objeto directo de la inscripción de la sociedad anónima, y con ella ingresan ciertos datos referentes a las acciones: los que aparecen contenidos en el artículo 11, 3.º, f), de la Ley de Sociedades Anónimas, y en el 102, f), del Reglamento del Registro Mercantil; pero la acción misma y su vida jurídica quedan fuera del Registro. Ni los artículos 21 y 25 del Código de Comercio, ni los de la Ley de Sociedades Anónimas que se refieren a las emisiones de acciones o ampliaciones de capital, ni los que contienen los requisitos de los títulos (arts. 35 y 43), así como tampoco los preceptos del Reglamento reguladores de los actos inscribibles de las sociedades anónimas, imponen la registración de las acciones como tales. La inscripción de las actas notariales de identificación de las firmas de los administradores en el título de acción es una figura anómala con función peculiarísima.

Los requisitos formales de la acción como título valor emitido en masa resultan de los artículos 35 y 43 de la ley. El primero exige que las acciones estén numeradas y extendidas en libros talonarios. El 43 contiene las menciones o circunstancias de cada título, y entre ellas, en el número 7, «la firma de uno o varios de los administradores». Hasta aquí por ningún lugar aparece la inscripción de nada referente a la acción como título ni se explica la finalidad de tales actas de identificación o legitimación de las firmas de las acciones.

La historia es la siguiente:

La Ley de Sociedades Anónimas se redactó teniendo a la vista el Código civil italiano, y el 43 de nuestra ley es casi una traducción del artículo 2.354 de dicho Código. El Anteproyecto elaborado por el Instituto de Estudios Políticos aún más, porque en el punto de las firmas de los administradores en el título de acción decía: «la firma de uno o varios administradores, que podrá ser estampada por cualquier procedimiento mecánico» (2).

El texto definitivo de la ley suprimió las palabras «que podrá ser estampada por cualquier procedimiento mecánico». Suponemos que la supresión se debió a que alguien comprendiese que la admisión de la reproducción mecánica, siguiendo la normativa italiana, obligaba a recogerla entera (depósito del original en el Registro Mercantil), y se optó por cortar por lo sano. La supresión de la frase final del anteproyecto originó la discusión siguiente: unos mantuvieron que estaba clara la intención del legislador al eliminarla, y que esta intención era exigir la firma

(2) El Código italiano dice que las acciones deben estar suscritas (firmadas) por uno de los administradores. Es válida la suscripción (firma) mediante reproducción mecánica de la firma, siempre que el original sea depositado en el Registro de Empresas donde esté inscrita la sociedad.

manuscrita; otros defendieron lo contrario, basando la permisión de la firma impresa en el *ubi lex non distinguit*...

De todas maneras, a raíz de entrar en vigor la ley, autores como GARRIGUES y URÍA no encontraban gran problema en la firma autógrafa, porque en sus *Comentarios* (3), después de interpretar la supresión de la frase del Anteproyecto en el sentido de exigir el legislador la firma autógrafa, creen solucionada la dificultad admitiendo que los administradores se repartan entre ellos la firma de los títulos. No obstante, bien pronto se comprende que la interpretación de la ley en el sentido de exigirse la firma autógrafa es imposible de mantener en la realidad de las grandes emisiones y se dicta el Decreto de 1958.

El artículo único del Decreto del Ministerio de Justicia de 21 de febrero de 1958 dice: «El requisito exigido por el párrafo 7.º del artículo 43 de la vigente Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de sociedades anónimas, podrá cumplirse mediante acta notarial por la que se acredite la identidad de las firmas impresas en los títulos y las que estampen a presencia del Notario autorizante el administrador o administradores designados por el Consejo de Administración para la firma del título-acción.

Formalizada el acta e inscrita en el Registro Mercantil, podrá la sociedad emisora poner en circulación los títulos representativos de las acciones» (4).

El *Preamble* de este Decreto dice: «El párrafo 7.º del artículo 43 de la vigente Ley de 17 de julio de 1951 sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas exige que el título acción ha de ser firmado por uno o varios de los Administradores de la sociedad emisora, precepto que ha de interpretarse de forma que, sin mengua de las garantías necesarias de autenticidad, no sea un grave obstáculo a las realidades de la vida comercial actual, en consonancia con el volumen del capital social de algunas empresas. A tal fin, además del medio de la firma autógrafa del Administrador o Administradores, se ofrece una fórmula que facilita con iguales seguridades la emisión y circulación de los títulos representativos de las acciones.»

En 1958, a raíz de la publicación del Decreto, PÉREZ ESCOLAR publicó un trabajo manteniendo que no hubiese sido necesario éste, pues la plena validez de la acción con las firmas impresas o estampilladas resultaba de la misma Ley.

PÉREZ ESCOLAR, después de citar las opiniones de URÍA (en el comentario a la Ley de Sociedades Anónimas de GARRIGUES-URÍA) y la de LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZALES, favorables ambas a la firma autógrafa inexcusable según la Ley, estima apresurado o superficial deducir esta interpretación de la omisión en la Ley del inciso final del Anteproyecto; pero también le parece un exceso de optimismo basar la opinión contraria (la firma impresa o estampillada también vale) simplemente en el *ubi lex non distinguit*... y por ello acude a las siguientes razones de más peso: a) La progresiva evolución extensiva del concepto de documento dentro y fuera del Derecho procesal citando a GUASP, GUINER y el Código civil italiano (art. 2.712). De aquí deduce que los requisitos formales del título valor han de entenderse de suerte que sirvan para la adecuada identificación del documento, y afirma que aunque resulte paradójico, la firma impresa y aun la estampillada ofrecen más garantías de autenticidad que la repetición manuscrita de las firmas. b) La firma de propio puño es exigida expresamente en ciertos casos por el legislador: firmas de testigos y Secretario, de Jueces y de Magistrados en los artículos 263, 364 y 365 a 367 de la Ley de Enjuiciamiento, firma de los Notarios en los artículos 195 y 196 del Reglamento Notarial, artículo 444 del Código de Comercio (firma del librador de su propio puño). De todo esto extrae PÉREZ ESCOLAR un *a sensu contrario* permisivo de la

(3) GARRIGUES y URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1952, tomo I, pág. 450.

(4) La normativa de este Decreto de 21 de febrero de 1958 fue extendida a los títulos de obligación por el Decreto de 7 de julio de 1963.

firma estampillada o impresa donde no se diga otra cosa. Incluso deduce de los términos autógrafo y autografía la validez de la impresión de la firma en ejemplares producidos en masa. c) La hipótesis de acciones con firma no manuscrita no es fácil encajarla en los conceptos de inexistencia, nulidad absoluta, anulabilidad, rescisión, resolución ni revocación. Y termina afirmando que el acto personalísimo de firmar no se desvirtúa porque se encomiende a un amanuense el estampillado o a un impresor la impresión de la acción, igual que el autor de la carta no es el mecanógrafo, y sin que el amanuense o impresor pasen a ser Apoderados ni jurídicamente facultados para firmar.

Por todo ello, cree que la posibilidad de la firma impresa o estampillada resulta de la misma Ley, por lo que critica el Decreto de 21 de febrero de 1958, que termina interpretando en el sentido de que sus palabras «podrá cumplirse» viénen a permitir la firma estampillada o impresa sin más, siempre que pueda demostrarse la autenticidad de la misma, lo que viene a significar que el acta y la inscripción registral introducidas por el Decreto serían meramente voluntarias a pesar de los términos del apartado segundo del artículo único del Decreto (5).

PÉREZ ESCOLAR llega a esta conclusión partiendo de varias exageraciones: La primera consistente en la afirmación de que la firma en un documento sólo tiene que ser autógrafa cuando la Ley lo exija expresamente. No creo que pueda ser ésta la interpretación histórica ni lógica de nuestros Códigos fundamentales. Si el principio general sobre el concepto de firma o suscripción de un documento fuese el que PÉREZ ESCOLAR mantiene, la redacción de múltiples preceptos del Código civil y el sentido de la convicción popular serían muy distintos. La segunda es la convicción de que el texto del Decreto no deja resquicio alguno para que el Notario autentique la identidad de las firmas por procedimiento distinto al examen directo de los títulos uno por uno. La tercera exageración, que más parece prevención injustificada contra el servicio registral, consiste en la afirmación de que si ha de esperarse a que se inscriba el acta en el Registro Mercantil resultará más rápida la firma autógrafa. El tema de las acciones impresas con firmas impresas ha tenido poca fortuna en nuestra doctrina y legislación.

BÉRGAMO (6), que recoge los argumentos y criterios de PÉREZ ESCOLAR, afirma que el Decreto sigue las directrices del sistema italiano y responde a las exigencias de la prisa y a la necesidad de acabar con la arcaica figura del oscuro Administrador destinado a firmar los títulos a destajo. De todas maneras, su defensa de la firma impresa y su tácita conformidad con ciertos criterios de PÉREZ ESCOLAR no se compaginan bien con las frases iniciales de su exposición, en las cuales reconoce que la firma comunica a la acción su especial cualidad, ya que sin ella constituiría un simple impreso. Contemplando la normativa alemana (7), se plantea el problema de cuándo puede hacerse uso de la fórmula del Decreto, y estima que la firma impresa o con estampilla puede utilizarse en todo caso acudiendo a la fórmula del mismo, salvo que estatutariamente se haya exigido que la firma sea estampada de puño y letra.

II. Antes de entrar en la crítica de cada una de las posturas mantenidas en el recurso debemos hacer ciertas puntualizaciones en torno al sistema seguido por el Código civil italiano, dado que es frecuente decir que nuestro Decreto se ha inspirado en él. PÉREZ ESCOLAR dice que el sistema italiano es más preciso; BÉRGAMO dice que hemos seguido sus directrices; el

(5) RAFAEL PÉREZ ESCOLAR: «La firma de la acción por los administradores», *Revista de Derecho Privado*, junio de 1958, págs. 533 y ss.

(6) ALEJANDRO BÉRGAMO *Sociedades anónimas Las acciones*, págs. 225 a 228.

(7) En el Derecho alemán—dice—basta la firma estampillada. Pero la validez de la firma puede hacerse depender de la observancia de ciertas formalidades. La exigencia de tales formalidades ha de constar en la escritura.

Notario recurrente considera que nuestro Decreto ha de ser interpretado a la luz del Código italiano por ser su precedente, y el considerando tercero afirma que nuestra práctica notarial está inspirada en la solución de dicho Código.

No estamos conformes del todo. Ni el Decreto de 1958 ni la práctica notarial española (8) han traducido la normativa del artículo 2.354 del Código italiano respecto a las firmas de los Administradores en las acciones que, en lo pertinente, dejamos traducido en la nota 2.

Conforme al Código italiano, solamente son válidas las acciones en las que la suscripción se haya realizado mediante la reproducción mecánica de la firma (acción con firma no autógrafa) si el original de lo impreso ha sido depositado en la Oficina del Registro de Empresas competente. Este depósito viene a ser requisito constitutivo de la acción con firma no autógrafa. Se ha pretendido con esta publicidad registral de la imagen del título y de sus firmas dificultar falsificaciones y, en casos de discusión o duda, facilitar el cotejo de cualquier ejemplar con la imagen original del título y las firmas. El depósito del original en el Registro de Empresas, cuando se trate de firmas mediante reproducción mecánica, no resulta estridente porque el sistema admite varios tipos de publicidad análogos, verificados mediante depósito. Tales son la publicidad registral de los balances, de las firmas autógrafas de factores y representantes de empresarios individuales, de los Administradores-representantes de sociedades y sucursales, de los liquidadores y de los libros de sociedades liquidadas, etc. (9).

La normativa italiana de esta figura de depósito en el Registro de Empresas (o en la Cancillería del Tribunal en tanto ese Registro no comencese a actuar, conforme a la Disposición transitoria 101) no es tampoco muy brillante y sigue la general de otros depósitos de firma, sin desarrollo especial de sus particularidades. El interesado presenta una nota de depósito duplicada, con las circunstancias personales del depositante y las objetivas del acto depositado; el Canciller, comprobado el cumplimiento de los requisitos formales legales, hace anotación en el Diario y pone nota-certificación al pie de uno de los ejemplares de la nota que devuelve al interesado, archivando en el legajo correspondiente el otro ejemplar con el acto depositado. A pesar de la pobreza normativa del supuesto, los comentaristas tampoco hacen grandes aclaraciones, limitándose a discutir, con respecto a todos los casos de registración por mero depósito, si además se les aplica las otras formas de publicidad, o sea la publicación en el Folio de Anuncios Legales (F. A. L.) y en el *Boletín Oficial de Sociedades por Acciones y de Responsabilidad Limitada* (B. U. S. A.) (10).

El precepto italiano ni siquiera es claro sobre si el objeto básico del depósito en el Registro es el título impreso en su conjunto o solamente la firma autógrafa original puesta en el original a imprimir, cosas bastante diferentes (11).

(8) Práctica que, por otra parte, no parece estar muy clara.

(9) Todos estos casos que constituyen una de las modalidades de publicidad del Registro mercantil italiano, consistente en el depósito puro y simple del acto objeto de publicidad (las otras dos son la de inscripción pura y simple y la de inscripción previa homologación), se suelen englobar en la llamada publicidad noticia que la doctrina italiana opone a la publicidad sustancial (tanto declarativa como constitutiva).

(10) Ver ERMANNIO BOCCINI: *La pubblicità delle società commerciali*, Nápoles, 1971, págs. 237 y siguientes.

(11) Los autores no suelen ser muy detallistas en su comentario y no es fácil saber si el requisito del depósito en el Registro de Empresas se refiere exclusivamente a la firma, como en otros casos de depósitos de firma, o más bien se ha de reconducir a la totalidad de la acción. GIANCARLO FRÈ, en los *Comentarios de Scialoja-Branca*, acaso con exagerado optimismo, cree que el artículo 2.354, referente al contenido o circunstancias de las acciones, no requiere explicaciones especiales, y, en cuanto al requisito de la firma, se limita a decir que el legislador ha tenido presente, sin duda, el ejemplo de los billetes de Banco, que demuestra cómo la dificultad para el falsificador no consiste en la reproducción de la firma, sino en la imitación del total conjunto gráfico del título, lo que explica la práctica innovación de admitir la reproducción mecánica de la firma, excepción a la regla general de que los títulos de crédito deben ser suscritos por el emitente. Parece, pues, que el depósito en el

III. Aunque disposiciones diversas, cuyo carácter y duración no es fácil determinar, tienen reducido a la nada el principio de transmisión de los títulos valores por la mera tradición del documento, el interés público en la emisión y circulación de acciones se centra en impedir, o al menos dificultar, dos peligros: el de la falsificación y el de la extralimitación numérica, especialmente ostensibles si nos fijamos en la moneda papel, el título valor más abundante y circulante.

La firma autógrafa de la acción unida al número de orden (arts. 43,3 y 35 de la Ley) venía a representar la garantía, siempre relativa, frente a la falsificación y a la puesta en circulación de más acciones que las acordadas. El Administrador al firmar toda la emisión no sólo garantiza que cada una es una acción auténtica incluida en la emisión correspondiente, sino también que sólo las firmadas, con sus correlativos números, son las que van a circular, ni más ni menos. La firma del Administrador, de un lado vincula a la sociedad con el socio-tenedor en una relación jurídica de muy rico contenido; pero además viene a ser garantía de que la totalidad de los títulos de la emisión dispuestos para la circulación es conforme con el acuerdo de emisión, y todos y cada uno de los títulos están correctamente extendidos. No se trata de una serie de actos automáticos de firma, sino una prueba de esa importante tarea de control de la emisión como operación material de conformación de los títulos (12).

Cuando las acciones y las firmas mismas son impresas, este doble cometido de la suscripción subsiste, pero cambia de sentido. El valor vinculante de la firma se hace aún más simbólico porque no hay en el título ningún signo directamente puesto por el representante de la sociedad, y el valor de control cambia de objeto al trasladarse al conjunto de actos, ahora más complejos, que conducen a la reproducción mecánica del total de

Registro viene a garantizar la identidad del título y no sólo de su firma, para dotar de cierta publicidad a su formato, no sólo con vistas al cotejo en caso de controversia judicial, sino para conocimiento general del original auténtico de las acciones.

(12) Imposible hacer referencia, por somera que fuese, a la historia y naturaleza de la firma en los documentos. Acaso sea uno de los capítulos más interesantes de la historia del hombre y lo es, desde luego, de la historia del Derecho. En sus múltiples variedades (firma del contratante, del obligado, del testigo, del funcionario, etc.) es frecuente tergiversar su función y difícil saber cuándo estamos ante una mera formalidad residual, eliminable, y cuándo ante una prueba insustituible de un gesto final indicador de que el texto firmado es conforme con la voluntad del firmante como remate de una tarea de estudio o control del contenido de lo firmado.

La firma autógrafa es en ocasiones insustituible como la más fácil prueba de que el firmante, después de un perfecto conocimiento de lo firmado, haya sido redactado o no por él, manifiesta su plena conformidad con lo escrito, que deja de ser proyecto para convertirse en documento vinculante. Pero es importante que no nos dejemos extasiar demasiado por el arcaico valor sacral de la firma. No es preciso profundizar aquí en el sentido de la excepción de *schedula non lecta* para comprender que, en ocasiones, la firma añade tan poco al contenido del documento que se transforma en algo formulario o meramente responsabilizante.

En los últimos tiempos cada vez pierde más terreno la firma como gesto formal sacral frente a procedimientos más efectivos de garantizar que un texto o documento deriva de cierta persona o procede de determinada Oficina o Corporación. Concretamente ocurre esto respecto a la firma de los funcionarios si hay otras maneras más seguras de garantizar que el documento resulta expedido por quien corresponde, agotada la previa tramitación legal.

En este sentido, aunque elogiable por su finalidad e intención, la reciente reforma de los artículos 492 y 552 a 558 del Reglamento Hipotecario acaso represente cierta regresión hacia el arcaico concepto de la firma del funcionario con valor autónomo, sacral y responsabilizante, cuando la tendencia es calibrar al funcionario no por lo que firma, sino por lo que hace en continua participación en la función total, de la que el documento (o asiento, etc.) en concreto es sólo parte y en el que la firma del funcionario no ha de estimarse tan importante como creemos.

Como caso límite de firma de funcionario con valor autónomo, sacral y abstracto (firma en barbecho) cabe relatar el que cita ALAIN PEYREFITTE en su obra *Le mal français* (Plon, 1976, pág. 292) Pierre Sudreau, por lo demás uno de los más brillantes ministros de la V República, en 1960, como ministro de la Construcción, decide efectuar la de una universidad en Nanterre; en 1962, como ministro de Educación Nacional, aprueba definitivamente los proyectos que contenían este nuevo «complejo» universitario, que efectivamente se construye entre 1963 y 1967. Pues bien, en 1968, como diputado, interpela y reprocha violentamente al Gobierno por haber construido una universidad de tales situación y características, principales causas originantes de la revuelta estudiantil de mayo. Innecesario decir que el diputado hablaba en el Palais Bourbon con absoluta buena fe. Ante casos así cabe preguntarse si no era más sincera la institución de los «secretarios de la mano» que imitaban la firma de los reyes de Francia.

las acciones, de manera que se garantice que la reproducción se limita al número exacto de acciones de la emisión, cada una con su número correlativo y en lo demás con su correcta e idéntica impresión conforme al modelo.

Cuando se afirma que con la impresión mecánica hay más garantías de autenticidad que con la firma autógrafa se acierta en dos sentidos: uno, en cuanto la acción impresa puede ser rodeada de caligrafías o dibujos inspirados en las técnicas del papel moneda que dificulten la falsificación; otro, en cuanto la máquina impresora difícilmente cometerá errores en el texto o variaciones en las firmas. Pero desde un tercer punto de vista el procedimiento de impresión mecánica de las firmas hace desaparecer el papel de control que vimos tenía la firma autógrafa, y es imprescindible que este control del Administrador responsable se traslade a todo el conjunto de operaciones que en la imprenta han de desarrollarse. Pensando en este aspecto, en el que la impresión mecánica quiebra la garantía—control que la firma autógrafa representaba—, el Registrador del recurso hace la sugerencia de un acta notarial de nuevo contenido que se describe en el resultando cuarto.

IV. Los resultandos no contienen indicación suficiente del texto o contenido del acta autorizada por el señor ABRADOS. Suponemos que contendría, después de ciertos antecedentes referentes a la emisión, el acta en sí, mixta de presencia, de referencia y de protocolización: de presencia, en cuanto acreditativa de la realidad o verdad de la identidad de las firmas del original, prototipo o modelo (sin numeración y por tanto sin valor) que los Administradores le presentan, con las firmas que estampan de puño y letra en la misma acta; de referencia, en cuanto contenía las declaraciones o aseveraciones de los Administradores respecto a la identidad del modelo presentado con el total de las acciones y de cada una de ellas incluso en cuanto a la firma o firmas; y de protocolización, en cuanto el prototipo o modelo pasaría por virtud del acta a formar parte del protocolo.

Las alegaciones del Notario recurrente en defensa de su fórmula son muchas, pero muy desiguales en cuanto a valor de convicción. Desde los argumentos basados en los textos literales de los Decretos (el plural de «firmas impresas» en el Decreto de 1958 acaso se refiera al caso de varias firmas en cada título, y el singular «título-acción» en el de 1965 demuestra que el Notario ha de manejar un solo título), y que probablemente no convencen ni al propio señor ABRADOS, hasta el argumento fundamental de la crisis de la acción como título que culmina en el Decreto de 25 de abril de 1974 (13), que establece nuevo sistema de liquidación y compensación de operaciones de Bolsa y depósito de los valores mobiliarios, los alegatos son de carácter muy vario y no vamos a detenernos en ellos en concre-

(13) No es necesario destacar la influencia que en la aparición y agravación del problema de las emisiones con enorme cantidad de títulos ha tenido el mantenimiento de la acción de 100 duros, a pesar de la constante disminución del valor relativo de la peseta. Las legislaciones tratan de disminuir este inconveniente poniendo límites mínimos al valor nominal de la acción. Pero la medida se ha mostrado insuficiente y la solución se ha tenido que buscar por otros caminos, surgiendo la imparable corriente que amenaza con dar al traste con la acción como título, al sustituirse el tradicional sistema de negociación de las acciones por otros más rápidos y eficaces regidos por el principio de fungibilidad de las acciones, cuales son el SICOVAM francés, el C. I. K. belga, el CF. holandés y nuestro SERLIDE, corriente que ha conducido a los títulos múltiples y al permisivo sistema del Decreto de 25 de abril de 1974 (Ordenes de 20 de mayo y 28 de julio de 1975).

Prueba de que la acción-título se encuentra de capa caída es que en la legislación francesa vigente no hemos encontrado el precepto paralelo al artículo 43 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas. El único y último precepto sobre la forma de la acción es un Decreto de 1949 ordenando que los títulos o certificados de acciones emitidos por sociedades, compañías o empresas cualesquiera financieras, comerciales, industrial o civil se sacarán de un Libro-Registro-talonario (tirés d'un registre à souche) bajo pena de multa del 10 por 100 del montante de la acción.

Incluso en la letra de cambio y el cheque desde 1966, la firma del librador de la letra y del endosante del cheque pueden ser puesta a mano o por cualquier procedimiento no manuscrito.

to (14). Insuficientes para demostrarnos que la *mens legis* no fue establecer un acta de presencia referida a la identidad de firmas de toda la emisión (título por título), son desde luego sobrados para defender su fórmula, que se presenta al menos la más sincera si partimos de la imposibilidad real de que la fe de identidad de todos y cada uno de los títulos descansa sobre el examen personal de todos por el Notario.

V. El Registrador, en su acuerdo, ante el hecho cierto de que el Decreto de 1958 no contiene una solución clara ni práctica del problema de la autenticación notarial de las acciones y de sus firmas, trata de encontrar una solución intermedia entre la identificación notarial de la firma impresa en todas y cada una de las acciones, que reconocen inviable y contraria con la intención del Decreto aunque no tanto con su texto literal, y la identificación sólo entre el ejemplo modelo (sin número) y la firma estampada en presencia del Notario, remitiéndose el Notario, en cuanto a la identidad de todas y cada una de las acciones con su número sucesivo, a la mera aseveración de tal identidad hecha por el Administrador encargado de la firma. Y partiendo de que además de la identificación título por título existen otros medios utilizables, exponen el que estiman ideal, consistente en una intervención notarial de las operaciones de impresión de los títulos actuando sobre las mismas técnicas de imprimir.

El camino sería el siguiente: el Administrador estampa su firma en el original a reproducir ante el Notario, que comprueba la identidad de dicho original con el elemento colocado en la platina, precintando luego el numerador hasta que esté terminada la tirada; controlando además, si lo estima preciso, el pase de lo impreso por la máquina contadora y quedándose para unir a las copias del acta con uno o varios ejemplares con números ceros. Sin duda, la propuesta del acuerdo del Registrador se ajusta a la realidad de una imprenta en funcionamiento, y creemos que es de mucha más garantía que el procedimiento del acta autorizada por el señor RODRÍGUEZ ADRADOS; pero en cuanto no supone una garantía plena contra la falsificación ni contra el exceso doloso de reproducciones, permite preguntarse hasta qué punto merece la pena una tan barroca acta de presencia si la falsificación y el exceso de emisión continúa siendo, de todas maneras, posible. En último término, tal acta de presencia, incluso complementada con diligencia de destrucción de las planchas, en cuanto no puede impedir la conducta delictual de los Administradores encargados o de los extraños manipuladores de las operaciones materiales de la reproducción de los títulos, no está a tanta distancia como parece de la mera aseveración de los Administradores, hecha en documento público (acta de referencia), de que las operaciones de reproducción de los títulos se han desarrollado con normalidad y conforme a los términos del acuerdo de emisión, y partiendo del modelo de acción que firmada por ellos se protocoliza.

VI. El primer considerando de la resolución comienza dejando fuera la interpretación del Decreto de 1958 por estimar que ambas partes están conformes en que sería absurda la que exigiese al Notariado el examen de título por título. Dejada fuera esta cuestión y reducida la discusión a si el formulario del señor ADRADOS se acomoda al espíritu del Decreto permisivo

(14) El Notario recurrente alega un acuerdo de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales referente a la aplicación del Arancel a las actas que nos ocupan. El Arancel se refiere concretamente a las actas de legitimación de títulos valores en el apartado 2º del número 7 al establecer respecto a ellas un tope (determinado por el 50 por 100 de la cantidad que correspondería según el número 2 al total valor de los títulos legitimados) a la aplicación del concepto de examen de antecedentes, objeto de este número 7.

Es cierto que el acuerdo de la Junta de Decanos resolviendo consulta sobre el caso considera normal que estas actas supongan el examen de sólo dos títulos y estima como supuestos excepcionales, únicos en los que se cobrará el concepto de antecedentes, aquellos en que sea necesario legitimar todos o parte de los títulos de la emisión, uno por uno. Pero tal acuerdo puede servir de indicio de un uso o práctica, nunca como interpretación auténtica del Decreto de 1958; y, en mi opinión, no pasa de ser, en el fondo, más que un consejo de un uso prudencial del número 7 del Arancel en las actas de identidad de firmas de los títulos.

de las firmas impresas, la cuestión estaba de antemano resuelta, y acaso los tres considerandos que siguen, ante crítica muy severa, pudieran considerarse de mero relleno y adorno.

En efecto, el segundo considerando se apoya en la naturaleza permisiva y no imperativa del Decreto, no para extraer las exageradas conclusiones de PÉREZ ESCOLAR, pero sí para, con ayuda del Preámbulo, dar por buena cualquier acta notarial genérica comprensiva de todos los títulos en la que se acredite la identidad de sus firmas con las estampadas a presencia del Notario. No se precisa nada el contenido de tal acta notarial «genérica» y el considerando se parece mucho en su imprecisión al Decreto mismo.

El tercer considerando se limita a estimar publicidad suficiente para el eventual futuro cotejo la conseguida a través de actas con formulario similar a la rechazada por el Registrador. Pero descansa esta estimación en dos afirmaciones que hemos considerado poco seguras: identificar el formulario del acta calificada con el seguido por la generalidad de la práctica notarial, lo cual, ante la contraria aseveración de la nota y el informe del Registrador, debió justificarse más, y considerar inspirado tal formulario en la solución adoptada por el artículo 2.354, 2.º, del Código civil italiano.

— El tercer considerando parece asegurar, sin pruebas, que el procedimiento generalmente seguido en la práctica coincide con el contenido del acta objeto del recurso. Suponemos que hay en esto una gran variedad de modelos, y acaso el más seguido hasta hace poco se acomodase más al criterio de que el acta debe afirmar que son coincidentes todas las firmas, aunque no contenga una aseveración expresa de que el Notario ha examinado todas, una por una, pues es natural que puede haber llegado a dicho convencimiento sobre la identidad de todas por procedimientos distintos del examen de cada una (muestreo, empleo de auxiliares, etc., etc.). El que el modelo del acta del recurso sea más sincero es otra cuestión.

— Tampoco cabe afirmar que el formulario del señor ADRADOS, acta mixta de presencia (en cuanto a la identidad de la firma autógrafa con la del original-modelo protocolizado) de referencia (en cuanto a la aseveración por los Administradores de la identidad de todos los títulos) y de protocolización, resulte inspirado en el 2.354 del Código civil italiano. Como hemos visto, el sistema español del acta mixta de presencia, protocolización y referencia, o simplemente de presencia y protocolización, con una inscripción registral referente exclusivamente al acta autorizada, es tan diferente del sistema italiano (de mero depósito del original-modelo y de sus firmas en el Registro de Empresas) como lo es por principio el protocolo (secreto en general) del Registro (público en general). El que la publicidad formal del ejemplar original modelo de la acción no pueda ser llevado a la práctica por las normas tradicionales de la certificación registral de asientos no quita para que el protocolo, en teoría, sea menos idóneo para la publicidad del modelo de acción que el Registro. En la práctica la solución más conveniente no es fácil decidirla, pues realmente no están muy determinadas las verdaderas funciones que deben cumplir la registración o la protocolización de los originales de las acciones y de sus firmas no autógrafas cuando éstas son así.

El cuarto y último considerando, a cambio de estimar suficiente el formulario del Notario recurrente y por ello revocar el acuerdo del Registrador, adopta una postura abierta y complaciente con el procedimiento sugerido por este último y asimismo con cualquier otro procedimiento que ofreciese las garantías necesarias para la observancia de la finalidad pretendida por el Decreto. Pero esta imprecisa frase y las pesimistas con las que el considerando termina acaso sean síntoma de que no es fácil saber cuál sea la verdadera finalidad pretendida por el Decreto.

En interpretación lógica y de buen sentido, si cuando hay firma autógrafa no son necesarias ni el acta notarial ni su inscripción, la finalidad de una

y otra, y consiguientemente su naturaleza y contenido, vendrán determinados en función de aquello que la acción haya perdido al sustituirse la firma autógrafa por la impresa. Pero como al imprimirse toda la acción, con inclusión de la firma, por un lado pierde y por otro gana, en cuanto aumentan las garantías de autenticidad y las dificultades de falsificación no resulta muy fácil determinar en qué debe consistir la garantía adicional de la acción con firma impresa.

Es cierto que la acción impresa permite un formato adornado con caligrafías o dibujos de más difícil reproducción ilícita que el documento manuscrito o mecanografiado ordinario. Pero en cuanto la autografía de las firmas tiene además el cometido de responsabilizar a los Administradores encargados, respecto del control completo, de la correcta confección de la totalidad de los títulos conforme al acuerdo de emisión, a lo cual coadyuva el requisito de la numeración correlativa de los títulos, no debe ofrecernos duda que el primer cometido del acta notarial debe ser, de un lado, responsabilizar a los Administradores respecto a su obligación de controlar todas las operaciones de impresión y probablemente también extender la fe notarial a los actos de encargo y recepción o entrega de los títulos confeccionados, con expresa constancia de la persona o entidad impresora.

Debe tenerse en cuenta además que si se quiere defender el interés general en la emisión y circulación de los títulos frente a los peligros de confección de ejemplares en exceso o de falsificación, tanto como la responsabilidad de los Administradores encargados, deberá procurarse que la impresión corra a cargo de establecimientos especializados u oficiales, si se estimase necesario, como garantía última de que la cifra de tirada, con sus ejemplares correlativamente numerados, se corresponde con el acuerdo social de emisión base del encargo, así como la posterior destrucción de las formas o moldes (15).

El otro problema, centrado en la publicidad del modelo-prototipo del título para conocimiento del público, parece a primera vista que debe resolverse siguiendo la tónica italiana, pues el Registro resulta más idóneo para ello que el protocolo. Pero no niego que en muchas ocasiones la realidad de la práctica da lecciones a las construcciones teóricas más perfectas, y en todo caso no parece que sea perjudicial el depósito en el Registro unido a la protocolización en la Notaría.

Lo que no ofrece duda es que la resolución comentada es, ante todo, una clara «toma de razón» de que existe un problema jurídico deficientemente regulado que, bien en trance de reforma de la Ley de Sociedades, o del Reglamento del Registro Mercantil, o bien con ocasión de cualquier disposición sobre emisión de acciones u obligaciones, debe ser objeto de una normativa más reflexiva que la del Decreto de 1958.

T. C. G.

(15) No nos atrevemos a opinar sobre las ventajas e inconvenientes de una exclusiva en esta materia de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PREFERENCIA DE CREDITO REFACCIONARIO NO ANOTADO EN EL REGISTRO: AUNQUE NO ES UN GRAVAMEN REAL «EFICAZ ERGA OMNES», TIENE LA PREFERENCIA QUE LE CONCEDE EL NUMERO 5.º DEL ARTICULO 1923 DEL CODIGO CIVIL RESPECTO A CREDITOS DISTINTOS DE LOS ENUMERADOS CON ANTERIORIDAD, Y, CONSIGUIENTEMENTE, TIENE SU TITULAR DERECHO DE ABSTENERSE DE CONCURRIR A LA JUNTA DE ACREEDORES DE LA SUSPENSION DE PAGOS (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Don José Salvador Tejedor interpone demanda contra la «Sociedad Fundición y Construcciones Grau, S. A.», y la Comisión Liquidadora de la suspensión de pagos de dicha sociedad, e «Inmobiliaria Luma, S. A.», alegando que la sociedad demandada le debía 1.577.350,35 pesetas por la ejecución de los trabajos realizados y materiales suministrados y consumidos en montajes eléctricos en el edificio industrial que dicha sociedad había levantado en la finca de su propiedad, y suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare, entre otros extremos, la calidad de refaccionario del crédito y el carácter preferente del mismo y, por tanto, el derecho del actor a abstenerse de concurrir a la Junta de Acreedores de la suspensión de pagos y el derecho del mismo a que no le afecte el convenio que en su día pueda aprobarse en aquel expediente, salvo el reconocimiento de que el expresado crédito refaccionario debe ser satisfecho con independencia de las demás estipulaciones del convenio judicial.

El Juzgado de Primera Instancia de Granollers dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, siendo revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que desestimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, estima el recurso de casa-

ción interpuesto por el actor, siendo así los «considerandos» de la primera sentencia:

«Considerando que de los diversos problemas planteados en la instancia, el único que se suscita con el presente recurso en el también único motivo formulado—que se ampara en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, donde se denuncia violación del número 5 del artículo 1.923 del Código civil, en relación con el 3.º del 913 del Código de Comercio y el párrafo tres del 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922—es el relativo a la catalogación del crédito que, por importe de 1.577.350,35 pesetas, tenía el hoy recurrente contra la empresa que figura como recurrida a consecuencia de trabajos y suministros de materiales empleados en montajes eléctricos de un edificio industrial construido por la segunda en la localidad de Granollers y sobre todo su eficacia en el estado de suspensión de pagos en que quedó esta última a los fines de determinar su carácter preferente o no y del consiguiente derecho de su titular de abstenerse de concurrir a la Junta de Acreedores de la meritada suspensión, como pretendió, con pretensión que fue estimada por la sentencia de primer grado, pero que, con revocación de ésta, desestimó la que ahora se impugna, la cual, sin embargo, admite que el crédito discutido es refaccionario, pero añade que para gozar de la preferencia que para los de esta clase otorga el artículo 1.923 de nuestro primer Código sustantivo hubiera sido preciso que se hubiese anotado o inscrito en el Registro de la Propiedad sobre los bienes objeto de la refacción—lo que no se hizo—, según estatuye el número 3.º del mismo precepto, una vez seguido con antelación alguno de los procedimientos señalados respectivamente por los artículos 59 y 60 de la Ley Hipotecaria y 155 de su Reglamento, o por el 61 de la propia Ley, sin que tampoco haya constancia de que se haya ejercitado ninguno de ellos.»

