

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LI ● Enero - Febrero 1975 ● Núm. 506

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.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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:

«Garantías reales sobre películas cinematográficas», por FIDEL COBOS SANTOS	9
«La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario», por JOSÉ ANGEL TORRES LANA	65
«Los principios hipotecarios y la Propiedad Horizontal», por CARLOS ALTARRIBA SIVILLA	79

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:

«Dictamen sobre deslinde y amojonamiento efectuados por la Administración sobre zona calificada de marítimo-terrestre. Posibles razones de oposición», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTA	115
--	-----

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	129
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI	159
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	181
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	188
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	195

LIBROS:

«La Ley de Propiedad Horizontal», de MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por JAVIER GARCÍA-VALDECASAS DE LA CRUZ	205
«Curso de Derecho Administrativo», de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	206
«Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo», de ANGEL ORTEGA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	209
«Los deberes o cargas en la legislación urbanística», de ANGEL ORTEGA GARCÍA, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	211
«El Derecho de Propiedad Horizontal», de EDUARDO PÉREZ PASCUAL, por C. CANO TELLO	212
«Ejecución de Sentencias extranjeras en España», de ANTONIO REMIRO BROTONS, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	214
«La Seguridad Social de la Abogacía», de J. M. ^a SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	217
«Panorama del Derecho Civil», de J. VALLET DE GOYTISOLO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	221

REVISTAS:

I. Revistas comentadas, por FERNANDO MALO	229
II. Noticia de Revistas	233

ESTUDIOS

Garantías reales sobre películas cinematográficas^(*)

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Derecho comparado europeo*: a) Italia. b) Francia. c) Bélgica. d) Inglaterra. e) Alemania Federal. f) Holanda. g) Suecia. h) Suiza. i) Comunidad Europea (C. E. E.).—III. *Derecho español*: 1. Situación anterior a 1970.—2. Estudios y trabajos previos a la normativa vigente.—3. El Decreto 3837/1970: A) Hipoteca mobiliaria de película cinematográfica: 1) Objeto de la garantía. 2) Personalidad del hipotecante. 3) Asientos registrales que se practican. 4) Particularidades de la ejecución. B) Transmisión de rendimientos a título de garantía: 1) Concepto y caracteres. 2) Carácter del derecho del acreedor a los rendimientos. 3) Extensión objetiva de los rendimientos. 4) Contenido. 5) Efectos especiales de la publicidad registral. 6) Cuenta bancaria especial.—4. La hipoteca de películas, con pacto de transmisión de rendimientos, como figura unitaria: I. Delimitación, alcance y finalidad.—II. Caracteres: A) Hipoteca de máximo. B) Indeterminación del plazo. C) Similitudes y diferencias con la anticresis.—III. Negligencia del titular de la película en conseguir una buena explotación de la misma en perjuicio del acreedor.—IV. Análisis de la cesión de créditos que supone el pacto de transmisión de rendimientos: a) Tipos de créditos que pueden corresponder al productor por razón de la explotación de la película. b) Cesión de créditos ya existentes al constituirse la hipoteca. c) Cesión de créditos nacidos después de constituirse la hipoteca. d) Integración de las subvenciones oficiales en el concepto de rendimientos para incluirlas en la cesión.—5. Medidas posteriores al Decreto regulador de la hipoteca de películas: a) Regulación legal del crédito cinematográfico. b) Proyecto de publicación de un modelo de escritura de préstamo con garantía de hipoteca mobiliaria de película cinematográfica.—6. Consideración final.

I. INTRODUCCION

Dada su creciente incidencia en la economía del país, las legislaciones han tratado, con diferentes medidas, de fomentar y fortalecer la industria nacional de producción cinematográfica. Se trata así de disminuir, en una primera etapa, la importación de películas extranjeras, y

(*) Este trabajo fue la Tesis Doctoral presentada por su autor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense durante el curso 1973/74. Obtuvo la calificación de sobresaliente, y el Tribunal que la juzgó estaba compuesto así: don Alfonso García Valdecasas (Presidente), don Manuel Albaladejo García (Director de la tesis), don Antonio Hernández Gil, don Francisco Bonet Ramón y don Rafael Gómez-Ferrer Morán.

de tender, en un momento posterior, a la exportación de las propias. Aparte motivaciones culturales y de empleo, la nivelación de la balanza comercial es objetivo a cuya consecución colabora, sin duda, el perfeccionamiento y expansión de la industria cinematográfica.

Problema fundamental de toda industria es el de la financiación de su actividad. Una película de calidad competitiva exige cuantiosas inversiones, y los productores han de acudir a recursos ajenos para la financiación de su empresa. Sin embargo, la obtención de créditos, oficiales o privados, bancarios o de particulares, resulta difícil si no se ofrecen al acreedor las máximas garantías para el cobro de intereses y reembolso del principal.

Aparte de los sistemas usuales de garantía, y además de ellos, era necesario facilitar al productor cinematográfico la posibilidad de obtener créditos con la garantía de los rendimientos, presentes o futuros, de las películas que ha realizado o de las que tenga en fase de realización o proyecto.

Hay que tener en cuenta que una película aún no terminada ha supuesto ya a su productor cuantiosos gastos; antes de su fase de explotación la película tiene ya un valor determinado, o determinable, que estará en función de la inversión ya realizada en ella y de los presumibles rendimientos que su comercialización pueda producir.

Por otra parte, las películas en explotación tienen ya un valor, siempre en función del éxito comercial que vayan obteniendo, pero perfectamente fijable en base a datos estadísticos y a prospectiva de mercados.

Una empresa productora tiene pues un patrimonio compuesto por sus películas—en explotación, en realización o proyectadas—valorizable en relación a sus rendimientos actuales o futuros, que debe servir de garantía a posibles créditos para la financiación y expansión de su industria.

Corresponde a la doctrina jurídica adecuar y potenciar los cauces ya existentes, propiciando las oportunas medidas legislativas si fuere necesario, para que esta operación de garantía pueda debidamente instrumentarse.

Configurado el cauce material que instrumente la garantía, hay que dotarlo después de un adecuado sistema de publicidad que proporcione al tráfico la necesaria seguridad.

Aparte de ello, toda la contratación cinematográfica (contratos de coproducción, distribución, exportación, exhibición, porcentajes de artistas y técnicos, etc...), en la que normalmente intervienen personas de diversa nacionalidad y cuya importancia económica es muy considerable, necesita de una publicidad que dote de certeza a las situaciones jurídicas y de seguridad al tráfico, mediante la protección legal a la apariencia derivada de la inscripción registral, que, normalmente, se corresponde

además con la realidad. En definitiva, se trata de conseguir la adscripción incuestionable de la película y de las relaciones jurídicas derivadas de su explotación a determinados titulares. Realmente, tratándose de películas, como ocurre también con otros bienes muebles, es insuficiente la publicidad que se deriva de su mera posesión. Y por ello es preciso crear—como afirma Pío CABANILLAS (1)—en el campo de los muebles, auténticas publicidades mobiliarias; es decir, crear fenómenos registrales acreditativos de una titularidad que venza la singularidad aparente que la posesión significa.

El problema no deja de ser complejo. No puede olvidarse que la película, bien corporal, sobre la que recae un derecho de explotación comercial, bien inmaterial, tiene unas características muy especiales: en esencia podemos decir que se materializa, tras el montaje, en el original o negativo, que es la matriz de donde se obtienen las copias positivas necesarias para su exhibición comercial, y del que pueden obtenerse, además, internegativos, de los que es posible sacar, a su vez, copias positivas con independencia del primer negativo u original.

Lo importante, a efectos de las garantías sobre la película, es el control de hecho sobre el negativo del que pueden obtenerse las copias. Pero tanto aquél como éstas, intrínsecamente o como cosas muebles en sí, carecen de un valor económico apreciable. Su importancia económica está en función del derecho a exhibir públicamente la película. En definitiva, pues, se trataría de una garantía recayente sobre un bien inmaterial: el derecho de explotación.

Este trabajo pretende analizar el problema de la publicidad registral de los derechos económicos derivados de las películas en el Derecho Comparado Europeo, en especial la reciente normativa sobre la materia en la C. E. E.; y a continuación el Derecho Español, tanto en cuanto a la regulación material de las garantías, como en lo que respecta al sistema de publicidad registral de las mismas.

II. DERECHO COMPARADO EUROPEO

ITALIA

Creación.—El Registro Público Cinematográfico se creó por Decreto de 16 de junio de 1938. Es la primera vez que en Europa se adopta una medida legal que, al menos indirectamente, contribuye en cierta manera a asegurar el tráfico de películas y a garantizar el crédito cinematográfico.