«Considerando que la normativa aplicada por la sentencia recurrida, y concretamente el citado número 3 del artículo 1.923 del Código civil, se refiere a “los créditos hipotecarios y refaccionarios” que, según dice el precepto, habrán de estar anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad en la forma y con los procedimientos antes indicados; pero además el propio artículo 1.923, en su número 5, menciona entre los que también gozan de preferencia a “los créditos refaccionarios *no anotados ni inscritos* sobre los inmuebles a que la refacción se refiera”—que es lo sucedido en el caso que se examina, según se dijo—, aunque la preferencia se reduzca entonces sólo “respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores”; consideración que ciertamente no supone la creación de un gravamen real eficaz *erga omnes*, justo por no haberse verificado la inscripción registral ni haber siquiera procedido a su anotación, pero que lleva consigo la preferencia que, frente a otros posibles créditos existentes contra el mismo deudor, le conceden los artículos 1.922 y 1.923 del Código civil, como declaró la jurisprudencia de este Tribunal Supremo especialmente en las Sentencias de 11 de octubre de 1894, 30 de diciembre de 1896 y 21 de abril de 1950, entre otras; lo cual permite su inclusión en el número 3.º del artículo 913 del Código de Comercio, que se refiere a “los privilegiados por Derecho común y los hipotecarios legales”, pues si bien este precepto mercantil está dictado para los créditos de la sección 1.ª de las dos que distingue el artículo 912, que es la relativa a los bienes muebles, debe extenderse su ámbito a supuestos como el presente, en que por carecer de las ventajas que otorgaría el carácter real consiguientemente a la anotación preventiva o a la inscripción y quedar pospuestos a los créditos garantizados sobre los inmuebles que pudiesen existir, sólo podrán tener efectividad de hecho, con esta posibilidad de ejercicio sobre otros bienes, si aquéllos quedaban cubiertos en su totalidad, pues caso contrario vendría a resultar puramente ilusoria la preferencia que específicamente y sin lugar a dudas les concede el referido número 5 del artículo 1.923 del Código civil.»

«Considerando que, de acuerdo con esta interpretación, es indudable que

el derecho objeto de discusión en el litigio precedente a estas actuaciones debe corresponder a todos los titulares de los créditos mencionados, entre los que se encuentra el que ejercita quien ahora figura como recurrente, pues el párrafo 3.º del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 preceptúa que “los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio podrán abstenerse de concurrir a la Junta...”; todo lo cual evidencia que la sentencia recurrida cometió las infracciones que se denuncian, como consecuencia de la violación por no aplicación del artículo 1.923 del Código civil en su número 5, que debió ser el tenido en cuenta, y no el 3.º, como indebidamente se hizo, a la manera alegada—según quedó expuesto—en el indicado único motivo que se articuló, cuya estimación es por tanto procedente, y con él la del recurso en su totalidad, casando y anulando la sentencia recurrida.. »

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

LA ZONA MARITIMO-TERRESTRE ES BIEN DE USO PUBLICO, QUE CUANDO SE ACREDITA SU REAL EXISTENCIA ENERVA LA PRE-SUNCION JURIS TANTUM DEL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL RESPECTO A LOS TERRENOS INSCRITOS A NOMBRE DE UN PARTICULAR. ACCION REIVINDICATORIA: LEGITIMACION PASIVA (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Administración, formuló demanda contra don Manuel y don José Varela Muñiz sobre reivindicación de terrenos en la zona marítimo-terrestre, suplicando se dictara sentencia declarando que la parcela a que se refería la demanda pertenece al dominio público como terreno de la zona marítimo-terrestre, siendo nulas y sin efecto, en cuanto puedan afectarle, las inscripciones registrales que a aquella parcela puedan referirse.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Pontevedra dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la excepción de legitimación pasiva que había sido alegada por la parte demandada.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, destacando los dos primeros «considerandos» de la primera sentencia:

«Considerando que ha de prosperar el segundo motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulado por error de derecho en la apreciación de las pruebas, alegando la violación de los artículos 1.281, 1.225 y 1.240 del Código civil, pues en él se estudian, desde el punto de vista de su eficacia probatoria, los documentos unidos a los folios 1, 2, 86, 87 y 88 de los autos, con los que fundamentalmente se trata de combatir, en primer lugar, la afirmación de la instancia referente a la falta de legitimación pasiva de don Manuel Varela Muñiz, y en segundo lugar, el pronunciamiento de la instancia referente a que el Estado no ha probado su derecho de propiedad sobre los 20.786 metros cuadrados a que se refiere su demanda reivindicatoria; en lo que respecta al primer extremo, se aducen los documentos unidos a los folios 1 y 2 de los autos, según los cuales don Manuel Varela el año 1940 pidió autorización, que consiguió, para la construcción de un muro de contención que protegería su propiedad (cuando a la sazón era propietario en unión de

su hermano don José), pues el hecho de que por escritura pública de 2 de julio de 1962 se desprendiese de una parte, no de la totalidad que le correspondía en el terreno cuestionado, no le priva de interés en la acción reivindicatoria emprendida por el Estado, ya que esta acción puede afectar no sólo a terrenos que se reservó, sino a otros que fueron suyos, aunque se transmitieran por la mencionada compraventa; en cuanto al segundo extremo, toda la argumentación de la parte recurrente se encamina a dar valor de documento auténtico, acreditativo de la propiedad del Estado sobre los terrenos reivindicados, el acta de deslinde de 5 de mayo de 1976, unida a los folios 86, 87 y 88 de los autos; pues aunque en ella se hace constar, después de marcar determinados puntos de separación entre la propiedad particular y la de dominio público, la frase de "sin que ello prejuzgue las cuestiones de dominio y posesión que pudieran plantearse", es lo cierto que dicha acta de deslinde, impugnada en vía administrativa primero y en la contenciosa después por don Juan V., fue confirmada en cuanto al deslinde, que es su contenido, por Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1971.»

«Considerando que al cambiar la base fáctica tiene que prosperar también tanto el motivo tercero del recurso, que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la violación de los artículos 339, número 1, y 348, párrafo 2.º, del Código civil, porque los bienes discutidos están destinados al uso público, como lo están los caminos, canales, ríos, torrentes, puentes, puertos, riberas, playas o radas, bienes que siempre pueden ser reivindicados por el Estado según el segundo de los preceptos mencionados; como el motivo sexto, en el que se alega la "aplicación indebida" de los artículos 38 y 207 de la Ley Hipotecaria, al considerarlos la instancia como obstativos de la atribución dominical que el deslinde propugna; porque como dicen las recientes Sentencias de este Tribunal de 3 de junio de 1974 y de 7 de mayo de 1975, el principio de legitimación registral formulado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria tiene la virtualidad de una presunción *iuris tantum* que debe quedar enervada cuando frente a la inscripción registral se acredita la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público perfectamente determinada, y dentro de la cual se justifica que se encuentran los terrenos litigiosos inscritos a nombre de un particular.»

En la segunda sentencia estima la demanda del Abogado del Estado.

J. M. G.ª G.ª

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO: ILICITUD DE LA CAUSA DE LA COMPRAVENTA ANTERIOR AL EMBARGO. CLARIDAD Y PRECISION DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION. EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEBE SURGIR DEL MISMO DOCUMENTO SIN NECESIDAD DE RAZONAMIENTO. NO PUEDEN SER ATACADOS EN EL MISMO MOTIVO LA PREMISA DE HECHO Y LA CONCLUSION DE UNA PRESUNCION (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—La Sociedad «Terra Brava, S. A.», interpone demanda de tercería de dominio contra la parte ejecutante, Banca Carrera, S. A., hoy Banco de Gerona, y contra el ejecutado don Manuel Casadevall Fontanet, alegando que se había embargado una finca que «Terra Brava, S. A.», había

comprado al señor Casadevall con anterioridad al embargo, por lo que suplicaba se dictase sentencia acordando la suspensión de las actuaciones del juicio ejecutivo de que dimana la tercería y se declarase que el bien embargado pertenece a la actora «Terra Brava, S. A.», libres de toda carga, con cancelación de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farnés.

El Banco de Gerona contestó a la demanda oponiéndose a la misma, pues aunque la actora acredita su adquisición por medio de escritura pública anterior al embargo, se trata de un negocio en que se dan los síntomas típicamente simulatorios, sin que por otro lado se haya cumplido la formalidad legal del artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas al tratarse de una adquisición a título oneroso, cuyo precio es muy superior al 10 por 100 del capital de la sociedad.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Gerona dictó sentencia estimando la demanda de tercería de dominio y ordenando la cancelación de la anotación de embargo.

La Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda de tercería de dominio.

«Terra Brava, S. A.», interpone recurso de casación por infracción de Ley: error de hecho en la apreciación de la prueba que ha llevado a la Sala a la convicción de que la compraventa era simulada; infracción, por no aplicación, del artículo 1.277, en concordancia con el 1.250 del Código civil, al no haber aplicado la Sala la presunción de existencia y licitud de la causa de la compraventa, e infracción, por inaplicación, de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el primer motivo del recurso en que al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba tiene que decaer, puesto que en primer lugar, en contra de la claridad y precisión que han de tener los motivos de casación, cita como documentos auténticos diversas actuaciones judiciales y contenido de escritos de las partes que según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala no tienen tal carácter, y en segundo lugar, aunque lo tuvieran, pretende demostrar el error con razonamientos cuando el mismo debe surgir del documento sin necesidad de razonamiento alguno y de su simple lectura.»

«Considerando que igual suerte han de correr el segundo y tercero, ambos amparados en el ordinal primero del artículo anteriormente citado, ya que en cuanto al primero, al quedar intocada la premisa fáctica, es evidente la ilicitud de la causa, no habiéndose, por tanto, cometido infracción alguna de los artículos 1.250 y 1.277 del Código civil, que, por el contrario, fueron correctamente aplicados, y en cuanto al segundo, porque citados como infringidos los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, lo que supone que han sido atacados en el mismo motivo la premisa de hecho y la conclusión de una presunción contra la constante jurisprudencia de esta Sala, que exige que la premisa de hecho sea atacada por el cauce del número 7.º y la conclusión por el del número 1.º»

REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DE LA IDENTIFICACION DE LA FINCA TIENE DOS ASPECTOS, UNO LA IDENTIFICACION DOCUMENTAL Y EL OTRO LA IDENTIFICACION SOBRE EL TERRENO, SIENDO ESTE ULTIMO ASPECTO UNA CUESTION DE HECHO QUE SOLO PUEDE SER COMBATIDA EN CASACION POR LA VIA DEL NUMERO 7.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Doña Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno formuló demanda contra don Deogracias Cañas Carrascosa y otros sobre reivindicación de finca, suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declarase que la finca número 283 del Registro de la Propiedad número 8 de Madrid era de su propiedad; y que dicha finca se identificaba y era la misma que la señalada como parcela 26 del polígono 7 del término de Canillejas, y que era la que venían poseyendo sin títulos los demandados, condenándose a éstos a pasar por tales declaraciones y, en consecuencia, a desalojar la expresada finca.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose por no existir identificación de fincas, y formulando reconvencción.

El señor Juez de Primera Instancia número 16 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción, pero dicha sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid en el recurso de apelación interpuesto por la actora, salvo en cuanto rechazaba la reconvencción, y en consecuencia declara, estimando en parte la demanda, que la finca 283 del Registro número 8 de Madrid, inscrita al folio 9 del tomo 9 de Canillejas, que es la misma señalada como parcela número 26 del término indicado, en el actual Catastro de Riqueza Rústica de esta provincia, es propiedad de la actora, por lo que los demandados deben desalojarla.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que determinado por una copiosa jurisprudencia que son requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria que otorga el artículo 348 del Código civil los de justo título de dominio a favor del actor, identificación de la finca objeto de ésta, y que ella sea detentada y poseída por el demandado, cabe afirmar que el segundo de los requisitos señalados tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse, con claridad y precisión, la situación, cabida y linderos de la finca, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama—identificación documental expresada en la demanda, consecuente a los títulos en que la acción se basa—, y por otra, que de modo práctico se acredite en el juicio que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere; debiendo señalarse que la decisión del Tribunal sentenciador sobre este extremo tiene el carácter de “hecho”, que sólo puede ser combatido en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido aquél al fijar tal afirmación en error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas.»

«Considerando que la aplicación de la doctrina legal expuesta al presente recurso provoca su desestimación, pues al no haberse intentado desvirtuar las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida por la vía procedente del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la Sala de Instancia aplica a los hechos probados las normas pertinentes.»

SERVIDUMBRE DE DESAGUE DE AGUAS SOBRANTES DE RIEGO: AUNQUE EN LA FINCA SIRVIENTE SE HAYA CONSTRUIDO UN ESCORREDERO PARA DAR SALIDA A LAS AGUAS SOBRANTES DEL RIEGO, NO HA VARIADO LA FORMA DE PRESTARSE LA SERVIDUMBRE NI HA HABIDO PRESCRIPCION EN ESE PUNTO, PUES SE HA PROBADO EN AUTOS QUE POR EL SOBRADERO DE LA PARTE SUPERIOR DEL ESCORREDERO LAS AGUAS ANEGAN EN OCASIONES LA FINCA SIRVIENTE. CLARIDAD Y PRECISION DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: NO PUEDE ACUMULARSE EN UN MISMO MOTIVO EL ERROR DE HECHO Y EL DE DERECHO (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—La Sindicatura de Riegos de la Comunidad de Regantes de Villamayor de Zaragoza presentó demanda contra el Ayuntamiento de Zaragoza y contra la sociedad conyugal formada por don Jaime Balet Salesa y doña María Cristina Herrero Sanz, alegando ser propietaria desde tiempo inmemorial del terreno conocido como «Balsón del Pilar», cuyo destino es recoger las aguas sobrantes de las acequias denominadas Sasillo y Mambres, y después de haberse construido un escorredero, recoger el agua sobrante de esta última acequia; que el Ayuntamiento de Zaragoza había inscrito la finca a su nombre en el Registro y la había cedido en permuta a los cónyuges también demandados, que inscribieron a su nombre la misma. Suplica se dicte sentencia declarando que la Comunidad actora es propietaria y en pleno dominio del Balsón del Pilar; que el Ayuntamiento no ha adquirido legalmente la citada finca y su pretendido título es nulo; que es nula asimismo la permuta hecha a favor de don Jaime Balet y esposa, y que es nula, por tanto, la inscripción consiguiente.

El Ayuntamiento de Zaragoza contesta a la demanda oponiéndose, manifestando que la Comunidad de Regantes no ha tenido nunca la posesión del Balsón ni como dueña, ni pública, ni pacíficamente, y lo único que se ha concedido es verter aguas y pasar un escorredero por dicho Balsón, y que la finca se inscribió a favor del Ayuntamiento, por lo que formula reconversión para que se declare su propiedad.

Los otros demandados también se oponen a la demanda, formulando, además, reconvencción por entender que la servidumbre de desagüe debe declararse extinguida por haber prescrito la forma de prestarse desde que se construyó el escorredero.

En el trámite de réplica, la parte actora insiste en sus pretensiones, alegando frente al Ayuntamiento que no han pasado dos años desde la fecha de la inscripción, por lo que ésta no es definitiva, y niega, frente a los otros demandados, que haya habido cambio en el uso o destino de la finca.

El Juez de Primera Instancia número 6 de los de Zaragoza desestimó la demanda y la reconvencción de los cónyuges Balet-Herrero, y estimó la reconvencción del Ayuntamiento, declarando que la finca pertenecía a éste al otorgarse la escritura de permuta, y, por tanto, que ésta es válida y lícita.

Apelada la anterior sentencia por el Sindicato de Riegos y por los señores Balet-Herrero, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia desestimando la apelación.

Tanto el Sindicato de Riegos como los cónyuges Balet-Herrero interponen recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos.

En cuanto al recurso interpuesto por el Sindicato de Riegos, señala que falta la claridad y precisión en los motivos, pues en uno solo de éstos se acumulan el error de hecho y el de derecho en la apreciación de la prueba, pretendiéndose una revisión completa de la prueba documental.

En cuanto al recurso interpuesto por los cónyuges Balet-Herrero, es de interés el «Considerando» último:

«Considerando que el segundo recurso formulado por los esposos señores Balet contiene un motivo único, que al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del artículo 547 del Código civil, a cuyo respecto hay que advertir que para que la tesis jurídica, razonada y justa, que defiende el único motivo del recurso, fuera aplicable al caso de autos, habría de partirse del supuesto de hecho que resuelve en sentido contrario la sentencia recurrida, la cual establece, como resultado de la prueba, consistente principalmente en la de testigos, incluso traídos por el Ayuntamiento, y la comprobación personal del Juez por reconocimiento judicial, que con motivo de la construcción del escuridero actual no ha variado la forma de prestarse por el fundo sirviente, aseverando que las aguas sobrantes del riego, en ocasiones van al «Balsón» por el sobrado o aliviadero que hay en la parte superior del escuridero, como pudo constatar el reconocimiento judicial, apareciendo entonces la finca prácticamente anegada, es decir, que continúa existiendo la necesidad de mantener la servidumbre, y como esta afirmación básica no ha sido combatida, hay que desestimar el recurso.»

ACCION REIVINDICATIVA. VALOR DE LA CONFESION JUDICIAL. PRUEBA DE TITULO DE DOMINIO: NO PUEDE PROSPERAR LA ACCION REIVINDICATORIA EJERCITADA POR QUIEN RECLAMA PARA SI EXCLUSIVAMENTE UN LOCAL, SI EN UN JUICIO ANTERIOR EN QUE FIGURABA COMO DEMANDADO CONFESO QUE NO ERA EL UNICO DUEÑO DEL LOCAL, PORQUE DICHA CONFESION JUDICIAL IMPIDE DAR POR PROBADO EL TITULO DE DOMINIO (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Don José Pallas Sanz formuló demanda contra don Jacinto Corvino Lacasa y don Miguel Planas Ariza, alegando que en anterior juicio se había dictado sentencia firme decretando la nulidad de la venta a favor del ahora demandado por haber sido otorgada por quien ya no tenía poder del actor. Suplica se dicte sentencia declarando al actor legítimo propietario del local de negocio, condenando a la parte demandada a entregarle el local que ostentaba en virtud de esa compraventa nula.

Contestó a la demanda don Jacinto Corvino Lacasa oponiéndose porque el propio actor había reconocido en ese anterior juicio que el local no le pertenecía exclusivamente, sino a una sociedad privada que tenía constituida con otros dos socios.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Zaragoza dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que dio lugar a la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, estima el recurso, siendo de mayor interés lo que se dice en los «Considerandos» 5.º, 7.º y 8.º de la primera sentencia:

«Considerando que... es verdad que el actor, en confesión judicial rendida en el anterior juicio—folio 112 de los autos del Juzgado, en la que

aparece testimoniada—, y en la que ha vuelto a rendir en el pleito actual—folio 176—, ha reconocido, de manera expresa y terminante: a) que él no era el único dueño del local litigioso, sino que pertenecía a la sociedad antes aludida; b) que aunque figuraba a su solo nombre, era porque así lo habían convenido los socios, y c) que lo reclama exclusivamente para sí, sin haber obtenido permiso de los demás socios, y que tampoco había ofrecido a los demandados la devolución del precio que éstos habían satisfecho a su hijo, por la venta anterior.»

«Considerando que disponiendo el artículo 1.232 del Código civil, que la confesión hace prueba contra su autor—corroborando lo establecido en el artículo 580, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y ordenando el artículo 1.233 de dicho Código que la confesión no puede dividirse contra el que la hace, es evidente que el juzgador de instancia estaba obligado, conforme a esas normas legales, a otorgar la confesión del actor el valor y eficacia que aquellas normas le confieren, por lo que al reconocer dicho demandante que él no era dueño exclusivo del local litigioso que reclamaba como único y exclusivo propietario, el referido Tribunal de instancia venía obligado a proclamar como afirmación fáctica precisa para su fallo, ese reconocimiento, y al no hacerlo así, ha conculcado esas normas de obligado acatamiento en la apreciación probatoria, por lo que, el motivo del recurso, en que tal contravención se acusa, tiene que ser acogido.»

«Considerando que por esa misma razón fáctica, proclamado que el actor no era dueño exclusivo de la cosa que para sí reclamaba, tiene que ser acogido también el motivo segundo del recurso, en el cual, con invocación del párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la infracción por violación (determinación del alcance) de las normas contenidas en el artículo 348 del Código civil, párrafo segundo, puesto que al ejercitarse una acción reivindicatoria, el demandante tiene que probar plenamente su título de dominio, y en el caso presente, el propio señor Pallas Sanz reconoce expresamente que no es propietario único del inmueble que para sí reivindica y, además, no ha demostrado que obrara en nombre de la sociedad o comunidad propietaria, por lo que no podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria que intentaba, según reiteradamente tiene establecido la jurisprudencia—Sentencias de 6 de abril de 1896, 5 de junio de 1918, 17 de junio de 1927, 3 de febrero de 1930, 13 de noviembre de 1959, 11 de diciembre de 1961 y 9 de junio de 1964—.»

DERECHO SOBRE EL SUELO Y PASTOS DE UNA FINCA, LITISCONSORCIO: NO ES NECESARIO QUE EL AYUNTAMIENTO TITULAR DE ESE DERECHO DEMANDE TAMBIEN A LOS PROPIETARIOS DE LA FINCA, SI LA DEMANDA VA DIRIGIDA A EVITAR LAS PERTURBACIONES EN EL EJERCICIO DEL MISMO POR PARTE DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL PUEBLO COLINDANTE. LA INCLUSIÓN DE PARTE DE LA FINCA EN OTRO TERMINO MUNICIPAL NO AFECTA A LA TITULARIDAD REAL Y REGISTRAL SOBRE LA TOTALIDAD DE LA FINCA. LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA ES IURIS TANTUM (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—El Ayuntamiento de Valdestillas formula demanda contra la Comunidad de Propietarios de Navaconcejo, suplicando se dicte sentencia por la que se declare, entre otros extremos, que el Ayuntamiento de Valdestillas ostenta un derecho de suelo o pastos sobre una franja de terreno perteneciente a la Dehesa Boyal de Valdestillas, a pesar de que la misma había sido incluida en el término municipal de Navaconcejo, en virtud de un deslinde de términos.

La Comunidad demandada contesta oponiéndose, alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandados los propietarios, entre otros defectos.

El Juez de Primera Instancia de Plasencia dictó sentencia estimando la demanda, que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los «Considerandos» 3.º y 6.º:

«Considerando que en el motivo segundo se invoca la doctrina jurisprudencial de que nadie puede ser condenado sin ser oído y ha de rechazarse igualmente con respecto al Estado y al propietario o propietarios a que se refiere, ya que la sentencia recurrida declara que los mismos carecen de interés legítimo en la litis, porque sus derechos no son controvertidos, puesto que la acción sólo se ejercita contra quien, como los componentes de la Comunidad demandada, impiden el ejercicio de sus derechos a los vecinos de Valdastillas y existentes del terreno, cuya extensión y linderos han de quedar inalterables, al margen de la presente litis.»

«Considerando que a la vista de los hechos reconocidos por la sentencia recurrida, no combatidos en forma eficaz a través del único motivo formulado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decaen los motivos tercero, quinto y sexto, todos ellos formulados al amparo del número primero del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacen supuesto de la cuestión, acusándose en el tercero la violación por inaplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y en el quinto por el mismo concepto la del artículo 348 del Código civil y del propio artículo 38 de la Ley Hipotecaria, los que han de ser desestimados, porque declarado por la sentencia recurrida que el terreno sobre el que versa la discusión ha pertenecido y pertenece a la Dehesa Boyal de Varios Sitios, del Ayuntamiento de Valdastillas, no puede ser combatido a través de este motivo, partiendo de un supuesto contrario al sentado por el Tribunal *a quo*, ni la presunción que opone la parte recurrente derivada de su inscripción registral, no pasa de ser una presunción *juris tantum*, cuya eficacia ha quedado enervada por las apreciaciones fácticas de la sentencia recurrida, que da como acreditado, que administrativamente se llevó a cabo una rectificación de límites del término municipal de Navaconcejo y consecuencia de ello el triángulo de terreno conflictivo, que formaba parte integrante de la Dehesa Boyal de Varios Sitios inscrita con su correspondiente cabida de 45 hectáreas, al correrse el lindero del término municipal de Navaconcejo en su límite con el de Valdastillas, alcanzó en su extensión parte de la expresada Dehesa Boyal de Varios Sitios, que en unas 27 hectáreas quedó emplazada dentro del término municipal de Navaconcejo, que es el triángulo o terreno conflictivo, lo que no puede motivar variación alguna en la titularidad real y registral que en la totalidad de la extensión de dicha finca corresponde al Ayuntamiento de Valdastillas, ni motivar la adición de dicho terreno a los que en término de Navaconcejo, en dicho lindero, pertenecía o poseía la Comunidad demandada, sin que en el caso presente entre en juego el contenido del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo, cual pretende el recurrente, porque aparte de ser una cuestión no planteada en la instancia, declarada por la sentencia que dicha faja de terreno es parte integrante de la Dehesa Boyal del Ayuntamiento accionante e inscrita a su nombre, la legitimidad registral está a favor del mismo; y en cuanto al sexto motivo, debe correr la misma suerte que los anteriores, pues aparte de su imprecisión en cuanto a los preceptos cuya violación por inaplicación acusa, 1.930, párrafo primero, 1.940,

1.941, 1.949, 1.950, 1.952, 1.953, 1.957, 1.959 y 1.960 del Código civil, sin discriminación alguna, lo que podría motivar una causa de inadmisión que en el actual momento del proceso sería de desestimación, hace supuesto de la cuestión, contrariando las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida, por lo que procede igualmente su desestimación.»

APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRANEAS: ESTA CONDICIONADO A QUE NO SE DISTRAIGAN AGUAS DE SU CORRIENTE NATURAL. LEY DE 11 DE FEBRERO DE 1969 REFERENTE A LA CUENCA DEL GUADALQUIVIR. ABUSO DE DERECHO: CIRCUNSTANCIAS QUE LO DETERMINAN, QUE NO SE DAN EN EL PRESENTE CASO. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1976.)

Hechos.—La entidad mercantil «Vegarada, S. A.», interpone demanda contra el Ayuntamiento de Baza y personas desconocidas e ignoradas afectadas, sobre propiedad de aguas alumbradas, dado que las obras de sondeo de dicha entidad habían quedado suspendidas a raíz de un interdicto promovido por el Ayuntamiento demandado por entender que el pozo-sondeo realizado por aquélla afectaba a los caudales de los manantiales denominados «Las Siete Fuentes». Suplica se dicte sentencia declarando que son propiedad de la actora las aguas que se obtengan por alumbramiento del sondeo efectuado y que la misma tiene derecho a continuar las obras de alumbramiento y explotación de las aguas, con el caudal aforado por la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Granada.

El Juez de Primera Instancia de Baza dictó sentencia desestimando la demanda, que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

La actora interpone recurso de casación por infracción de ley: infracción por interpretación errónea de los párrafos primero y segundo del artículo 23 de la Ley de Aguas, y de los artículos 415 y 418 del Código civil; violación del artículo 6.º de la Ley de 11 de febrero de 1969, que previó para el futuro la promulgación de las normas que los resultados de la investigación hiciesen necesarias; violación del artículo 7.º, párrafo segundo, del Código civil y la doctrina legal establecida por las sentencias que citaba.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que en relación con el primer motivo del recurso, como premisa obligada hay que partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que, por aceptación de los considerandos de la de primer grado, establece la conclusión, basada en el análisis minucioso de una profusa prueba pericial, de que la extracción del caudal que se pretende, incontrolada en una sola perforación, supondría un gravísimo quebranto del equilibrio hídrico de la comarca, pues al descender el nivel freático el caudal del pozo disminuye inevitablemente y deja secos los manantiales de los entornos, premisa de hecho que no ha sido combatida por el cauce adecuado.»

«Considerando que, esto supuesto, la jurisprudencia de esta Sala, reiterada en numerosas sentencias, entre las que puedan citarse como recientes las de 30 de junio de 1973 y 8 de octubre de 1970, ha tenido que recordar que los derechos reconocidos por el artículo 23 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 a los propietarios de terrenos, de alumbrar y aprove-

chase de las aguas subterráneas que existen bajo la superficie de sus fincas, no son absolutos, ya que están subordinados a los derechos de explotación preexistentes, al condicionar aquella facultad a que no se distraigan o aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural; y en su virtud no se ha producido la infracción que se denuncia en el motivo primero del recurso. »

«Considerando que la Ley de 11 de febrero de 1969 fue dictada como consecuencia de un plan de estudio hidrogeológico de la cuenca del Guadalquivir que permitiese determinar las reservas y recursos de aguas subterráneas con la ayuda técnica y económica del Fondo Especial de las Naciones Unidas, proyecto que se extiende a una zona de unos treinta y cinco mil kilómetros cuadrados y respecto del cual advierte el preámbulo de dicha ley que toda la investigación puede resultar inservible y los frutos de la misma malograrse si no se adoptan las medidas oportunas que permitan salvaguardar a aquella de injerencias extrañas e irresponsables, pues la ejecución de las labores de captación en áreas sujetas a investigación perturba las condiciones hidrogeológicas y los factores característicos de los acuíferos, preámbulo que expone la justificación del rigor con que deben contemplarse las nuevas captaciones en aquella zona no sólo incluida expresamente en el número ocho del artículo cuatro del citado Plan, sino que, además, afecta gravemente a los aprovechamientos vigentes en la misma, a lo que hay que añadir que el artículo sexto de dicha ley, invocado en el segundo motivo del recurso, dispone que finalizada en su totalidad la investigación programada para cada una de las áreas se dictarán las disposiciones adecuadas que regirán en el futuro la ejecución de nuevos alumbramientos y la ampliación de los ya existentes con vistas a garantizar el aprovechamiento integral óptimo de las disponibilidades reales de las diferentes cuencas; es decir, anuncia una normativa de futuro que no se ha invocado por el recurrente como base de su defensa y, por tanto, no ha podido producirse la violación que se denuncia en el segundo motivo del recurso, lo que implica la desestimación del mismo.»

«Considerando que, como se ha dicho reiteradamente por este Tribunal, el abuso de derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica, y si en los derechos, que son intereses que ya tienen dicha protección por ser renunciabiles no se permite en nuestro sistema procesal, de jurisdicción rogada, la protección judicial oficiosa sin impetrarlo la parte por medio de la acción, con mayor motivo no podrá estimarse de oficio cuando de simples intereses se trate; por lo que, no habiéndose alegado oportunamente en la instancia, no procede admitirlo por tratarse de una cuestión nueva no debatida; pero sí, como defiende parte de la doctrina científica, se estimara que el abuso de derecho es una cuestión jurídica como derivada de un mandato legal destinado a los Jueces, siempre resultaría necesario que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida o rectificadas por el mecanismo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resultase manifiesto el abuso en las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo, o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, nada de lo cual aparece probado (Sentencia de 4 de octubre de 1961), a lo que hay que añadir que no puede invocarse cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal (Sentencia de 30 de junio de 1970); por todo lo cual hay que desestimar también el motivo tercero y último, y con él el recurso.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ESTA REFLEJADO EN LA NORMATIVA DE LA LEY ESPECIAL. SON VALIDOS LOS ARTICULOS DE LOS ESTATUTOS QUE ESTABLECEN LA EXCLUSION DE LOS LOCALES DE LA PLANTA BAJA Y SOTANOS, DE LOS GASTOS DE PORTERIA, ALUMBRADO DE PATIO, PORTAL Y ESCALERA Y ASCENSORES (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1976).

Hechos.—Don José Torres Viñoles, por sí y en representación de la Comunidad de Propietarios de la finca número 2 de la calle de Baldoví, de Valencia, presentó demanda contra don José María Iváñez de Lara Trenor y otros, titulares de los locales de planta baja y sótanos, suplicando se dicte sentencia declarando la nulidad de los artículos del Estatuto de la Propiedad Horizontal que excluyen a la planta baja y sótanos de los gastos de portería, alumbrado de patio, portal y escalera y de ascensores, que deberán ser sustituidos por otros en que conste la contribución a esos gastos por partes iguales o con arreglo a la cuota de participación en los elementos comunes, siendo aquéllos nulos de pleno derecho, así como el asiento registral, por ser contrarios a la ley y lesivos para los derechos de propiedad de parte de los condueños.

El Juez de Primera Instancia número diez de los de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda, que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

La parte demandante interpone recurso de casación por infracción de ley, por los siguientes motivos: 1.º) Infracción, por violación negativa e inaplicación de los artículos 9.º y 20 de la Ley de 21 de julio de 1960, en relación con el artículo 4.º del Código civil, pues el número quinto del citado artículo 9.º es imperativo, sin que pierda este carácter porque se admita la posibilidad de que los interesados señalen una determinada forma, cuota o participación, ya que no es dable soslayar el categórico «contribuir», es decir, no cabe admitir que los interesados puedan prescindir o eliminar el principio básico y esencial de la contribución a los gastos. 2.º) Infracción por interpretación errónea de los artículos 5.º, párrafo tercero, y 9.º, regla quinta, de la Ley de 21 de julio de 1960, y artículo 396 del Código civil, pues de los elementos comunes no puede prescindirse por separado, sin que la voluntad privada pueda alterar derechos, suprimirlos o suprimir obligaciones.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que la única cuestión a resolver, estrechamente relacionada con la motivación del recurso, es la de si procede declarar la nulidad de los artículos 11, 12 y 13 de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios del inmueble situado en la calle Baldoví, número 2, de Valencia, incorporados a la escritura de 14 de noviembre de 1966—folios 350 y siguientes—, por ser contrarios a la ley y lesivos para los derechos de propiedad de parte de los condueños, como pretenden los recurrentes o no implican vulneración de las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal. criterio de los demandados y recurridos, acogido por el Tribunal de la instancia.»

«Considerando que, evidentemente, una de las varias características de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas de derecho necesario. Ahora bien, ello no implica que, respecto a dicha clase de propiedad, no sea de aplicación, en ningún caso, el principio de la autonomía de la voluntad, consignado en el artículo 1.255 del Código civil. porque, según se expresa en la Disposición transitoria primera de la ley mencionada, los

Estatutos aprobados por la Junta de Propietarios podrán ser aplicados cuando no contradigan lo establecido en la misma. En la exposición de motivos de esa ley especial se admite "que por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta se modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley". En el párrafo final del artículo 396 del Código civil, precedente de dicha ley, se dispone que "esta forma de propiedad se regirá por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados". En el párrafo tercero del artículo 5.º se expresa que el título constitutivo podrá contener, además de las circunstancias mencionadas en los dos párrafos anteriores, las reglas de constitución y ejercicio del derecho y *disposiciones no prohibidas*, en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicio, gastos, seguros, conservación y reparaciones, formando su estatuto privativo que perjudicaría a terceros, cuando haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad, cual sucede en el caso de autos. En el número quinto del artículo 9.º se permite la intervención de los propietarios en la fijación de la cuota de participación, conforme a la cual han de contribuir a los gastos generales. El artículo 6.º permite a los propietarios fijar normas de régimen interior, que obligarán a todo titular, mientras no sean modificados. En el artículo 2.º se permite a la Junta de Propietarios determinen el tiempo y la forma de efectividad de las obligaciones del número cinco del artículo 9.º, así, pues, lo anterior pone de manifiesto que el principio de la autonomía de la voluntad, con sus límites naturales, está reflejado en la normativa de dicha ley especial.»