(1) Conferencia de clausura del I Congreso de Derecho Registral, Madrid, mayo de 1961. Recogida en el volumen que, con las actas y conferencias del citado Congreso, publicó en 1965 el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Organización.—La gestión del Registro se encomienda, genéricamente, a un organismo semi-público: la Sociedad Italiana de Autores y Escritores (SIAE), sin que esté determinada por la Ley la figura de un registrador responsable, o conservador según la terminología francesa aceptada en Italia, si bien su función, en la práctica, puede entenderse ejercida por el Asesor Jurídico de la SIAE. La alta supervisión del Registro corresponde a la Presidencia del Consejo de Ministros, que la ejerce a través de su sección de la propiedad literaria, artística y científica, aunque en ciertos aspectos también incida la competencia del Ministerio de Turismo y Espectáculos.

Funcionamiento.—La película se inscribe, abriendo folio, aunque su producción no esté concluida, identificada por su título provisional o definitivo. Sucesivamente se inscriben los contratos de venta de la película, y de pignoración o cesión de sus rendimientos o primas oficiales. Y también tienen acceso al Registro los actos que supongan extinción total o parcial de los derechos inscritos.

Sólo son inscribibles las películas realizadas en Italia, que se consideran nacionales según la Ley de la Cinematografía, e igualmente las realizadas en coproducción en régimen de nacionalidad múltiple. Los telefilms, en cuanto tales, no tienen acceso al Registro; pueden ser inscritas las películas producidas para la televisión, siempre que las mismas puedan, a su vez, exhibirse en las salas de cine. Los filmes publicitarios están expresamente excluidos.

Efectos.—Surge el Registro italiano con una finalidad esencialmente administrativa: la clara determinación de los titulares de las subvenciones oficiales concedidas para el fomento y protección de la producción cinematográfica nacional. Pero ya en 1940 (Ley 1491 de 2 de octubre) se estimaron registrables los actos de cesión o pignoración de los rendimientos de la película, así como la extinción total o parcial de las obligaciones derivadas de tales actos; y en este caso puede hablarse ya de efectos civiles, puesto que no es el Estado quien debe entregar los beneficios derivados de la explotación comercial del filme, sino los distribuidores o exhibidores del mismo. La terminología de la Ley no es, sin embargo, muy precisa: «El pago de las subvenciones o de los rendimientos se efectuará al productor inscrito en el Registro, salvo que se hayan inscrito—posteriormente—actos de venta de la película o de pignoración o cesión de tales primas o rendimientos; en este caso el pago se efectuará a los cesionarios o acreedores pignoraticios por el orden de su inscripción, correspondiendo al productor sólo la cantidad que pudiese sobrar».

Realmente puede decirse que, aunque la creación del Registro se

debió a preocupaciones de orden esencialmente administrativo, el uso ha extendido sus efectos al campo del derecho privado.

Reconociendo esta práctica, bajo el patrocinio de la SIAE, se confeccionó un proyecto de nueva regulación del Registro Cinematográfico; lleva fecha de julio de 1956, y fue presentado por el Gobierno ante el Senado; a causa del término de la legislatura no llegó a discutirse, y por diversas razones no ha sido presentado de nuevo. Dicho proyecto de ley dotaba ya a la inscripción de efectos netamente civiles, y tenía por objeto no sólo las películas producidas en Italia, sino las extranjeras destinadas a ser exhibidas en territorio italiano.

Pero prescindiendo de este reconocimiento del proyecto, sin valor práctico realmente, la finalidad civil del Registro se ha visto confirmada en la última ley de la Cinematografía (n.º 1.213 de 4 de noviembre 1965), que, además del productor, ha previsto otros beneficiarios de los premios o subvenciones estatales, siempre que su participación en la realización de la película resulte del Registro, lo cual significa el aumento de las circunstancias, relativas a cada película, que deben constar en la inscripción.

A efectos de la eficacia civil, debe tenerse en cuenta que cuando el Registro se fundó estaba en vigor la ley sobre derechos de autor de 1925, que preveía un sistema de inscripción de los actos dispositivos de tales derechos en el Registro de la propiedad intelectual, de forma que si la inscripción no se verificaba, tales actos carecían de efectos frente a terceros. En 1938—fecha de creación del Registro Cinematográfico—existía, pues, un sistema de publicidad para los actos dispositivos sobre derechos de autor, entre ellos los derivados de la obra cinematográfica, muy parecido al establecido para los derechos reales sobre inmuebles. Reconocer la misma eficacia civil a las inscripciones del Registro Cinematográfico—como dice MARIO FABIANI (2)—habría significado para los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad Intelectual una inútil e innecesaria duplicidad.

Sin embargo, la nueva ley sobre derechos de autor (n.º 665 de 22 de abril 1941) modificó el sistema vigente en cuanto a la eficacia respecto a terceros de los actos traslativos, declarativos, o de garantía, de los derechos de autor. El artículo 104 se limita a declarar que en el Registro de la Propiedad Intelectual pueden registrarse los actos que transfieran en todo o en parte derechos sobre la obra; dicha registración, facultativa o voluntaria tiene, por tanto, sólo el valor de simple presunción de la notoriedad del acto traslativo. Según la sentencia número 228 de la Corte

(2) *Boletín de la S. I. A. E.* de 1970, págs. 18 y 55.

de Casación, de 30 de enero de 1968 (3), esta registración supone simplemente una noticia o publicación.

El artículo 103 de la citada ley de 1941, relativo al Registro general de la propiedad literaria, artística y científica, alude en forma específica al Registro especial cinematográfico llevado por la SIAE, al que se reconocen los efectos previstos en el Decreto de 1938 que lo había creado. El Reglamento de dicha ley establece que la inscripción en el Registro Especial de la SIAE no libera de la obligación de depositar la obra para su inscripción en el Registro general de la Propiedad Intelectual. La diferencia entre ambos registros está en que en el especial la película puede ser inscrita desde el comienzo de su rodaje, mientras que al general sólo pueden tener acceso las películas ya terminadas.

En cuanto a los efectos de la inscripción en el Registro especial son en definitiva los mismos que los del Registro general (así lo establece el citado artículo 103 de la ley de 1941): los autores y productores señalados por la inscripción de la película se reputan los verdaderos, salvo prueba en contrario.

Respecto al valor de esta presunción conviene recoger lo señalado por una sentencia de la Corte de Apelación de Roma de 8 de febrero de 1960 (4) y por un dictamen del Consejo de Estado de 26 de octubre de 1954 (5). Tanto en el dictamen como en la sentencia se sostiene que se presume productor quien se indica como tal en la película cinematográfica, pero que sobre tal presunción prevalece la derivada del contenido de la inscripción en el Registro general de la Propiedad Intelectual, caso de película inscrita; y sobre ésta, a su vez, la derivada de la inscripción, en su caso, en el Registro (especial) Cinematográfico; y, se añade, incluso esta tercera presunción es *iuris tantum*, y se mantiene sólo salvo prueba en contrario libremente apreciada por los Tribunales.

Respecto al título de la película, es de destacar que la inscripción en el Registro Cinematográfico, cuando dicha película aún no está terminada, no atribuye ninguna preferencia respecto al mencionado título hasta que la misma se ha concluido (6).

En resumen, a la inscripción en el Registro Cinematográfico se le ha ido atribuyendo en la práctica eficacia más amplia que la netamente administrativa, aunque esta tendencia no haya sido siempre amparada por la jurisprudencia, y menos por la doctrina, que siempre ha destacado

(3) *Reseña de Derecho Cinematográfico*, Roma, 1969, pág. 115.

(4) *Anuario de Derechos de autor* de 1960, Roma, 1961, ref. 232.

(5) Señalado con el núm. 1.345 y recogido en la pág. 540 del vol. I de 1955 (colección de dictámenes del Consejo de Estado, Roma, 1956).

(6) Dictamen del Consejo de Estado de 21 de noviembre de 1961, señalado con el núm. 2.032 y recogido en el *Anuario de Derechos de autor* de 1963, pág. 75.

que no se puede pedir al registro lo que no puede dar, ni pretender que sea aquello que legalmente no es.