«Considerando que, indudablemente, el contenido de los artículos, cuya nulidad fue desestimada, denotan no vulnerar las normas de la ley especial mencionada al no rebasar lo permitido en el artículo 1.255 del Código civil, como lo acredita la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, que ha de ser aceptada íntegramente, porque ninguno de los motivos están amparados en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la ley procesal civil—Considerando cuarto de la sentencia del Juzgado, aceptado, y segundo de la sentencia recurrida—derivada de los medios probatorios obrantes a los folios 176 en relación con el 162, 314, 189 y 171 de los autos. La circunstancia de que se tenga en cuenta para fijar la cuota de participación el uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes, no sólo no es contrario a la ley especial, sino que figura en el párrafo segundo del artículo 5.º de la misma. Las exclusiones de la planta baja y sótanos, establecidas en los artículos 11, 12 y 13 de los estatutos están causadas por el no derecho a portería o conserjería—artículo 11—; por el no uso del alumbrado del patio y portal y de la escalera—artículo 12—y de los ascensores—artículo 13—. En la fijación de la manera de contribuir a los servicios se tiene en cuenta no sean susceptibles de *individualización*—número cinco del artículo 9.º—, y sí lo son los mencionados en dichos artículos estatutarios, que no afectan a los locales de la planta baja y sótanos.»

«Considerando que los razonamientos anteriores han de causar la inviabilidad de los motivos primero y segundo, amparados en el ordinal primero del artículo 1.692 de la ley procesal citada, en los que se aducen inaplicación de los artículos 9.º y 2.º (1) de la ley especial referida, e interpretación errónea del párrafo tercero del artículo 5.º y regla quinta del 9.º de la misma, respectivamente, pero es que, además, por lo que se refiere al motivo primero, fue tenido en cuenta al artículo 9.º—Considerando primero de la sentencia impugnada—, y el segundo no se razona, y su supuesto no es el de autos, y en el motivo segundo se hace supuesto de la cuestión, como lo

(1) Aunque el «Considerando» dice el artículo segundo, el motivo del recurso alude al artículo veinte, y éste es sin duda, dado su contenido, el que hay que tener en cuenta.

revelan los razonamientos utilizados. En cuanto a la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1970, invocada en el motivo primero, no ofrece duda que, además de que no se cita concepto de infracción ni de que por sí sola no integra doctrina, contempla el supuesto de la no exención al pago de los gastos de conservación anejos a la participación de elementos comunes, totalmente diverso al controvertido y resuelto en la instancia.»

REDENCION DE CENSO: DETERMINACION DEL CAPITAL ESTANDO FIJADA LA PENSION EN ESPECIES. NO CABE ALEGAR ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN EL MISMO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION. DOCUMENTO AUTENTICO EN CASACION. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—La Compañía Mercantil «Andaluza de Inversiones, S. A.», formula demanda contra don Antonio Rojas González y, por fallecimiento del mismo, contra don Manuel Rojas y Rojas, actual titular del censo que grava la finca de la entidad actora, el cual consta descrito así en los títulos y en el Registro: «Censo, pensión o carga perpetua de 82 fanegas de trigo, con dos décimas quintas partes de otra y 41 fanegas de cebada y una décima quinta parte más, cuyo capital de censo, al tipo del cinco por ciento anual y al precio de dichas especies, consiste en 24.754 pesetas 99 céntimos y sus réditos anuales en 1.237 pesetas.» Suplica se dicte sentencia declarando el carácter redimible de dicho censo, siendo el capital a efectos de redención la suma de 24.754 pesetas con 99 céntimos, que el actor debería pagar al demandado.

El demandado contesta oponiéndose porque en anterior sentencia en pleito seguido con la hoy actora sobre pago de las pensiones del censo, se determinó la pensión en especie traduciéndola en 58.544 pesetas 52 céntimos cada año, como valor en dinero de la cantidad de trigo al precio legal de este cereal a efectos de pago de la renta de los arrendamientos rústicos, expresándose en dicha sentencia que la «mención en la inscripción segunda de dicho censo y posteriores de unas cantidades en metálico como réditos del capital del censo» no tenía otro alcance ni valor «que el de ser traducción del importe que tales cantidades de frutos tenían en dinero en el momento concreto de constituirse el gravamen, sin desnaturalizar el carácter de canon en especie, sujeto en su valoración monetaria a las fluctuaciones económicas que pudiese presentar el precio de las especies pactadas como pensión. Además, alega que no había sido avisado por la entidad censataria acerca de que se propusiese llevar a efecto la redención, ni le había ofrecido anticiparle el pago de una pensión anual. Solicitaba al Juzgado se desestimase la demanda y estimase la reconvencción que formulaba declarando que el capital para redimir el censo a que se refería el litigio se determinaría por el precio medio que hubiese tenido el fruto en que consiste la pensión del censo en el último quinquenio anterior a la redención.

El Juzgado de Primera Instancia de Antequera desestimó la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes litigantes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia revocando parcialmente la del Juzgado, desestimando la demanda, pero estimando la reconvencción y mandando que se rectificara la inscripción registral del censo relativa a que el capital era 24.754 pesetas con 99 céntimos por la siguiente oración: «cuyo capital del censo se determinará por el precio medio de dichas especies, al tipo del cinco por ciento anual.»

La entidad demandante interpone recurso de casación por incurrir la Sala sentenciadora en doble error de hecho y de derecho en la apreciación

de la prueba, resultando ambos errores del examen de la certificación del Registro de la Propiedad de Antequera, pues el capital del censo estaba fijado en 24.754,99 pesetas; por aplicación indebida del artículo 1.289 del Código civil y falta de aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del propio Código; por aplicación indebida del artículo 1.611 del Código civil, pues éste sólo es aplicable cuando no fuere conocido el capital del censo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, ya que el error de hecho y el de derecho son totalmente distintos no sólo en su génesis, sino en su alcance y significación, lo que impide que se puedan aducir conjuntamente en un solo motivo; por otro lado, los documentos invocados como básicos del error no son auténticos a efectos de casación; además, la determinación del capital del censo fue resuelta por la sentencia firme anterior.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: EXISTE IDENTIDAD EN LA CAUSA CUANDO LOS TITULOS ALEGADOS SON LOS MISMOS QUE FUERON OBJETO DE ESTUDIO Y ANALISIS EN EL ANTERIOR LITIGIO, POR EXISTIR IDENTIDAD EN EL FUNDAMENTO O RAZON DE PEDIR. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—La demanda interpuesta por la entidad «Rústicas, S. A.», contra doña Purificación Terrades Gil fue desestimada en ambas instancias por haber sido resuelta la cuestión en anterior pleito, dando lugar a la excepción de cosa juzgada.

La entidad demandante interpone recurso de casación por dos motivos: interpretación errónea del artículo 1.252 del Código civil y aplicación indebida del mismo precepto, fundándose en que para que exista cosa juzgada es necesario que la sentencia anterior haya resuelto el problema debatido, sin bastar que haya conocido del mismo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso, por la doctrina que consta al principio, en el resumen de esta sentencia.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL SUBSUELO, COMO ELEMENTO COMUN, NO PUEDE SER MODIFICADO SIN AUTORIZACION DE LA COMUNIDAD, A PESAR DE LA CLAUSULA ESTATUTARIA QUE PERMITE SUPRIMIR TABIQUES DIVISORIOS O ABRIR HUECOS EN PAREDES MEDIANERAS, PUES EN ESTA SE DICE QUE ES «SIN AFECTAR A SOPORTES O PILARES NI DEMAS PARTES COMUNES DE LA FINCA». NO SE DA EL ABUSO DE DERECHO. PARA PEDIR LA NULIDAD DE UNA CLAUSULA DE LOS ESTATUTOS CONTRARIA A LEY BASTA QUE LO SOLICITE CUALQUIERA DE LOS CONDOMINOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Don Alfredo Bidema García, por sí y como Presidente de la Comunidad de Propietarios de Doctor Fleming, número 56, formuló demanda contra don Samuel Paul Hunter y su esposa y contra la entidad «Leisure Industrias Internacionales, S. A.», suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1) Declarando que los demandados don Samuel Paul Hunter y su esposa, como propietarios que fue-

ron del local comercial número 5 de la finca sita en la calle del Doctor Fleming, número 56, de Madrid, procedieron a la alteración de un elemento común, como el subsuelo de la citada finca, perteneciente en copropiedad a todos los comuneros, al haber realizado obras consistentes en la apertura del suelo del referido local, excavación y vaciado del subsuelo y construcción en ese lugar de una piscina, para lo cual no estaban autorizados por el resto de los copropietarios de la referida casa. 2) Declarando, asimismo, que el contenido del párrafo último del artículo 2.º de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, que dice que «los propietarios de los locales comerciales quedan facultados para dividirlos y agruparlos entre sí, incluso con los de las mismas fincas colindantes y establecer libre comunicación, utilización y acceso entre los mismos, pudiendo al efecto suprimir tabiques divisorios o abrir huecos en las paredes medianeras sin afectar a soportes o pilares ni demás partes comunes de la finca», no supone ni otorga autorización alguna para proceder, como se ha hecho, a la alteración del subsuelo de la citada finca. O, en otro caso, con carácter alternativo, se declare que el párrafo último del mencionado precepto estatutario viola la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en especial sus artículos 5.º, 7.º, 11 y 16, al permitir a un copropietario alterar el subsuelo de la finca, elemento común, sin contar con el consentimiento unánime de los demás copropietarios y, en consecuencia, declarando nulo el citado precepto estatutario en su párrafo último y mandando que se inscriba esta declaración en el Registro. 3) Declarando que ni el párrafo último de dicho artículo estatutario ni ningún otro establece o crea un derecho real de superficie, ni cualquier modalidad del mismo, a favor del propietario del local comercial, que permita tanto el derecho a construir sobre el subsuelo como el de mantener lo construido en propiedad ajena. 4) Condenando a los cónyuges demandados y a la entidad demandada, actual titular registral del local, a reponer el subsuelo de la finca al que tenía antes de la instalación de la piscina.

El Juez de Primera Instancia número 5 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sin entrar en el examen de la cuestión que exponía el demandante en forma alternativa, pues declaraba que el párrafo último del artículo 2.º de los Estatutos no suponía ni otorgaba autorización alguna para la alteración del subsuelo construyendo una piscina.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó íntegramente el fallo de Primera Instancia.

Doctrina de la Sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada:

«Considerando que los dos primeros motivos en que por el cauce del número primero del artículo 1.692 se denuncia violación de los artículos 396 del Código civil en la nueva redacción dada por la Ley de 21 de julio de 1960 y del artículo 3.º, apartados a) y b) de dicha ley han de ser desestimados tanto porque al haber sido aplicados, la supuesta infracción de los mismos sería en todo caso interpretación errónea y no violación, como porque en ambos se parte del supuesto falso de estimar que el suelo sobre el que el edificio está edificado no es elemento común, cuando, constituyendo el inmueble una sola finca, con independencia de que en una parte sólo exista un sótano y planta baja, el solar es un todo y la propiedad exclusiva está limitada al local con suelo y techo como linderos inferior y superior.»

«Considerando que la misma suerte adversa ha de correr el motivo tercero, en que se denuncia la violación de los artículos 1.281, 1.284 y 1.289 del Código civil, porque al establecerse en la cláusula cuya interpretación se pretende hacer “sin afectar a soportes, pilares ni demás partes comu-

nes." es evidente que el subsuelo no puede, como elemento común, ser modificado sin autorización de la comunidad.»

«Considerando que cualquier copropietario puede solicitar de la autoridad judicial la declaración de nulidad de un precepto estatutario contrario a la ley y por ello ha de ser desestimado el cuarto motivo, tanto más cuanto aun cuando así no fuera, la sentencia no declara la nulidad de la cláusula, sino que la interpreta con todo acierto.»

«Considerando que tampoco se da el abuso de derecho alegado en quinto y último motivo, porque éste no puede existir cuando se ejercita un derecho que ha sido desconocido y vulnerado, como en el presente caso lo ha sido por los recurrentes.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SON DEFRAUDADORES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL LOS QUE DE CUALQUIER MODO MENOSCABEN LOS DERECHOS DEL AUTOR. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1977)

Hechos.—El escritor Pío Baroja celebró un contrato de edición de sus obras con la empresa individual «Editorial Planeta». Esta cedió los derechos de edición a «Editorial Planeta, S. A.». Los herederos de don Pío Baroja demandan la resolución del contrato de edición, por incumplimiento del mismo a causa de la cesión inconsentida. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Según la tesis de los recurrentes, la simple circunstancia de que el autor de una obra literaria haya concertado con una empresa la edición de la misma, le impide que mientras dure ese contrato pueda perseguir las defraudaciones que a su propiedad se hagan por quien adquirido del editor, y sin consentimiento del autor, el derecho de edición, aunque después se declare nula tal inconsentida cesión; tesis ésta cuya simple enunciación está proclamando su inconsistencia, pues dejaría al autor desprovisto de todo derecho y a merced de cualquier cesión que a sus espaldas se realizare.

Toda la argumentación de los recurrentes se basa en estimar que la cesión del contrato de edición que realizó «Editorial Planeta»—empresa individual—en favor de «Editorial Planeta, S. A.»—empresa colectiva—, fue correcta y hubo de desplegar toda su eficacia; mas como ello no fue así, sino que la pretendida asunción de deuda por parte de «Editorial Planeta, S. A.», se verificó sin consentimiento del acreedor—el autor de la obra literaria o sus causahabientes—, resulta evidente que no puede legitimar la edición, distribución y venta de las obras de don Pío Baroja Nessi por «Editorial Planeta, S. A.», en ningún momento, y es como si no se hubiese realizado.

Los defraudadores de la propiedad intelectual a que se refiere el artículo 46 de la Ley de Propiedad Intelectual no son sólo los que mediante el empleo de fraude—civil o penal—lesionan los derechos del autor, sino que abarca también a los que de cualquier modo menoscaben los derechos literarios del autor, publicando ilegalmente sus obras, todas cuyas personas—físicas o jurídicas—tienen que ser castigadas en la vía penal o condenadas en la vía civil a «la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados» para que el derecho del autor quede debidamente restaurado.

RECURSO DE CASACION: NO ES VIABLE SI LAS DISPOSICIONES QUE SE INVOCAN NO TIENEN EL CARACTER DE LEYES DEL REINO.
(SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el recurso de casación, en el fondo, que autoriza el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece de viabilidad si las disposiciones que se invocan no tienen el carácter de Leyes del Reino, como no lo tienen los Decretos emanados de la Administración, ni las prescripciones del mismo origen cuyo rango sea meramente reglamentario, así lo recuerda la Sentencia de 16 de octubre de 1974.

LITISCONSORCIO PASIVO: EL PERJUDICADO EN UN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR TIENE ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA COMPAÑÍA ASEGURADORA, SIN QUE SEA PRECISO QUE DEMANDE AL MISMO TIEMPO AL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1977).

Dictrina de la sentencia.—Constituye doctrina legal que el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento del daño al asegurador que contrató un seguro de daños producidos por un vehículo de motor, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado o que incluso es más onerosa que una obligación solidaria.

Si el derecho reconocido al tercero perjudicado contra el asegurador lo fuera únicamente para exigirle el pago de la indemnización en concepto de obligado subsidiariamente respecto a su asegurado, como en cierta etapa jurisprudencial, hoy superada, sancionó esta Sala, era lógico que ésta entendiera entonces que existía un litisconsorcio pasivo necesario entre ambos sujetos frente a la demanda del perjudicado, de modo que, cual declaró la Sentencia de 4 de noviembre de 1932, la acción de resarcimiento habría de ejercitarse en tal supuesto contra el asegurado como directo obligado, y conjunta y subsidiariamente contra la compañía aseguradora. Sin embargo, una vez consolidada como doctrina legal aquella que consagra la naturaleza directa principal y solidaria de la obligación del asegurador, ya no tiene razón de ser, por lo menos desde el punto de vista del derecho material, la necesidad de demandar en el mismo proceso al asegurador y al asegurado, dado lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código civil, que autoriza al acreedor para que pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios; lo mismo que en la hipótesis, que guarda cierta analogía con la presente, relativa a la acción del perjudicado contra el autor material del daño, al amparo del artículo 1.902, y contra la persona que debe responder por él, conforme al artículo 1.903, los dos del mencionado Código, supuesto en el que este Supremo Tribunal, una vez definido el carácter directo de la obligación que pesa sobre las personas señaladas en el citado artículo 1.903, ha extraído como consecuencia la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre el empleado y su empresario.

En consecuencia, hay que concluir que, si bien el perjudicado puede dirigir simultáneamente su acción contra el asegurador y el asegurado, no pesa, en cambio, sobre él la carga de demandar al mismo tiempo al asegurador y al asegurado.

EL COMPRADOR QUE ADQUIERE UN PISO YA TERMINADO TIENE ACCIÓN CONTRA EL CONTRATISTA DE LA OBRA PARA RECLAMAR POR LOS DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Al comprar los miembros de la Comunidad de que se trata los pisos del edificio defectuoso adquirieron una doble clase de derechos: los correspondientes a la condición de compradores, frente a la entidad vendedora, y los referentes a la condición de propietarios y, por lo tanto, de dueños de la obra; o sea, tanto los derechos reales sobre la misma cosa como los personales derivados de la relación jurídica contractual, como medio de transmisión; de ello ha de colegirse que la actora, en el presente caso, por su cualidad de dueña de la obra, puede ejercitar frente al constructor las acciones derivadas de la construcción defectuosa, por razón de la subrogación real en los derechos del anterior dueño de la obra en relación con dicho constructor; si no se entendiera que se producía tal subrogación, se daría oportunidad para que el dueño de la obra pudiera enajenar el edificio defectuosamente construido, con posible connivencia con el constructor, haciendo ilusorio el derecho del comprador dueño de la obra para reclamar los daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1.591.

Toda vez que el demandado no alegó ni demostró que los defectos de la construcción proviniesen ni de vicios del suelo ni de la dirección, resulta evidente que no tenían por qué ser demandados el Arquitecto ni el Aparejador encargados de la dirección de la obra.

El principio de la relatividad de los contratos, que se suele enunciar brevemente proclamando que las convenciones sólo producen efecto entre las partes contratantes, y no perjudican ni benefician a los terceros, es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra «tercero» adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino que, además, según nuestro Código civil, excluye también a los herederos de los que los otorgan, es decir, a los causahabientes, bien a título universal bien a título singular—legado, compraventa, donación—, por lo que únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes, o sea, los llamados *penitus extranei*; consiguientemente, y por virtud de la regla *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la del derecho transmitido.

Esta Sala tuvo que enfrentarse antes de ahora con el sugestivo problema que hoy se plantea en este recurso, consistente en determinar si tiene o no acción contra el constructor o contratista, el comprador que adquiere un piso cuando ya la construcción se había terminado y que, por tanto, no fue parte en el contrato de ejecución de obra, resolviéndolo en sentido afirmativo, entre otras, en las Sentencias de 5 de mayo de 1961, 11 de octubre de 1974, 17 de octubre de 1974 y 28 de octubre de 1974.

Se denuncia la infracción por violación de los artículos 1.209 del Código civil, que determina que la subrogación de un tercero no puede presumirse fuera de los casos comprendidos en dicho Código, y 1.210, que señala los casos en que dicha subrogación se presume. Con referencia a este motivo, conviene destacar, en primer lugar, que los integrantes de la comunidad actora, compradores de los pisos del edificio litigioso, no son terceros por completo ajenos a los contratantes que intervinieron en el contrato de ejecución de obra, sino causahabientes de uno de ellos, vinculados,

por tanto, a dicho contrato, y, en segundo término, que los preceptos invocados en dicho motivo son reguladores exclusivamente del pago por subrogación y sólo se refieren a esta específica subrogación, que no guarda relación alguna con el supuesto base del litigio.

NECESIDAD DE PRECISION EN LA CITA DE LA DOCTRINA LEGAL.
(SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—El rigor formalista característico de los recursos extraordinarios de casación civil, tan continua y reiteradamente recordado por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, implica el puntual cumplimiento de la exigencia de claridad y precisión contenida en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento. El recurso incide en los defectos formales, pues es manifiesta la imprecisión de la cita por lo que se refiere a la «doctrina legal concordante», sin ni siquiera aducir una sola sentencia en que pudiera estar recogida, limitándose a decir al respecto que «nos remitimos a ella para evitar cansar la atención de la Sala», sin pensar que el verdadero cansancio se produciría con la ingente tarea que la encomienda de buscar las resoluciones relativas al tema y discernir después cuáles serían las que el recurrente creyó podrían ser aplicables al caso.

ES COMPATIBLE UNA INDEMNIZACION DECLARADA POR LA JURISDICCION LABORAL CON OTRA ACORDADA POR LA CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Existe reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de ser perfectamente compatible el percibo de una indemnización declarada por la jurisdicción laboral y otra, que tanto puede obedecer a sentencia firme de orden penal como civil, por lo que no es obstáculo para el conocimiento de los hechos por esta jurisdicción ordinaria que por la viuda y herederos del accidentado hubiesen percibido la indemnización que establece la legislación sobre accidentes de trabajo.

La indemnización que ahora se pretende es independiente y perfectamente compatible con la sancionada en la legislación por accidentes de trabajo, efectivamente cubiertos por un contrato de seguro, mientras que aquélla deriva de una responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 al 1.911 del Código civil.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR SUS HIJOS MENORES DE EDAD ES DIRECTA Y NO SUBSIDIARIA, POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE VIGILAR (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Una menor de edad arrojó la cerilla con la que había encendido un cigarrillo en unos matorrales próximos a la carretera por la que transitaba. Se produjo un fuego, que se propagó hasta un chalet cercano, al que dañó seriamente. El dueño del chalet demanda al padre de la menor causante del daño. Se condenó al demandado a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—De los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida se desprende la existencia de la totalidad de los

requisitos establecidos en el artículo 1.902 para la exigibilidad de indemnizaciones derivadas de la culpa extracontractual o aquiliana, es decir, la producción de un daño en el patrimonio del perjudicado, la responsabilidad subjetiva por parte del autor material del hecho, en este caso la hija del recurrente, y la relación de causa a efecto entre uno y otro, estando sometidos los dos primeros, en cuanto a la *questio facti* que los integran, a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, sin que para nada influya en estos casos la mayor o menor graduación de la culpa atribuida al agente productor del daño, como lo revelan los términos en que está redactado el artículo 1.083 del Código civil ni las circunstancias que puedan rodear el hecho cometido por él, en virtud del principio general de Derecho: *Quod est causa causae, est etiam causae causati*, y porque, conforme a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 1.903 de la Ley Civil sustantiva, en relación con el 14, párrafo 1.º, del Decreto de 11 de junio de 1948, la responsabilidad del 1.902 se extiende a los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad que vivan en su compañía, derivando de modo directo y no subsidiario del incumplimiento por su parte de deberes que impone la convivencia social y familiar de vigilar a las personas que están bajo su dependencia, culpa *in vigilando* que no se puede limitar a prohibir fumar a una menor en su presencia o fuera de ella, sino que debe atemperarse a las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trate, presumiéndose de otra forma su responsabilidad, por lo que en el presente caso no es aplicable lo prevenido en el último párrafo del artículo 1.903.

CONCLUIDO UN NEGOCIO JURIDICO POR UN REPRESENTANTE, EL EFECTO JURIDICO AFECTA DIRECTA Y EXCLUSIVAMENTE AL REPRESENTADO (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Doña Dionisia, de ochenta y siete años de edad, otorgó poder notarial a favor de don Santiago, autorizándole para disponer de sus bienes. El apoderado vendió diversos bienes propiedad de la poderdante. Una vez fallecida ésta, sus hijos y herederos demandan la nulidad del poder y de las ventas hechas. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando son varias las teorías que tratan de explicar el mecanismo de la representación voluntaria en los negocios jurídicos, a alguna de las cuales ya se refirió la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 19 de marzo de 1936, lo indudable es que con arreglo a nuestro Derecho positivo, según resulta, *a sensu contrario*, del artículo 1.717 del Código civil, concluido un negocio jurídico por un representante con poder en nombre del representado, el efecto jurídico en su totalidad afecta directa y exclusivamente a éste, y en nada al representante, por lo que no existe litisconsorcio pasivo necesario entre el comprador y el apoderado del vendedor en el proceso que tenga por objeto la pretensión ejercitada por éste o sus herederos, fundada en la nulidad de los contratos celebrados por el apoderado y el comprador demandado.

En el motivo primero alega la demandada, hoy recurrente, que también debió ser interpelado el representante de la vendedora, no solamente por ser coautor de la simulación, sino porque puede llegar a ser afectado por la declaración judicial de la nulidad de los contratos si el perjudicado o sus herederos le demandan posteriormente exigiéndole la correspondiente responsabilidad civil extracontractual; alegación que no merece ser estimada dado que, según tiene declarado esta Sala, no es necesario que sea demandado aquel a quien no le afecte directa e inmediatamente la relación

jurídico-material controvertida en el pleito, situación en la que, como queda dicho, se encuentra el representante aludido, respecto al cual la recurrente conecta la posibilidad de resultar afectado por la sentencia combatida a un suceso futuro, incierto, aleatorio y en gran parte extraño al proceso que ha dado origen a la presente resolución.

El campo del resultando queda circunscrito a una mera relación o extracto de las pruebas practicadas, pero sin pretensiones de valorarlas con sentido lógico y legal, por ser función ésta que la ley (art. 372 de la de Enjuiciamiento Civil) reserva para los fundamentos jurídicos del fallo.

USURA: NO REZAN EN ESTA MATERIA LAS LIMITACIONES QUE VEDAN AL TRIBUNAL DE CASACION EL JUICIO SOBRE LOS HECHOS (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a la apreciación de las pruebas en materia de préstamos tachados de usurarios, este Tribunal tiene declarado: Primero: Que, en principio, las limitaciones que vedan al Tribunal de casación el juicio sobre los hechos, fuera de los supuestos excepcionales autorizados por la Ley Procesal civil, no rezan en materia de usura, y por esto la jurisprudencia de esta Sala ha acusado la tendencia a extender al ámbito de la casación la función que a los Tribunales en general confiere el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908, a tenor del cual, los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, por lo que puede decirse, conforme a reiterado criterio jurisprudencial, que el juicio que haya formado el Tribunal *a quo* es respetable, pero no intangible en casación. Segundo: Que ante la necesidad de armonizar esa facultad discrecional con las exigencias propias del recurso extraordinario de casación por infracción de ley, esta Sala ha sentado como doctrina que si bien es verdad que en los recursos que versan sobre la aplicación de la Ley Azcárate puede entrar el Tribunal Supremo en el estudio y análisis de la prueba practicada en el juicio, no lo es menos que, para que la casación no quede convertida en una tercera instancia, debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, en tanto no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias apreciadas con arreglo al mencionado artículo 2.º Tercero: Que conforme al mismo artículo, no están obligados los Tribunales en esta clase de juicios a someterse a las reglas de la prueba tasada en materia civil.

NO SE CONSIDERA PAGO POR CUENTA AJENA SATISFACER A HACIENDA EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES POR UN TERCERO CUANDO EL ACTO QUE LO MOTIVO GOZABA DE EXENCION (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Se aduce que el demandado viene obligado a reintegrar a la actora las 91.247 pesetas que en concepto de liquidación del contrato suscrito entre ambos satisfizo a la Hacienda Pública, motivo éste que debe desestimarse, pues si bien es cierto que el pago por cuenta de otro origina una acción de reembolso para reclamar del deudor lo que por éste se hubiese satisfecho, que le otorga el artículo 1.118 del Código civil, no puede tener tal consideración el pago del impuesto realizado por la demandante, toda vez que, según el artículo 67, apartado a), del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos

dicos Documentados, era la demandante la que, como adquirente de los bienes objeto de la compraventa, venía obligada al pago del impuesto, aparte de haberlo así convenido expresamente en el contrato, y además, por tratarse de viviendas de protección oficial, según el artículo 65, número 29, del mencionado ordenamiento legal, gozaba de exención tributaria, por lo que al hacer el pago por sí privó al demandado de ejercitar los oportunos recursos contra dicha liquidación, por lo que es innegable que no ha sido la actuación de aquél la causa de esos perjuicios que reclama, sino que se deben a una actuación fiscal promovida por la demandante, y de los que podrá resarcirse instando de la Hacienda Pública lo que a su interés convenga.

LAUDO ARBITRAL: NO PUEDE COMBATIRSE CON APOYO EN INFRACCIONES DE INDOLE LEGAL (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—La finalidad que el legislador buscó al crear o autorizar el arbitraje de equidad, de características mucho más simples o sencillas que el arbitraje de Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como en el formal, fue la de dirimir las cuestiones que se susciten entre partes en un amplio margen, sin sujetarse a los términos rígidos del Derecho, buscando la conciliación de aquéllas, y apoyándose, por el contrario, de modo preferente en las normas morales o de conciencia, que el artículo 4 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 recoge o ampara bajo la expresión del leal saber y entender del árbitro, no pudiendo, por ende, exigirse ni deducirse de los términos de la ley que el laudo en el arbitraje de equidad pueda ser discutido ni combatido con apoyo en infracciones de índole legal, desprendiéndose así también del artículo 29 de la misma ley, a menos que rebasen preceptos de un acusado carácter de orden público.

La interpretación restrictiva que por la naturaleza del proceso arbitral ha de hacerse del compromiso, no impide que en homenaje al designio amistoso y cordial de la institución, se procure deducir de sus cláusulas las consecuencias que naturalmente derivan, sobre todo cuando a ese resultado puede llegarse sobre examen de todas ellas consideradas como un todo orgánico, que permite conocer la verdadera finalidad perseguida.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

CONTADOR-PARTIDOR: PLAZO DE DURACION DE SU CARGO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1977).

Fallecida una persona bajo testamento en el que señala al contador-partidor como plazo para efectuar la partición el de dos años contados desde el fallecimiento del propio testador y su esposa, y habiéndola practicado en vida de la viuda, la que renunció a los beneficios en la herencia de su difunto esposo, el Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo declara la nulidad de la partición a instancia de algunos de los herederos, siendo esta sentencia revocada por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-

Solana y Espín, declara no haber lugar al mismo, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que al declarar el Tribunal *a quo* que el plazo de dos años, concedido a los contadores-partidores designados en la cláusula décima del testamento de veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y dos para que llevaran a efecto las operaciones divisorias del haber hereditario del causante de los actuales contendientes, que había de contarse a partir del fallecimiento de dicho señor y del de su esposa, debía interpretarse en conjunción con la totalidad del contenido de dicho instrumento notarial, y en especial con el de sus cláusulas tercera, quinta y octava, en el sentido de que la voluntad del *de cuius* fue la de proteger a su cónyuge después de su muerte, de forma tal que ésta pudiera seguir disfrutando de su saneada situación económica, y al deducir de ello que semejante beneficio era renunciable por parte de su titular y que, por consiguiente, las operaciones practicadas el día ocho de septiembre de mil novecientos sesenta y siete eran válidas, a pesar de haberse efectuado dos años antes del óbito de la última, sobrevenido el veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, no incurrió en las infracciones que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los dos únicos motivos del presente recurso: 1.º Porque aun cuando las disposiciones testamentarias deban entenderse en el sentido literal de sus palabras, sin acudir a otras normas interpretativas, a menos que adolezcan de ambigüedad u oscuridad, respecto a la voluntad leal del testador, según se indica en el artículo seiscientos setenta y cinco del Código civil y doctrina jurisprudencial recaída sobre el mismo (sentencias de cuatro de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, nueve de junio de mil novecientos sesenta y dos, veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres, tres de marzo de mil novecientos sesenta y cinco y dos de diciembre de mil novecientos sesenta y seis), ello no impide que los Tribunales puedan apoyarse en reglas de hermenéutica distintas cuando, como aquí sucede, no se pretende fijar el alcance o límites del plazo señalado por la expresada cláusula décima ni la forma de realizar su cómputo, sino simplemente conocer la verdadera intención que movió al testador a concederlo, según se reconoció para un caso, más o menos relacionado con el presente, en la sentencia de esta Sala de seis de abril de mil novecientos sesenta y cinco, sobre todo si se tiene en cuenta que tal función constituye una facultad privativa de los juzgadores de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo se demuestre que la solución a que lleguen sea errónea o equivocada, por contravenir abiertamente la intención del testador (sentencias de primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, veinticinco de abril de mil novecientos sesenta y tres, veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y cinco, dos de diciembre de mil novecientos sesenta y seis y treinta de noviembre de mil novecientos setenta), lo que no ha sucedido en el supuesto que aquí se contempla. 2.º Porque si bien es cierto que los contadores-partidores designados, conforme a lo prevenido en el párrafo primero del artículo mil cincuenta y siete del Cuerpo legal últimamente mencionado, por hallarse sometidos a las disposiciones que regulan el albaceazgo (sentencias de cinco de febrero de mil novecientos ocho y cinco de julio de mil novecientos cuarenta y siete), deben cumplir su encargo en el plazo señalado por el testador o, en su defecto, en el de un año, contado desde su aceptación o desde que terminaron los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento de que se trate o de alguna de sus cláusulas (art. novecientos cuatro), sin que puedan rebasar dicho término, sin dar lugar a la ineficacia de la labor por ellos realizada (sentencias de veintidós de febrero y dos de abril de mil novecientos veintinueve), como consecuencia de la extinción de su mandato (art. novecientos diez), y aun cuando tal misión la llevaron

a efecto antes del fallecimiento de la viuda del testador, en contradicción con lo expresado en la cláusula décima del testamento de veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y dos, no debe olvidarse que, según se ha indicado anteriormente, el momento inicial del cómputo del plazo establecido en dicha cláusula y la permanencia en la indivisión hereditaria, que ello llevaba consigo y que podía imponerse, a tenor de lo prevenido en el artículo mil cincuenta y uno y sentencia de doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, se concedió en beneficio de la referida esposa, la que, por consiguiente, podía renunciarla, conforme a lo prevenido en el artículo seis, número dos, del Código civil, por no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a terceros, como así lo hizo al solicitar de los contadores que llevaran a efecto las particiones, renunciando al legado de usufructo vitalicio de bienes y aprovechamiento de masa de arbolado que le concedía la cláusula octava del testamento, e incluso a una parte de bienes que, por su carácter de gananciales, pudieran corresponderles (considerando séptimo de la sentencia recurrida), con lo que, lejos de perjudicar a los herederos, obtuvieron éstos el beneficio de entrar en posesión de sus bienes con una anticipación de cuatro años al momento en que les hubiera correspondido, obteniendo además algunas otras ventajas económicas de las que no hubieran disfrutado hasta el fallecimiento de la esposa del testador, por todo lo cual ambos motivos deben ser desestimados.

PARTICION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. PRESUNCION DEL CARACTER GANANCIAL DE LOS BIENES (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1977).

Estimado por el Juzgado de Primera Instancia de Monforte de Lemos el carácter ganancial de los bienes relictos, y por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con revocación parcial de la sentencia apelada, el carácter ganancial de unos bienes y privativos del testador de otros, sin reconocer el carácter dotal de los bienes así calificados en el testamento, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la viuda, por las siguientes razones:

Visto siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez.