La eficacia de la inscripción ha sido claramente configurada en una sentencia del Tribunal de Roma de 22 de agosto de 1955 (7), que declaró que dicha inscripción sólo tiene el efecto de identificar claramente quiénes sean los titulares de las subvenciones oficiales o de los rendimientos de la película, siempre salvo prueba en contrario. A su vez, el mismo Tribunal, en una sentencia de 9 de mayo de 1953 (8), precisó que la inscripción en el Registro Cinematográfico de la cesión de los rendimientos de una película, o de las primas o subvenciones por su producción, no hace nacer ninguna prelación en favor del cesionario distinta de las generales establecidas por la ley civil.

Merece destacarse también el contenido de una sentencia del citado Tribunal de Roma, de 29 de julio de 1960 (9) que sostiene que, habida cuenta de su naturaleza de instrumento de publicidad, el Registro Cinematográfico constituye el instrumento legal para hacer oponibles a tercero los actos inscribibles en el mismo, de forma que la inscripción de los actos de venta o cesión, aunque no tenga relevancia en orden a la validez y eficacia de dichos actos, produce el efecto de hacerlos oponibles a terceros que eventualmente adquieran derechos sobre la misma película. Conviene tener en cuenta, sin embargo, la particular circunstancia del caso resuelto por la sentencia: se trataba de la renuncia a una cesión, inscrita en el Registro, y había que establecer en favor de quién operaba dicha renuncia.

La sentencia declaró que la renuncia determina exclusivamente la inoponibilidad del derecho, derivado de la cesión renunciada, a las personas sucesivamente inscritas como cesionarios, y comporta en consecuencia solamente un beneficio para estos últimos.

En esta breve panorámica de la jurisprudencia sobre el Registro Público Cinematográfico, merece reseñarse, por último, una sentencia del Tribunal de Roma de 24 de septiembre de 1964 (10) a propósito de un derecho de prenda sobre película cinematográfica. En ella se afirma que para la válida constitución de la prenda se requiere que al contrato se le dé la debida publicidad mediante su inscripción en el Registro Cinematográfico.

Doctrina actual.—Los problemas surgidos a consecuencia de la insuficiente regulación del Registro Cinematográfico han hecho nacer diver-

(7) *Revista de Derecho Industrial* de 1958, vol. II, pág. 224.

(8) *Reseña de Derecho Cinematográfico*, Roma, 1955, pág. 21.

(9) *Anuario de Derechos de autor* de 1960, antes citado, pág. 37.

(10) *Anuario de Derechos de autor*, año 1966, pág. 205.

sas propuestas para una revisión de la normativa vigente, con objeto de conseguir un más completo sistema de publicidad de la película y de los actos y contratos con ella relacionados.

FRANCIA

Creación.—Para dar publicidad a los actos y contratos relativos a la producción, distribución y exhibición de películas, a las garantías reales sobre las mismas, y a la cesión de sus rendimientos, existe en Francia desde la Ley de 22 de febrero de 1944, retocada por varias disposiciones posteriores de menor rango, el llamado «Registro Público de la Cinematografía», que funciona sobre el modelo del Registro de la Propiedad francés: sistema de transcripción y registro de contratos y cargas reales (11).

La citada Ley de 1944, aparte de la creación del Registro, introdujo dos innovaciones que no hubieran sido posibles sin la previa existencia del mismo:

1.º Configuró una garantía nueva, «nantissement de films», que participa de la naturaleza de la prenda, de la hipoteca mobiliaria, y de la anticresis.

2.º Instauró una nueva forma de cesión de créditos, más adaptada a las necesidades de la industria cinematográfica que la genéricamente regulada por el artículo 1.690 del Código civil.

Organización.—El Registro se lleva en el Centro Nacional de la Cinematografía; está a cargo de un conservador, y su organización personal y material se ha hecho siguiendo el modelo de las conservadurías de hipotecas (12).

Funcionamiento.—Según el sistema de folio real, la unidad registral básica es la película, en cuya hoja se practican todas las inscripciones con ella relacionadas.

Y como elemento identificador de la película, en defecto de otros criterios, se ha escogido el título de la misma. La doctrina ha puesto de manifiesto los numerosos inconvenientes que ello supone (13), puesto que el título inicialmente escogido puede ser cambiado durante el período de rodaje o durante el curso de explotación, se traduce libremente a

(11) La Ley de 22 de febrero de 1944 fue incorporada al Código de la Industria Cinematográfica promulgado por Decreto de 27 de enero de 1956, ocupando los artículos 31 a 44, que son los que constituyen el Título III, denominado «Del Registro Público de la Cinematografía».

(12) Cfr. art. 31 del Código de la Cinematografía de 27 de enero de 1956.

(13) Vid. LUCY WILLEMETZ. *Les Registres Publics de la Cinematographie*, Librairie Payot. Lausanne, págs. 37-38.

otras lenguas de los diversos países en que la película se exhibe, y no se puede evitar que se inmatriculen diversas películas que tengan el mismo título (14).

La inmatriculación o primera inscripción de la película mediante el depósito de su título, es obligatoria para el productor a partir del decreto de 20 de mayo de 1955, y en el momento de su acceso al Registro se otorga a la película un número de orden que, junto con el título, servirá para su identificación registral (15).

El principio de prioridad, consustancial a todos los sistemas registrales con eficacia jurídica, se consagra en los artículos 34 y 37 del Código de la Industria Cinematográfica.

Actos inscribibles.—Una vez inmatriculada la película, identificada por su título, provisional o definitivo, y por el número que al registrarla se le atribuye, son inscribibles (16):

- 1) Los actos que supongan la cesión o modificación de los derechos sobre la película o sus rendimientos, a saber:
 - la transmisión o aportación en sociedad del derecho de explotación comercial de la película;
 - la cesión de los rendimientos;
 - los contratos de distribución o subdistribución;
 - los convenios que supongan alguna restricción a la libertad de disposición de la película o sus rendimientos;
 - las sentencias y laudos relativos a los derechos mencionados.
- 2) Los actos que supongan la constitución de un derecho de garantía sobre la película o sus rendimientos, a saber:
 - la hipoteca de la película, con o sin pacto de transmisión de rendimientos;
 - la cesión de todo o parte de los rendimientos a título de garantía;
 - los pactos que supongan alteración del rango de garantías constituidas, o la transmisión de las mismas;
 - los laudos y sentencias relativos a estos derechos.

Todos estos actos necesitan ser inscritos en su integridad; si se inscribieren parcialmente no perjudican a tercero (17).

(14) Cita L. WILLEMETZ en la obra reseñada (pág. 38) que existen registradas en Francia tres películas tituladas *Guillermo Tell* y nueve tituladas *Los tres mosqueteros*.

(15) Cfr. art. 32 del Cód. Cinematografía.

(16) Cfr. art. 33 del Cód. Cinematografía.

(17) Sentencia de la Corte de Apelación de París de 3 de mayo de 1961, causa Socodec/Cosmopolis.

Eficacia.—En el sistema registral instituido para las películas por la ley de 1944, la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos, o anulables, conforme a la Ley. Es decir, los derechos derivados de tales actos sólo son protegidos por la inscripción en la medida en que fueron válidamente adquiridos, por lo que la cesión de un derecho inscrito no confiere al cesionario más derechos de los que legalmente tuviera el cedente. Y esto, por aplicación de los principios generales admitidos en Francia en materia de publicidad de los derechos, aunque la ley citada no lo consigne expresamente (18).

En sentido inverso, sin embargo, los efectos de la «no inscripción» sí que son, en cierta manera, considerables. En efecto, la no inscripción de los actos inscribibles significa que los derechos derivados de los mismos no pueden ser opuestos ante terceros. La falta de inscripción no acarrea pues la nulidad del acto inscribible, que conserva todo su valor entre partes, sino simplemente la inoponibilidad a terceros de los derechos que de tal acto puedan derivarse (19).

De otra parte, si los derechos derivados de una película han sido transmitidos, sucesivamente, a más de una persona, será preferido el adquiriente que primero haya inscrito su derecho. Ello significa que la inscripción no sirve simplemente como medio de publicidad para terceros interesados, sino además como medio de dilucidar los posibles conflictos de derechos sobre una misma película (20). No es más que la dualidad de funciones que cumple la transcripción en el sistema francés de registro inmobiliario.

Por último, el decreto de 20 de mayo de 1955 estableció, en un aspecto concreto, una consecuencia sustancial de la falta de inscripción: la nulidad de las cláusulas resolutorias incluidas en los contratos entre el productor y el autor de la obra base de la película que no hayan tenido acceso al Registro. Se trata, como vemos, de una sanción civil de gran trascendencia, impuesta a la negligencia del interesado en solicitar la inscripción.