Considerando que los dos motivos que integran el presente recurso no pueden prevalecer: Primero. Porque la sentencia combatida no infringe lo dispuesto en los artículos mil doscientos cincuenta y mil cuatrocientos siete del Código civil ni la doctrina legal concordante, puesto que la Audiencia parte de la base de que, por regla general, se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, en virtud de una presunción legal que dispensa de toda prueba a los favorecidos por ello, pero que, por ser *iuris tantum*, puede ser destruida por la prueba en contrario, pesando la carga de ésta sobre quien alegue que los bienes litigiosos pertenecen privativamente al marido o a la mujer. Segundo. Porque la apreciación judicial de esta prueba corresponde, en principio, tratándose de pruebas directas, a los órganos jurisdiccionales de instancia y solamente puede ser impugnada en casación por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cauce no utilizado en este caso por la recurrente. Tercero. Porque en lo que se refiere a las presunciones *hominis* únicamente podrían ser impugnadas mediante la invocación ante esta Sala de la infracción de los preceptos del Código civil relativos a tal prueba (arts. mil doscientos quince, mil dos-

cientos cuarenta y nueve y mil doscientos cincuenta y tres), en el caso de haberlas utilizado el Tribunal *a quo* y de que la recurrente estimare que lo fueron indebidamente.

**COMUNIDAD HEREDITARIA.—VENTA DE DERECHOS HEREDITARIOS.
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria en todas sus partes de la del Juzgado de Primera Instancia de Santoña, por entender mal constituida la relación jurídico-procesal, ya que el cesionario de una parte indivisa (en este caso, la mitad) de una herencia debe dirigir su demanda, además de contra el vendedor o los herederos de éste, contra el viudo y los demás coherederos del cónyuge premuerto.

Así resulta de la siguiente parte dispositiva de la sentencia:

Considerando que la parte demandante formuló dos pretensiones: Primera: Que se declare la validez y eficacia de la escritura pública que, con el número mil ciento noventa y dos de su protocolo, autorizó, el día nueve de noviembre de mil novecientos veintiuno, el Notario de Santander don ., en la que don V. A. M. cedió y enajenó a favor de don S. O. O., causante de aquella parte, por el precio de catorce mil pesetas, todos cuantos derechos le correspondían o pudieran corresponderle por la herencia de su finado padre don P. A. M. Segunda: Que se declarase que las doscientas once fincas descritas en el hecho segundo de la demanda formaban parte del caudal hereditario del nombrado don P., cincuenta de ellas adquiridas por éste en estado de soltero y las ciento sesenta y una restantes adquiridas constante matrimonio con doña J. M. V., y que correspondía la propiedad de todas ellas, en una mitad indivisa, a la referida parte demandante, constituida por los herederos del nombrado don S., por su carácter de tales, así como que se ordenara la cancelación de los asientos en el Registro de la Propiedad que pudiesen contradecir tal declaración.

Considerando que el pronunciamiento de la sentencia recurrida por el que se confirma el de la apelada, que acoge la primera pretensión de la parte demandante, ha quedado firme por no resultar afectado por ninguno de los siete motivos del presente recurso, ya que en algunos de ellos se afirma de modo expreso y terminante que se formulan exclusivamente contra el segundo pronunciamiento de la resolución combatida, y el contenido de los restantes revela también con la suficiente claridad que ese pronunciamiento y no el primero es el que se impugna o se trata de desvirtuar.

Considerando que en el primer motivo se alega que «al estimarse legitimada a la parte demandante para la segunda de las peticiones hechas en la súplica de su escrito de demanda», se infringen por interpretación errónea el artículo quinientos treinta y tres, número segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina legal que se cita, «por cuanto que no ha pedido en nombre de la comunidad hereditaria a la que pueden corresponder los bienes cuya declaración de atribución o propiedad pretende», esto es, a la comunidad hereditaria causada por el fallecimiento de don P. A. M.

Considerando que dicho motivo no puede ser estimado porque, aparte de la cuestión relativa a si es adecuada la alegación de la referida norma procesal y ajustado el concepto de la infracción, tanto de la misma como

de la doctrina legal invocada, lo cierto es que el núcleo de la segunda acción ejercitada por la parte demandante quedó centrado en la pretensión de que se declare que es copropietaria en una mitad indivisa de las doscientas once fincas que formaban parte del caudal hereditario de don P. A. M., y claro es que si es éste el contenido final de su segunda petición, no se le podía exigir que, en lugar de contraerse a la mitad indivisa, accionase en beneficio de toda la comunidad integrada por los herederos de dicho causante.

Considerando que en el motivo segundo se aduce que al no aceptar la sentencia recurrida la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre otras personas y los demandados para soportar las pretensiones ejercitadas por la parte actora, en el segundo de los pedimentos de la súplica de su escrito de demanda se infringen el artículo quinientos treinta y tres, número tercero, por interpretación errónea, y, sin concretar el concepto de la vulneración, el artículo quinientos veinticuatro de la Ley de Enjuiciamiento civil, y asimismo, por interpretación errónea, las doctrinas contenidas en los dos grupos de sentencias de esta Sala que se relacionan, motivo que debe ser examinado, cualesquiera que sean los vicios o defectos procesales que fácilmente pueden observarse en su formulación, dado que versa sobre un tema que incluso debe ser examinado de oficio por este Supremo Tribunal.

Considerando que con arreglo a una de las doctrinas invocadas por los recurrentes en dicho motivo, los órganos jurisdiccionales no pueden entrar en el examen del fondo de una pretensión deducida en el litigio sin que sean parte en el mismo todas las personas a quienes puede afectar la futura decisión, y, en aplicación de esta doctrina, debe ser acogido el motivo indicado, toda vez que para que pudiera llegar a declararse que a los herederos del cesionario o comprador de una cuota de la herencia del padre del vendedor, les corresponden en propiedad, aunque sea en una parte alícuota, ciertos y determinados bienes de la herencia indivisa, no basta con que se demande a los herederos del vendedor, por cuanto que habrán de figurar, además, como parte el otro coheredero o, en su caso, el heredero o herederos del último, cotitulares de la comunidad, sin cuyo concurso no podrían llevarse a cabo ni la adjudicación *pro indiviso* total o parcial de los bienes hereditarios ni las operaciones de liquidación, división y adjudicación del caudal integrantes de la partición, y si, como acaece en este caso, a la muerte del causante, don P., «quedaron bienes propios y gananciales», tampoco quedaría bien constituida la relación jurídico-procesal si no figuran como parte el cónyuge viudo o, en su caso, sus herederos, sin cuyo consentimiento tampoco podría llevarse a efecto la previa liquidación de la sociedad de gananciales, a lo que cabe añadir que la ausencia en el proceso del coheredero del vendedor o del heredero o herederos de aquél no puede entenderse subsanada porque la demanda también se dirige contra la herencia yacente del padre del mismo, ya que, en todo caso, tal yacencia había desaparecido, según apreciación del juzgador de instancia.

Considerando que la estimación del motivo segundo hace totalmente innecesario el examen de los dos siguientes e imposibilita el estudio de los tres últimos, por todo lo cual se impone estimar, en definitiva, el recurso sin hacer especial imposición de costas, pero con devolución del depósito constituido, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la ley procesal.

Y en la segunda sentencia mantiene la vigencia de la apelada, en cuanto reconoce la validez de la escritura pública de cesión de derechos hereditarios y revoca el segundo pronunciamiento de la misma, por la que se reconocían como integrantes del caudal relicto determinadas fincas, cuyo carácter de algunas era, en principio, ganancial.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ

LA POSIBILIDAD DE PROPIEDADES PRIVADAS LINDANTES CON EL MAR.

1. INTRODUCCIÓN

En numerosas ocasiones las Salas de lo Contencioso-Administrativo tienen la oportunidad de pronunciarse (y así lo hacen) sobre el importante problema de los enclaves privados en la zona marítimo-terrestre o colindantes con ésta por haberse retirado el mar.

El problema es importante no sólo teóricamente (en razón de los sutiles razonamientos que el vigente Derecho positivo exige para su interpretación), sino también prácticamente contemplado. En efecto, descender al supuesto fáctico supone contemplar el fenómeno de la privatización de las costas que ha sido patente en razón del valor adquirido por el suelo costero gracias al turismo o a las explotaciones marisqueras. Estamos, por tanto, ante uno de esos puntos en que es evidente el significado social y económico de una regulación jurídica (1).

De lo que se trata en este comentario es de apuntar la existencia de pronunciamientos de los Jueces no civiles sobre el tema, constatar los problemas que el Derecho plantea y determinar el valor de dichas sentencias.

2. LAS SENTENCIAS

Las sentencias que como más significativas pueden recogerse son las que siguen: la Sentencia de la Sala 4.ª de 18 de junio de 1965 (Corral de Pesquería, en Sanlúcar de Barrameda; Ponente, excelentísimo señor don José Fernández Hernando), en su 7.º considerando, establece que «conforme a los artículos 1 y 7 (2) de la Ley de Puertos de 1928, y no obstante el carácter de bien de dominio nacional y uso público que el primero asigna a la zona marítimo-terrestre, ha de reconocerse la existencia de fincas

(1) L. MARTÍN RETORTILLO, *RAP*, 56, pág. 553.

(2) *En el primero* se conceptúa la zona marítimo-terrestre y se la califica de dominio público «sin perjuicio de los derechos que corresponden a los particulares».

En el séptimo se habla expresamente de «terrenos de propiedad particular colindantes o enclavados en la zona» para someterlos a la servidumbres de salvamento y vigilancia

de propiedad particular en ellas enclavadas o colindantes con el mar, cuyos dueños ostentan la plenitud de sus derechos dominicales sin perjuicio de que estén sometidas a las servidumbres de salvamento y vigilancia litoral». Y de su 2.º considerando se desprende «que la inscripción primera, que data de 19 de febrero de 1870, procede de un asiento practicado en el año 1859 en el antiguo registro».

La Sentencia de la Sala 4.ª de 19 de junio de 1966 (Islas de Salvora Viento y Noro, de Pontevedra; Ponente, excelentísimo señor don Juan Becerril y Antón Miralles) centra el problema en el considerando 3.º, admitiendo también el supuesto en base a los artículos 1 y 7 y además el 9 (3) de la Ley de Puertos, «preceptos todos éstos que sitúan idealmente la posibilidad de que los particulares puedan ser dueños de terrenos en la zona marítimo-terrestre y puedan ser privados de los derechos que son esenciales e inherentes al dominio sin la previa expropiación en forma legal». Por otro lado, del 4.º considerando se desprende que la primera inscripción registral fue «sentada nada menos que en 1823 y completada en ratificación en 1864». Y del mismo considerando 3.º que «si bien el carácter de dominio público necesario de la zona marítimo-terrestre, en cuanto a género físico total, sea una constante como generalidad del Derecho occidental y figura ya en el Derecho romano, que califica los *litora maris* de *rex communis omnia*; por otra parte, ya se admite que en esa orilla pueden existir granjas, monumentos y edificios que deben respetarse, por lo que en el supuesto (entre otros posiblemente originarios de la propiedad privada en la zona) de que al transformarse los antiguos señoríos territoriales y solariegos, totalmente desprovistos de las funciones regalistas o jurisdiccionales, en propiedades privadas con arreglo a lo prevenido en el artículo 5 del Decreto de 6 de agosto de 1811, pudieron venir a constituir terrenos de tal naturaleza».

La Sentencia de la Sala 4.ª de 25 de noviembre de 1972 (Santa Cristina, Sociedad Anónima, de La Coruña; Ponente, excelentísimo señor don Adolfo Suárez Manteola) dice en su considerando 4.º: «Que en un examen de la legislación relativa a la materia que nos ocupa se lleva necesariamente a la conclusión de que si bien de manera general los terrenos existentes en la zona marítimo-terrestre tienen el carácter de bienes de dominio público con arreglo a los artículos 339, número 1, del Código de Comercio; primero, número 1, tanto de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 como de la actual vigente de 19 de enero de 1928, y primero, números 1 y 2, de la Ley de Costas Marítimas de 26 de abril de 1969, no lo es menos que la vetusta Ley de Puertos viene a reconocer la posible existencia de terrenos de propiedad privada enclavados en la mentada zona marítimo-terrestre». Los argumentos (artículos) son los mismos que en la sentencia anterior y se refuerzan con el artículo 8 de la Ley de Puertos (4) y el artículo 4 de la Ley de Costas (5) para llegar a la misma (y literal) conclusión, apuntalándose con la cita de las sentencias antes vistas y además la de lo Civil de 1 de diciembre de 1966 (6).

Por otro lado, se desprende del considerando 2.º (b) que la adquisición originaria tuvo lugar por contra al Estado en virtud de expediente incoado al amparo de la legislación desamortizadora en 1879 y 1895.

(3) En el noveno se dice que las «servidumbres de salvamento no es obstáculo para que los dueños de los terrenos contiguos al mar siembren... dentro de la zona en terreno propio».

(4) En el artículo 8.º de la Ley de Puertos, al determinarse la anchura de la servidumbre, se habla de terrenos colindantes con el mar «comprendidos dentro de la zona marítimo-terrestre».

(5) En el cuarto de la Ley de Costas se habla expresamente de «terrenos de propiedad particular enclavados en las playas y zona marítimo-terrestre y colindantes con esta última o con el mar» para someterlos a las dos servidumbres históricas y además a la de paso.

(6) En esta sentencia se puntualiza que el supuesto «tiene su arranque en actos y derechos anteriores no sólo a la vigente Ley de Puertos, sino también a la anterior de 7 de mayo de 1880».

Podrían también tenerse en cuenta las Sentencias de la Sala 3.ª de 16 de julio de 1972 (7) y 7 de mayo de 1973 (8).

3. LOS ENCLAVES POSIBLES

Dada la violencia que con arreglo a la teoría del dominio público supone la posibilidad de enclaves—pero a pesar de ello existe una gran claridad en la Ley (literalmente)—, procede compaginar ambos datos y trazar las siguientes vías de meditación.

Una primera sería la consideración de acantilados e islas que puedan existir enclavados en la zona, pero que no entran dentro de tal concepto por no cubrirse con las mareas o temporales. Por aquí no habría problema (9). Limitar, no obstante, las expresiones legales a este solo supuesto parece excesivamente forzado: si la Ley lo hubiera querido se hubiera referido a caso tan singular (10).

De lo anterior que sea pensable otra vía; una vía que, en síntesis, sostenga que los derechos adquiridos o legalmente adquiridos son los existentes con anterioridad a las declaraciones de demanialidad, esto es, que lo que era de propiedad privada siguiese siéndolo por voluntad del legislador y a pesar de su declaración de dominio público (11).

Partiendo de la Ley de Puertos, prescindiendo de la Ley de Aguas de 1866 y dirigiéndonos hacia atrás en el tiempo, procede la contemplación de la regulación histórica del supuesto (12).

La fuente de Derecho positivo lo constituyen las Partidas (ni antes ni después parece haber alusión alguna de carácter positivo a las denominadas riberas del mar) (13). El concepto de zona marítimo-terrestre (o ribera) se ofrece al final de la Ley Cuarta del Título 28 de la Partida Tercera y viene a coincidir con el actual; a diferencia de lo que ocurre con su catalogación jurídica. Dicha catalogación viene dada en las Leyes, segunda, tercera y cuarta al configurar al «mar et su ribera» como «cosas que comunalmente pertenescen a todas las criaturas que viven en este mundo», «ca cualquier criatura que viva puede usar de cada una destas segunt quel fuere menester: et por ende todo home se puede aprovechar pescando, et navegando et faciendo hi todas las cosas que entendiere que a su pro seran», siempre que (Ley Cuarta) «se aproveche de manera que por el uso en cuestión non se embargue el uso comunal de la gente» y teniendo en cuenta que (Ley Tercera) «empero si en ribera de la mar fallare casa u otro edificio qualquier que sea de alguno nol debe derribar

(7) En ella se dice que: «la naturaleza demanial de los terrenos de la zona marítimo-terrestre no ha impedido que se considere posible la existencia de enclaves de propiedad particular, dentro de terrenos de la repetida zona marítimo-terrestre, como consecuencia de la forma en que estaban redactados los artículos 1, 3, 7, 8, 9, 11, 48 y 54 de la Ley de Puertos, cuya orientación no ha sido corregida en la Ley de Costas, en su redacción definitiva, a pesar de seguir una distinta el Proyecto de Ley correspondiente, aprobado y remitido por el Gobierno a las Cortes, posibilidad de estos enclaves también admitida por la jurisprudencia (Sentencias de 29 de noviembre de 1959, 18 de junio de 1965 y 19 de junio de 1967), aunque no con unanimidad».

(8) En ella se afirma que «no se puede dudar que pueden realmente existir propiedades privadas dentro de la zona marítimo-terrestre».

(9) Por otro lado, probablemente sí, en relación con las islas. Baste destacar que mar territorial y zona marítimo-terrestre serían conceptos diferentes para determinar el régimen de las islas nacidas en uno u otra.

(10) GUAITA, D. A. especial IV, 322. MARTÍNEZ ESCUDERO *Playas y costas*, Madrid, 1970, pág. 150. FERNESA RIBÓ, RAP, 46, pág. 132.

(11) El argumento podría geometrizar y plantear ya (luego lo haremos núm. 5) el caso de que lo que es propiedad privada deje de serlo porque la naturaleza ha hecho que la finca entre en el concepto de demanial (el mar que sube).

(12) Luego (en el apartado siguiente) se complicará y completará la problemática con dicha Ley de Aguas reguladora (a diferencia de la hoy vigente) de las del mar (título 1.º).

(13) Así, MARTÍNEZ ESCUDERO, *op. cit.*, pág. 32.

ni usar del en ninguna manera sin otorgamiento del que lo hizo o cuyo fuere, como quier que si lo derribase el mar, o otri, o se cayese el, que podrie quien quier facer de nuevo otro edificio en aquel mesmo logar».

Con arreglo a lo anterior cabe apuntar, por un lado, que lo importante era el respeto de un uso común más que la atribución de propiedad a un sujeto determinado (14), y, por otro lado (la cita a CLAVERO es obligada) (15), que la declaración de inalienabilidad no es necesaria por estar en la propia definición de estas cosas (común a todos) e implícita en la clasificación de la Ley Segunda (que señala cuáles son las cosas cuyo señorío se podía ganar o perder, y éstas son las que pertenecen a cada hombre y no las demás), por lo que ni el rey, ni el reino (que no tenían su titularidad), ni mucho menos los particulares (dado que dichos bienes no figuraban entre las cosas que se pueden ganar o perder) podrían enajenarlas válidamente (16).

Pues bien, si todo lo anterior es válido y se llega a la conclusión de que en nuestro Derecho histórico era imposible propiedad privada sobre las riberas del mar, habría que cerrar esta vía, limitarla nuevamente (17) o incluso olvidar todo posible límite para no reconocer un absurdo legislativo (18). Pero como tanto lo uno como lo otro tiene por presupuesto lo anterior, de ahí que, existiendo una expresa reserva de derechos de propiedad adquiridos, haya que aventurarse dicha posibilidad en el Derecho histórico. En este sentido, RIBERO (19) apunta que la ribera sería una categoría mixta de cosa común y pública, pudiendo predicarse de ella (de sus metros cuadrados) la prescripción por los particulares (20) por demás, el mismo orden de ideas parece desprenderse de las sentencias apuntadas dadas las alusiones cronológicas en ellas existentes (salvo la de SANCRISA: 1879-1899).

Que se admita la usucapión por los particulares sería una posibilidad discutible históricamente (21), pero también lo es la admisibilidad de otros títulos. En la Sentencia de las Islas de Salvora... se apuntan la Ley de 1811 y disposiciones complementarias. Se trata de que existiendo un señorío, al transformarse éste en propiedad particular en virtud del artículo 5.º del Decreto de Cortes de 6 de agosto y 2.º de la Ley sancionada por Fernando VII de 3 de mayo de 1823, la zona marítimo-terrestre comprendida en él quede convertida también en propiedad privada (22). Todo el problema radicará en si la ribera es de aquellos bienes que por su naturaleza deben incorporarse a la nación (arts. 5 y 2 citados) (23).

Otro título podría ser el derivado de la desamortización. En la sentencia relativa a SANCRISA sale a reducir, pero no sirve de base total (24). El problema está en que si la Ley de 1 de mayo de 1855 (arts. 1.º y 2.º) no exceptuó de la venta a las riberas, ello lo fue porque su inalienabilidad se daba por supuesta (25).

(14) GARCÍA ENTERRÍA: *Dos estudios*, pág. 98. L. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, pág. 104.

(15) CLAVERO, *RAP*, 25, págs. 25 y ss.

(16) En el mismo sentido, MENDOZA, *RAP*, 80, y FORNESA, *RAP*, cit.

(17) Limitarla a los supuestos que deriven del aspecto físico dinámico de la cuestión, apartado 5.

(18) Como luego veremos en el apartado 4.

(19) SEVILLA: *El deslinde administrativo*, 1967, págs. 27 y 28.

(20) Profundizar en esta cuestión sería labor de romanistas e historiadores del Derecho.

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre usucapión*, págs. 99 y ss.

(22) Así las Sentencias de la Sala 4.ª de 18 de junio de 1965 y Sala 1.ª de 4 de junio de 1977.

(23) RODRÍGUEZ MORO, *REVL*, 157, pág. 146. Debe tenerse en cuenta la fecha de 1811, el concepto que el término nación pueda expresar en esa fecha, así como la remodelación posible de las categorías jurídicas históricamente aplicadas a las costas.

(24) Ni sirvió al Juez civil en la Sentencia de 2 de febrero de 1974.

(25) MENDOZA, *RAP*, cit., pág. 553.

4. MATIZACIÓN AL PUNTO CRONOLÓGICO DE REFERENCIA

Las sentencias que vimos (y otras como la de 4 de junio de 1977) sitúan el punto de referencia en la Ley de Puertos de 1880, pero debe advertirse de inmediato la existencia de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, dado que en ella no sólo se declaran (26) las playas (igual zona) de dominio nacional y uso público (art. 1.º, núm. 3.º), sino que además, en general, se respeta «los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a la publicación de la Ley» (art. 299). De aquí que como consecuencia lógica todo lo razonado en el apartado anterior sea de dudosa aplicación al período comprendido desde la publicación de la Ley de Aguas a la de la Ley de Puertos.

Los argumentos utilizables tendrían que prescindir, en base a la Ley de 1880, de los efectos posibles de la Ley de 1866 (27).

Pero no sólo antes, también después de 1880 hay que hacer puntualizaciones. El Real Decreto-Ley de 1928 y la Ley de 1969 también hacen declaraciones demaniales y respetan derechos legalmente adquiridos, planteando el mismo problema que antes en relación de unas de estas Leyes con las otras. No es de extrañar, por tanto, que para no admitir el absurdo legislativo en 1969 de referirse a situaciones anteriores a 1880 ó 1886 se concluya con la posibilidad de enclaves privados como principio general, sobre todo teniendo en cuenta la dudosa posibilidad de que con anterioridad (al punto que escojamos) la situación hubiera sido diferente (28).

5. ASPECTO FÍSICO-DINÁMICO DEL PROBLEMA

Si *antes* el problema era justificar adquisiciones de propiedad (privada) en una zona incompatible con dichas adquisiciones y con dicha propiedad, ahora se trata de contemplar el mantenimiento de dichas propiedades a pesar de convertirse en suelo en zona incompatible con dicha propiedad. Desde luego que habrá un derecho legalmente adquirido cuando no sólo sube la marea, sino lo que sube es el mar, convirtiendo lo que antes no lo era en zona marítimo-terrestre por haber invadido el mar la zona y la zona las fincas colindantes (29).

La referencia al punto cronológico de nuevo es necesaria. En el Derecho histórico parece admitirse la supervivencia de edificios construidos, pudiendo, por tanto, entender las declaraciones de respeto decimonónicas referidas a este supuesto. Pero la afectación legal de lo que sea zona marítimo-terrestre obliga ya a pensar que, a partir de la misma, el fenómeno lo que provocaría sería una «expropiación natural», planteando el problema del alcance de las declaraciones de respeto de las Leyes posteriores respecto de las invasiones ocurridas durante la vigencia de las Leyes anteriores (30). Hoy la Ley de Costas concede un derecho de reversión para el caso inverso: que el mar se retire de nuevo (art. 5.º, nú-

(26) Y claramente se declaran. Así expresamente en el Dictamen de la Comisión Redactora al Ministro de Fomento, ver S. MARTÍN RETORTILLO: *Ley de Aguas de 1866*, Madrid, 1963, pág. 763.

(27) La discordancia entre ambas no deja de plantear interesantes dudas sobre todo atendiendo a que la de 1880 no fue objeto de discusión parlamentaria. Ver L. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, páginas 553 y 554.

(28) Así, GUAITA, *loc. cit.*

(29) El supuesto es el de la Sentencia de SANCRISA. Ver FERNESA, *op. cit.*, pág. 131.

(30) Ejemplo: lo que no era zona en 1866 y después, pero antes de 1880, se convierte en zona, ¿respeto la Ley de 1880 los derechos existentes o, por el contrario, respeta la demanialidad lógicamente atribuida a la zona por la Ley de Aguas?

mero 2, *in fine*), constituyendo una excepción en materia de terrenos sobrantes.

Otro supuesto es el de los terrenos sobrantes: cuando el mar se retira (normalmente a consecuencia de aterramientos) y se aleja la zona marítimo-terrestre, sobrarán unos terrenos.

De nuevo la referencia al punto cronológico se impone. Antes de la Ley de Aguas la retirada del mar determinaba el cese de las circunstancias previstas por el Derecho positivo y consiguientemente de sus efectos. De ahí la posibilidad de adquirir estos terrenos por usucapión, aunque no habría que descartar la posibilidad de ocupación antes de la Ley de 9-16 de mayo de 1835 (mostrencos). Más dudoso sería reconocer un derecho de accesión (aluvión).

Durante la gestación de la Ley de Aguas (en los proyectos de CIRILO FRANQUET, el art. 13; en el de RODRÍGUEZ CEPEDA, el art. 8; en el de la Comisión, el art. 7, después de discusión y votación) (31) se reconocía el derecho de aluvión a favor de los colindantes, pero el artículo 4.º definitivo declaró los terrenos sobrantes de dominio público, aunque cuando no fuesen necesarios a la utilidad pública o a la vigilancia litoral el Gobierno debía declararlos de propiedad de los colindantes. Luego en las Leyes de Puertos y en la de Costas se hace la misma declaración, aunque permitiendo, previa desafectación, la venta de lo sobrante por el Estado.

Lo que aquí interesa constatar es cómo, a partir de la Ley de Aguas, una nueva declaración demanial viene a plantear problemas que ya se han venido repitiendo a lo largo de la anterior exposición. Algo hay claro no obstante: que caso de retirada del mar (degradación) con anterioridad a la Ley de 1866 se ha podido adquirir legalmente derecho sobre el terreno sobrante, y caso de que se estuviese operando usucapión a la entrada en vigor de dicha Ley, esta situación, una vez consolidada, debería respetarse (33). Los problemas vendrán dados para los casos en que la desafectación natural sea anterior a 1880 y posterior a 1866, o que la posible usucapión no haya concluido antes de 1880 (34).

6. VALORACIÓN DE LAS SENTENCIAS

El denominador común de las sentencias vistas ha sido la admisión del supuesto estudiado y sus razonamientos, que más que sugestivos son sugeridores de problemas. Materialmente no puede pedirse de Salas de lo Contencioso-Administrativo más, pero menos formalmente. Según el artículo 2.º de la L. J. C. A.: «no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa (letra a) las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria».

Por otro lado, debe advertirse de la reciente corriente doctrinal proclamando la existencia de una servidumbre legal de uso público sobre las propiedades privadas en la zona marítimo-terrestre (35).

J. G.

(31) S. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 73, 180, 290 y 571.

(32) Para después ENTERRÍA: *Dos estudios...*

(33) No es necesario profundizar: por un lado, naturaleza de la usucapión, y, por otro, retroactividad de las leyes.

(34) FORNESA, *op. cit.*, 132 *in fine* y 135 (último supuesto).

En relación con lo anterior, la Sentencia de la Sala 1.ª de 4 de junio de 1977 establece los siguientes puntos: las declaraciones de respetar los derechos presuponen la admisión de cualquier medio de adquisición de los mismos; la instauración legal de la zona marítimo-terrestre se produce en 1880, y antes de dicha fecha hay que admitir los efectos de la degradación y los de los actos originadores de derechos. (Lo que no queda claro es qué deba entenderse cuando se dice que «la usucapión está permitida hasta 1880».)

(35) Por todos, LEGINA en el núm. 2 de la REDA.

3.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL.—EXENCION DE LA PRIMERA TRANSMISION.—EL HABERSE TRANSMITIDO PREVIAMENTE LA VIVIENDA LITIGIOSA POR VIRTUD DE HERENCIA A LA HIJA DEL ANTERIOR PROPIETARIO Y PROMOTOR, NO HACE DECAER LA EXENCION QUE POR LA POSTERIOR VENTA DE LA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL REALIZADA POR LA HEREDERA SE CONCEDE A LA PRIMERA TRANSMISION POR ACTOS «INTER VIVOS» (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—La situación fáctica a tener en cuenta es la siguiente: 1.º En 13 de junio de 1970 se calificó definitivamente como Vivienda de Protección Oficial, entre otras, la que es objeto de litis. 2.º El 12 de diciembre de 1970 falleció el propietario y constructor de la vivienda, siéndole adjudicada en herencia a una de las hijas el 29 de noviembre de 1971, la de la litis, por la que se satisfizo el Impuesto de Sucesiones. 3.º El 19 de abril de 1974, la adjudicataria otorgó escritura de venta de la vivienda, solicitándose en la misma la exención correspondiente a la primera transmisión, a que se refiere el artículo 65, número 29, del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Presentada la escritura de venta en la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda de Murcia, sin tener en cuenta la exención solicitada, se gira liquidación por transmisiones, interponiéndose contra la misma reclamación económica, que el Tribunal Provincial desestima.

Contra la resolución del citado Tribunal se interpone recurso contencioso-administrativo, que la Audiencia Territorial de Albacete estima, anulando y dejando sin efecto la liquidación girada. Este criterio lo mantiene igualmente el Tribunal Supremo, en base a la doctrina que se desprende de los siguientes:

Considerando que para resolver la presente apelación extraordinaria es preciso decidir si al haberse transmitido la vivienda litigiosa por virtud de herencia a la hija del anterior propietario y promotor, se agotó la protección oficial que en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales se otorga a la primera transmisión de las viviendas que obtuvieron la calificación definitiva de «Protegidas», conforme a la normativa en vigor al tiempo de otorgarse la escritura de venta que motiva la litis, tesis de la apelante, o si, por el contrario, dicha transmisión *mortis causa*, primera en el tiempo, no hace decaer la exención que por la posterior venta de la vivienda realizada por la heredera se concede a la primera transmisión por actos *inter vivos*, como se sostiene en la sentencia apelada.

Considerando que la tesis de la parte apelante se basa en la interpretación gramatical del artículo 65, número 29, del citado texto tributario, al referirse a la primera transmisión cuando tenga lugar por actos *inter vivos* del dominio de las viviendas de protección oficial, deduciendo de esta expresión gramatical que la exención por transmisión *inter vivos* está excluida si la precedió otra transmisión *mortis causa*, como aquí acontece, ya que entonces no sería la primera transmisión, sino la segunda; pero esta interpretación gramatical ha de ser contrastada con los restantes medios interpretativos, pues la Ley General Tributaria, en su artículo 23, prescribe de modo terminante que «las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho», y el artículo 3, 1, del título preliminar del Código civil, en su redacción actual, dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Considerando que en cuanto a los antecedentes legislativos es de tener en cuenta que el Decreto de 24 de julio de 1963 (núm. 2131/63), qu aprobó el Texto Refundido sobre Viviendas de Protección Oficial, en su redacción originaria declaró la exención para la primera transmisión *inter vivos* del dominio de las Viviendas de Protección Oficial, así como la correspondiente a la primera transmisión *mortis causa* de las viviendas calificadas definitivamente para ser cedidas en arrendamiento (art. 10, núms. 9 y 11), y que más tarde la Ley número 41 de Reforma del Sistema Tributario, de 11 de junio de 1964, concedió también la exención a la primera transmisión *inter vivos* del dominio de las Viviendas de Protección Oficial, así como a esas mismas adquisiciones cuando tengan lugar por herencia o legado (arts. 146, núm. 30, y 123, 8), por lo que es visto que la clara redacción de estos preceptos, tanto de Viviendas de Protección Oficial como del nuevo sistema tributario, se refieren directamente al supuesto de una primera transmisión *inter vivos*, sin perjuicio de establecer también la exención para la primera transmisión *mortis causa*, con lo que se evidencia que la primera transmisión que tuviere lugar por cualquiera de ambos títulos adquisitivos quedaba exenta del tributo, siendo especialmente de destacar que esta misma atribución de la exención por esa doble vía integró la primitiva redacción del Texto Refundido vigente sobre Transmisiones, siendo recogida en los artículos 65, número 29, ya citado, y en el primitivo artículo 19, 1, número 8, si bien la redacción gramatical del primero, al aludir a «cuando tenga lugar», ha dado lugar a la interpretación rigurosamente gramatical que se postura por el defensor de la Administración.

Considerando que los antecedentes legislativos enunciados hay que examinarlos también desde el punto de vista social que inspira la legislación de Viviendas de Protección Oficial, ya que por la ulterior supresión realizada de la exención en la primera transmisión cuando tenga lugar por actos *mortis causa* (Decreto de 27 de mayo de 1968, que da nueva redacción al artículo 19, 1, 8.º, del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales) resultaría injustificado, conforme al criterio que inspiró esta legislación, que se concediese la exención sólo si la primera transmisión se operase por actos *inter vivos*, y se negase cuando el destino normal de venta de tales viviendas que se desean promover fuese precedido de una transmisión *mortis causa*, como en este caso, por fallecimiento del promotor, padre de la adjudicataria de la vivienda, criterio de la finalidad o *ratio legis* que ya ha sido tenido en cuenta por esta Sala en diversas sentencias al aplicar esta misma legislación, entre otras, las de 1 y 16 de abril de 1975.

Considerando que por las razones expuestas procede la desestimación del recurso, sin declaración sobre las costas.

CORPORACIONES LOCALES.—SANCIONES POR OMISION Y DEFRAUDACION.—NO APLICACION DE LAS MISMAS CUANDO LA CORPORACION LOCAL PRESTE SU CONFORMIDAD AL REQUERIMIENTO DE LA ADMINISTRACION PARA REGULAR SU SITUACION TRIBUTARIA (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Las sanciones correspondientes a infracciones de omisión y defraudación no se aplicarán, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley General Tributaria, a las Corporaciones Locales cuando presten su conformidad al requerimiento de la Administración para regular su situación tributaria, como ocurre en el caso contemplado en la sentencia, en el que, tratándose de una clara infracción de omisión, el Ayuntamiento recurrente prestó su conformidad al requerimiento que le hizo la oficina liquidadora, sin que pueda oponerse a ello el Reglamento de Derechos Reales de 1959, ya que la multa podría apoyarse en el artículo 115 del Texto Refundido del Impuesto; pero en éste hay que atender a su disposición transitoria 6.ª y la norma citada de la Ley General Tributaria, al ser una ley cuasi-constitucional, es un precepto común aplicable a todos los tributos, sin necesidad de que sea recogida expresamente en los textos particulares, criterio éste que ya se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1967.

DEUDAS DEDUCIBLES.—HAN DE DARSE LOS TRES REQUISITOS EXIGIDOS POR EL NUMERO 3 DEL ARTICULO 28 DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO PARA QUE PUEDA EFECTUARSE LA CORRESPONDIENTE DEDUCCION EN LA BASE IMPONIBLE DEL TRIBUTO (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1976).

De acuerdo con el considerando primero de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, la única cuestión que se plantea en este recurso se deduce a determinar si, con arreglo a lo establecido en el artículo 28-3 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sucesiones, es o no procedente la deducción, en la base determinada para tal impuesto, que han de satisfacer los cuatro herederos actores en el recurso de la alegada deuda de 1.071.764,56 pesetas, imputada a cargo de la señora causante de la sucesión, tía carnal de aquéllos, y de la que figura como acreedora la entidad «E. P. R., Sociedad en Comandita», sociedad en la que dicha señora tenía una participación del 55 por 100 en las cuentas de capital y reservas como socio comanditario de la misma.

El Tribunal Supremo, en recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Luis Vacas Medina, estima el recurso, considerando no deducible la deuda referida en base a la doctrina que sienta en los siguientes:

Considerando que la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial acepta para la cuestión reseñada anteriormente la solución afirmativa, pero tal solución ha de ser rechazada, con la obligada revocación de la sentencia recurrida, si al respecto y sustancialmente se tiene en cuenta que los tres requisitos exigidos por el mencionado número 3 del artículo 28 del Texto Refundido han de darse concurrentemente para que pueda efectuarse la correspondiente deducción en la base imponible del tributo, como, sin género de duda, se desprende de la propia redacción del precepto que se aplica; y esto establecido, comenzando por el examen del requisito comprendido en el apartado a) del precitado número 3, ha de señalarse

que en el caso de autos no aparece suficientemente justificada la deuda aducida—como tampoco lo ha estado nunca a satisfacción de la Administración—, ya que solamente se ha acreditado una situación contable, resultando de la propia contabilidad de la sociedad, de la que se desprende que la señora causante de la herencia, al mismo tiempo que era titular de una participación mayoritaria en las cuentas de capital y reservas de la mencionada sociedad—de acusado carácter familiar—, como socio comanditario de la misma, tenía en dicha entidad un saldo deudor, de cuya motivación y finalidad no se da explicación alguna ni se demuestra nada, de una cuantía casi equivalente—según los interesados—a aquella participación; todo lo cual lleva a la conclusión de que no aparece acreditado en modo alguno y con la indispensable claridad el elemento causal de la deuda alegada, tal como sería preciso para poder afirmar sin reserva alguna la existencia de la misma, en el sentido que en la norma fiscal tiene la expresión a efectos de la deducción pretendida.

Considerando que en atención a la exigencia conjunta de los requisitos de referencia, a que precedentemente se ha aludido, la falta de uno de ellos es suficiente para denegar la deducción interesada, por lo que, en consecuencia, no es necesario entrar a examinar la concurrencia de los restantes, regulados en los apartados b) y c) del número y artículo a que se viene haciendo mención.

POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION.—LA PRIMERA TRANSMISION DE UN LOCAL COMERCIAL DE UN EDIFICIO CONSTRUIDO EN POLIGONO DE NUEVA URBANIZACION CONTENIDO EN UN PLAN PARCIAL, QUE HA OBTENIDO SU DEFINITIVA APROBACION POR EL ORGANO COMPETENTE Y QUE ADEMAS FUE PRESENTADO CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DEL DECRETO DE 27 DE MAYO DE 1968, HABIENDOSE EFECTUADO PRECISAMENTE LA TRANSMISION DENTRO DE LOS TRES AÑOS SIGUIENTES A LA TERMINACION DEL EDIFICIO, ESTA EXENTA DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 65, 1, 37, DEL TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—El debate queda planteado en torno a si debe o no otorgarse el beneficio fiscal de exención, previsto en el artículo 65, 1, 37, del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, a la compra-venta de un local comercial de la casa sita en la calle General Rodrigo, 6 —antes Andrés Mellado—, de Madrid, sobre la base de que el edificio en que aquel local está ubicado queda comprendido en polígono de nueva urbanización contenido en un plan parcial aprobado por el organismo competente en abril de 1962, teniendo además en cuenta que se trata de una primera transmisión, efectuada dentro de los tres años siguientes a la terminación del edificio, toda vez que la citada terminación se operó el 16 de mayo de 1968, y la compra se llevó a efecto mediante escritura notarial otorgada el 11 de marzo de 1971.

Planteadas reclamaciones en las pertinentes instancias, llegamos al contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Madrid, que se muestra partidaria de aplicar la exención solicitada, criterio que igualmente mantiene la Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, cuando, tras aceptar los considerandos de la sentencia apelada y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Diego Espín Cánovas, sienta la doctrina que se desprende de los siguientes:

Considerando que la apelación plantea, como en Primera Instancia, el ámbito del derecho transitorio, creado por el Decreto de 27 de mayo de 1968, que modificó la exención concedida por el número 37 del artículo 65, 1, del Texto Refundido del Impuesto General sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales, pues, según el artículo 2.º de dicho Decreto, no solamente se opera una importante modificación en la exención contemplada en el Texto Refundido, sino que se mantiene su aplicación en los términos originarios «cuando se trate de polígonos de nueva urbanización o de reforma interior contenidos en un plan parcial, que hayan obtenido así su definitiva aprobación por el órgano competente, siempre que hubiese sido presentado ante el mismo con anterioridad a la entrada en vigor» del Decreto, norma transitoria que exige para su aplicación tanto los presupuestos que establece, como los que ya exigía la norma que se modifica, requisitos que son interpretados de modo contradictorio por las partes.

Considerando que dada la fecha en que se devengó el tributo, o sea, el 11 de marzo de 1971, en que se otorgó la escritura de venta que originó la liquidación impugnada, y no siendo combatida la existencia de los presupuestos de derecho transitorio ahora establecidos, pues resulta acreditado que con anterioridad a la vigencia del nuevo Decreto (28 de mayo de 1968), ya se había presentado el plan parcial a la aprobación del órgano competente; en definitiva, el punto controvertido se centra en si antes de la reforma del Decreto del 68, la exención comprendía sólo la primera transmisión de viviendas, bien se enajenasen en bloques o separadamente, tesis de la Administración, o si además de las viviendas podían comprenderse en la exención los locales de negocio, tesis impugnada en esta apelación.

Considerando que el defensor de la Administración alega contra la inclusión de los locales de negocio en la exención transitoria el principio de que al mencionarse expresamente las viviendas no puede extenderse la exención, por vedarlo también el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, como el artículo 24 de la Ley General Tributaria; pero no cabe seguir esta argumentación, ya que si bien las viviendas son mencionadas expresamente en el texto originario, lo son también los edificios en bloque, y los edificios comprenden tanto las viviendas como locales comerciales, por lo que hay que admitir que si la enajenación de un bloque comprendería la exención de estos locales, no hay razón para excluirlos cuando la enajenación sólo se refiera a un local de negocio, como en el presente caso, quizá por la menor disponibilidad económica del adquirente, criterio que ha sido ya mantenido por esta Sala en su reciente sentencia de enero de 1977, en recurso de apelación extraordinario, sin que este criterio implique extensión de la exención al limitarse tal argumentación a la interpretación normativa, conforme al artículo 23 de la citada ley tributaria.

Considerando que no cabe desconocer el sentido de protección a la construcción que inspira la legislación a la que se alude en la norma fiscal objeto de interpretación, pues tanto los polígonos de nueva urbanización como los de reforma interior, al desarrollar el urbanismo y la construcción, no excluyen el fomento de locales comerciales.

C. M. A.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

EXENCION DE PRIMERA TRANSMISION DE LOCALES DE PROTECCION OFICIAL: SOLO SE APLICA SI EL NUMERO DE LOCALES COINCIDE CON EL PREVISTO EN LA CEDULA DE CALIFICACION DEFINITIVA, O CASO DE SER MAYOR, SI SE OBTUVO PREVIA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PARA TAL VARIACION (RESOLUCIÓN DE 12 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Presentada en la Abogacía del Estado primera copia de la escritura de compraventa de un local de negocio en la que se solicitaba la exención del artículo 65 núm. 29 del Texto Refundido por tratarse de primera transmisión de local de protección oficial, la Abogacía no concedió la exención porque el número de locales en que se había dividido el edificio no coincidía con el número que preveía la Cédula, sino que, aun siendo idéntica la superficie total, los locales eran más.

El interesado interpone la correspondiente reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, que estima la reclamación en base a que se había mantenido el porcentaje de superficie del 30 por 100, aunque el número de locales formados por división fuese mayor que el previsto en la Cédula.

La Dirección General de lo Contencioso, al tener noticia del referido acuerdo del Tribunal Provincial, interpuso contra el mismo recurso extraordinario de alzada ante el Tribunal Central, por estimar que era erróneo y gravemente dañoso.

El Tribunal Central estima el recurso extraordinario de alzada, y, sin perjuicio de respetar la situación particular creada, sienta la siguiente doctrina:

Doctrina.—«Considerando que .. el artículo 65 del Texto Refundido, después de enumerar en sus apartados 28 y 29 las distintas exenciones, condiciona su aplicación al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, constituidas en la actualidad por el Texto Refundido de 24 de julio de 1963 y su Reglamento de 24 de julio de 1968;

»Considerando que las mencionadas disposiciones configuran y regulan la concesión de tales beneficios fiscales como convenio bilateral entre la Administración y los promotores, equiparable por razón de su finalidad social a los contratos administrativos comprendidos en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, complementada por

el artículo 8.º de su Reglamento, implicando el mismo, en definitiva, un consistente para el promotor en la construcción de las viviendas con una serie de limitaciones impuestas por razones de interés común y correlativamente para la Administración en la concesión de los beneficios fiscales, contrato perfeccionado por la Cédula de Calificación Definitiva de las Viviendas que constituye una certificación expresiva de las obligaciones y derechos de las respectivas partes. .»

«Considerando que constituye consecuencia obligada derivada de la anterior calificación jurídico-fiscal la de que toda alteración unilateral de los derechos de las partes expresadas con detalle en la Cédula de Calificación Definitiva lleva consigo un incumplimiento del contrato con las consecuencias legales derivadas para el responsable y que en el supuesto de ser el promotor implica o supone la pérdida del beneficio fiscal, supuestos que aplicados al caso debatido en el recurso permiten afirmar la existencia de tal incumplimiento contractual al no atemperar el promotor, sin previa autorización de la Administración, la construcción de los locales de negocio al número y características de los mismos relacionados con detalle en la Cédula de Calificación Definitiva...»

El Tribunal Central, en Pleno, acuerda estimar el recurso extraordinario de alzada... declarando, a efectos de unificación de criterio, que la exención del artículo 65-1-29 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones... únicamente es aplicable a las viviendas y locales de negocio de protección oficial cuyo número se determine en las correspondientes Cédulas de Calificación Definitiva y sólo al mayor número resultante de su división o segregación cuando estos actos se hayan realizado con previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, calificando esta resolución, por su índole, de interés general, a efectos de su publicación en el *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda* (1).

Comentario.—Según esta resolución, no está exenta la primera transmisión de local de negocio de protección oficial cuando el número de locales que figuran en la Cédula de Calificación Definitiva no concuerda con el resultante de la división o segregación, salvo si estos actos se han realizado con la previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda.

El primer «Considerando» de la resolución puede volverse contra ella misma. Es cierto que en el apartado último del número 29 del artículo 65 del Texto Refundido se condiciona la aplicación de la exención al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes en materia de edificios de protección oficial. Ahora bien, las disposiciones vigentes no exigen que conste en la Cédula el número de locales comerciales ni su superficie útil, sino que sólo se exige que conste la superficie total construida del conjunto para comprobar que no excede del 30 por 100 de la superficie construida en el edificio. Por eso, consideramos muy acertada la postura del Tribunal Provincial, que concedió la exención basándose en ese argumento, frente a la posición que mantiene el Tribunal Central revocando aquélla.

Continúa la presente resolución razonando a través de la naturaleza jurídica de los convenios entre Administración y promotor y nos parece muy bien esa idea del contrato administrativo con derechos y obligaciones recíprocas cuya alteración unilateral implica el incumplimiento contractual. También compartimos la idea de que la Cédula de Calificación Definitiva es el documento que certifica el contenido de ese contrato.

No obstante, en la práctica habíamos observado la existencia de dos clases de Cédulas, según su contenido: unas veces, quizá en la mayor parte de los casos, no constaba el número concreto de locales, sino sólo

(1) Véase el número 17 de dicho *Boletín*, correspondiente a 1.º de mayo de 1975, donde viene publicada íntegramente la resolución (pág. 1786).

el total de metros cuadrados contruidos destinados a esa finalidad, a diferencia de las viviendas; otras veces, aparecía completo el casillero del impreso de la Cédula referente al «número», que el funcionario correspondiente había cubierto no sólo en relación con las viviendas, sino también respecto a los locales, aunque la legislación no lo exige.

Creemos que la primera práctica tiene pleno fundamento, pues ya hemos dicho que la legislación administrativa hace esa distinción entre viviendas y locales en cuanto al número, que nos parece muy significativa, a lo que hay que añadir que el legislador no se ha preocupado del tema de la superficie útil de los locales, a diferencia de lo que ocurre respecto a las viviendas. Esta práctica se adapta perfectamente a la realidad, en que la distribución de locales se hace en un momento posterior a la terminación del edificio, reservándose el propietario en los Estatutos de la propiedad horizontal la facultad de formar uno o varios, según las posibilidades futuras del mercado inmobiliario.

Sin embargo, hemos de reconocer que a raíz de esta resolución, el Instituto Nacional de la Vivienda ha cursado comunicaciones a las Delegaciones Provinciales respectivas, en que según nuestras noticias (sin confirmación oficial) se exige que conste en las Cédulas de Calificación Definitiva el número de locales de negocio. Si esto fuera así, efectivamente, y si lo que hubiera movido al Instituto es la resolución del organismo fiscal exclusivamente, no tendríamos más remedio que criticarlo duramente, pues tenía que ser al revés, que el organismo fiscal se adaptase a la legislación administrativa vigente y no al contrario. Pero como no tenemos datos suficientes para hacer tal crítica, dejamos esta cuestión en el aire. Lo cierto, en todo caso, es que hay Cédulas, ya concedidas, en que no consta el número concreto de locales, y respecto a ellas nos parecería muy mal, tanto que no se concediera la exención, como que se produjera una diferenciación de criterios por el mero hecho de que, extremando la diligencia el funcionario que rellena los datos de la Cédula, haya consignado el número de locales (mejor sería decir «huecos diáfanos»), a pesar de que la legislación no lo exige. Más bien creemos que la exención se debería otorgar en uno y otro caso, mientras no constara la descalificación, por causa de obras exageradas que no se quieran modificar.

Por otro lado, en un contrato hay puntos esenciales y otros accidentales, y el incumplimiento de éstos no puede dar lugar a la resolución del mismo, o sea, en nuestro caso, a la descalificación. Pues bien, el requisito del número de locales nos parece que es un extremo accidental, dado que la propia legislación muestra indiferencia sobre tal extremo. Habría que pensar en otro tipo de sanciones o soluciones.

Además, si se tratase de un verdadero incumplimiento de contrato, lo lógico sería no sólo liquidar la transmisión de la parte cedida sin conceder la exención, sino transformar las exenciones provisionalmente concedidas con anterioridad por declaración de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas, etc., en liquidaciones efectivas, dado lo dispuesto en los apartados finales de los números 28, 29 y 63 del Texto Refundido. La presente resolución no se plantea este problema, ni creo que nadie se atreva a llegar a tal postura. Pero si esto es así, si no hay que liquidar los actos anteriores, ni revisar todas las exenciones, no comprendemos por qué hay que liquidar sólo la transmisión. Sería una solución salomónica sin fundamento alguno. Lo procedente es mantener los beneficios fiscales anteriormente concedidos mientras no conste la descalificación administrativa, y en la misma línea, habrá que conceder la exención del número 29, con la prevención de su apartado último, que sólo procederá revisar cuando se produzca la descalificación. Téngase en cuenta que si está exenta la transmisión de una parte indivisa de local, no se ve por qué no ha de estarlo una transmisión de parte concreta de local, ya que donde está lo más está también lo menos. Y que no se diga que el cambio no es simplemente cuantitativo sino cuali-

tativo, pues entonces contestaríamos lo ya dicho: que la legislación de viviendas no exige número ni superficie útil de los locales y que si se llegara al extremo de no conceder la exención, la lógica consecuencia sería revisar todas las exenciones anteriores, lo que no creo que nadie admita mientras no conste la descalificación administrativa.

En una palabra, que no vemos muy fundada la postura de esta resolución.

TERRENOS PARA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL: LA COMPROBACION DE VALORES Y LIQUIDACION CAUCIONAL PRACTICADAS SON VINCULANTES PARA LA ADMINISTRACION, AUNQUE QUEDE SIN EFECTO LA EXENCION PROVISIONAL. MOMENTO AL QUE HAY QUE REFERIR LA VALORACION: ES AQUEL EN QUE SE TRANSMITIO LA FINCA, NO EL EN QUE QUEDO SIN EFECTO LA EXENCION PROVISIONAL (RESOLUCIÓN DE 13 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Con fecha 1 de junio de 1970 se presentó en la Abogacía del Estado de Sevilla una primera copia de la escritura de compra de tres parcelas de terreno sitas en dicha ciudad al sitio de Tabladilla con una superficie total de 10.008 metros cuadrados y precio declarado de 3.450.000 pesetas, solicitándose la exención de los impuestos por otorgarse el contrato con la finalidad de construir «Viviendas de protección oficial».

La citada Abogacía declaró exento el contrato con arreglo al número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, poniendo a continuación de la estampilla declaratoria de la exención la siguiente nota: «Nueva presentación de este documento en el plazo de tres años, aportando Cédula de Calificación Provisional, Liquidación caucional = 262.964 pesetas».

Con fecha 20 de febrero de 1973 se presentó nuevo escrito por el contribuyente en el que solicita la práctica de la correspondiente liquidación con arreglo a los términos y cuantía expresados en la caucional, por no haber obtenido los beneficios de «Vivienda de Protección Oficial».

Por la Abogacía del Estado se procedió a practicar comprobación de valor de las fincas transmitidas, utilizando el medio ordinario de valoración por el Arquitecto de Urbana, quien con referencia a la fecha de emitir el informe, 31 de marzo de 1973, atribuyó a las fincas un valor total de 19.980.000 pesetas, que dio lugar a una liquidación por importe total de 1.522.881 pesetas que se notificó al contribuyente, en lugar de las 262.964 pesetas que arroja la liquidación caucional.

El contribuyente interpuso recurso de reposición contra la nueva liquidación solicitando su rectificación atemperándola a la caucional, recurso que fue desestimado. En vista de ello, promovió reclamación económico-administrativa, que también fue desestimada por el Tribunal Provincial.

Recurrido en alzada el acuerdo del Tribunal Provincial, el Tribunal Central estimó el recurso y revoca el acuerdo del Tribunal Provincial, por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando que la cuestión de fondo que la presente reclamación plantea hace referencia a la fecha que debe tomarse en consideración para determinar el valor de la finca transmitida y fijar la base liquidable, y en tal sentido es de tener en cuenta que es principio general del Impuesto sobre Transmisiones, como lo fuera antes del Impuesto de Derechos Reales, que éstos recaen sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato, según proclaman el artículo 60 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 (*sic*), el 150 de la Ley General Tributaria y el 8 del

vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de donde se infiere que si bien el hecho imponible puede estimarse producido cuando la exención provisional queda sin efecto, originándose el devengo y naciendo entonces el derecho a liquidar, ello no obstante los contratos que generan las transmisiones inmobiliarias sujetas al tributo, son los celebrados y formalizados en la escritura de 1 de junio de 1970, puesto que la desafección de la finca comprada al fin o destino para el que inicialmente fue adquirida y su adscripción a otro fin distinto, no engendra jurídicamente transmisión dominical alguna, ni constituyen condición, término o liquidación que suspendiera de derecho la efectividad pura y plena de aquella adquisición consumada en 1970, no resultando de aplicación, por tanto, la norma contenida en el artículo 9 del Texto Refundido citado, que contempla los supuestos de transmisiones sujetas a término o condición suspensiva, de donde se infiere que el valor que ha de tomarse en consideración para fijar la base liquidable, no es el que tuviera la finca cuando la exención provisional queda sin efecto, sino aquel que tenía en la fecha en que se celebró el contrato y se perfeccionó la transmisión inmobiliaria gravada, es decir, en junio de 1970;

»Considerando que partiendo de tal conclusión, ha de examinarse ahora cuál es la significación y efectos jurídico-fiscales que debe atribuirse a la base imponible que al tiempo de concederse la exención provisional del Impuesto, fue tomada en consideración para fijar la cuota consignada en la liquidación caucional girada por la Abogacía del Estado;

»Considerando que según lo preceptuado en el artículo 56 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, reproducido después en el artículo 74, 2) de la Ley General Tributaria y artículo 15, 2) del hoy vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la Oficina Liquidadora hará figurar en la nota en que el beneficio fiscal se haga constar, el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar la exención o reducción concedida, por lo que la base imponible correspondiente a la cuota consignada en la nota correspondiente, goza de la presunción de legalidad, conforme a lo preceptuado en el artículo 8.º de la Ley General Tributaria, a falta de prueba en contrario, no practicada en el expediente, de que dicha base no fue determinada mediante la oportuna comprobación administrativa, como preceptúa el artículo 61, 1) del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y hoy el 70, 1) del Texto Refundido antes citado, y si bien es cierto que la exención concedida en su día tenía carácter provisional y condicionaba en todo caso al cumplimiento posterior por parte del contribuyente de los requisitos legales pertinentes, esa provisionalidad no puede, en cambio, predicarse de la base tributaria fijada a la sazón por la Oficina Liquidadora, ya que su objeto es la constancia permanente frente a terceros, a través de la correspondiente afección registral, de la eventual deuda tributaria a que quedan sujetos los bienes transmitidos de no cumplirse aquellos requisitos condicionantes de la exención; afección real que pugna con la idea de provisionalidad de tal deuda y de su posible modificación posterior, debiendo, por tanto, entenderse, como este Tribunal Central tiene declarado, entre otras, en las Resoluciones de 27 de noviembre de 1969, 3 de junio de 1971 y 9 de mayo de 1974, que las bases tributarias y cuotas correspondientes fijadas por las Oficinas Liquidadoras, a los efectos indicados, con ocasión de declarar una exención o reducción provisional del Impuesto de un acto o contrato determinado, constituyen declaraciones de derecho que vinculan a la Administración fiscal y le impiden, al quedar incumplidos los requisitos y condiciones de aquel beneficio provisionalmente concedido, fijar una base tributaria diferente para la ulterior liquidación del Impuesto.»

Comentario.—En cuanto a las declaraciones de esta resolución sobre la firmeza de la comprobación de valores y de la liquidación caucional

practicadas cuando se concedió la exención provisional, nos remitimos al comentario que hicimos de la Resolución de 16 de enero de 1975 en el número 512 de esta Revista, páginas 237 y siguientes, donde distinguíamos el trámite de comprobación de valores, que efectivamente quedó firme, y el trámite de liquidación, que todavía no se había producido de modo completo y definitivo, distinción que no admite el Tribunal Central.

Respecto al problema del momento al que hay que referir la valoración de la finca, tema del que también se ocupa esta resolución, nos parece claro, tal como razona la misma, que hay que estar a la fecha o momento de la transmisión, y no al momento en que la exención provisional quedó sin efecto, como había interpretado el Tribunal Provincial.

Efectivamente, creemos que no hay relación alguna entre el artículo 9.º y el número 28 del artículo 65 del Texto Refundido, pues, aunque ambos aluden a la condición, se trata de supuestos muy distintos.

El artículo 9.º dice: «Toda *adquisición* de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho por la concurrencia de una *condición*, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan, atendiéndose a esta fecha para determinar el valor de los bienes y para aplicar los tipos de tributación.» Este precepto se refiere, por tanto, a la condición que afecta a la adquisición misma, desde el punto de vista sustantivo o civil.

En cambio, el número 28 del artículo 65, aunque alude a las «adquisiciones», no se refiere para nada a las condiciones que puedan recaer sobre ellas, pues el último párrafo dice: «La *exención* se entenderá concedida con carácter provisional y *condicionada* al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas». Se refiere, pues, a un condicionamiento del beneficio fiscal, que nada tiene que ver con la condición que pueda afectar a la adquisición. Y es que una cosa es el acto civil o sustantivo de la adquisición y otra el acto administrativo fiscal de concesión de la exención provisional, que es el único que aparece condicionado en el número 28 del artículo 65.

De todo ello se desprende que el precepto aplicable no era el artículo 9.º, sino el 8.º que contempla el «valor que los bienes y derechos tuvieron el día en que se celebró el contrato o causó el acto sujeto al impuesto».

La solución de referir el valor fiscal al momento en que se produce la transmisión interesa no sólo en el caso contemplado por esta resolución, que es el del número 28 del artículo 65, según queda dicho, sino en todos aquellos supuestos en que hay una gran diferencia cronológica entre la fecha de la transmisión y la fecha de presentación en la Oficina Liquidadora. Ejemplo: documento en que se formalizan sucesivas transmisiones hereditarias en que el fallecimiento de los respectivos causantes ha tenido lugar con diferencias de ocho años. El valor fiscal aplicable a cada transmisión no tiene por qué ser idéntico, aunque se formalicen en un único documento. Lo normal es que se hayan producido fluctuaciones de valor y hasta cambios de naturaleza de fincas que antes eran rústicas y hoy quizá urbanas. Todo esto debe tenerlo en cuenta el Liquidador, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 8.º del Texto Refundido. La cuestión tiene especial importancia cuando el medio de comprobación utilizado arroja un valor fiscal muy alto, como puede ser el dictamen del técnico de Hacienda del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido. En tal caso, lo procedente sería que se señalara en el dictamen el correspondiente coeficiente corrector en relación con las transmisiones anteriores. Si no se hace así, el Liquidador puede rechazar el dictamen, calificándolo con arreglo a la sana crítica, según permite y exige reiterada jurisprudencia. Otra solución sería utilizar un coefi-

ciente corrector, según índices oficiales del coste de la vida. Lo que es inadmisibles es aplicar el mismo valor a todas las transmisiones, salvo cuando el medio de comprobación utilizado arroje un valor fiscal que se adapte perfectamente a la fecha de la primitiva transmisión. Tampoco hay que llegar a la solución de aplicar los medios de comprobación y resultados que constaban en aquellas fechas en las Oficinas Liquidadoras, pues una cosa es referir la valoración al momento anterior (que es la única exigencia del art. 8.º) y otra distinta, tener en cuenta los antiguos criterios de valoración. Ha de tenerse en cuenta, finalmente, que la sanción por presentación tardía es la imposición de la multa correspondiente, no aplicar el valor fiscal correspondiente a una transmisión actual, lo que iría en contra del repetido artículo 8.º.

EXENCION POR PATRIMONIO FAMILIAR AGRICOLA: SI LA VIVIENDA-HOGAR FAMILIAR ES GANANCIAL SOLO DEBE EXCLUIRSE LA MITAD A EFECTOS DEL LIMITE MAXIMO DE LA CUANTIA DE LA HERENCIA Y NO LA TOTALIDAD DE SU VALOR. AJUAR DOMESTICO: EL 3 POR 100 SE HA DE CALCULAR SOBRE EL CAUDAL RELICTO, POR LO QUE PREVIAMENTE HA DE LIQUIDARSE LA SOCIEDAD CONYUGAL. DEDUCCION DE DEUDAS: NO PUEDE ADMITIRSE SU JUSTIFICACION EN TRAMITE DE RECLAMACION, PUES DEBIO HACERSE ANTE LA OFICINA DE GESTION (RESOLUCIÓN DE 20 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Con motivo de la liquidación de una escritura de herencia y disolución de sociedad conyugal, el marido, único interesado en la misma, había interpuesto reclamación ante el Tribunal Central, una vez agotadas las instancias anteriores, en la que alegó que debían deducirse otras deudas y gastos además de la deuda hipotecaria que relacionó en la escritura, y debía haberse concedido la exención por Patrimonio Familiar Agrícola por la razón de que para el cómputo del límite de 1.200.000 pesetas debe excluirse el valor de *toda* la vivienda que fuera hogar familiar, aunque fuera ganancial, y que el ajuar doméstico debía también deducirse, a tal efecto, pues se había adjudicado al cónyuge sobreviviente no por herencia, y que en el peor de los casos debía deducirse la mitad del ajuar.

El Tribunal Central, con fecha 12 de junio de 1974, acordó, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, estimar en parte el recurso, anulando la resolución y reponiendo las actuaciones al trámite de instrucción a fin de que por el Tribunal Provincial se adoptase el pertinente acuerdo respecto a la prueba solicitada por el reclamante y, en su caso, se diera cumplimiento a lo prevenido en el apartado 3 del artículo 46 del Reglamento de Procedimiento, en relación con las cuestiones no planteadas por el interesado.

El Tribunal Provincial de Guadalajara declaró que la justificación de las deudas debió hacerse en la vía de gestión; que el importe del ajuar debe calcularse, por imperativo del artículo 24 del Texto Refundido, en el 3 por 100 del caudal relicto; y que sólo debe deducirse, a efectos del cómputo del límite de la exención por Patrimonio Familiar Agrícola la parte de vivienda-hogar familiar que pertenecía al causante y no toda ella.

El interesado interpone recurso de alzada contra el fallo del Tribunal Provincial, alegando que la Oficina de gestión no le requirió para que aportase los documentos justificativos de la deuda del automóvil; que sin causa alguna se ha rechazado la deducción de dicha deuda; que, a efectos del cómputo para la exención del patrimonio familiar ha de

deducirse el valor total del piso; que ha de deducirse también la deuda por la compra del automóvil; que el ajuar ha de ser baja totalmente o al menos en su mitad.

El Tribunal Central desestimó el recurso, por la siguiente:

Doctrina.—«Considerando, respecto a la pretensión mantenida en el recurso sobre la deducción de deuda: 1.º—Que, como resulta del artículo 28 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sucesiones de 6 de abril de 1967, la deducción de deudas en las transmisiones por causa de muerte requiere siempre que se acredite o justifique su existencia en la forma que el mismo precepto prevé para los distintos supuestos que comprende; y claro está que esta justificación corresponde al interesado, en cuyo beneficio está establecida la posibilidad de la deducción, conforme se deduce gramatical y lógicamente del mismo precepto y de las normas generales sobre carga de la prueba, en especial del artículo 1141 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; 2.º—Que, por consiguiente, no basta para efectuar la deducción de una deuda que así se pida, ni la mera petición supone un planteamiento que obligue a la Oficina de gestión a requerir al interesado para que aporte los documentos justificativos de las deudas invocadas, puesto que, como ya se decía por este mismo Tribunal en su citado fallo de 12 de junio de 1974, en este mismo asunto, estudiando y resolviendo la cuestión en su aspecto procesal con referencia a la supuesta nulidad de lo actuado, ningún precepto legal o reglamentario establece como trámite obligado e imprescindible que la propia Oficina Liquidadora, supliendo la omisión del contribuyente, expresamente practique tal requerimiento, sin que establezcan tal obligación los preceptos invocados por el interesado, que se refieren a aspectos distintos, como en el mismo fallo se razona, lo que dispensa, en cuestión tal clara, de mayor examen; 3.º—Que, como ya se decía por este Tribunal en su Resolución de 26 de junio de 1969, la deducción de deudas corresponde a la fase de liquidación del impuesto por el órgano de gestión, por lo que los órganos jurisdiccionales sólo pueden resolver sobre ella por la vía de la revisión ordinaria del acto administrativo que la contempló o decidió, o en su caso en uso de la facultad que concede el artículo 46-1.º del Reglamento de Procedimiento; puntualizando la Resolución de 9 de octubre, también de 1969, que la justificación de la deducción es propia de la fase de gestión, y que obró correctamente la Abogacía del Estado ante la cual no se intentó aquélla; reiterando, en un supuesto en que la justificación de los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, tan sólo se intentó en la reclamación económico-administrativa, que aquella prueba documental debió producirse ante la Oficina de gestión, cuyo acuerdo denegatorio sólo puede revocarse por la vía de recurso, si no tuvo en cuenta la prueba o la apreció con error de hecho o de derecho, pues si no resultará que aplicó correctamente el artículo 28 del Texto Refundido y el acto administrativo deberá ser confirmado; doctrina basada sustancialmente en el artículo 2.º del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, que establece la separación entre las funciones de gestión y de resolución en el ramo de la Hacienda, y plenamente aplicable al caso ahora planteado en el que se pretenden las deducciones de deudas que no se justificaron o no se invocaron oportunamente;

»Considerando en cuanto a la pretendida aplicación de la exención del patrimonio familiar agrícola prevista en el artículo 19-2 del Texto Refundido del Impuesto de Sucesiones y regulada en el artículo 15 del Decreto-ley 8/1966, de 3 de octubre, desarrollado por Orden Ministerial de 17 de diciembre de 1966, que el problema consiste en determinar, a los efectos del número 10 h) de esta última disposición, según la cual la exención no será aplicable si el total haber hereditario del causante excede

del doble de la cantidad que en cada caso—en éste 600.000 pesetas, por no quedar hijos—constituye el límite máximo del Patrimonio Familiar, si no ha de incluirse en el valor comprobado de dicho haber el valor *total* de la vivienda, que venía sirviendo de hogar familiar, o sólo *la mitad*, habida cuenta de la naturaleza ganancial que ostenta el piso (núm. 14 del Inventario) de que se trata;

»Considerando que, cualesquiera que sean las dudas que pudiera suscitar gramaticalmente la redacción del 2.º párrafo del apartado b) del número 10 de la citada Orden Ministerial de 17 de diciembre de 1966, la interpretación lógica del mismo llega a una conclusión bien clara a este respecto, puesto que, como se tiene en cuenta en el fallo de Primera Instancia, no tendría sentido disponer que no se incluya en el haber hereditario del causante un bien o un valor que no forme parte del mismo; ahora bien, la herencia, según la define el artículo 659 del Código civil, comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y tratándose en este caso de un inmueble que tiene el carácter de ganancial, está claro que en el caudal de la herencia sólo se integra, previa liquidación de la sociedad conyugal, la mitad de su valor, de acuerdo con la definición general del artículo 1.392 del mismo Código, pasando a formar parte la otra mitad del haber correspondiente por título distinto al cónyuge supérstite, cuya adjudicación, por cierto, disfruta hoy de exención en la legislación vigente; todo lo cual pone de manifiesto que para determinar si el total haber hereditario del causante excede o no del doble de la cantidad que en este caso—1.200.000 pesetas—constituye el límite máximo del Patrimonio Familiar, requisito indispensable para aplicar la exención, no ha de incluirse en el valor comprobado de la herencia el de la mitad de la vivienda destinada a hogar familiar, sin que obste al fundamento ya expuesto de esta conclusión la especial naturaleza de la sociedad de gananciales—comunidad de tipo germánico en la que marido y mujer ostenta cada uno un derecho total, sin división en cuotas ideales, sobre los bienes que la constituyen—porque el problema que ha de resolverse no se suscita durante la vida de la sociedad, sino con posterioridad a su extinción y liquidación, es decir, cuando practicada esta última y formado el haber de cada cónyuge, el del difunto pasa con sus bienes propios a constituir el caudal hereditario;

»Considerando, por lo que se refiere a la forma como se ha de computar el ajuar, que el artículo 24.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sucesiones de 6 de abril de 1967, dispone que se fijará de oficio es un 3 por 100 del importe del *caudal relicto*, de lo que se deduce que, para determinarlo ha de liquidarse previamente la sociedad de gananciales, como lo ha entendido el Tribunal Provincial en su fallo;

»Considerando que los bienes parafernales suman en este caso pesetas 1.198.040, al que hay que añadir 276.892 pesetas, mitad del valor de los bienes gananciales, dando como resultado 1.474.932 pesetas, importe del caudal relicto que ha de incrementarse con el 3 por 100, en concepto de ajuar doméstico, que supone 44.247,96 pesetas, con un total de 1.519.179,96 pesetas, del cual aun deduciendo 63.400 pesetas, mitad de la deuda hipotecaria que grava la vivienda, que tiene carácter de ganancial, queda un valor de 1.455.779,96 pesetas de suerte que, excluido el valor de la mitad del piso vivienda, a saber 231.892,50 pesetas, el resultado final, 1.223.887,46 pesetas, excede todavía de 1.200.000 pesetas, doble de la cantidad que en este caso constituye el límite máximo del Patrimonio Familiar del causante, lo que evidencia la imposibilidad de aplicar la exención.»