BÉLGICA

No existe actualmente en Bélgica un Registro Cinematográfico. Sin embargo, debe señalarse que, a raíz de un coloquio organizado por el Instituto de Sociología de la Universidad de Bruselas, se designó una comisión con el encargo de elaborar un informe sobre «Medidas encami-

(18) Cfr. LYON-CAEN ET LAVIGNE: *Traité théorique et pratique de Droit de Cinéma*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957, págs. 113 y 55.

(19) Cfr. art. 3 de la Ley de 22 de febrero de 1944.

(20) Cfr. art. 4 de la citada Ley.

nadas a promover la producción y difusión del cine belga». Dicho informe fue presentado en mayo de 1964 bajo la forma de un proyecto de ley, y consta de tres partes:

La primera trata de la creación de un organismo denominado «Instituto Belga de la Cinematografía» con la misión de promover la producción, distribución y difusión de las películas nacionales.

La segunda regula la ayuda financiera del Estado al sector cinematográfico.

Y la tercera prevé la institución de un Registro Público de la cinematografía, con sede en Bruselas.

Principales características del Registro proyectado.—El preámbulo del proyecto indica ya que las líneas esenciales del Registro se inspiran sobre el modelo francés creado en 1944. Existen, sin embargo, leves diferencias, entre las cuales destacamos:

Se define el Registro como una institución encaminada a asegurar la publicidad de las convenciones relativas a la producción, distribución y exhibición de películas producidas, distribuidas o explotadas en Bélgica; al Registro francés tienen acceso, además, las garantías reales constituidas sobre la película o sus rendimientos.

Así como en Francia sólo son inscribibles las películas cinematográficas, según el proyecto belga tienen acceso al Registro también las películas de televisión.

En principio, la inmatriculación de la película debe ser solicitada por el productor, pero si éste no lo hace, puede pedirla toda persona que tenga sobre la película cualquier derecho inscribible. En Derecho francés esta actuación supletoria no está prevista; en el proyecto belga la negligencia del productor puede ser suplida por providencia del Tribunal de Comercio de Bruselas tomada a instancia de cualquier tercero interesado.

INGLATERRA

No existe en Inglaterra un Registro Cinematográfico al estilo del francés o el italiano. Una asociación profesional, no oficial, la «Film Production Association of Great Britain», lleva un Registro de los títulos de las películas; la inscripción en él no es obligatoria, y los efectos civiles de la publicidad que comporta son relativamente escasos.

La «Film Act» de 1960 (21) prevé que las películas producidas, distribuidas y explotadas en Inglaterra deben ser registradas en el «Board of Trade» a efectos exclusivamente administrativos.

(21) Film. Act, 1960, arts. 8 a 19.

La solicitud de inscripción ha de practicarla el productor o, en su caso, el distribuidor que adquiere el derecho de explotación en Gran Bretaña, estando prohibida la distribución o exhibición comercial de toda película que no haya sido previamente inscrita. Al interesado se le entrega un certificado de la inscripción, en el que se reseñan las circunstancias de la empresa productora, la nacionalidad del realizador, y las personas que han intervenido en la realización de la película, así como la indicación de si la misma goza de los beneficios establecidos por el «British Film Fund».

Este Registro, que se lleva por el «Board of Trade», es público, por lo que cualquier persona puede consultarlo o solicitar certificación de su contenido. Además, cada semana, el boletín del «Board of Trade» publica la relación de las películas registradas durante dicho período.

Los contratos relativos a los derechos de autor, o a la producción, distribución o exhibición de la película, no tienen acceso al Registro, por lo que, como antes se indicó, las inscripciones tienen una eficacia puramente administrativa, en especial la clara determinación de aquellas películas que pueden beneficiarse de la calificación de «película británica».

ALEMANIA FEDERAL

Si bien no existe un Registro público cinematográfico propiamente dicho, funciona uno en que pueden ser inscritos los títulos de las películas.

Dicho Registro no está instituido por la ley, sino que se ha establecido por los estatutos internos de la organización corporativa de la industria cinematográfica alemana. La inscripción de los títulos no es obligatoria, lo que ya en principio le resta parte de su eficacia.

El único efecto de la inscripción es el de crear una presunción, *iuris tantum*, de mejor derecho a utilizar el título en favor de quien lo inscribió primeramente.

La inscripción supone, por otra parte, una presunción de publicidad que facilita el ejercicio de acciones por concurrencia desleal contra quien se sirve de un título respecto del que otra persona ha manifestado ya públicamente, mediante el Registro, su intención de utilizar.

HOLANDA

No existe Registro Cinematográfico.

Como la legislación vigente admite la prenda sin desplazamiento como forma de garantía, sobre la película, en favor de los acreedores del productor, existe el grave inconveniente que para la seguridad supone

el que estos contratos no sean, o puedan ser, conocidos por terceros contratantes con el productor. Este peligro, sin embargo, se conjura en parte por la perfecta organización corporativa de la industria cinematográfica holandesa (22), que prácticamente da a conocer a las personas y organismos interesados todas las convenciones que se llevan a efecto en el sector. Quizá por ello, hasta ahora, no se haya estimado útil la implantación del Registro.

SUECIA

No existe Registro Cinematográfico, pero no debe olvidarse que la Banca del cine funciona sólo desde 1969, y el sistema de adelantos a los productores con la garantía de futuros rendimientos de la película está prácticamente ensayándose.

SUIZA

No existe Registro Cinematográfico.

Como para posibilitar la prenda sin desplazamiento de buques y aeronaves, la ley federal de 23 de septiembre de 1923 creó el Registro de buques, y la de 7 de octubre de 1959 el Registro de aeronaves, en cuyos casos se sustituye la desposesión por la publicidad derivada de la inscripción, sobre estos precedentes, la doctrina especializada ha sostenido la conveniencia de establecer un Registro cinematográfico, medida que permitiría a los productores ofrecer a sus acreedores, como garantía, los rendimientos de la película.

C. E. E.

La experiencia positiva del Registro Público de la Cinematografía francés, y la circunstancia de que las películas son, cada vez más, objeto de contratos en los que intervienen personas de distinta nacionalidad, hizo que en el ámbito de la Comunidad Europea, con independencia de los sistemas de publicidad imperantes en algunos de ellos para los contratos cinematográficos, se propugnara la idea, próxima ya a convertirse en realidad, de una regulación unitaria, en lo fundamental, del Registro Público Cinematográfico para todos los países miembros de la C. E. E.

La Comisión de las Comunidades publicó un anteproyecto sobre

(22) Los diferentes sectores de la industria cinematográfica en Holanda se agrupan en el seno de la «Nederland se Bioscoop Bond», a la que sin duda se atribuirá en el futuro la gestión del Registro, caso de establecerse.

este particular, fechado en Bruselas el 24 de julio de 1969 bajo la referencia 15.495/XIV/A/68-F (*).

En base a tal anteproyecto, la Comisión presentó al Consejo el 9 de agosto de 1971 una proposición de «directiva», que éste aprobó, y que fue publicado en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de 23 de agosto de 1971, páginas 23, 24 y 25. En dicha «directiva» (art. 9) se prevé que los Estados miembros, en el plazo de un año de serles notificada, acomoden a ella sus respectivas legislaciones (23). Asimismo, en igual plazo (art. 8), deben designar o confirmar a los funcionarios responsables del Registro, informando de ello a los demás Estados. Por último, a partir de la mencionada notificación (art. 10), los Estados miembros deben informar a la Comisión de las Comunidades, con el tiempo suficiente para que ésta proponga sus observaciones, de todo proyecto de futuras disposiciones sustanciales que puedan afectar al contenido de esta normativa.

Vamos a examinar ahora las directrices contenidas en la citada «directiva» de la Comunidad Europea sobre el Registro Público Cinematográfico, que pretende coordinar las diversas legislaciones nacionales en lo que respecta a la publicidad de los contratos cinematográficos y a las garantías de créditos sobre películas. Como podrá verse, el sistema francés, vigente desde 1944, modula de manera decisiva la futura normativa comunitaria.

(*) La COMISION de las Comunidades está compuesta por trece miembros designados de mutuo acuerdo por los Gobiernos. Durante toda la duración de su mandato los miembros de la Comisión deben actuar con plena independencia, tanto en relación a cada Gobierno como ante el Consejo, que no puede poner fin a su mandato. Únicamente el Parlamento, votando una moción de censura, podría provocar, automáticamente, la dimisión de la Comisión.

El CONSEJO está compuesto por un representante de cada uno de los Gobiernos de los Estados miembros, que suele ser el Ministro de Asuntos Exteriores, aunque, según el tema tratado en cada reunión, pueda ser otro Ministro, actuando solo o junto al de Exteriores.