Comentario.—El Tribunal Central ha resuelto acertadamente las tres cuestiones planteadas:

1.ª La justificación de deudas deducibles de la herencia debe intentarse en la fase de gestión y no en la reclamación, dada la diferenciación

de funciones de los órganos respectivos, según resulta del artículo 2.º del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo de 1959. Esto que dice la resolución se confirma también por el artículo 90 de la Ley General Tributaria, que dice: «Las funciones de la Administración en materia tributaria se ejercerán con separación en sus dos órdenes de gestión, para la liquidación y recaudación, y de resolución de reclamaciones que contra aquella gestión se susciten, y estarán encomendadas a órganos diferentes».

Pero toda regla tiene excepción. Así, el artículo 46 del citado Reglamento dice en su apartado 1.º que «la reclamación económico-administrativa atribuye al órgano competente para decidirla en cualquier instancia la revisión de todas las cuestiones que ofrezcan el expediente de gestión y el de reclamación ante el órgano inferior, hayan sido o no planteadas por los interesados»; y en su apartado 3.º que «si el órgano estima pertinente examinar y resolver, según lo dispuesto anteriormente, cuestiones no planteadas por los interesados, las expondrá a los que estuvieran personados en el procedimiento y les concederá un plazo de diez días para que formulen alegaciones». Lo mismo resulta del artículo 169 de la Ley General Tributaria.

Ahora bien, precisamente esta resolución sirve para destacar que esta intervención del órgano de reclamación en cuestiones de «gestión» es excepcional. Además, recalca que se trata de una «facultad» del Tribunal y no de un derecho del contribuyente, lo cual es acertado porque si éste se mostró negligente en la fase de gestión, no es posible darle nuevas oportunidades en el momento de la reclamación.

La resolución destaca igualmente que las Oficinas de gestión no tienen ninguna obligación de requerir al interesado para que aporte los documentos justificativos de las deudas cuya deducción solicitan. Así es, efectivamente; lo que no obsta para que en la práctica las Oficinas Liquidadoras den la correspondiente oportunidad al contribuyente que solicitó la deducción, para que aporte el documento justificativo. Así se hace, al menos, en las Oficinas que he conocido, en que es característica la inmediatividad de la gestión en relación con los contribuyentes. Pero, en todo caso, es evidente que el Tribunal de reclamación no debe premiar la negligencia.

2.ª La exención de Patrimonio Familiar Agrícola exige, entre otros requisitos, que el haber hereditario del causante no exceda de la cantidad resultante de sumar a 1.200.000 pesetas 120.000 pesetas más por cada uno de los hijos. Pero, a tales efectos, no se considerará incluido el valor de la vivienda que haya servido de hogar familiar, que deberá deducirse del haber hereditario.

Si dicha vivienda es ganancial, se plantea el problema de si debe excluirse del haber hereditario la totalidad del valor de la misma o solamente la mitad correspondiente al causante, dado que las disposiciones reguladoras de la exención no precisan este extremo.

El recurrente entendía que se debía descontar del haber hereditario el valor total de la vivienda. Esta postura es errónea y la resolución se encarga de rebatirla diciendo que mal puede descontarse del haber hereditario un valor que no forma parte del mismo, como es la mitad ganancial del otro cónyuge. No obstante, todavía queda el problema de la naturaleza de la sociedad de gananciales que se ha configurado como una comunidad germánica sin distinción de cuotas entre los cónyuges. La presente resolución no ve ningún obstáculo razonando que, aunque marido y mujer ostentan cada uno un derecho total sin división de cuotas ideales, sin embargo, en el momento de la extinción y liquidación de la sociedad la mitad respectiva pasa a formar parte del caudal hereditario. A nosotros nos parece que, efectivamente, no existe ningún obstáculo derivado de la naturaleza de la sociedad de gananciales, pero pensamos

que para el Tribunal Central debería haberlo, pues entre otras resoluciones anteriores se partió de la inexistencia de cuotas para fundamentar la existencia de una base liquidable unitaria del bien ganancial (ejemplo: donación efectuada por los dos cónyuges). Es cierto que ahora estamos en un caso de herencia en que ya se ha producido una causa de disolución de la sociedad; pero también es cierto que mientras no se liquide la misma adjudicando los bienes respectivos, no se sabrá si la vivienda hogar familiar ha quedado integrada totalmente en el haber hereditario del causante, o en el haber del otro cónyuge, o por mitades indivisas en ambos. Es decir, en el momento del fallecimiento, que es cuando se plantea la cuestión la oficina gestora del impuesto, todavía no hay cuotas indivisas sobre las fincas. No obstante, decíamos que para nosotros tampoco hay obstáculo para llegar a la solución de deducir sólo la mitad de la vivienda, por el hecho de ser la sociedad de gananciales una comunidad germánica, pues ya dijimos en otra ocasión (2) que, aunque en los bienes gananciales no haya cuotas indivisas, hay siempre y en todo momento «cuotas de valor», lo que es suficiente para que el órgano fiscal tenga en cuenta la «mitad del valor» del bien ganancial en cuestión. Esto cuadra perfectamente en este caso, en que sólo debe considerarse incluido en el haber del causante la «mitad del valor» de la vivienda-hogar familiar, prescindiendo de si se ha adjudicado tal vivienda entre los bienes de uno u otro cónyuge.

3.ª La tercera cuestión se refiere al cálculo del ajuar doméstico. El Tribunal Central estima con acierto que es un 3 por 100 del importe del *caudal relicto*, de lo que se deduce que, para determinarlo ha de liquidarse previamente la sociedad de gananciales. Es decir, que el ajuar no se calcula sobre el total de bienes de la sociedad conyugal, tomando luego la mitad, sino que hay que determinar primero el caudal privativo del causante, incluyendo el valor de su mitad ganancial, y partiendo de ahí, tomar el 3 por 100 de ese valor global. Sólo cabría calcular el 3 por 100 sobre la totalidad de los bienes, tomando después la mitad, cuando únicamente existieran bienes gananciales. Pero entonces no sería porque hay que hacerlo así, sino porque el resultado es idéntico en el fondo al que se obtiene de la otra manera, pues la otra mitad ganancial está exenta, según el artículo 65 número 15.

El artículo 24 del Texto Refundido confirma la interpretación del Tribunal Central, pues bien claramente alude al caudal relicto, que sólo puede significar el caudal dejado por el causante, sin incluir la mitad ganancial del otro cónyuge, ni sus bienes propios. Sin embargo, un posible obstáculo es que, a falta de pruebas, el ajuar doméstico sería bien ganancial, según la presunción del artículo 1.407 del Código civil, pues entonces cabría preguntar: ¿Es que una vez obtenido ese 3 por 100 del caudal privativo, hay que tomar la mitad como ajuar de la herencia, por ser bien ganancial?

Naturalmente, la contestación afirmativa sería absurda, por ir contra la letra y espíritu del artículo 24. Y es que, aunque el ajuar doméstico fuera bien ganancial, esto no afectaría al ajuar contemplado por el legislador en el artículo 24. La contestación sería que el ajuar contemplado por el legislador es sólo el que corresponde al causante, no el que corresponde a la sociedad conyugal, por lo que, aun suponiendo que fuera ganancial, el Texto Refundido ha tomado ya la cifra «privativa» del total ajuar ganancial, al aludir a un porcentaje del caudal relicto.

En cambio, todo lo dicho sobre ganancialidad del ajuar, valdría respecto al conjunto de muebles y enseres que hubieran inventariado los interesados como valor declarado, sin decir que son privativos, pues entonces entra en juego la presunción del artículo 1.407, que no aparecería

(2) Puede verse el comentario a la resolución T. E. A. C. de 19 de febrero de 1975 en el número 516 de esta Revista, especialmente págs. 1252 y 1253.

desvirtuada por ninguna declaración contraria, a diferencia de la declaración del legislador en el artículo 24 respecto al «ajuar fijado de oficio». Lo que quiere decir que, en tal caso, antes de comparar el ajuar declarado y el comprobado, para ver cuál arroja valor superior, habría que deducir la mitad ganancial del ajuar declarado para comparar la mitad resultante con el 3 por 100 del caudal relicto fijado sobre el valor comprobado.

J. M. G.* G.*

LIBROS

CAGNASSO, ORESTE: *Gli organi delegati nella SpA*. Memorias del Instituto Jurídico de la Universidad de Turín. Ed. Giapichelli, 197 págs., 1976.

Los órganos administrativos encuentran campo de aplicación en todas las sociedades de capitales y las cooperativas. En estas últimas ha profundizado SCORDINO en 1970, como COSTI y SANTINI lo hicieron respecto a las comanditarias por acciones y las limitadas, respectivamente, en 1973 y 1971. Pero es en las anónimas, sobre todo a nivel de gran empresa, donde han originado considerable literatura, incluso en España, bastando recordar las recientes publicaciones de RODRÍGUEZ ARTIGAS e IGLESIAS PRADA y una de este año 1977 de CRISTÓBAL-MONTES, de la Universidad de Navarra. La legislación es parca, simple, por lo que en temática tan vasta la doctrina aprovecha los escasos límites para adentrarse en dilatadas lucubraciones.

El propósito de CAGNASSO, por el contrario, es estricto y concreto: comprobar si, y dentro de qué fronteras, la disciplina italiana vigente permite que tal órgano pueda pasar a ser, además de directivo, el efectivo centro de decisión de la sociedad.

Ciertamente existen comisiones delegadas con funciones meramente consultivas. No obstante, la praxis empezó utilizándolas como instrumento de racionalización del poder administrativo; la ineficacia creciente de los Consejos de Administración, a la vez que transformaba a los mismos en asambleas de segundo grado, ha convertido a los órganos delegados en instrumentos de concentración del poder, quedando para el Consejo las funciones de control, inspección y alta gestión. En el mundo neocapitalista, aunque en forma atenuada, se adopta el modelo autoritario alemán, que reelaboran Francia, Holanda y el proyecto de la C.E.E., y todo ello pese al escaso respaldo legal.

Los primitivos Códigos italiano y francés consideraban mandatarios a los administradores, por lo que, sin perjuicio de sustituciones en casos concretos, sus funciones eran indelegables salvo consentimiento de los socios. Tal norma, en forma immanente, no explícita, perduraba en el Código italiano de 1882, que se limitaba a imponer responsabilidad solidaria a los administradores delegantes.

Pero en el Código civil de 1942 se siguió la ruta elaborada por la doctrina y que había cristalizado ya en varios proyectos anteriores. Todas las facultades del Consejo eran delegables, con determinadas excepciones; la delegación quedaba apartada del mandato y muchos autores se sentían sugestionados por la dogmática de la delegación administrativa, aunque no faltan los partidarios de una relación orgánica (FANELLI, COSTI, GALGANO) o simplemente contractual (MINERVINI, FRE). Para CAGNASSO, la orgánica es la que mejor expresa los caracteres del instituto, ya que con ella el órgano delegado queda al mismo nivel de los otros órganos sociales: Consejo de Administración y Colegio Sindical.

Tal juicio-conclusión lo demuestra examinando los siguientes perfiles normativos de la delegación:

a) *Atribuciones delegables*.—Hay que recordar que la delegación implica atribución permanente y excluye, en consecuencia, los actos concretos o determinados; que las atribuciones delegables son las propias del Consejo, no de los administradores *uti singuli*, y que el Código civil italiano dispone que el acto fundacional de la sociedad determinará los administradores que deben ejercer la representación y que, por tanto, en el caso de haber sido designados, el Consejo y sus delegados sólo pueden actuar en la esfera interna. De no haber tenido lugar se entiende que la representación corresponde al Consejo y, en su caso, a los delegados como aneja al poder gestorio. Existen supuestos ciertos de facultades indelegables (convocatorias para ciertos aumentos o reducciones de capital, iniciativa de concordato o quiebra, etc.), y de ellos, por su concordancia con la legislación española, interesa resaltar el de redacción de balance, *rendiconto* de la gestión social. Es el balance de ejercicio aquel al que se refiere la ley y el de liquidación, que debe considerarse complementario del mismo.

En cambio, los balances que deben redactarse en los casos de transformación y fusión ofrecen dudas, lo propio que otros supuestos: atribuciones conferidas al Congreso y sancionada penalmente su infracción, que CAGNASSO considera delegables produciendo tal delegación efectos liberatorios en dicho plano. Convocatoria de asambleas, que resuelve en sentido afirmativo, o sea, considerándolas delegables. Impugnación de acuerdos de asambleas: no delegables, pero sí ejercitable la acción por ambos órganos. Por el contrario, reputa absolutamente indelegables el poder de delegación y los relativos a la organización del Consejo y poder de vigilancia activa.

Anotemos que en la doctrina española, aunque no unánimemente, el criterio es la indelegabilidad de la convocatoria de Juntas. Además, NOLASCO FERNÁNDEZ estudió la de la cooptación, hipótesis de organización. En general, nuestra doctrina no tiene una frontera nítida ni un criterio rígido.

Con las salvedades indicadas, estima nuestro autor que la legislación italiana permite conferir al órgano delegado la entera gestión de la empresa social, con mucha mayor amplitud que en el supuesto de Director General, caracterizado por su posición subordinada e índole ejecutiva.

Jurisprudencia y doctrina—italianas—coinciden en que en el caso de indeterminación de facultades deben entenderse atribuidas al delegado todas las del Consejo susceptibles de delegación.

b) *Modalidades de ejercicio*.—Los delegados, siempre administradores, pueden ser uno o varios. En este último caso su actuación puede ser colegial o conjunta. Las dudas suscitadas por esta última quedaron desvanecidas. No parece existir obstáculo para el nombramiento de varios con zonas independientes de competencia.

La autonomía es muy amplia en esta materia: el órgano italiano, como el «Managing Director» inglés, parecen caracterizarse por la concurrencia de poderes órgano-consejo, lo que los destaca del «Vorstand» alemán o el «President» francés, órganos necesarios cuyas esferas de actuación no coinciden con las del Consejo o «Aufsichtsrat». CAGNASSO reputa que ello se debe a que en Alemania sólo utilizan las anónimas las grandes empresas, mientras que en Italia están popularizadas, por lo que la delegación debe ser más dosificable.

El modelo alemán ha influido, como hemos dicho, en las últimas reformas holandesas y el proyecto belga, además del de la C.E.E. Es de advertir que también el «Vorstand» puede nombrar sus delegados.

c) *Responsabilidad y deber de vigilancia e intervención*.—La primera se incardina, en la normativa italiana, en los siguientes ejes: responsabi-

lidad exclusiva del órgano delegado en relación con las atribuciones conferidas y al Consejo por el deber de vigilancia activa de los administradores (que corresponde a cada uno *uti singulus*, aunque sea miembro de un órgano delegado) y de intervención, que compete al Consejo con carácter colectivo.

El deber de vigilancia parece concretarse en la marcha general de la gestión, al objeto de que la misma se realice para la obtención de beneficios mediante el ejercicio de la actividad económica, que constituye el objeto social. Es sintética, general, no analítica y de caso concreto, sin perjuicio del examen particular de aquellos actos susceptibles de influir en la marcha de la gestión o en la suerte de la sociedad.

El conocimiento de la actuación dañosa implica intervención para eliminar o moderar el acto perjudicial o sus consecuencias.

La legislación italiana no es excesivamente explícita sobre todo ello, pero parece que los principios pueden deducirse de los sillares del sistema: normativa de responsabilidad, competencia concurrente y carácter derivado de los poderes del órgano delegado.

d) *Ámbito de derogabilidad de la disciplina.*—O sea, posibilidad de acentuar la autonomía del delegado, disponiendo de competencia exclusiva, no concurrente con la del Consejo.

Para CAGNASSO, la respuesta negativa es absoluta. La responsabilidad legal del Consejo no es eliminable y, como consecuencia, no es sustraible la competencia. Suprimirla equivaldría a alterar sustancialmente su naturaleza necesaria. Y se trata nada menos que de una estructura legal. Otra cosa es plantear la posibilidad de sustraer al Consejo, total o parcialmente, su intervención en la constitución del órgano delegado y nombramiento de los titulares, pero por parte de la Asamblea, o los socios.

Para ello es preciso analizar el entramado de la compleja *fattispecie*, que aparece integrada por: 1. Autorización para la constitución del órgano, estatutaria o asamblear, que en Italia, a diferencia de España, debe ser expresa. 2. Constitución por el Consejo, que se desdobra en: a) Acuerdo de creación. b) Delimitación de poderes. c) Estructura de funcionamiento. 3. Nombramiento de titulares.

La intervención de Estatutos o Asamblea puede obligar a la constitución del órgano delegado, configurar su estructura y determinar sus facultades, señalar a los titulares y aun prohibir su separación. CAGNASSO analiza los diversos tipos de cláusulas de tal naturaleza y señala su carácter admisible o no, pero estima que, en visión más general, el problema aparece planteado en si la ley atribuye al Consejo o a la Asamblea la creación del órgano. En este último caso se trataría de una delegación al Consejo alterable, mientras que en el primero la autorización de los socios no tendría otra finalidad que la de remover un obstáculo.

Parece que en la sistemática actual hay pleno consenso en que la gestión social está asignada al Consejo y que, por tanto, la creación del órgano delegado es atribuible al mismo con la autorización de los socios, quienes, ciertamente, pueden *condicionarle* señalando las modalidades de estructura o titularidad que implicaría su creación. Pero el Consejo es siempre libre de crear el órgano o prescindir de él. Esta elección, poder decisonal, debe reputarse absolutamente inderogable.

* * *

El estudio, centrado en el Derecho positivo, contiene una exhaustiva bibliografía italiana. La extranjera es muy escasa, y la española está limitada al nombre de GARRIGUES.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CRESPI REGHIZZI, GABRIELE, y DE NOVA, GIORGIO: *Il Codice civile della Repubblica Democratica Tedesca*. Giuffrè, Milano, 1976.

Precedida de introducción, utilísimas notas terminológicas, amplia bibliografía y transcripción fragmentaria de la Constitución de la RDA y seguida de legislación complementaria, los citados autores nos ofrecen una cuidadísima versión italiana del «Zivilgesetzbuch» (ZGB), promulgado el 19 de junio de 1975 y en vigor desde el 1 de enero siguiente, fecha en la que, según F. EBERT, en su oración parlamentaria de la sesión necrológico-promulgativa (sepelio y cuna), pasa a los archivos en la RDA el viejo BGB, que durante setenta años había impregnado la vida jurídica de *bürgerlich-junkerliche Moral*, protegiendo la propiedad privada y garantizando a nobles, feudales y burgueses el disfrute de sus riquezas. La derogación, no obstante, tuvo un mero carácter formal: las normas del BGB habían quedado seriamente erosionadas desde 1945 por el Estado de hecho, la Constitución y la legislación especial del nuevo Estado. Su vigencia era sólo aparente.

La doctrina jurídica italiana, que aconsejaba cautela, prudencia y eliminación de prematuros juicios, no ha dejado de comentarlo, aunque sin acentuadas profundizaciones. Los mismos traductores, junto con el profesor SACCO, lo han efectuado en la *R. di Do. Civile*; ENZO ROPPO, en la *R. T. di Do. e Procedura Civile* y en *Democrazia e Diritto*, y CARLO ANGELICI, en la *R. di Do. Commerciale*. La relación no pretende ser exhaustiva y de los indicados transcribimos en los párrafos que siguen interesantes comentarios.

Se destaca por varios que pese al clima actual de desconfianza hacia las codificaciones son ya muchos los países marxistas que cuentan con Códigos en su haber. La propia moda ha cundido en el mundo árabe, en especial desde el modelo egipcio de 1948, en el que tan destacada participación tuvo el jurista SANHURI. Argelia ha estrenado el suyo en 1975, promulgado curiosamente con efectos retroactivos, y ha sido ya objeto de un interesante estudio por parte de ORESTE CALLIANO.

El ZGB nace explícitamente como un anti-BGB, con animosidad patológica, como se ha dicho, y en algunos extremos hasta recuerda el proyecto de «Volksgezetzbuch», en el que también se ensayó un nuevo estilo. Al lenguaje del BGB, tildado de propio de juristas, técnicos y empresarios, intenta oponer el del ciudadano común; sin que dejen de sentirse, como en todo el mundo socialista, los sustratos pandectistas, bagaje cultural ineliminable, el ZGB adopta el método más contrapuesto que le es posible al BGB, en un intento de total ruptura dogmática y sistemática; frente a los 2.385 párrafos del BGB se alzan sólo 480, aunque para ello se hayan producido importantísimas amputaciones, como prescindir del derecho de familia, del de personas jurídicas, cooperativas, fundaciones, trabajo y, en general, todo lo relativo a economía; además, las materias reguladas lo son en forma sintética, sin prolijidad ni detallismo. Ello, sin duda, se ha advertido, provocará grandes problemas en el futuro, pero lo importante en el presente parece ser el despegue absoluto de una legislación impropia de la transformación revolucionaria motivada por la asunción por el Estado u organismos colectivos, más o menos autónomos, de la titularidad y ejercicio de los bienes de producción. El nuevo Derecho civil, el del productor de riqueza, del hombre común, es realmente un Derecho subsidiario, residual, privado de gran parte de los elementos de fondo clásicos. Con ello, el ZGB, de acuerdo con la dogmática marxista, pretende superar la tradicional distinción del Derecho en público y privado.

Indudablemente, nada más inadecuado que su normativa a la medida

del «hombre europeo», con antiquísimas raíces en el mundo griego, y que a través de una historia que se desenvuelve en un tejido de epopeyas, épicas y líricas, que nos hablan de Roma, del cristianismo, del mundo bárbaro y el Imperio bizantino, convergen en el crisol del Renacimiento factores que han de producir el más complejo y sofisticado ejemplar de la especie humana. El hombre del ZGB es esencialmente económico, con sus derechos primarios, elementales y esenciales, olvidados indudablemente en muchas ocasiones; y constantemente recuerda a la sociedad que el derecho a la supervivencia y mejora de la condición de vida es inalienable, incondicional e indiscutible; que todo hombre, por lo menos, tiene derecho a ser tratado en la misma forma que a un animal doméstico efectúa su propietario: nada debe probar para que sus necesidades fundamentales sean satisfechas. Lo que yacía en zona brumosa pasa a ser un estridente *leit motiv*.

Por ello las fórmulas neutras y asépticas del «bien común», «necesidad social», etc., se transmutan en recipientes rellenos de interés económico-político, y estimando que política y derecho son dos caras de la misma moneda, el jurista pasa a ser partícipe de un proceso constructivo en el que no existe campo para el neutralismo político. Hasta el Estado de Derecho, con sus postulados tradicionales y sus presupuestos materiales de democracia política y económica, quedan no sólo desmentidos, sino transformados esencialmente.

Reflejo de todo ello es el preámbulo, o parte I del ZGB, que contiene una profunda carga ideológica que se plasma en declaraciones de principios en los que se enmarca la posición de la norma socialista en su plano de íntima conexión con las bases económicas y sociales del Estado. Tales principios, calificados de pinturas algo oleográficas de la sociedad socialista, pueden considerarse declaraciones programáticas, reglas de coexistencia, divulgaciones propagandísticas, normas teóricas sin sanción o una heteróclita y confusa mezcla de todo ello en un intento de compendiar los fines propuestos, característica típicamente socialista. Los comentaristas repetidamente intentan organizarlos y clasificarlos, con escaso éxito: la retórica aniquila la matemática. No obstante, no se estiman como carentes de todo valor técnico y se apunta su función de conceptos inspiradores de la interpretación y aplicación del ZGB, sin perjuicio de que su espíritu se halle ya diluido en las múltiples instituciones por él reguladas.

La parte siguiente, la II, se refiere a «propiedad socialista y propiedad personal». La primera es, fundamentalmente, la del Estado, que sin disfraz alguno aparece con tal nombre en la URSS. Yugoslavia, más pudibunda, emplea el vocablo «sociedad» y el ZGB utiliza constantemente la expresión «propiedad popular», evitando toda evocación al aparato burocrático del Estado, real beneficiario del capitalismo de Estado según los marxistas contestatarios, de carácter absolutamente monopolista, ya que sin competencia actúa con plenitud ilimitada en las órbitas del trabajo, la producción y el consumo, incautándose de las «plusvalías» del primero, señalando las normas del segundo y regulando a su discreción omnimoda el tercero. A su lado se hallan las cooperativas, organismos sociales y otros tentáculos, más o menos autónomos, de la dictadura burocrático-conservadora-autoritaria que ha profesionalizado el partido, desideologizado en su actuación mediante sus intervenciones en el campo del caso concreto, y provocado tan profundas críticas, que hasta se han producido ciertos conatos de la llamada «autogestión» en Yugoslavia, Cuba, Argelia y otros países, en especial africanos, aunque realmente sólo puede hablarse de fenómenos episódicos, debidamente controlados por el Estado, muy lejanos de la «autogestión» prevista como posterior etapa a la desaparición del Estado, y reputada actualmente por los medios ortodoxos como una utopía desplazada, a simples efectos de propaganda, a períodos muy alejados del actual estado de transición.

La propiedad personal (no privada) se contrae a los bienes de consumo,

los necesarios para la satisfacción de las necesidades individuales de los ciudadanos y su perfecta evolución hacia la plena personalidad socialista. En forma vergonzante, como veremos más tarde, se tolera otro tipo de propiedad «no incompatible» con la normativa.

Las normas del ZGB señalan los procedimientos de adquisición, expresándose que «la propiedad de los terrenos y los edificios se transfiere por la inscripción en el Libro-Fundiario». Naturalmente, precisa aprobación del Estado, que controla acto y precio. Aparece ya la función jurisdiccional del Notariado de Estado, y la última de sus secciones está dedicada a la co-propiedad y la propiedad colectiva.

La parte III es la relativa a «contratos para la organización de la vida material y cultural». En el mundo de la economía de mercado, el contrato, con la autonomía privada y la iniciativa económica, conceptos conexos pero no coincidentes, es reputado piedra angular del ordenamiento jurídico. Para el marxismo el concepto burgués de aquél es la expresión de una libertad formal, no histórica, ya que la constante presencia del predominio del más fuerte implica una real desigualdad, bajo la que quiebran autonomía y contrato; la libertad es sólo una abstracción, una ilusión, que juega un mediocre papel en el reducido mundo de la clase media, que se entretiene con sus pleitos en disputas familiares, sucesorias y de vecinos. Pero la realidad es que los monopolios, con reales poderes legislativos, imponen normas contractuales inalterables y aun su especial jurisdicción, verdadera justicia privada. El riesgo de perder relaciones mercantiles, con evidentes perjuicios, hace que el pedir la sustitución de suministros deficientes sólo se alcance mediante la súplica.

Roppo, que pese a su escandalosa juventud tanto se ha ocupado de los contratos de adhesión o «standard» y aun de los contratos en general, ha trazado una panorámica de la contratación en la RDA antes del ZGB calificándola de insatisfactoria y vejatoria. De hecho, las condiciones preformuladas por las empresas autónomas o estatales se imponían en forma mucho más drástica que las del capitalismo monopolista, que en muchos casos dispone de un breve margen para la competitividad. El ZGB ha tratado de remediar la situación, pero la respuesta, la intervención del Estado que desdobra realmente la normativa, no permite suponer que la situación del ciudadano pueda mejorar considerablemente.

El contrato socialista es un instrumento de concreción o integración con las disposiciones legales preexistentes; puede darse entre ciudadanos, pero los principales son entre éstos y las empresas, y su objeto es conciliar los intereses individuales y sociales con los principios de la moral socialista, quedando excluidos los intereses egoístas, que en el mundo capitalista se estimaba convergían con el interés general.

El ZGB regula las condiciones generales, aunque circunscribiéndose a las más amplias y difundidas. No se ha aceptado la proyectada mayoría a los catorce años, quedando fijada a los dieciocho, si bien los mayores de dieciséis con medios económicos propios pueden celebrar contratos sin intervención del representante legal y con la concurrencia de éste a partir de los seis años. Se regula la representación, contenido y forma de los contratos, admitiéndose la autenticación o certificación del Notario del Estado, así como la de otro órgano estatal competente; desaparece el contrato abstracto, y las condiciones generales emanadas de los órganos del Estado tienen el valor de ley y constituyen un potente complemento al Código; entre las causas de nulidad figura la incompatibilidad con los principios de la moral socialista, y se consigna que en caso de alteración de las circunstancias básicas, el Juez podrá modificar o extinguir el contrato, lo que supone mucho más que la *rebus sic stantibus*; es la regla de imprevisión. Es de advertir que según legislación especial, y conforme a lo ya dispuesto en otros países socialistas, los Tribunales Superiores pueden dictar normas interpretativas vinculantes para la futura jurisprudencia.

Los contratos especiales, o sea arrendamiento de habitación, de servicios, compraventa, crédito, seguro, donación, auxilio recíproco y la llamada «comunidad de ciudadanos con fin común», realmente una sociedad simple, ofrecen numerosos aspectos que no es posible detallar en estos breves apuntes. Sólo destacamos que en arrendamientos de habitación el cónyuge tiene corrientemente la condición de arrendatario, y que entre las partes, por lo general, se interpone la «comunidad de inquilinos». El de comunidad de ciudadanos debe concluirse por escrito y presentarse al órgano estatal para su registración.

La parte IV tiene la rúbrica de «disfrute de terrenos y edificios para habitación y recreo», y comprende la concesión de terrenos de propiedad popular para la construcción de edificios unifamiliares, la asignación de parcelas para la construcción cooperativa de edificios de viviendas, la propiedad personal de un terreno y la cesión de éstos para huertos o jardines. La categoría de derechos reales no se menciona, aunque las relaciones de vecindad, inscribibles en gran parte, tienen la consideración real de tales y otros derechos son también inscribibles, sin que se aluda a su carácter real o personal. Se admite la posibilidad de construcción en suelo ajeno, o sea superficie, y se regula la transmisión de bienes en la forma antes consignada en lo relativo a inmuebles: aprobación e inscripción. La adquisición común es regla general para los cónyuges; se establece obligación de informar de cargas y limitaciones en las transmisiones; derecho de preferencia o prelación en ciertos supuestos, y la renuncia de los bienes inmuebles, que mediante la consiguiente aprobación e inscripción adquieren la condición de propiedad popular.

Las sucesiones, parte VI, deberían quedar limitadas a la propiedad personal, aquella formada con los productos procedentes del salario y los juegos de azar controlados por el Estado; no obstante, además de no tener la misma ninguna limitación cuantitativa, el ZGB hace referencia a que sus normas se aplicarán a la propiedad basada preferentemente en el trabajo personal de los artesanos y empresarios, siempre que no se opongan a la ley. Se trata de otro tipo de propiedad no calificada y regulada indirectamente.

Las normas sucesorias son las que más se ajustan a los esquemas tradicionales: se regula la libertad de disposición, sin perjuicio de las legítimas, en las que resulta beneficiado principalmente el cónyuge sobreviviente, que asume siempre la totalidad del ajuar doméstico y los derechos dimanantes de la comunidad conyugal; se regula el testamento en sus diversas modalidades al estilo clásico; el orden sucesorio sufre también alteraciones de las que el cónyuge resulta también beneficiario, y separándose de las raíces germánicas incorpora las tradiciones socialistas del Notariado jurisdiccional, que, como en otros países, pasa a expedir certificados de heredero, dirigir e intervenir los trámites hereditarios, ordenando inventarios, nombrando Administradores, solventando diferencias y practicando particiones.

La parte VII y última recoge numerosas instituciones dispersas y no encajables en la sistemática seguida: declaración de fallecimiento, prescripción, obligaciones solidarias, prenda e hipoteca, contratos a favor de tercero, etc. Carece de pretensión orgánica. Al tratar de la prescripción reitera la amplitud del arbitrio judicial: aun después de los términos, los Tribunales pueden acordar la tutela jurídica siempre que graves motivos lo requieran. Los horizontes de actuación judicial quedan ampliados, y aunque no puede hablarse de un completo «Juez-Ingeniero social», sí que tal subrogación política y las calificaciones de la propia índole en la recluta de funcionarios judiciales convierten a éstos, más que en vigilantes de un orden cristalizado que resuelven problemas en el sentido permitido por la ley, en partícipes de un proceso constructivo social-económico. Es la reiteración de la desaparición del sistema de separación de poderes existente, en forma muy limitada, en los Estados capitalistas, ya que la pequeña bur-

guesía acostumbra acaparar el legislativo a través del Parlamento, el ejecutivo con su participación en los administrativos y el judicial con la absorción de los escalafones.

Los comentaristas lamentan que no se haya aprovechado el nuevo Código para regular temas no tradicionales pero sí actuales, como la fijación legal del momento del fallecimiento; la disciplina de los trasplantes quirúrgicos; la patología de la vida asociativa; los nuevos actos ilícitos: boicot, discriminación, agresión a los valores ecológicos...

En países en estado de transición en los que predomina la disidencia al modelo soviético, al que, rasgada la cortina de oropeles, se considera régimen de despotismo burocrático, se señalan ciertas tendencias peculiares: no interpretación del ateísmo programático como antiteísmo; estimación del ejemplo concreto ruso como producto de circunstancias históricas concretas irrepetibles, lamentables, y que hay que soportar con resignación y señalar que la real «strada maestra» no implica ni dictadura del proletariado ni propiedad pública absoluta, que no supone libertad ni estricta sociedad socialista, aparte de que en un dilatado período de transición, no sólo ni la pequeña ni la mediana empresa han de ser nacionalizadas, sino tampoco gran número de otras más calificadas. Pero las circunstancias políticas y económicas de Alemania Oriental han posibilitado la elaboración de un Código no excesivamente distante del de la URSS que bien puede ser un ejemplo para el mundo socialista, a la par que un caso de interés para filólogos-juristas, historiadores, comparatistas y aun estudiosos de teoría general del Derecho.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CHOAY, FRANÇOISE: *El urbanismo. Utopías y realidades*. Editorial Lumen, Barcelona, 1976.

De la contraportada de la publicación que hoy traigo a recensión creo que puede deducirse la esencia del trabajo: a lo largo de una antología en que se reúnen textos de treinta y cinco autores—de FOURIER a WRIGHT, de MARX a JANE JACOBS, de RUSKIN a XENAKIS—la autora nos brinda un magnífico compendio de cuanto a lo largo de ciento cincuenta años se ha dicho sobre urbanismo, tanto por parte de los especialistas como por parte de los filósofos, sociólogos, políticos, estudiosos del arte, novelistas y escritores de ciencia ficción.

Pero el libro no es una antología—aunque eso ya pudiera justificar su publicación y su reseña en estas páginas—, sino que es algo más: es una crítica a las ideas que proporcionan sus bases al urbanismo, y por ello en el trabajo previo a la antología no se expone la historia del urbanismo o de las ideas relativas a la ordenación urbana, sino un intento de interpretación de ellas.

Para mí esta publicación—incluida en la colección que lleva por título el sugestivo y poético de «palabra en el tiempo»—es un aleccionador trabajo que la mayor parte de los urbanistas deberían conocer. Un buen «tornero»—según les he oído decir—cuesta mucho lograrlo. Se requieren muchos años de aprendizaje, mucho pulso, mucha intuición, mucha precisión..., y eso no se improvisa. Algo parecido debe pasar con los «mecánicos» que revisan nuestros coches de turismo. Lo que sucede es que el mundo va tan aprisa, que tanto al tornero como al mecánico hay que lanzarlos antes que se maduren..., y así la pieza torneada hay que volverla a repetir y el coche recién salido del taller hay que empujarlo a mano para que lo vuel-

van a revisar. Leyendo este libro claramente se descubre que al urbanista le sucede algo muy parecido que al tcnico y al mecánico: necesita mucho tiempo, mucho conocimiento, mucha experiencia y mucho aprendizaje. Casi estoy por asegurar que ni una cuarta parte de los que ostentan la condición de urbanistas han leído tres o cuatro obras de las que cita la autora de este libro. Y ante esta realidad—fácilmente demostrable si quisieran someterse a un coloquio—piensa el recensionista en la poca o nula legitimación que la mayor parte de ellos tienen, no ya para una crítica de una norma, sino para formar parte de una comisión legislativa o defender una construcción jurídica adecuada y válida. Y no hay que olvidar que los urbanistas se multiplican, aunque afortunadamente no se reproduzcan, al amparo de unos campos en los que, como en el país de los ciegos, el tuerto es el Rey.