Para el cumplimiento de su misión, en el ámbito de los Tratados de Roma, el Consejo y la Comisión aprueban reglamentos y directivas, adoptan decisiones y formulan recomendaciones o dictámenes. El «reglamento» tiene un alcance general, siendo obligatorio y aplicable directamente en todos los Estados miembros. La «directiva» obliga a todo Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que se debe alcanzar, pero deja competencia a las instancias nacionales en lo que toca a la forma y a los medios. Las «decisiones» pueden tener como destinatario a un gobierno, a una empresa o a un particular; resultan obligatorias en todos sus puntos para su destinatario. Las «recomendaciones» y los «dictámenes» no tienen fuerza obligatoria.

Véase el folleto (de 30 págs.) titulado *Cómo funcionan las instituciones de la Comunidad Europea*, obra de EMILE NOËL, Secretario General de la Comisión de las Comunidades Europeas, y publicado por la Dirección General de Información de las Comunidades, rue de la Loi 200, 1040, Bruxelles.

(23) Cfr. art. 1 de la «directiva».

I. *Creación*.—Cada Estado miembro tiene que crear, si ya no lo tiene establecido, un Registro Público de la Cinematografía.

No se ha estimado posible, pues, instaurar un Registro Público Cinematográfico Europeo único, común a todos los Estados miembros, con los mismos efectos para todas las películas producidas o explotadas en el ámbito de la Comunidad. Esta solución hubiera sido, sin duda, la ideal, pero las dificultades de orden jurídico y administrativo que su implantación acarrearía ha obligado a los redactores de la «directriz» a desecharla por el momento. La existencia de sistemas jurídicos profundamente distintos, y más ahora con la entrada de Inglaterra y Dinamarca en el Mercado Común, en los diferentes Estados miembros, es algo que pesará todavía durante mucho tiempo sobre toda tentativa unificadora de las legislaciones nacionales. Como dice VALERIO DE SANCTIS, Asesor Jurídico de la SIAE italiana (24), un Registro único europeo, por el momento, no podría concebirse más que como una oficina de centralización de las inscripciones obrantes en los distintos registros nacionales.

II. *Objeto*.—En el Registro de cada Estado se inmatriculan *obligatoriamente* las películas de largometraje destinadas a la proyección pública cuyo productor esté domiciliado en el mismo. En los casos de coproducción, o coparticipación, se tiene en cuenta, a estos efectos, sólo el domicilio del productor delegado, entendiéndose por tal el que así se designe en el contrato de coproducción o coparticipación (25).

Como señaló M. LORiot (26), no parecía aconsejable establecer la inscripción obligatoria de las películas publicitarias y de los cortometrajes. Cada Estado queda, sin embargo, en libertad para admitir o no la inscripción de estas películas; igualmente puede adoptar las medidas que estime convenientes en relación con los largometrajes explotados en su territorio cuyo productor esté domiciliado en un país no miembro de la Comunidad.

III. *Actos inscribibles*.—Una vez inmatriculada la película, son inscribibles todos los actos y contratos que supongan la constitución, modificación o extinción del derecho de explotación comercial de la misma, en el que se incluyen las subvenciones oficiales por razón de ella que sean susceptibles de transacción. Asimismo lo son los relativos a los rendimientos que la película produzca. Lo que se persigue es que el Registro refleje la situación real del derecho de explotación de la película,

(24) Comunicación presentada en la Reunión jurídica sobre los problemas del Registro Cinematográfico en la Comunidad Europea. Roma, 7 y 8 de diciembre de 1970.

(25) Cfr. art. 2 de la «directiva».

(26) Exposición ante el Consejo de Administración de la F. I. A. D. F., Cannes, 25 de mayo de 1971.

que puede ser modificada por todo tipo de actos: *inter vivos*, voluntarios o judiciales; y *mortis causa* (27).

Obsérvese que el contenido del Registro se restringe al derecho de explotación comercial de la película y a sus incidencias. No supone, por tanto, modificación alguna a los principios sobre derechos de autor sancionados por la Convención de Berna; en especial, el principio según el cual la tutela del derecho de autor no está subordinada al cumplimiento de formalidad ninguna permanece inalterable.

La institución registral proyectada no condiciona, pues, en manera alguna, la existencia de los derechos de autor; sin embargo, ofrece a los autores la posibilidad de hacer conocer a terceros el contenido del contrato de cesión de sus derechos al productor.

IV. Tracto sucesivo.—Es necesaria la previa inscripción o inmatriculación de la película para hacer posible la de los actos a ella relativos (28). En dicha inscripción, como circunstancias identificativas de la película, habrán de constar su título, provisional o definitivo, los datos del titular originario del derecho de explotación económica de la misma, y el número de orden que en el Registro se le atribuya. Hay que entender que éstas son las circunstancias mínimas; luego cada país, al reglamentar el Registro, podrá exigir otras y establecer las formalidades de la inmatriculación (29).

V. Prioridad.—Las inscripciones segunda y posteriores se practican por el orden en que se soliciten, consagrándose, por tanto, el principio «prior tempus potior iure» (30).

VI. Efectos.—La inscripción debe producir, al menos, uno de los siguientes efectos: 1.º) Los actos o contratos inscribibles no inscritos no perjudicarán a tercero. 2.º) El contenido del Registro se tiene como cierto salvo prueba en contrario. Se ha huido, pues, de conferir idéntico alcance a las inscripciones practicadas en los diferentes Registros de los Estados miembros, y ello en razón de las, por ahora, profundas divergencias entre los sistemas jurídicos de los distintos Estados; así se limitan los inconvenientes derivados de la disparidad de efectos que a la inscripción conceden los sistemas registrales de cada una de las legislaciones nacionales. Por otra parte, caso de optar por el primero de los efectos señalados, cada Estado queda en libertad de conceder la inoponibilidad sólo en favor de los terceros de buena fe (31).

(27) Cfr. art. 4-1.º de la «directiva».

(28) Cfr. art. 4-2.º de la «directiva».

(29) Cfr. art. 3 de la «directiva».

(30) Cfr. art. 3-3.º de la «directiva».

(31) Cfr. art. 5-1.º de la «directiva».

Importa destacar que la inscripción no es, en ningún caso, productora de derechos. Si el acto inscrito está afecto de algún vicio que pueda invalidarlo, dicho efecto no se subsana por la inscripción; o lo que es igual, los derechos no son protegidos por la inscripción sino en la medida en que fueron válidamente adquiridos.

VII. Valor de las inscripciones en los demás Estados miembros de la Comunidad.—Cada Estado debe reconocer las inscripciones practicadas en los Registros de los demás, y conferir a las mismas el alcance y eficacia que se le concedan por la legislación del país en que el Registro esté radicado (32).

Se recoge así el criterio que formulara el profesor MASSIMO FERRARA SANTAMARÍA (33), en el sentido de que a las películas debe aplicarse el principio «res transit cum onore suo», o lo que es igual, que la ley nacional de origen de la película debe prevalecer sobre la del país donde se solicita el reconocimiento y protección de derechos sobre ella.

Por otra parte, la solución adoptada es la única que evita que una misma inscripción produzca efectos diferentes según el Estado donde se quiera hacer valer, lo cual supondría una considerable minoración de la seguridad que se persigue conseguir con la instauración del Registro. Esta solución se inspira en los principios generales de Derecho Internacional Privado, al consentir la extensión a los otros Estados de los efectos concedidos a la inscripción por la ley del Estado donde radica el Registro en que se practica. Así se consigue, además, que una inscripción tenga los mismos efectos en todo el ámbito de la Comunidad.

Según M. LORiot (34) esta posibilidad era preferible a la otra que se barajaba cuando se redactó el anteproyecto: Cada Estado miembro podía conferir a las inscripciones practicadas en el Registro de otro, bien los efectos producidos por las de su propio Registro, o bien los reconocidos a la misma por la legislación del país en cuyo Registro se practicó.

VIII. Rogación y publicidad formal.—La inmatriculación de la película ha de ser solicitada por el productor, y es, como se dijo, obligatoria; pero la inscripción de los actos y contratos relativos a su derecho de explotación es voluntaria y sólo se practica a instancia de los respectivos interesados. A pesar de que la inscripción es voluntaria, quien no la solicita no puede beneficiarse, como es lógico, de los efectos de la misma.

(32) Cfr. art. 5-2.º de la «directiva».

(33) Comunicación a la Reunión jurídica sobre los problemas del Registro Cinematográfico en la Comunidad Europea. Roma, 7 y 8 de diciembre de 1970.