FRANÇOISE CHAY es licenciada en Filosofía, dedicándose a la crítica de arte y de arquitectura, es colaboradora de diversas publicaciones, ejerció funciones docentes en la Escuela Nacional Superior de Arquitectura de Bruselas y ha publicado diversos ensayos y estudios sobre urbanismo y revolución industrial. Todo ese palmarés de nada serviría si de su obra no se dedujese un auténtico dominio de la materia, que se demuestra en los arranques de la formulación de las ideas y el señalamiento de hitos a partir de los cuales cambia o sigue un determinado criterio. Si el estudio previo responde a una madurez tangible, la antología que inserta a continuación, debidamente clasificada, no hace más que corroborar esta idea de dominio de la materia.

Respondiendo a esta doble vertiente que la publicación ofrece, vamos a separar también nosotros estas dos partes utilizando sus esquemas. La obra lleva un índice esquemático de la parte antológica, limitándose a una referencia genérica del estudio previo en torno al urbanismo. Carece de un índice de materias y hubiera sido productivo—aunque quizá reincidente—el haber intentado un ensayo bibliográfico alfabético. La correcta traducción corre a cargo de LUIS DEL CASTILLO.

A) *En torno al urbanismo.*

La autora parte de un concepto de urbanismo y lo califica gramaticalmente de neologismo, que corresponde a una realidad nueva: hacia fines del siglo XIX la expansión de la sociedad industrial produce el nacimiento de una disciplina que se distingue de las artes urbanas anteriores por su carácter reflexivo y crítico y por su pretensión científica. Para el intento de interpretación del que antes hablábamos la autora divide la materia en cuatro grandes partes: el preurbanismo, el urbanismo, la crítica de segundo grado hecha al urbanismo y conclusiones.

En el preurbanismo centra la idea primigenia que va a dar lugar al desarrollo urbano: la revolución industrial del siglo XIX, que es seguida casi inmediatamente por un impresionante crecimiento demográfico de las ciudades y por un drenaje sin precedentes del campo. La ciudad provoca un fenómeno que incita a la observación y a la reflexión, adquiriendo el estudio de la misma dos aspectos muy diferentes: el descriptivo, apoyado en las estadísticas que fijan las leyes de crecimiento de las ciudades, y el polémico, inspirado en sentimientos humanitarios o en razones políticas. Surgen de esta forma los dos grandes modelos que tratan de superar el pseudodesorden de la ciudad industrial a través de una serie de propuestas de ordenaciones urbanas libremente fraguadas a escala imaginativa: el modelo progresista y el culturalista.

Paralelamente a esos dos modelos que parten del mito del desorden, surgen las críticas de las grandes ciudades industriales por ENGELS y MARX: la ciudad, según ellos, tiene el privilegio de ser el lugar de la historia. Por

su parte, los americanos, con nostalgia de naturaleza, provocan el ataque más violento al urbanismo.

El urbanismo difiere del preurbanismo en dos puntos importantes. En lugar de ser obra de generalizadores (historiadores, economistas o políticos), es, bajo sus dos formas, teórica y práctica, patrimonio de especialistas, generalmente arquitectos. De otra parte, el urbanismo aparece como despolitizado. En el urbanismo, sin embargo, se vuelven a encontrar, modernizados, los dos modelos del preurbanismo: progresista (un intento de ordenación y una conjugación de las soluciones utilitarias y de las soluciones plásticas), con su movimiento internacional representado por la Carta de Atenas y su preocupación por la salud, la higiene, el sol y las zonas verdes, y el culturista (la totalidad se impone a las partes y el concepto cultural de ciudad a la noción material de la misma). A estos dos modelos hay que añadir uno nuevo: el naturalista. La gran ciudad industrial es acusada de alienar al individuo en el artificio. Únicamente el contacto con la naturaleza puede devolver al hombre a sí mismo y permitir un armónico desarrollo de la persona como totalidad.

La tercera parte, como antes apuntábamos, está destinada al urbanismo, puesto en tela de juicio o criticado a través de un ataque de segundo grado. Esta crítica, todavía teórica, aparece difusa. Se orienta, no obstante, siguiendo dos grandes direcciones, que corresponden a la dicotomía (progresismo, culturalismo) ya evidenciada desde la época del preurbanismo. Pueden señalarse con la autora lo que ella llama la «tecnotopia» (o urbanismo espacial o tridimensional que desnaturaliza las condiciones de vida, que pasan a desarrollarse sobre suelos artificiales y en un medio climatizado) y la «antropópolis» (es el urbanismo progresista el que se critica a través de esta dirección, que señala lo arbitrario de sus principios y el desprecio por las realidades concretas a nivel de ejecución). Es obra de un conjunto de sociólogos, historiadores, economistas, juristas y psicólogos pertenecientes por lo general a los países anglosajones.

Respondiendo al posible sentido de la actual crisis del urbanismo, a sus dudas y dificultades, la autora saca estas siete conclusiones: contrasentido entre naturaleza y verdadera dimensión del urbanismo; la era industrial creó los modelos o tipos ideales de aglomeración urbana; es lógico que una crítica de segundo grado haya rechazado un urbanismo dominado por lo imaginario, sustituyendo el modelo por una información; los sistemas de valores sobre los que descansa el urbanismo han sido enmascarados por una ilusión ingenua y persistente de una base científica; el urbanismo ha desconocido la realidad e igualmente la naturaleza de la ciudad; el ciudadano delega poderes en un cuerpo de especialistas, y al ser opuesta la democracia al dirigismo, se comprueba una vez más que la primera no es actualmente más que una palabra, y, por último, nadie sabe cuál será la ciudad del mañana, pudiendo pensarse que estamos asistiendo a una proliferación sobre todo el planeta de conglomerados urbanos que hagan perder toda significación al concepto de ciudad.

B) *Antología de autores y obras.*

En la segunda parte del trabajo está estructurada bajo las ideas y epígrafes antes señalados, recogida aquella parte de obra de los autores que militan en cada uno de los movimientos dichos, y así en el preurbanismo progresista se recogen los nombres de OWEN hasta WELLS; en el preurbanismo culturalista desde WELBY hasta MORRIS; en el preurbanismo sin modelo a ENGELS hasta BUJARIN; en el urbanismo progresista desde GARNIER a STRUMILIN; en el culturalista a SITTE hasta UNWIN; en el naturalista solamente a WRIGHT; en la tecnotopia desde HENARD a XENAKIS; en la antro-

pópolis a GEDDES hasta LYNCH, y, por último, en la filosofía de la ciudad desde VÍCTOR HUGO a HEIDEGGER. En total treinta y seis autores, a cada uno de los cuales se les destina una biografía, un estudio crítico de su obra y pensamiento, así como una selección de parte de su obra.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

CHUECA GOITIA, F.: *Madrid, ciudad con vocación de capital*. Biblioteca de Bolsillo Pico Sagrado, Santiago de Compostela, 1974.

Al ofrecer al lector la recensión de este libro debo precisar dos cosas: la primera es que su tardía presentación se debe única y exclusivamente a las dificultades sufridas para lograr un ejemplar, cosa que puede atestiguar mi librero, al que hace tiempo tenía encargado su adquisición; la segunda es que el título—y por supuesto el autor—ofrecían a mi espíritu curioso un campo impresionante de posibles reflexiones en torno a la verdad que parece encerrar la frase que da base a la publicación. Aparte de ello, el contenido en determinados capítulos de materias de urbanismo hacían plenamente encajable esta publicación en la sección bibliográfica de la revista.

La personalidad y la proyección universal que el autor de este trabajo tiene, FERNANDO CHUECA GOITIA, harían pretenciosa su presentación al lector, aparte de que si la hiciera tendría que valerme de referencias. A CHUECA GOITIA, lo mismo que al actual dirigente de la nación, sólo lo conozco de foto. Y aunque dicen que la cara es el espejo del alma, cualquiera sabe si la foto que me ofrece su figura no está retocada o poco afortunada. De las tres proyecciones que el autor ofrece—arquitecto, humanista e historiador—, podríamos considerar que todas ellas están reunidas en una especie de milagro en esta obra que ofrecemos al lector.

De todas formas, presiento que en los comienzos de estas líneas existe algo dentro de mí que se rebela contra el título de la obra, que es, por supuesto, el primer capítulo que la encabeza. Yo no he creído nunca en vocaciones, ni tempranas ni tardías. Quizá porque yo quise ser una cosa y la autoridad paterna—entonces no funcional—decretó otra, y también porque siendo o ejerciendo una función, lo que de verdad me gusta es otra. No, no creo en la existencia de una vocación y sí en la de una «conformidad». Creo que la ciudad manchega que llena de gracia ofrecía un punto geográfico central se vio honrada con el título de capital y se conformó con serlo. Si la ciudad pudiese hablar, y no sus habitantes, ante la situación caótica de su estructura arquitectónica, su falta de proyección hacia un futuro, su congestión circulatoria y contaminante, su incomodidad habitable, su ingente población visitante y la incapacidad de sus gerentes diría: llevaros donde queráis la capital y dejad que viva tranquila y feliz con mis viejos rincones, plazas, plazuelas y recintos. No, no creo en esa afirmación de GOITIA al decir que Madrid «por herencia, presencia y potencia es ciudad con vocación política». Barcelona, Bilbao—y en estos momentos muchas otras—pueden tener «vocaciones», pero Madrid, precisamente por no tener vocación, es la adecuada ciudad para ser capital, aunque arquitectónicamente necesite mucho apoyo.

Esta opinión mía, fácilmente desvirtuable, en nada empaña el contenido de la publicación que comentamos. En ella, y como se dice en un resumen de su presentación, se hace una interpretación de Madrid. Madrid tiene dos ejes: el Palacio, su acrópolis histórica, signo de su anclaje en el tiempo, y

el núcleo vital, el remolino de la vida popular que unas veces se concentra en las gradas de San Felipe, otras en la Puerta del Sol, la Puerta de Santa María, la Cibeles o en Recoletos. Madrid necesita de la vitalidad de ambos ejes: de su alcázar-acrópolis, signo de su permanencia, fundamento aristocrático de su existencia, y de la pulsación rítmica de su centro vital. Si falta uno de estos elementos, Madrid estaría condenado a la atrofia o a la acefalia.

La obra, numerada y por eso difícil de adquirir, ofrece, aparte de la introducción, tres partes bien diferenciadas: una referente al urbanismo y sociología, otra en la que se refleja la historia de la ciudad y una tercera destinada a los barrios, plazas y monumentos. Va ilustrada con diversos dibujos del propio autor del texto.

Antes de emprender la tremenda senda de la recensión, o resumen abreviado del contenido, quiero destacar una idea que he expuesto en la recensión de otro libro de un arquitecto: el que va en estas páginas sobre *Madrid, plazas y plazuelas*, de C. de MIGUEL. Al referirme al prólogo del libro que firma el arquitecto Antonio Fernández Alba, decía que el mismo, al precisar las puertas de Madrid, había omitido—a mi juicio—la de Guadalajara, y aquí en el libro de GOITIA aparece la de Guadalajara con singular relevancia y como predecesora de la del Sol nada menos. Dice el autor que «la puerta de Guadalajara, la más fuerte y principal del recinto madrileño, debió acoger en torno suyo el mayor movimiento y vivacidad. Los arrabales de San Martín, San Ginés y Santa Cruz, cada vez más poblados, tiraban de la ciudad en ese sentido. Carlos V mandó derribar la vieja puerta de propapia sarracena para construir otra más ornamentada y solemne en la que dominaba el carácter de monumento urbano sobre el defensivo y militar». «Por las gradas de San Felipe penetró en la Puerta del Sol el tumulto de la vida, que allí se remansará durante largos años. Allí existió una puerta, la del Sol, que sucedió a la de Guadalajara, como salida oriental de Madrid, cuando la ciudad creció en este sentido.»

A) *Urbanismo y sociología.*

Siete son los estudios o capítulos que el autor dedica o unifica bajo la denominación del epígrafe. Abre marcha, como ya hemos dicho, el que da nombre a la publicación. Las licencias que el autor se toma—esencialmente literarias—son perfectamente admisibles porque ilustran, embellecen y dan sensación de ser aceptadas por su autor en una especie de «evasión cariñosa» por la ciudad. Hay frases que, querámoslo o no, así lo vienen a demostrar: «Madrid ha conservado sus rasgos arcaicos de ciudad oriental y éstos han condicionado su destino de ciudad política.» Pero Madrid es problema (y marginamos aquí la discusión monográfica entre dos prestigiosas figuras sobre la España con problema y la España sin él) a pesar de ser capital o por ser capital. Este es el enfoque que el autor da a su segundo estudio, en el que la idea dominante es la de que «Madrid está necesitado de restauración, de una restauración inteligente». Es decir, de volver a dar forma a lo que la ha perdido. Esto equivale a decir que Madrid debe estar, como buen deportista, en forma, y que desgraciadamente no lo está. La sociología de Madrid o el aspecto sociológico de Madrid lo trata el autor a base de tres dimensiones: un especial caso de sociología urbana, un fenómeno del urbanismo y el problema de una ciudad con personalidad irreductible. Las concesiones literarias del autor se hacen patentes en ese capítulo, en que dedica el estudio al carácter de Madrid y a la personalidad del madrileño diciendo: «Si Madrid fuera una ciudad castellana, en Castilla y en la psicología del castellano hallaríamos la explicación de la ciudad y sus habitantes; pero Madrid, sin dejar de ser una ciudad castellana, es algo más que eso, es una ciudad que está en Castilla—eso sí—, pero que se

sostiene casi en vilo sobre los escudos de las provincias, como el capitán de antaño era elevado sobre el escudo de sus soldados.» El aire es el protagonista de su quinto ensayo. Para degustarlo hay que leerlo y para dar una idea hay que elegir una frase: «El aire es siempre sutil, como elemento gaseoso presente e invisible a la vez, pero si cabe, lo es más en Madrid, ciudad levantada en plena meseta y con una Guadarrameña vecindad que si no es fábrica del aire, sí es turbina que lo pone en movimiento. Ya se sabe aquello del aire del Guadarrama, que "mata a un hombre y no apaga un candil".»

Dos últimos ensayos cierra este primer capítulo: uno sobre el erotismo y otro sobre el trazado de Madrid como auténtica tela de araña. Sobre la manifestación de que «Madrid es una ciudad que ya goza de nombradía por su vida llamada alegre, por sus alicientes nocturnos y su frivolidad», habría mucho que hablar sobre todo en la fecha en que está escrito el libro, cosa que se ha hecho realidad al momento de la recensión, pues no hay que olvidar que el autor dice que «una sola cosa se mantiene como signo de pudibundez: la prohibición de la exhibición del desnudo». La crítica es fácil «a toro pasado». Por eso no insisto. A lo más que se asemeja Madrid—dice el autor—es a una tela de araña, cuyos filamentos resistentes son los radiales, mientras que los otros sirven de atado o enlace y son muy secundarios, sin que tengan continuidad. Madrid, por ello, está necesitado (y sigue hablando el autor) de una política urbanística de gran estilo que falta por completo.

B) *Historia.*

Creo que ya he dicho que el autor con finos perfiles literarios nos quiere presentar una ciudad abierta a toda posible concepción. El elige la literatura, y para explicar su historia, aparte de los datos fundamentales que facilita, hace literatura. Pero, cuidado, no vayamos a la frase de Ortega de «precisar, hacer literatura o callarse»; no, aquí se hace literatura, pero también se precisa. El recorrido histórico es emotivo. El Madrid de la España musulmana, con puertas y recintos que hacen presentir ciudadelas o almudenas, da paso a la ciudad cristiana, y de ahí se dibuja el Madrid medieval con alguna torre mudéjar. Un auténtico provinciano—y esto lo digo por haber nacido en el mismo sitio que Felipe II—eleva a capital del Imperio una villa exigua y angosta. Lo curioso es que el orgullo del «típico» madrileño no llega a comprender que su capitalidad se debe a una iniciativa provinciana.

Por supuesto, el autor se recrea en esa historia sugestiva del Madrid de los Austrias, la corte literaria en tiempos de Lope de Vega—donde vuelven a aparecer referencias a la puerta de Guadalajara—y el Madrid de los Borbones, en donde aparecen pintores, músicos y artistas de todos conocidos. Un capítulo especial une—como históricamente es así—a Francisco de Sibatini con el gran Rey Carlos III y el arte neoclásico, que tanto favoreció a esta ciudad. Bonaparte, en su versión de José, Goya y la transformación que la ciudad sufre en los siglos XIX y XX, para concluir con el estado actual, que el autor resume en la última frase de sus estudios diciendo: «Madrid está en el período de las grandes obras, tenemos los albañiles en casa, pero ¿cuándo volveremos a hacerlo habitable?»

C) *Barrios, plazas y monumentos.*

Esta última parte de la obra habla por sí sola. El autor recorre Madrid y vierte sobre las páginas de su publicación una serie de acertadas opiniones. Resulta importante «patear» Madrid, pues desde los ángulos que se van viendo—imposible de contemplar desde la ventanilla de un automóvil—pueden sacarse innumerable serie de conclusiones. El autor nos lleva de

la mano al barrio de los Jerónimos, la plaza Mayor, zonas de soportales, la Puerta del Sol, la plaza de la Cibeles, la Puerta de Alcalá y la Independencia, el Paseo de la Castellana, la Glorieta de Quevedo, la Catedral de la Almudena, la Casa de las Siete Chimeneas, la Capilla del Cristo de los Dolores, el Cuartel del Conde Duque, el Palacio de Pedro de Ribera, el Hospital General, la Casa de la Moneda, el Neomudéjar, el Palacio de Linares y el Instituto de Valencia de Don Juan.

Me hubiera gustado detenerme en cada uno de los capítulos que llevan por título cada uno de los apeaderos referidos, pero ello desbordaría los límites que me he marcado en esta recensión y que imposibilitan reseñar de una parte la visión histórico-literaria del autor y las proyecciones de futuro que en algunos casos expone con la privilegiada intención de conservar lo bello, restaurar lo antiguo y dar realidad a lo por venir.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FARIÑA JAMARDO, J.: *Agonía y muerte del municipio rural*. Biblioteca «Certamen de Administración Local», volumen XV, Madrid, 1977.

Frente a lo rústico, lo rural, estuvo siempre lo urbano. Pero esa diferencia, que incluso fue utilizada por un gran jurista para explicar las razones justificativas de la «legítima catalana», no tuvo hasta tiempos recientes el aspecto de lucha que en los momentos actuales se destaca. Lo urbano priva, lo urbano urge, lo urbano exige, mientras que lo rústico se olvida, se arrincona, se desprecia y, la mayor de las veces, se ignora. ¿Qué ha pasado?

El libro-estudio que recensamos, y del que es autor FARIÑA JAMARDO, Doctor en Derecho y Diplomado de Administración Local, además de gallego, nos responde a la última pregunta y nos brinda la patética situación en que se encuentra el medio rural. Es un libro apasionante y apasionado, pero es un libro lleno de enseñanzas, sugerencias y lamentos. Hace años había leído una novela que hizo sonar la alerta de la situación del campo, pero que poca gente escuchó. Se titulaba *Se vende el campo* y su autor era JULIO ESCOBAR. Hace poco un discurso de recepción de la Real Academia de la Lengua de MIGUEL DELIBES volvía a poner el dedo en la llaga, pero tampoco la gente entendió su metáfora del «culatazo». Es de esperar que este que traemos a estas páginas tenga mejor suerte, la cual se la deseamos.

El haber nacido en ciudad y no en pueblo, aunque mis raíces sean pueblerinas, me da más objetividad para «montarme en el carro» del autor y defender su tesis, identificándome con ella. Regresé hace poco de un viaje por América, y antes de ir me había vuelto a leer esa serie de artículos que un día publicara AGUSTÍN DE FOXÁ bajo el genérico título de *Por la otra orilla*, y que reflejaban su viaje poético por diversos países, que han venido a coincidir con los de mi itinerario. En uno de ellos, titulado *Rocio sobre el pasto*, decía el poeta estas geniales palabras: «Cuando salimos de la ciudad, toda de cemento, con azoteas sobre cajones vacíos, chimeneas, ropa tendida y chatarra; cuando abandonamos los pisos, donde se empotra la cama en la pared para ganar unos centímetros (cuando está vacante toda la hermosa vastedad de la tierra), con armarios en los muros; por flora, un tiesto; por fauna, un canario; por tempestad, un ventilador; por toro, una lata; por invierno, un "frigidaire"; por verano, un radiador; por huerta, una conserva; cuando pisamos, al fin, la bella libertad de la Pampa, comprendemos cuán neciamente está orientada nuestra orgullosa civilización blanca.

Porque pensad que la mecanógrafa, el oficinista, el hombre de negocios, el funcionario, hasta el banquero, trabajan seis días a la semana sin ver a los astros, en despachos interiores, con luz eléctrica, entre humo, cemento, ruido, asfalto, prisa; cazando taxis en la lluvia, oprimidos en el autobús, asfixiados en el subterráneo, para gozar de ese domingo del campo—que atestiguan con fotografías y cine de aficionado—, del que disfruta todo el año el más pobre de los campesinos. Y que once meses de ficheros, teléfono y papel carbón para las copias tienen por compensación veinte días de veraneo en una playa, de la que gozan la vida los más humildes pescadores.»

La obra va prologada por FLORENTINO-AGUSTÍN DÍEZ, quien hace una disección profunda de la materia tratada por el autor, dejando al descubierto las causas que motivan el trabajo y el aspecto crítico de las posibles soluciones. Plenamente identificado con las ideas del autor, añade ideas que me resisto a dejar olvidadas y sin transcripción: «Pero el Municipio está ahí, nos envuelve y nos llama, incita, sugiere y ofrece, y cuando en otros países se cuida mucho de vitalizarlo, la lamentable falta de genio, de perspicacia política, entre nosotros, le inflige tal número de agresiones o de rechazos que da la impresión de estarse haciendo de nuestro Municipio rural una especie de almoneda...» «El Municipio rural agoniza, en muchos casos se extingue. .» «Nosotros pedimos... que el *genio político* de nuestro país no se pierda demasiado en meras estrategias electorales... y comprenda que en ese gran tópico del "bien común", que ojalá deje de serlo..., está el Municipio rural, maltratado, pero esperando y ofreciendo su hora.»

En su estructura el trabajo está dividido en diez capítulos, pero en un deseo de simplificación «cara al lector» pienso que podría presentársela en lo que se me antojan tres partes fundamentales: a) La crisis del pequeño Municipio. b) Agravantes de esa crisis. c) Causas y soluciones al problema del Municipio rural. Dentro de cada uno de estos apartados iré encajando los diversos capítulos de que consta la obra. Lleva el trabajo un índice sumarial simple, careciendo de índice alfabético de materias, el bibliográfico, y teniendo, sin embargo, muchas citas a pie de página.

A) *La crisis del pequeño Municipio.*

Creo que puede resumirse la esencia del pensamiento de todo el capítulo que a este tema dedica su autor en estas palabras que el mismo escribe: «La agonía y muerte de nuestros Municipios rurales está en la prosa oficial de los boletines y de las estadísticas, en la prosa y en la palabra viva de los distintos medios de información y de comunicación social, en las tendencias legislativas y de gobierno de los países llamados civilizados, que reducen y concentran Municipios, con un afán de redención digno de mejor causa, para configurar entidades económicamente viables—según manifiestan—, aunque sin preocuparse demasiado de si, además de ser viables como prestadoras de servicios, lo son social y humanamente en cuanto centros de convivencia en donde puedan establecerse las necesarias relaciones de vecindad que han caracterizado y definido desde siempre a la institución municipal.»

La despoblación rural, el éxodo rural, que como capítulo especial escribe el autor es una de las causas de la crisis que da cifras aterradoras: a principios de siglo la población rural española era la gran mayoría del total nacional, y ha pasado a ser en el año 1970 solamente el 11 por 100. Pero esa despoblación, que lleva como contraste la «repoblación» urbana de las grandes ciudades, lleva consigo un gran mal: la gran ciudad ha dejado de ser una comunidad vecinal, un Municipio, para convertirse en una entidad amorfa y difícilmente catalogable, en la cual sus moradores no se sienten integrados.

B) *Agravantes de esta crisis.*

En esta parte es donde vamos a incluir la mayor parte del trabajo, pues pensamos que dentro de la misma caben los capítulos tres al octavo. La primera causa que agrava el problema antes expuesto es, por supuesto, la antigua idea de la centralización, puesta de relieve por HINOJOSA y que se ha repetido insistentemente. La mala prensa que esta idea tiene y tuvo hizo surgir una reacción, cual fue la de la descentralización, pero entendida, no como cesión de competencias a la Administración local, sino mediante el establecimiento de órganos propios de ella dependientes. Es decir, creando lo que se conoce con el nombre de Administración periférica.

A esa primera idea de agravación el autor añade la que titula con el nombre del «mito de la competencia municipal», mito que destruye la letra de la Ley (art. 101 de la Ley de Régimen Local) en base de una carencia de medios económicos, y de que tales competencias, o no existen, o están sujetas a la tutela y ordenación de la Administración central. Examina a este respecto los problemas de gestión urbanística, patrimonio, salubridad e higiene, abastecimientos, transportes, instrucción y cultura, acción benéfico-social, policía y centros varios.

Al mito de la competencia hay que añadir el de las ayudas y subvenciones, que son como una especie de compensación que hace el Estado al convertirse de hecho en el único recaudador a escala nacional, repartiendo las sobras de ese gran festín impositivo. Pero estas ayudas y subvenciones se otorgan por los diferentes Ministerios y no siempre se realizan con «igualdad de oportunidades», sino que recaen en los que las saben pedir mejor o manejarse con más habilidad, y, por supuesto, para necesidades oscilantes según las circunstancias políticas o de un sector o persona determinada del Gobierno nacional o provincial con esa concentración infalible de poder.

Sigue el autor su exposición con el tema del control estatal de la agricultura, tema al que aporta una serie de datos de lo más significativo, citando ahora nosotros solamente el del artículo 53 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 sobre la actuación en zonas y comarcas del IRIDA, así como la Orden ministerial de 9 de noviembre de 1972 sobre creación de Juntas Locales Vitivinícolas, antes presididas por el Alcalde y ahora por el Delegado provincial de Agricultura.

El capítulo siguiente se refiere a las Hermandades Sindicales y los Ayuntamientos rurales. En dicho capítulo denuncia el autor cómo la suplantación, la minimización de los Ayuntamientos rurales se realiza por las Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos, que hacen inoperantes e innecesarios los primeros. En esta línea el autor culmina su exposición en el capítulo octavo calificando a los Ayuntamientos rurales como oficinas del Estado, ya que son a modo de organismo local y territorial con el que cuenta la Administración central para la realización de todos sus trabajos a escala nacional: reclutamiento, censos, padrones, informes, estadísticas, campañas sanitarias, movilizaciones, etc.

C) *Causas y soluciones al problema.*

Antes de entrar en las causas y soluciones, el autor destina un capítulo para hacer un repaso de la doctrina y la legislación en orden a los pequeños Municipios. Doctrinalmente señala opiniones contrarias a la pervivencia del pequeño Municipio, como la de FERNANDO ALBI y la de ROBSON, y también de signo positivo, como la mantenida en el Congreso de Viena de la UIV de 1953, existiendo también aquellas que intentan buscar soluciones intermedias. Dentro de la legislación, el autor concluye su exposición haciendo unas citas de la Ley de Bases de 19 de noviembre de 1975 que le hacen decir que como fácilmente se deduce de la nueva normativa local, a punto de ser articulada, y de sus precedentes inmediatos, la escalada en orden a

lograr la supresión de los Municipios con una población inferior a los 5.000 habitantes parece ser un objetivo básico y principio inspirador de la Ley, como ya se pone de relieve en el preámbulo.

El éxodo rural tiene una serie de causas que son las que provocan la situación actual del Municipio rural: remuneraciones poco adecuadas, falta de horizontes y porvenir, vida poco cómoda, falta de medios de todo orden, etcétera. Las industrias, dice el autor, no se montan donde están los obreros, sino que han de ir los hombres al lugar en que se asientan las industrias... Se han ido los maestros, los médicos y los veterinarios, los Jueces y los Juzgados, los Notarios y los curas, los Abogados y los peritos, y hasta la Guardia Civil...

Mientras sigamos ensayando las fórmulas que se cuecen en los laboratorios doctrinales y políticos establecidos en las grandes urbes—dice el autor—, y alejados de la tragedia que viven nuestros pueblos rurales, los resultados que se alcancen, en el mejor de los casos, sólo servirán para prolongar la agonía actual. Si queremos de veras la pervivencia de mundo rural y de los Municipios que lo representan es preciso abandonar fórmulas y componendas, dando al campo y a la agricultura todo lo que le ha sido sustraído en beneficio de la industria, y a los pueblos rurales todo lo que les ha sido negado para invertirlo en las artificiales concentraciones humanas de las grandes urbes.

Ya dije al comienzo que estaba totalmente identificado con la tesis del autor, pero lo importante sería que lo estuvieran—aunque fueran demócratas—los que mandan, los que ahora y siempre tendrán ese poder infalible por el que tanto luchan para mantenerse en los puestos. Si de verdad vivimos unos encima de otros, en nichos con radio—decía AGUSTÍN DE FOXÁ—separados de la tierra y el ascensor es un taxi vertical y sólo vemos unas raíces cuando se rompe un tiesto en la terraza, es inútil el lamento. Porque en nuestro mundo utilitario y de masas resulta excesivamente superflua y aristocrática la desinteresada contemplación del campo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GATTI, SERAFINO: *La rappresentanza del socio nell'assemblea*. Colección «Saggi di Do. Commerciale». Giuffrè, Milano, 194 págs., 1975.

Las inmisiones de la doctrina administrativa en el ámbito de las sociedades ya no causan sorpresa. La obra de GATTI, densa y prudente dentro de una acusada osadía, nos ofrece un ejemplo de la incidencia procesalista en el propio campo, apuntando acaso hacia la compleja dogmática general. Algunas de sus conclusiones, sillares de su obra, posiblemente deban considerarse discutibles, pero será inevitable tomarlas en consideración.

El llamado «fin común» de las sociedades institucionaliza ya una base pluralista que en las de gran dimensión se acentúa con las diversas clasificaciones de los accionistas y fundamentalmente en la clásica de accionistas de ahorro, empresa o especulación, los cuales no tienen otra estructuración legal que las delegaciones de voto. Las «proxy contests», a veces dramáticas, son altamente demostrativas.

Tales delegaciones se concebían antiguamente como una modalidad de la representación. Por ello el Código de Comercio italiano de 1882 se limitaba a regular su inderogabilidad, y el civil de 1942, manteniéndola, determinaba que sólo otros accionistas podrían actuar como representantes.

Dicho Código, y respecto a tal extremo, es objeto de una considerable

modificación en 1974. Se elimina la exclusiva a favor de otros socios, pero se posibilita la total supresión estatutaria del instituto, y de no realizarse quedan excluidas las generales o en blanco, se establecen incapacidades para Administradores, bancos, financieras, etc., y en compleja escala se pone tope a la acumulación. Las degeneraciones democrático-sociales que en sangrientos episodios permiten ovacionar y reelegir a los que al día siguiente presentan la quiebra, han hallado su tardía y legal respuesta.

El fenómeno da pie a GATTI para analizar la representación y dudar que un mismo instituto pueda abarcar casos tan diversos como las llamadas representaciones voluntarias, legales, orgánicas e institucionales. El *status* de socio forma parte del complejo tejido organizativo de la sociedad, y su delegación difícilmente puede reputarse un supuesto de representación, de donde la posibilidad de ser regulada estatutariamente.

El socio, no la asamblea, es el verdadero órgano social que ejerce, no un derecho subjetivo, sino un poder de carácter funcional, el de voto, con el que participa como órgano en la asamblea, simple modalidad de actuar o suma de reglas procedimentales que, en *unitas actu* de tiempo y lugar, unifica voliciones, a la par que diluye disensos y ausencias; es el crisol en el que se forma la voluntad común, la «Gesamtwille», que se ofrece al exterior como una sola en méritos del sistema de normas que permite a sujetos abstractos aparecer como centros de imputación. Pero en el fondo se encuentran siempre las personas físicas, a las que llegan y de las que proceden las imputaciones en un proceso de atribuciones trenzado en orfebrería jurídica.

Observado bajo esta perspectiva procedimental, el llamado derecho de voto queda despojado de problemas tales como los de su naturaleza jurídica o el de si ha sido concedido para la tutela de un interés individual o social. Pasa a ser un procedimiento destinado a realizar el interés común, el *finis operis*, en el que se refunde el particular del socio, el *finis operantis*.

La delegación que puede efectuar el socio la realiza como miembro potencial de la asamblea: el acto es pre y extraasamblear, y así como el derecho de voto implica una legitimación primaria preordenada hacia la asamblea, mediante la delegación se engendra otra secundaria, pero también orgánica. Por ello, a juicio de GATTI, que sigue a SCORZA, la delegación no procede en los casos de asambleas universales, pues siempre requiere convocatoria, y su vida sólo discurre desde un momento posterior a ella y hasta el término de la asamblea en sus diversas convocatorias.

Se ha asimilado a la delegación administrativa, de la que disiente en el contexto organizativo en que se mueven ambas, y por ello la administrativa no requiere aceptación. De la representación común ambas están separadas tanto por el sujeto en el que el delegante no actúa *uti singulus*, sino como órgano, como también por el objeto: no se trata del ejercicio de un derecho subjetivo, sino de un poder funcional, y sus efectos son imputables en la esfera del delegante y la de la sociedad. Y ésta, a diferencia de lo que ocurre con el tercero en la representación común, no es libre de aceptar o no, de contratar o no, sino que se limita a tomar nota.

Pero hay que diferenciar tales casos de delegación de aquellos en los que la sociedad, en méritos de un ordenamiento extrasocial, se limita a la constatación simple. Son los de representación legal o necesaria en sus múltiples variantes (menores, incapaces, personas jurídicas, colectividades no personificadas...). El ordenamiento societario no es generador, sino receptivo. Es un caso de dialéctica o de confluencia de «pluralidad de ordenamientos», que tanta y tan interesante literatura ha producido.

También hay que tener en cuenta otro punto diferenciador. En la delegación administrativa todo el fenómeno queda absorbido en el ámbito funcional, mientras que en la que nos ocupa hay un momento normativo extrasocietario, el correspondiente a la esfera del mandato, negocio entre dele-

gante y delegado, totalmente desvinculado de la sociedad, del que puede deducirse si la delegación ha sido conferida en interés de una de las partes o de ambas.

La delegación sufre un control por la sociedad y es de naturaleza procedimental y lógico desarrollo de su poder normativo; su alcance se extiende tanto a la legitimación primaria como a la secundaria; a la autenticidad y a las incompatibilidades de intereses en ambos niveles, materia ésta que tiene su trascendencia en la legislación italiana, a diferencia de la española.

El supuesto del socio con varios representantes y posibilidad de votos diversos, recientemente estudiado por JAEGER, lo resuelve GATTI en el sentido de que el *status* del socio es único, pero admite que un único delegado pueda emitir votos diversos en caso de varias legitimaciones secundarias.

El problema del tope del número de representaciones suscita el tema de si el titular excesivo pasa a ser un representante inválido o tiene derecho a señalar las que excluye. Esto último parece ser lo prudente: *utile per inutile non vitiatur*.

Casos especiales son aquellos en que no hay coincidencia de calidad de socio y legitimación primaria: Las «Legitimationsübertragung» alemanas, los «Voting Trusts» americanos, el «Administratienkontoor» holandés, así como los supuestos de usufructo, pignoración o copropiedad, que son objeto de especial examen.