(34) Exposición ante el Consejo de Administración de la F. I. A. D. F., Cannes, 25 de mayo de 1971.

El Registro tiene el carácter de público, por lo que se expiden certificaciones de su contenido a cualquier interesado que las solicite (35).

III. DERECHO ESPAÑOL

1. SITUACIÓN HASTA 1970

Aunque hubo proyectos anteriores (36), y regulaciones específicas de determinadas figuras (37), la prenda sin desplazamiento de posesión se reguló genéricamente por la Ley de 5 de diciembre de 1941, que introdujo en el Código civil los artículos 1.863 bis a 1873 bis, hoy derogados por la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954.

Debe admitirse que al amparo de la amplia fórmula del apartado séptimo del artículo 1.864 bis (38), podía ya constituirse la prenda sin desplazamiento sobre la película cinematográfica, pero fue la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 la que, de forma expresa, prevé la hipoteca de películas en el capítulo VI del Título II, que regula la hipoteca de propiedad intelectual e industrial. Aunque el derecho de explotación que corresponde al productor no sea, al menos en sentido estricto, un verdadero y propio derecho de propiedad intelectual, la posibilidad de hipotecar la película está concretamente admitida en el artículo 48-2.º de la L. H. M., que exceptúa al titular de la película cinematográfica de la prohibición de ceder el uso o explotación de la cosa hipotecada.

Pero después de publicada la L. H. M., ¿ha tenido realmente aplicación práctica este tipo de hipoteca?

Desde la entrada en vigor de la Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, el 15 de agosto de 1955, hasta el 24 de marzo de 1973, fecha de consulta de los libros registrales, en el Registro de la Propiedad número 4 de Madrid, donde se centraliza la inscripción de las hipotecas sobre la propiedad intelectual e industrial, sólo se han registrado dos hipotecas sobre películas cinematográficas, si bien la primera de ellas recae sobre tres películas distintas.

(35) Cfr. arts. 6 y 7 de la «directiva».

(36) Los oficiales de MONTERO RÍOS (en 1886), SÁNCHEZ DE TOCA (1900), SUÁREZ INCLÁN (1902), reforma del Código de Comercio (1926). Los particulares del VIZCONDE DE EZA y NAVARRO REVERTER (1909).

Estudiados por RAMOS-BASCUÑANA en *La prenda agrícola o hipoteca mobiliaria*, Tipografía «La Editora», Madrid, 1910, págs. 221-244.

(37) Prenda agrícola y ganadera (Real Decreto de 22 de septiembre de 1871), Prenda aceitera (Decreto de 29 de noviembre de 1935) y Prenda industrial (Ley de 17 de mayo de 1940).

(38) Artículo 1.864 bis: «Podrán concertar dicho pacto. Séptimo: Y todos aquéllos que se encuentren en caso análogo a los indicados y puedan ofrecer bienes muebles o semovientes que sirvan de garantía a la seguridad de un crédito.»

Ahora bien, siendo la producción cinematográfica una industria que subsiste por el crédito, ¿cómo se explica que en dieciocho años de vigencia de la L. H. M. se hayan constituido sólo dos hipotecas sobre películas? Incluso ni las entidades oficiales de crédito han utilizado este tipo de garantía. Los créditos cinematográficos se han venido pues asegurando con la garantía personal del productor, con fianza, o con garantías reales sobre bienes distintos de las películas.

Sería aventurado concretar las causas por las que la práctica no ha «recibido» este tipo de hipotecas. Pero, desde luego, en alguna medida la razón debe de estar en la propia configuración legal de la garantía, o, más concretamente, en la mecánica y alcance del Registro de Hipoteca Mobiliaria.

Nótese que el preámbulo de la L. H. M. señalaba que la hipoteca de la propiedad intelectual e industrial «es de más fácil desenvolvimiento que la de los demás bienes, por su carácter esencialmente formal, por su perfecta adecuación a la vida registral y por ser, en su esencia, objeto de regulación en nuestro Derecho positivo». Pero este mismo preámbulo, al hablar del Registro, nos puede dar la clave de la escasa aplicación de la figura; afirma lo siguiente: «Ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de la Propiedad que, al modo de propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido de él en atención de las dificultades prácticas de su adaptación ... Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los bienes muebles...»

En un sector como el cinematográfico, donde la inseguridad y desconfianza en la entidad económica de las firmas productoras son patentes, si el Registro, por no ser de titularidades, no da al acreedor la certeza de que el hipotecante es el verdadero titular del derecho de explotación de la película, falta de base fundamental para que se acepte la hipoteca de la misma como forma de garantía.

Este inconveniente de los Registros de Cargas, que hay que reconocer que en otras clases de bienes han dado un resultado satisfactorio (maquinaria industrial y de obras públicas, automóviles, etc.), ha sido puesto de manifiesto por la doctrina. Son muchos los autores que han manifestado la necesidad y conveniencia de la creación de un Registro de la Propiedad Mueble. Es muy interesante, y completa, la ponencia que al respecto presentó MASEDA BOUSO al I Congreso de Derecho Registral

celebrado en Madrid del 2 al 6 de mayo de 1961 (39). La conclusión primera de dicha ponencia propugnaba la utilidad de instaurar un Registro Mueble; en su base 7.^a establecía: «No se practicará ninguna inscripción de cargas o hipotecas sin que previamente conste en el Registro la inscripción primera o inmatriculación y la segunda de seguro». Y en el párrafo VII de la base 3.^a está prevista específicamente la inscripción de la propiedad intelectual.

Pío CABANILLAS, en la conferencia pronunciada en la sesión de clausura del mencionado Congreso (40), con referencia a la L. H. M. de 1954, señala que «es inicialmente una Ley de gravámenes, pero, a través de su fuerza expansiva, se espera obtener de ella el fenómeno futuro de la publicidad mobiliaria, ampliando este mismo esquema legislativo para los actos de disposición de los bienes muebles, que no son puros gravámenes».

Claro que el mismo autor señala la necesidad de distinguir, a estos efectos, entre los bienes muebles de «producción», esencialmente estables que hacen nacer titularidades permanentes, y a los que interesa proteger a través del Registro, y los bienes de «consumo», apuntando asimismo la conveniencia de aprovechar al máximo el control administrativo que preexista para determinados tipos de muebles. Esta última afirmación de CABANILLAS es fundamentalísima para el caso de las películas cinematográficas: Actualmente el sector cinematográfico en todas sus fases—producción, distribución, exhibición y exportación—está perfectamente controlado por la Dirección General de Cinematografía, sin cuya autorización no puede producirse en España una película—permiso de rodaje—ni proyectarse—licencia de exhibición—, y ello aparte del control indirecto del sistema de primas, subvenciones, premios y créditos oficiales (41), y de la censura previa a la explotación comercial de las películas.

Hay que convenir, sin embargo, que el Registro de Hipoteca Mobiliaria, aun funcionando como Registro de Cargas, supuso un paso importante; antes de la Ley Hipotecaria, empezó la legislación española por un Registro de Cargas. La antigua Contaduría de Hipotecas y la legislación entonces vigente, tuvieron, al menos, como consecuencia el efecto salu-

(39) Las ponencias, actas y conferencias del referido Congreso se recogen en un volumen publicado en 1965 por el Colegio Nacional de Registradores. Véanse páginas 281-322 de dicho volumen.

(40) Recogida en el volumen citado en la nota anterior, págs. 379-401.

(41) En los expedientes de concesión de créditos oficiales cinematográficos, el informe negativo de la Dirección General es vinculante para el Banco de Crédito Industrial (*vid.* Orden del Ministerio de Hacienda de 23 de noviembre de 1972, luego analizada).

dable de poner de manifiesto los inconvenientes del Registro de gravámenes y las ventajas de establecer el Registro de la Propiedad.

2. ESTUDIOS Y TRABAJOS PREVIOS A LA NORMATIVA VIGENTE

Sobre estos presupuestos, y dada la necesidad sentida por los productores de crear los cauces adecuados para poder ofrecer, con plena eficacia para el acreedor, sus películas en garantía de obligaciones crediticias, no es de extrañar que desde principios de 1970 los industriales españoles del ramo demandasen ante los organismos competentes la implantación de un Registro Público Cinematográfico al estilo del existente en Francia y del propugnado ya entonces en la Comunidad Económica Europea. Por tratarse de una de las situaciones, poco frecuentes, en que los propios afectados requieren de la Administración Pública una medida legislativa que proteja y satisfaga sus legítimos intereses, la propuesta fue acogida con interés por la entonces denominada Dirección General de Cultura Popular y Espectáculos (42).

Los interesados pretendían un sistema registral que diese publicidad, con plenos efectos frente a terceros, no sólo a las cargas constituidas sobre películas, sino a la titularidad del derecho de explotación sobre las mismas, a los contratos de distribución, exportación y exhibición y a los embargos judiciales o administrativos que afectasen a tal derecho.

La Dirección General constituyó una comisión mixta formada por representantes de la Administración y de los industriales afectados, del Banco de Crédito Industrial, que canaliza el crédito oficial de la Cinematografía, y por expertos en Derecho registral, encargada de estudiar el problema planteado, sus incidencias en la legislación positiva vigente y sus consecuencias prácticas, redactando, en su caso, un borrador o anteproyecto de la disposición legal que se estimase procedente (43).

A lo largo de sus trabajos, esta Comisión redactó un modelo de normativa creadora y reguladora del Registro de la Cinematografía, que fue sometido a informe de los Ministerios interesados, de la Organización Sindical, de la Sociedad General de Autores y del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. A la vista de estos informes, y de las deliberaciones de las sesiones de trabajo, se llegó a la conclusión de que la creación de un Registro sobre el modelo del hoy establecido para los países del Mercado Común Europeo exigiría promulgar una disposi-

(42) La competencia administrativa sobre la materia cinematográfica pasó luego a la Dirección General de Espectáculos, desmembrada de la de Cultura Popular. Actualmente pertenece a la Dirección General de Cinematografía, independiente de la otra Dirección General, también existente, de Teatro y Espectáculos.

(43) De dicha comisión fue ponente el autor de ese trabajo.

ción con rango de Ley que modificaría en parte el Derecho positivo vigente.

En efecto, la creación del Registro Cinematográfico con el alcance pretendido modificaría, al menos, el contenido de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y de su Reglamento, y supondría la creación de un nuevo organismo o, en su caso, la reforma, en este aspecto, del actual Registro de Hipoteca Mobiliaria.

Circunstancias de política legislativa—ya entonces se pensaba redactar una Ley General de la Cinematografía, cuya remisión a las Cortes está ahora prevista según noticias de prensa—aconsejaron demorar la creación del Registro, aunque sin abandonar el propósito, que se pensó podría quedar plasmado en la citada Ley de la Cinematografía.

Mientras tanto, sin embargo, se creyó conveniente, por medio de una disposición de rango inferior, potenciar al máximo las instituciones existentes, facilitando la utilización de la hipoteca de películas ya admitida, pero no detalladamente regulada, por la L. H. M.

En resumen, se trataba ahora de una meta mucho menos ambiciosa que la primitivamente propuesta: sencillamente se perseguía aclarar y reglamentar la hipoteca de películas establecida por la L. H. M., sin modificar esta disposición; «recordar» a los posibles interesados la existencia de un cauce preestablecido para obtener créditos con la garantía de la película; y revitalizar en lo posible este tipo de hipotecas que desde la vigencia de la L. H. M. había tenido tan escasa aplicación.

Demorando el primitivo proyecto se perseguía, además, esperar a conocer los resultados de la experiencia europea sobre el Registro Público Cinematográfico.

Este «recorte» en sus aspiraciones no agradó demasiado a los industriales del sector, que preveían que con esta leve medida correctora no se satisfacían sus aspiraciones ni se solucionaba el problema del Crédito Cinematográfico.

A pesar de ello, y con este último cometido específico, se constituyó una comisión conjunta de los Ministerios de Justicia e Información y Turismo, presidida por el Director General de los Registros y del Notariado. Esta comisión se propuso entonces, aprovechando el ya existente Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, aclarar y complementar la L. H. M. en cuanto al contenido de la hipoteca de películas; y, especialmente, regular, con carácter dispositivo, el pacto de transmisión, a título de garantía, de los rendimientos futuros de la película.

Conforme a estos objetivos, la citada Comisión redactó un anteproyecto que luego se convirtió en el Decreto 3.837, de 31 de diciembre

de 1970, de la Presidencia del Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia e Información y Turismo.

Tratándose de aclarar, especificar y desarrollar lo ya establecido sobre hipoteca de películas en la L. H. M. y en su Reglamento, sin salirse de sus cauces, no pareció necesario el dictamen previo del Consejo de Estado, y ello en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de dicho Cuerpo Consultivo. A pesar de todo sería interesante contrastar si en este caso, u otros similares, de aclaración y expansión de parte del contenido de disposiciones de superior rango, actúa la Administración dentro de los límites de sus legítimas atribuciones (44).

3. EL DECRETO 5.837/1970, REGULADOR DE LA HIPOTECA MOBILIARIA DE PELÍCULAS CINEMATOGRAFICAS Y DEL PACTO DE TRANSMISIÓN DE SUS RENDIMIENTOS A TÍTULO DE GARANTÍA

Dividiremos su estudio en dos partes: 1.º) Hipoteca de película cinematográfica. No se trata de examinar la figura de la hipoteca mobiliaria ni los efectos de su Registro especial, sino de exponer sus peculiaridades cuando recae sobre película cinematográfica. 2.º) Pacto de transmisión, a título de garantía, de los futuros rendimientos de la explotación comercial de una película.

A) *Hipoteca mobiliaria de película cinematográfica*

1) *Objeto de la garantía.*—A) En la realización de una película confluyen una serie de factores que originan sobre ella derechos subjetivos de diverso contenido. Principalmente destacan los llamados derechos de propiedad intelectual, entre los cuales pueden citarse: 1.º) el del autor de la obra literaria en que se basa la película; 2.º) el del guionista o adaptador en su caso; 3.º) El autor del texto hablado; 4.º) el del autor de las composiciones musicales especialmente compuestas para la película; 5.º) el del director de la película como máximo coordinador y responsable de la misma.

Pero todos estos derechos generalmente pasan a pertenecer a una sola persona: el productor. Este adquiere por contratos previos de carácter oneroso—bien a precio alzado, a porcentaje, o combinando ambas fórmulas—los derechos de reproducción y representación de la obra, y en consecuencia los derechos que sobre los rendimientos futuros de la película puedan tener todos aquellos que en más o menos grado intervinieron en la realización de la misma.

(44) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada. Potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, págs. 162 y ss.

De esta forma resulta que el productor, o sus causahabientes, son los únicos titulares del derecho, conjunto y unitario, de explotación comercial de la película cinematográfica.

Y este derecho de explotación comercial, que normalmente pertenece al productor, es precisamente el objeto del contrato de garantía que tratamos de examinar (44 bis).

Este derecho de explotación, de naturaleza incorporal y contenido económico, está estrechamente unido a un derecho material que le sirve de soporte: la propiedad corporal, u ordinaria, sobre el negativo, internegativo o copias de la película.

Por ello el objeto de la hipoteca es el derecho de explotación de la película, que implica la disponibilidad sobre el negativo, o internegativo, del que se obtienen las copias que luego pueden ser proyectadas.

B) Pueden ser hipotecadas tanto películas españolas (45) como extranjeras, pero en este último caso sólo es susceptible de hipotecarse su derecho de explotación en España, cosa, por otra parte, perfectamente lógica, puesto que la legislación española no podría regular hechos o derechos que salen por completo de la esfera de su competencia, como serían los derechos derivados de la explotación en el extranjero de una película extranjera.

Asimismo, sólo las películas españolas, y no las extranjeras, pueden hipotecarse cuando aún no están terminadas, es decir, cuando se encuentran en fase de realización, si bien en estos casos se exige que, al menos, se haya obtenido el permiso administrativo de rodaje, que se concede tras comprobar que existen los requisitos normales para que la película pueda llevarse a término. Además, cuando se trata de hipotecas sobre películas en rodaje, o simplemente proyectadas, el acreedor puede exigir que se contrate previamente un seguro de buen fin (46).

No habla el texto legal de las películas producidas en España para ser proyectadas en el extranjero. Es frecuente, sin embargo, la realización en España de películas por cuenta de cadenas de televisión extranjeras al solo objeto de ser proyectadas en sus respectivos países. Está claro, sin embargo, que tales películas no pueden ser objeto de la hipoteca que examinamos; en definitiva, la hipoteca se perfecciona por la inscripción, y las leyes que establecen un régimen de publicidad tienen necesariamente carácter territorial.

En cuanto al seguro de buen fin para las películas en rodaje, no es

(44 bis) Cfr. arts. 1 y 2 del Decreto.

(45) Lo que deba entenderse por película española, al menos a efectos crediticios, se establece en el artículo 3.º de la Orden del Ministerio de Hacienda de 23 de noviembre de 1972, reguladora del crédito cinematográfico.