El caso del *falsus procurator* y sus consecuencias merecen destacarse. GATTI opina que siendo la asamblea figura simplemente procedimental sólo es posible esperar de ella reacciones de tal naturaleza. El *falsus procurator* sólo puede producir invalidez en los supuestos de que su intervención haya sido decisiva para el *quorum* o la mayoría. Es la llamada «prueba de la resistencia».

Los requisitos exigidos por la ley para las delegaciones no son ampliables estatutariamente. La prohibición impuesta a bancos o financieras para ostentar la calidad de delegados debe entenderse extendida a sus empleados o apoderados. Sobre su utilidad hay muchas dudas, sobre todo en los momentos en que el absentismo está llegando casi a generalizar las acciones sin voto. Aparte sus intereses peculiares, posiblemente los institutos de crédito son los que poseen mayor experiencia y competencia para actuar como representantes de accionistas. En cambio, se entiende que la prohibición no juega cuando, por proceder representación legal u orgánica, no puede hablarse propiamente de representación. Existe también una fuerte tendencia a excluir las representaciones generales de tipo extrasocietario, como las dimanantes de administraciones generales de bienes.

La última parte de la obra está dedicada al examen del instituto en su relevancia sustantiva, no procedimental, el negocio siempre reconducible al mandato cuyas infracciones no están tuteladas por el ordenamiento societario. O sea, que el voto válido para la sociedad puede ser ilícito según el parámetro del mandato y dar lugar a indemnizaciones de daños y perjuicios que, en ocasiones, pueden ser importantes—el caso de la disolución—, pero hay que medirlas a tenor de la influencia del voto en el *quorum* o la mayoría y pueden dar lugar a pruebas diabólicas, por lo que se impone la estipulación de una cláusula penal.

El conflicto de intereses, supuesto patológico, puede incidir en el mandato, pero difícilmente afectar a la sociedad; lo propio, el caso de abuso de poder: al coincidir la sociedad con el delegado en el solo momento de la emisión del voto, le es muy difícil apreciar su previa existencia. Con la admisión en la asamblea queda agotado el poder del delegante, y por ello no han faltado autores que han sostenido la anulabilidad del voto en tales supuestos. BOTTARO, BUONOCUORE y ASCARELLI nos hablan de una invalidez respecto al socio, no respecto a la sociedad, pero tal construcción resulta plagada de dificultades dogmáticas y dudosas consecuencias prácticas.

En USA, y para las grandes sociedades, se autorizan asambleas regionales con funciones consultivas o deliberantes, y en Italia han sido establecidas para las cooperativas. GATTI les da valor preparatorio o instrumental, rechazando las tesis del órgano parcial y facultativo sostenidas por COTTINO, BRUNETTI y otros. Las reputa formas de delegación de voto, con diferencias morfológicas, no sustanciales, de las comunes; su peculiar estructura y dimensión no impide su plena conexión teleológica al total procedimiento deliberativo de la sociedad.

Hipótesis similar es la de copropiedad de títulos, que en Italia, aunque requiere representación única, no precisa la calidad de copropietario en el representante. Al tener lugar la designación surgen los problemas: ¿Unanimidad o mayoría? Se duda de tratarse de un caso de copropiedad, aunque la ley habla de copropiedad de títulos y los supuestos de usufructo o pignoración son altamente expresivos. La asimilación al administrador es dudosa, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de participar en el acuerdo de disolución de la sociedad. GALGANO ha señalado que la administración tiene categoría autónoma que impide la equiparación, y GATTI, estimando que la doctrina no halla solución aceptable con la lógica sistemática, se aleja de la analogía *legis* y acude a la *iuris*, con la que llega a la consecuencia de que el principio mayoritario es el que mejor responde a las exigencias de la institución.

Anotemos que esta solución, con argumentación diversa, es la que alcanza en España un notable autor, PEDROL RIUS, en una obra amena y profunda en la que examina exhaustivamente la sindicación de acciones en España, proponiendo como fórmula mágica la copropiedad. GATTI, al referirse a tal plataforma la reputa una hipótesis rudimentaria de sindicato.

Analiza GATTI otros diversos casos patológicos: la delegación de voz sin voto, que considera inadmisibles, y, sobre todo, la validez de la delegación y mandato subyacente en el caso de sindicación y otras acusadas de fraude a la ley.

Después de citar una considerable bibliografía, que permite poner al día la ya superada de PEDROL, y señalar las doctrinas que sostienen la validez en caso de actuación unánime, y las negativas, señala que en defensa de los pactos de sindicación se ha escrito que sólo surten efectos inter partes, que para nada se relacionan con la sociedad, que prescinde de ellos y que su infracción da simplemente lugar a indemnizaciones. Los votantes tienen plena libertad de voto frente a la sociedad. Pero tal argumento es solamente efectista: el fraude a la ley se produce precisamente cuando se llega a un resultado prohibido por medio de un instrumento negocial en sí lícito. El mandato de voto es, en principio, neutro; pero regulado a través de determinadas normas puede implicar una pérdida de libertad, una delegación general e irrevocable. Aunque COTTINO sostenga que jamás la libertad de voto debe considerarse de orden público.

Para las vestales democráticas, los sindicatos transforman el régimen parlamentario en partitocrático; pero ello ocurre incluso en la vida política. Así, las asambleas son meros ritos donde se sancionan conclusiones prefabricadas. El ejemplo más vivo es el del socio único en asamblea.

Sin duda, muchos sindicatos implican las delegaciones generales y permanentes que prohíbe la última reforma del Código civil italiano. Pero para GATTI ello sólo es discernible en cada caso concreto. El arbitrio judicial tiene aquí una esfera considerable.

La delegación dimanante de una compensación en dinero, hecho sancionado en Alemania y Francia y considerado opuesto a las buenas costumbres en Suiza, no está regulado en Italia. Y con FERRARA opina GATTI que «hay que rechazar el mito de la no comerciabilidad del voto».

Las últimas páginas de la obra, crecientes en interés y en densidad, es-

tán dedicadas a la posible constitución de comunidades de accionistas con el fin de eludir los «topes» de representaciones establecidos por la citada reforma. Parece que esencialmente coincide con PEDROL. El estado comunitario resulta un verdadero filón para los juristas especializados en sociedades.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

EMÉRITO GONZÁLEZ, CARLOS: *Derecho Notarial* (con la colaboración de ELVIRA M. YORIO DE BRUSA y JORGE ALBERTO NATIELLO). Ed. La Ley. Buenos Aires, 1971, 790 págs.

Lamentablemente, no tengo el honor de conocer al autor de la obra—como con igual lamento desconozco a la gran mayoría de los autores argentinos, lo cual, al ritmo que está subiendo el nivel técnico jurídico de Argentina, es triste—. Pero como «por sus obras los conoceréis», el conocimiento que tengo del profesor GONZÁLEZ es excelente.

La obra es índice del desarrollo e importancia que adquieren los estudios de Derecho notarial, que se presentan actualmente de gran relevancia, no sólo porque la materia objeto de estudio lo sea considerada en sí misma, sino por los esfuerzos del Notariado Latino en acreditar su condición de práctica relevante en la juridificación de los actos jurídicos.

El libro es abarcador. Sistemáticamente, se divide en cuatro partes: *a*), parte general, contentiva de la precisión del objeto de estudio y de las fuentes del Derecho notarial, las fuentes del propio Derecho argentino, un análisis comparado con relación a otros ordenamientos y consideraciones acerca del aspecto discente de la materia; *b*), la función notarial propiamente dicha, analizándose el notariado como profesión y su acceso a la misma, así como la competencia del funcionario, su responsabilidad en los diversos planos y el arancel; *c*), el instrumento público y su naturaleza jurídica, analizando las diversas partes del instrumento, el protocolo y el procedimiento escriturario, pasándose luego al estudio de la eficacia internacional del instrumento y su relación con la publicidad inmobiliaria, con destaque de sus relaciones con la horizontalidad; *d*), implicaciones fiscales de la actividad notarial, con especial referencia al Código fiscal de la provincia de Buenos Aires.

La intención, manifestada y manifiesta, del autor es destacar el carácter científico del Derecho notarial frente a la consideración simplemente instrumental existente en los pasados lustros, en que se daba relevancia al formulario y no a la valoración sustantiva—y sustanciosa—de la materia; aspecto éste que va adquiriendo relevancia por medio de los diversos Congresos Internacionales del Notariado Latino, así como por la propia evolución interna del Derecho argentino. De ello da fe el autor al estudiar minuciosamente la evolución de la materia objeto de estudio desde los diversos planos en que la misma puede considerarse.

Interesante es la exposición que hace el autor del modo de enseñanza que se practica en la cátedra de Derecho notarial, consiguiéndose un Notario bien preparado por un procedimiento que, hay que decirlo, supera la rigidez del tradicional sistema de oposiciones de España—condenado incluso en algún dictamen del Consejo de Estado español—; una formación sensata, rigurosa, teórico-práctica, que pudiera ser objeto de atención en muchos otros países.

Naturalmente, y como no debía de otro modo, las mejores páginas están

dedicadas al instrumento público, como medio probatorio de primera categoría, que apunta los beneficios del formalismo—no *ab solemnitate*, sino a efectos de prueba—al dar seguridad a las transacciones jurídicas, adentrándose el autor en la problemática acerca del carácter de la forma en punto a la eficacia y validez de los actos jurídicos (formas de valer y de ser, respectivamente, las denomina el autor), arbitrando elegantemente —y sin incurrir en el error de NÚÑEZ LAGOS (1)—la tesis de DEGENKOLE acerca del carácter de la forma como modalidad del contrato reproductivo, siempre que, efectivamente, se opere la reproducción. Posteriormente, el profesor GONZÁLEZ expone ampliamente la manera de redactarse un instrumento, con valiosos ejemplos correspondientes entre el «rito» escriturario y la fundamentación jurídica vigente.

No se crea, sin embargo, que el estudio del procedimiento escriturario es meramente de alcance instrumental; el autor aprovecha el análisis procesal para plantear todas las posibles cuestiones de fondo que han sido o pudieron ser problemas relevantes en la práctica argentina, orientando la solución de un modo que—aparte de desconocimiento del Derecho positivo de la República hermana—me parece sumamente acertado.

Especial cuidado se practica en el estudio de la función notarial y su relación con la publicidad inmobiliaria, lo cual se justifica no solamente por la relevancia del tráfico de este carácter, sino por las innovaciones surgidas desde hace pocos años en el Derecho argentino, sobre todo en la provincia de Buenos Aires y en el Distrito Federal. Se comprende, asimismo, que esta parte del libro culmina con un completo análisis de la horizontalidad.

Las últimas ciento y pico páginas se preocupan de aproximar al lector a las relaciones íntimas entre la actividad notarial y el aspecto fiscal, llevando también a buen término un prolijo estudio de buena parte del régimen tributario argentino.

El libro está escrito con grandísima claridad, con sencillez que no excluye un gran nivel técnico jurídico y, sobre todo, resulta muy ameno. Una abundante y selecta bibliografía—argentina, italiana, española, francesa, etc.—pone en manos del lector una guía de primera magnitud si pretende profundizar en determinados temas. La impresión es muy clara.

Creo, contraviniendo al autor, que el texto no es solamente un manual o simple guía, sino que se trata de un pequeño tratado dotado de una perspectiva completa. En suma, otro fiel exponente del desarrollo de la ciencia jurídica argentina, abundante cuantitativamente y, lo que es importante, de relevante calidad.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

DE MIGUEL, C.: *Madrid, plazas y plazuelas*. Madrid, 1976.

Cuando el urbanismo se hizo norma comenzó a suscitarse en el campo de las competencias la idea de la exclusividad. ¿Quién es el profesional al que corresponde plasmar en la norma esas disposiciones que han de regular el futuro derecho urbanístico? En nuestra patria la falta prolongada de diálogo durante tantos años permitió la invasión de funciones, cosa que en la actualidad parece intentar superarse convocando a los diferentes sectores interesados en el llamado derecho urbanístico, a fin que, desde cada parcela especializada, se llegue a ciertas armonías en aras de un código óptimo. De la «bárbara especialización» se ha pasado a la «con-

cordia» de especialidades. Este libro, cuya recensión ofrezco, es una muestra palpable de lo que debe ser la fecunda, la importante, la decisiva y la magistral aportación de los doctores arquitectos al campo del urbanismo.

El libro se circunscribe a las plazas y plazuelas de Madrid. Su autor, CARLOS DE MIGUEL, doctor arquitecto, con prosa fácil y expresiones muy castizas, abre ante nuestros asombrados ojos un estudio, ilustrado magistralmente, de lo que él ha visto en las plazas y plazuelas de ese su Madrid querido, planeando posibilidades que mejoren y conserven esos rincones. El libro está escrito con cariño, al traspasar su autor la edad que le hace militar en las clases pasivas, y se me antoja que es producto de madurez, de serenidad y de juicio crítico acertado, cosas que hoy día no suelen darse ante esta increíble improvisación a que le obligan la confusión de los términos «urgencia» e «importante», pues no cabe duda que las cosas urgentes impiden hacer las importantes.

Contaba ANDRÉ MAUROIS, al referirse a la impresionante bahía de Río de Janeiro, que cuando Dios estaba ordenando los diferentes elementos de la naturaleza para formarla, vino un arcángel y le dijo que había una cosa importante y urgente que realizar, y a Dios se le olvidó luego ordenar aquella maravillosa bahía, dejándola con la belleza informal que ahora tiene. Así podría decirse eso del «viejo» Madrid, pero a diferencia de aquella bahía, lo «nuevo» carece de belleza, de futuro, de visión, de elegancia, de estilo, de todo. Se hizo en momentos de mal humor y eligiendo la disyuntiva de la «bolsa», sacrificando la «vida». El autor lo dice con más amenidad: «Madrid fue un pueblo manchego, creció algo y lo hizo con gracia. Sin monumentalidades que la convirtieran en una capital del rango de París o Roma, pero con gracia, con simpatía. Conservar esto no debe ser difícil, y así, a poquitos a poquitos, a lo mejor se lograba, al menos en esta parte vieja, un recinto urbano tranquilo, reposante y disfrute de algunos vecinos de la capital. Algo es algo.»

El libro tiene una introducción que firma ANTONIO FERNÁNDEZ ALBA, también arquitecto, bajo el tremendo título de *Madrid o la introducción al caos*. En sus bien pulsadas líneas, en las que se habla de una «ciudad cercada» y una «cultura oficial», se describe la esencia de lo que el libro contiene: «Este trabajo de CARLOS DE MIGUEL nos viene a acentuar en este discurso lineal, nada optimista, alguna serie de datos que testifican la destrucción del paisaje urbano a través de los tiempos en una villa sin capacidad de generar ciudad. Con la llegada tardía de la revolución industrial, Madrid es de nuevo una ciudad cercada, la pérdida de sus valores simbólicos por una destrucción sistemática, la falta de una identidad urbana, la convierte en una ciudad sin alfabeto, o si se prefiere por utilizar la sutileza de los tratadistas contemporáneos «la ciudad de los alfabetos desordenados», el significado está fuera de la propia ciudad. Madrid ha llegado a ser una alegoría análoga de la metrópoli. su caos es una realidad, por eso sólo los análisis científicos pueden representar sus dimensiones mejor que sus standars arquitectónicos o sus remodelaciones urbanísticas, mapas de contaminación, redes de tráfico, coeficientes de residuos por habitante y día.»

En la obra hay una serie de colaboraciones que el autor solicitó sobre determinados temas. En esa plantilla de «artistas invitados» figuran los arquitectos ABURTO, BURKHALTER, BIDAGOR, BOHÍGAS, DURÁN, FEDUCHI, FERNÁNDEZ ALBA, FISACC, GARCÍA MERCADAL, HERRERO PALACIOS, INZA, LARRODERA, MOYA, PICARDO, CARLOS FLORES DOMEYKO, los pintores VAQUERO TRUCTOS y PÉREZ MUÑOZ, el escultor JOSÉ LUIS SÁNCHEZ y los fotógrafos FRANCISCO GÓMEZ, PORTILLO, PANDO, FERRIZ y SALGADO, así como el delineante ÁNGEL MEJÍA. La verdad sea dicha que la mayor parte de los nombres me suenan, y ahora me consta, por la lectura de sus trabajos y aportaciones, que la selección estaba bien hecha. Debo destacar, por una serie de razones, entre

ellas la de haberme acercado a esta publicación, el nombre de ENRIQUE BURKHALTER, al que en el constante trato le califico como «un realizador de sueños».

La obra se estructura bajo el peso de las ideas que aporta EMILIO LARRODERA, Catedrático de Urbanismo de la Escuela Superior de Arquitectura de Madrid, y de ahí que, aparte de la introducción y el preámbulo, se distingan una primera parte, que va desde el momento fundacional de Madrid hasta el siglo XVII; una segunda, en la que el siglo anterior marca el comienzo y el XIX el final; una tercera, que se abre con el siglo XX y termina en nuestra guerra, y una cuarta, en la que se parte del año 1939 hasta el momento de la publicación. Otros puntos concretos son tratados en el libro, como el de las plazas de tráfico, el uso de las plazas y las plazas en los recintos de Madrid. Cierra la publicación un epílogo.

A este esquema distributivo nos vamos a circunscribir para ofrecer al lector el contenido de la obra. No obstante, y antes de entrar en materia, quiero puntualizar mi desconcierto frente a la cita que el prologuista hace de las cinco puertas reales que cercaban la ciudad (quizá la compaginación de los términos puerta y cerco no sean muy correctas, pero pueden servir por la intención que se los utiliza), pues entre las citadas no figura la de Guadalajara. Desde mi parcela hipotecarista no deja de chocarme esta omisión. La «Real Pragmática-Sanción» de su majestad Carlos III del año 1768 por la que se establecían los antiguos Oficios de Hipotecas en las Cabezas de Partido y en el documento original que de la misma poseo, «editado en casa de Doña María Antonia Figueroa, Impresora del Real Acuerdo y Chancillería», se dice que la publicación de la misma se hizo «En la villa de Madrid, a cinco días del mes de Febrero, año mil setecientos sesenta y ocho, ante las Puertas del Real Palacio, frente del Balcón principal del Rey nuestro Señor, y en la Puerta de Guadalajara, donde está el público trato, y comercio de los mercaderes y Oficiales. ». Quizá esa puerta se convirtiera luego en alguna de las citadas o alguna de las citadas en ésta o quizá es que no fuera puerta de ciudad, sino puerta de mercaderes y pregoneros, pero es curioso que Guadalajara no sea ninguna de las cinco que cita el prologista: Alcalá, Atocha, Toledo, Segovia y Bilbao. .

A) *Desde sus orígenes hasta el siglo XVII*

Este primer recorrido, magníficamente ilustrado, nos lleva por diferentes sectores arrancando de la plaza Mayor en su actual situación y en la anterior, pasando luego por la plaza de la Villa y el llamado Solar Municipal, con ese atinado estudio que realiza la torre de los Lujanes y permite una visión más amplia de la casa de la Villa. Metidos ya en la calle del Sacramento, desembocamos en la plaza del Cordón y esa calle donde vivió Iván de Vargas, a quien sirvió San Isidro, patrón de la ciudad, para luego pasar a la plaza del Alamillo, diminutivo de álamo, la de la Cruz Verde, la de San Javier, San Pedro el Viejo y Puerta Cerrada, plagadas de mesones y lugares típicos, para luego examinar las de los «cereales», la de la Paja y la Cebada, pasando por San Andrés y San Nicolás.

Sería presuntuoso intentar aquí resumir lo que de estos lugares se dice. Hay que leerlo y contemplar los ángulos fotográficos que el autor ofrece. La versión podría desvirtuar los méritos de la publicación.

B) *De principios del siglo XVII a finales del XIX*

Quizá sea ésta la parte más amplia de la publicación. Como en la anterior, a las fotos ilustrativas del texto, se unen una serie de reproducción de planos y grabados de «época» que dan una visión completa de los problemas que se plantean. Cascorro, nada menos que Cascorro y su cabecera

del «rastreo», inicia la trayectoria, que sigue por la de Tirso de Molina, Puerta de Toledo, Pirámides y la singular que da amplitud a la iglesia de San Francisco el Grande. Hay una documentación aclarada de dibujos de Ventura Rodríguez y de ahí se pasa a la del Campillo de las Vistillas, hoy conocida por el nombre de Gabriel Miró; posteriormente se llega a las de San Miguel, del Conde de Miranda y del de Barajas, para comprobar en la del Sol la existencia del kilómetro cero y acercarse a las de Pontejos, de la Provincia, Santa Cruz y las Cortes. La de Pontejos se describe a través de la novela *Fortunata y Jacinta*, de Pérez Galdós.

El Salón del Prado ocupa un largo estudio lleno de sugerencias. La de la Independencia hace inevitable alusión a la fea torre de Valencia, que le quita perspectiva. La de Oriente, aunque el palacio cuya fachada le da nombre está situado en el Poniente, la de la Encarnación, San Martín, Descalzas, Celenque, San Ginés, Marina Española, Ramales, Santiago e Isabel II marcan otros itinerarios y diversas posibilidades. Cierran los estudios las referencias a las plazas de la Villa de París, llena de niños y justicia, las Salesas, la de Carlos V, Antón Martín, Matute, de los Guardias de Corps, Comendadoras, Jardines de Ribera, Santo Domingo y los Pasajes, dejando un hueco para la del Dos de Mayo y concluyendo con un estudio referido a la ciudad, el distrito y el barrio.

C) *Del año 1900 al año 1936*

Entremezcladas con los estudios referidos a las plazas y glorietas existen otros destinados a diversos puntos. Así, si esta parte se inicia con la plaza de Santa Bárbara y de Alonso Martínez, unidas sin razones históricas, y se sigue con la de las Escuelas de Aguirre, la del Rey con su palacio de las siete chimeneas que evoca el motín de Esquilache, la de Chamberí (tocada por el dedo de la gracia), la de San Ildefonso, Callao, Canalejas, Santa Ana, del Ángel y de Jacinto Benavente, incrustado en el texto está el estudio sobre la arquitectura menor y los orígenes de Madrid, el Campo del Moro y la glorieta de San Antonio de la Florida.

Igualmente, después de un capítulo destinado al tráfico motorizado, otro a las plazuelas y otro a las plazas de tráfico, se inicia un nuevo itinerario con las plazas del Paseo de la Castellana, para luego hacer apeaderos en las glorietas de San Bernardo, Bilbao, Embajadores, plaza del Capitán Cortés, Condesa de Pardo Bazán, Beata María, Legazpi, Roma, Marqués de Salamanca, República Argentina, Perú, República Dominicana, Ecuador, Lima, Cuzco, Sagrados Corazones, Colón, rematando con un estudio sobre el descubrimiento de América y tres plazas: la de San Juan de la Cruz, los Nuevos Ministerios y Castilla.

D) *Del año 1939 a nuestros días*

Puestos entre paréntesis los años en que Madrid fue cerco y escenario guerrero, el autor salta al año 1939 para empezar por la plaza de España, ofrecernos la de Santa María Soledad, seguir con la del Carmen, recrearse en la de San Luis, detenerse en la del Conde del Valle Suchill (antigua cochera de tranvías), hacer un alto en las glorietas de Ruiz Giménez y Quevedo y reflejar la polémica de la plaza de Olavide.

El resto de esta etapa está cubierto por diversos estudios sobre los jardines en las plazas, las plazas y la vegetación, consideraciones sobre una plaza-museo de Escultura Abstracta, una plaza impuesta por el municipio, unas plazas en el barrio de Argüelles, la de los mártires de Madrid, el edificio del Ministerio del Aire, la casa de las flores y su plaza abierta, el conjunto residencial Galaxia, la plaza de toros y el uso de la plaza Mayor y de las del Dos de Mayo, Juan Pujol y San Ildefonso.

El libro termina con una despedida del autor y un epílogo que le dedica ORIOL BOHÍGAS. En ambas líneas surge la misma idea. El autor dice: «El saber de verdad cómo es la ciudad en que vivimos y cómo somos sus habitantes es la primera condición para vivir con los demás, para lograr eso tan elemental que es sobrellevarse mutuamente.» Por su parte, el que suscribe el epílogo dice que «Presumo que este libro sobre Madrid va a estar en esta misma línea (la línea de los *Cuadernos de Bitacora*, del autor) y que el caos real de la revolución de sus plazas se habrá visto ordenado gracias a los infatigables ímpetus optimistas de CARLOS DE MIGUEL, que encontrará incluso ciertas excusas redentoras. No hay que dejar pasar sus optimismos sin criticarlos, pero no podemos vivir en una ciudad—ni podemos estudiar una ciudad—sin entenderla cariñosamente como en el clan de una estructura familiar entrañable».

Pocas cosas se pueden añadir a estas conclusiones. El libro abre unas ventanas para que aquellos que amamos una ciudad, pero que no tenemos conocimientos arquitectónicos, veamos algo que nos ha pasado desapercibido y nos solidaricemos con el autor en la propuesta de muchas de sus reformas. No me atrevo a aconsejar que este libro se adquiera por aquellos que tienen en sus manos la decisión de embellecer y hacer posible una ciudad cómoda y habitable, pues eso sería entregar un arma cargada que no sabrían o querrían disparar. Pido disculpas a los colaboradores del autor por no haber situado sus nombres en el capítulo con el que contribuyen, pero el manejo de la obra es lo suficientemente clara para darse cuenta de ello.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MOISSET DE ESPANES, LUIS: *La lesión y el nuevo artículo 954 del Código civil*. Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina, 1976. Ed. autor. 260 págs.

Uno de los gratos recuerdos que tengo del Segundo Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1974) es el haber conocido personalmente a MOISSET DE ESPANES, quien, con su amistad, me ha venido ofreciendo regularmente muestras de su abundantísima producción, toda ella de gran calidad. El libro objeto de estos comentarios es lo último recibido, libro que he tardado en leer porque, para poder adentrarme en el mismo como el autor se merece, me pareció conveniente conocer previamente algunos de sus trabajos sobre el tema. Como me supuse, el libro *La lesión* es la continuación del pensamiento del autor, quien refuerza, actualiza y completa su tesis, que lo fue doctoral. No se trata, como él mismo indica, de una «segunda parte», sino que, hilvanando en aquella tesis doctoral, lleva a cabo un completo estudio sobre el tema; se trata, pues, de la obra acabada en su totalidad.

MOISSET DE ESPANES ha dividido el libro en cuatro partes. Una primera, de carácter introductorio, que aprovecha para lanzar una mirada comparativa, amplísima, para con otros ordenamientos, acreditando el autor estar muy bien informado. Una segunda, en que centra el tema de la lesión en su Derecho patrio. La tercera, dedicada al estudio sistemático de la lesión en el Derecho argentino. Y, la última, en que analiza el carácter de las acciones derivables de la lesión. Cada una de estas partes está subdividida en cuatro, cinco o seis capítulos, que, por su sistematización, acreditan la maestría del autor. Se pone fin a la obra con un Apéndice, relativo al IV Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, 1969, y a

las Quintas Jornadas Sanfernandinas, de Rosario, 1971, en que tema de giro fue, precisamente, la lesión.

No hago elogios del autor, prefiriendo remitirme al prólogo del profesor CARRANZA, quien, por lo que dice, conoce bien a MOISSET DE ESPANES. Paso, pues, al análisis del texto.

El planteamiento inicial del libro es abierto y generoso, a la vez que ofrece la perspectiva de un autor que está con los tiempos: proteger la lesión es hacer justicia, frecuentemente al más débil. Combatir la lesión es un imperativo moral para el jurista, que se inicia ya—según datos conocidos—en el Código de Hammurabi, se sistematiza en la Ley Segunda del *Corpus Iuris* y se difunde por la influencia expansiva del Derecho canónico romano, si bien sufre una seria regresión al amparo del voluntarismo liberal individualista que plasma en los Códigos civiles, con la excepción del § 138 del B. C. B., siendo necesario esperar a las reformas reformas de posguerra para que la fórmula de protección frente a los actos lesivos reciba una adecuada atención.

Dentro del Derecho argentino, el primer intento de dar entrada a la lesión para su consideración jurídica se opera en el Congreso de Ciencias Jurídicas de 1916, celebrado en Tucumán, convocándose a diversos intentos de enmiendas al Código civil, todos frustrados en este aspecto por diversas razones, hasta la publicación de la Ley 17.711, que da nueva redacción al artículo 954 del Código civil.

El nuevo precepto recoge el concepto objetivo-subjetivo de la lesión, defendido por el autor como exacto en apariencia. Aquí debo oponer una inicial discrepancia. Reclamar de un sujeto un conocimiento de la antijuridicidad de su actuación (por parte del lesionante, conocimiento de que perjudica) o de los efectos (por parte del lesionado, saberse en inferioridad), o significa como subjetivo un factor que realmente es de valoración objetiva, o es hacer ineficaz múltiples situaciones de lesión. En efecto, si reclamamos para quien lesiona el conocimiento de que así actúa, reclamamos prueba en el plano psicológico, con lo que, por la dificultad de ese tipo de prueba, múltiples en situaciones sancionables quedarían sin sanción. Si exigimos a quien es lesionado una condición de inferioridad que él conoce, ocurre lo mismo, o podemos facilitar el abuso de quienes estén en inferioridad. Pero si por conocimiento de la antijuridicidad definimos el resultado antijurídico (como modernamente tiende a configurarse la actitud dolosa, precisamente por las dificultades de probar el dolo), y si por inferioridad entendemos el hecho de darse, es claro que aquí no hay elementos subjetivos de clase alguna, sino circunstancias plenamente objetivas, referidas, ciertamente, a los elementos subjetivos de la relación jurídica; subyace en ésta la antijuridicidad del acto lesivo y subyace en ella la situación de inferioridad del perjudicado; y en cuanto a situaciones subyacentes a la relación jurídica, son presupuestos normativos de la misma sin consideraciones de clase alguna a valoraciones psicológicas de las partes. De otro lado, quien, conociendo el perjuicio, actúa así por serlo del tráfico (beneficios del 90 por 100 y más, como se da en la construcción), ¿lesiona?

Por vías quizá distintas en apariencia, cuando el autor se preocupa de analizar en detalle el elemento o elementos subjetivos presupuestos para que prospere la acción por lesión, concluye en el carácter objetivo de tales elementos subjetivos, al valorar la presunción legal de existencia de la explotación, conclusión que apoya en el artículo 33 del Código civil soviético (de 1922) y en los propios antecedentes del Derecho romano (ULPIANO, D., 45, 1, 36, *Si quis cum aliter*).

Así, creo poder identificarme con el criterio de MOISSET DE ESPANES, ya que el objetivismo que él concluye y mi crítica al subjetivismo no son sino expresión de la valoración económico social, que es eminentemente objeti-

va pero contentiva de una dialéctica objeto-sujeto, como siempre ocurre en los fenómenos humanos del ámbito jurídico patrimonial.

Luego de analizar la problemática de los elementos o factores que integran el concepto de lesión, pasa el autor a estudiar en detalle las posibilidades de su aplicación en diversas esferas del Derecho, comenzando por los actos aleatorios. MOISSET defiende este criterio frente a una doctrina abundante, y también aquí comparto su opinión, ya que el alea y el perjuicio no son conceptos incompatibles; por el contrario, pueden concurrir perfectamente. Continúa MOISSET explayándose ante la posibilidad de lesión referida a la cláusula penal, defendiendo, igualmente, su posibilidad, detallando los presupuestos o circunstancias necesarios para darse dicha lesión.

En el Derecho Mercantil es también aplicable el artículo 954 del Código civil, no sólo por el carácter que tiene dicho Cuerpo legal respecto del Código de Comercio, sino porque ninguna razón existe para que los comerciantes no puedan sufrir lesión en su tráfico, si bien destaca el catedrático de Córdoba la dificultad existente ante la variedad de márgenes de beneficio-perjuicio que pueden producirse en el tráfico mercantil. Esto, naturalmente, lo único que provocará será dificultad en tema de prueba, de apreciación de usos, etc.

Se inclina MOISSET por aceptar la lesión y su probable presencia en el Derecho administrativo, tanto por parte de administrado—con gran frecuencia—como por parte del propio Estado—con mayores dificultades para darse la hipótesis fáctica—. No contempla, sin embargo, la posibilidad de que sea el Estado quien invoque la lesión si el acto administrativo ha sido, simplemente, una cortina de humo levantada por determinados funcionarios para, con cargo al presupuesto o patrimonio público, enriquecer a determinados sectores particulares, problema más actual y frecuente cada día; todo ello sin perjuicio de las responsabilidades derivables sobre dichos funcionarios. Creo que este aspecto es relevante y merece ser estudiado en detalle, lo que, obviamente, no debe efectuarse ahora y aquí.

De sumo interés resulta indagar la aplicabilidad del artículo 954 del Código civil en los marcos del Derecho Laboral. Supuesta la situación de conflicto que significa el mundo jurídico civil y el jurídico laboral, regidos por criterios distintos, nadie puede dudar que en dicho ámbito puede darse la lesión; yo me permitiría afirmar, tomando como base los módulos de productividad y la proporción que, de la productividad, va al trabajador, que la lesión, incluso reglamentada por el Estado, es presupuesto del salario. Solamente allí donde la tasa de capital es mínima por la escasa rentabilidad de la inversión (vgr. países industriales altamente desarrollados) cabría admitir que el reparto de productividad es equitativo. Donde esto no ocurre, ¿qué decir? El autor se inclina, naturalmente, por reconocer la dificultad de aplicar el artículo 954 al marco laboral, regido por sus propias normas, respecto de las cuales el Código civil tiene una reducida función supletoria o complementaria. Ello no ha impedido un pronunciamiento de la jurisdicción argentina (BUSTOS, FLORENCIO ERNESTO, RAFAEL A. PAZ y otros, de 23 de octubre de 1975), aplicando la teoría de la lesión con gran sentido y adecuada técnica (en opinión de MOISSET DE ESPANES, haciendo una aplicación extensiva innecesaria, pues a igual conclusión se habría llegado aplicando la normativa laboral simplemente), y, lo que es más relevante, dejando la puerta abierta para sucesivas aplicaciones del principio en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Finalmente, se preocupa el estudioso argentino de delimitar la lesión y la usura penal, aceptando para ésta, en cuanto delito que es, la intencionalidad.

Problema esencial es determinar el efecto de la lesión, que, en los términos en que queda redactado el artículo 954 del Código civil argentino, que alude a «la nulidad o la modificación de los actos jurídicos», cuya fór-

mula plantea la cuestión de si la lesión genera una acción de nulidad en sentido propio o una acción de rescisión. MOISSET DE ESPANES, en interpretación impecable, se inclina por defender la tesis de la acción rescisoria, ya que la referencia a la nulidad solamente puede entenderse en lo que es: la forma general de invalidez de los actos jurídicos. Solamente así puede jugarse con admisión de una nulidad *parcial* y *relativa*, términos que algunos autores usan con escaso rigor con el fin de no calificar a la acción como rescisoria, lo que les lleve a «inventar» ambos términos calificativos de la nulidad. En ello no están solos, pues estos conceptos esenciales están siendo objeto de revisión por los autores, a partir de la doctrina italiana posterior al *Codice civile* de 1942.

MOISSET DE ESPANES escribe bien; siempre lo ha hecho así y este libro continúa la tónica. Su lenguaje es directo, la expresión sencilla y siempre técnica; es, además, completo. Se ve que está perfectamente informado del tema que es objeto de su dedicación y maneja una bibliografía, nacional y extranjera, de primera mano. Y su método es magnífico: planteamiento del problema con ilustración de antecedentes, análisis y solución que se propone, acompañada de los argumentos de autoridad que refuerzan la autoridad de sus propios argumentos. Este libro tiene, además, otro mérito, que vengo observando como nota reiterada en las publicaciones del autor: lo edita él mismo. Y que un autor edite sus obras no significa ya sacrificio, sino completa dedicación al Derecho. Solamente ofrece un riesgo: la posibilidad de quiebra, que, obvio, se ve compensada por el amor del titular.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