(46) Cfr. arts. 3 y 4 del Decreto.

previsible que ninguna compañía aseguradora acepte su contratación en forma genérica. Lo que sí aceptarían las compañías sería cubrir riesgos concretos de la producción, tales como los resultantes de la incapacidad laboral sobrevenida al director o a los principales actores, la destrucción de los decorados, o los daños involuntarios sufridos por el negativo ya filmado; en estos casos la obligación de la compañía se resolvería en una indemnización al productor en la cuantía determinada al concertar la póliza.

C) Así como los inmuebles se identifican por su naturaleza, situación, nombre, linderos, extensión, etc..., era necesario establecer las circunstancias de identificación de la película hipotecada. Dichas circunstancias, que necesariamente han de constar en la escritura de constitución de la hipoteca, son: (47)

a) Título, provisional o definitivo, de la película; en caso de doblaje, título original y doblado.

b) Metraje.

c) Nombres del director, guionista y del autor o autores de las obras de ingenio que se utilicen.

d) Extracto de las fichas técnica y artística.

e) Número del permiso de rodaje y, en su caso, de la licencia de exhibición.

Nada dice el texto legal sobre los créditos que puedan garantizarse con este tipo de hipotecas, por lo que debe entenderse que, como es regla general, esta hipoteca puede asegurar cualquier tipo de crédito, sea cual fuese su clase y las condiciones de su titular, si bien en todo caso, para la inscripción, será necesario que el crédito cumpla en su configuración las exigencias mínimas del principio registral de especialidad.

2) *Personalidad del hipotecante*.—A) Normalmente será el productor el titular del derecho de explotación objeto de la hipoteca. Pero también pueden serlo: (48)

a) El distribuidor que compra la película a precio alzado y en exclusiva para su explotación en todo o parte del territorio nacional. De esta forma se excluye la figura, muy común, del distribuidor que comercializa la película, sin adquirir su propiedad, reservándose a cambio un porcentaje de sus rendimientos. No cabe duda de que, en teoría, sería hipotecable este derecho al porcentaje del distribuidor no propietario, pero el legislador, en aras posiblemente de la mayor concreción en la base de la hipoteca, lo ha excluido expresamente como posible objeto de la misma.

(47) Cfr. art. 8 del Decreto.

(48) Cfr. art. 2, párrafo 2.º, del Decreto.

b) El exportador, que también a precio alzado, ha adquirido en exclusiva el derecho de explotación de la película fuera de España o sólo en determinados países.

Es evidente que la extensión del derecho que hipotequen tanto el distribuidor como el exportador—el del productor, en principio, es genérico e ilimitado—será la que se derive de sus respectivos títulos adquisitivos, en los que pueden constar limitaciones en cuanto al tiempo o al espacio a que se circunscribe su ejercicio.

B) Si el Registro de Hipoteca Mobiliaria funcionase como el de la Propiedad, es decir, si se tratase de un Registro no sólo de cargas sino también de titularidades, la previa inscripción de una película a nombre de determinada persona garantizaría al acreedor hipotecario, en mayor o menor grado, según los sistemas y según los casos, la titularidad dominical del hipotecante. Pero, al menos por ahora, esto no es así, y el acreedor, aparte de las acciones personales que siempre conservaría contra quien le hipotecó una película que realmente no le pertenecía, nada podría hacer contra el titular real ni, en definitiva, contra la película que es la base de la garantía. Esto en el caso de que el titular verdadero haya adquirido su derecho antes de estar inscrita la hipoteca, pues en otro caso tendría que pasar por la existencia de la carga, ya que éste es el único o principal efecto de un Registro de cargas.

Para obviar en cierta manera los inconvenientes que se derivarían de que una película fuera hipotecada por quien no fuese su verdadero titular, la Ley española exige, para la inscripción de la hipoteca, que a la escritura constitutiva se acompañen determinados documentos que constituyen un estimable principio de prueba de la titularidad del hipotecante. Tales documentos son: (49)

a) En películas españolas:

1. Contrato o declaración unilateral por el que el autor de la obra en que se basa la película, salvo que ya fuese de dominio público, transmite al productor la exclusiva para su filmación y posterior explotación. Para verificar la titularidad del cedente se exige además un certificado del Registro de la Propiedad Intelectual acreditativo de que la obra y los derechos de su autor están inscritos en dicho Registro.

2. Certificado de la Dirección General de Espectáculos (50) acreditativo de que los derechos de explotación corresponden al hipotecante según los antecedentes que obran en dicho Centro. Habida cuenta de que la industria cinematográfica está sujeta a un riguroso control administrativo—precio de la protección económica del Estado a la producción

(49) Cfr. art 6 del Decreto.

(50) Hoy de la Dirección General de Cinematografía.

cinematográfica—la Dirección General de Espectáculos (51) cuenta con medios suficientes para acreditar con bastante exactitud a quién pertenece la titularidad de una película, que normalmente será la persona autorizada para exhibirla—caso de película extranjera—o legitimada para cobrar la subvención que para las películas españolas haya concedido la Administración.

3. Certificado del Registro de la Propiedad Industrial acreditativo de que se ha practicado y está vigente la inscripción del título de la película—como marca industrial o rótulo distintivo—a favor del hipotecante.

b) En película extranjera:

1. Contrato de cesión, a precio alzado, del derecho de explotación de la película en España, debidamente visado por el Organismo oficial de la cinematografía en el país correspondiente a la nacionalidad del productor, o del distribuidor en los casos de subdistribución.

2. Informe de la Dirección General de Espectáculos (52) acreditativo de la personalidad del hipotecante y de la suficiencia de su título para explotar la película en España. La importancia de este informe es decisiva, puesto que ninguna película puede ser objeto de exhibición pública comercial sin la previa licencia concedida por el citado Organismo.

Como se ve, la inaplicabilidad del principio de tracto sucesivo, al tratarse de un Registro de cargas, ha pretendido obviarse con una serie de cautelas y requisitos en beneficio de la seguridad del acreedor hipotecario y, en definitiva, del tráfico.

3. *Asientos registrales que se practican.* a) En los casos de películas terminadas, que serán los más normales, la hipoteca produce un asiento de inscripción.

b) Tratándose de películas en realización, se practica una anotación preventiva, que caduca a los dos años de su fecha salvo que antes, por acreditarse que la película se ha terminado, se convierta en inscripción (53).

4. *Particularidades de la ejecución.* El objeto de la ejecución, caso de que ésta haya de producirse, es el derecho de explotación comercial de la película, así como la disponibilidad del negativo o copias.

Realmente, en caso de ejecución, serían objeto de subasta: el negativo de la película, los internegativos, las copias positivas, el derecho de reproducción del negativo para obtener nuevas copias y el derecho

(51) Hoy de la Dirección General de Cinematografía.

(52) Hoy de la Dirección General de Cinematografía.

(53) Cfr. art. 9 del Decreto.

de representación o exhibición pública de la obra original en que la película se basa. Sin embargo, en la práctica, este tipo de subasta no será frecuente. El acreedor preferirá dirigirse contra los rendimientos de la película para conseguir el reembolso de su crédito. Si tales rendimientos son insuficientes, o inexistentes, la subasta de la película no conducirá a ningún resultado apreciable.

Durante la vigencia de la hipoteca ya se concede al acreedor un control sobre la mencionada disponibilidad, puesto que el laboratorio que actúe como depositario del negativo, o internegativo, una vez que le sea notificada la inscripción de la hipoteca, no puede expedir copias ni realizar cualquier otro acto dispositivo sobre aquellos sin consentimiento escrito del acreedor (54).

B) Pacto de transmisión de rendimientos a título de garantía

Este pacto puede ser configurado libremente por los contratantes, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, de la forma que tengan por conveniente

El Decreto que comentamos sin embargo, con carácter orientativo o demostrativo, ofrece un modelo de pacto de transmisión de rendimientos que puede cumplir con bastante efectividad la finalidad de asegurar a los acreedores el reembolso de su crédito. Pero aunque el pacto sea configurado por las partes a su arbitrio, la regulación dada en el Decreto tiene siempre carácter supletorio; es decir, en lo no previsto por los interesados regirá necesariamente lo establecido en aquella disposición. Es de esperar que lo normal, salvo previsiones muy específicas derivadas de las circunstancias concretas de cada caso, sea la remisión genérica a la regulación legal.

Parece innecesario advertir que el estudio de la figura que a continuación hacemos se circunscribe al modelo perfilado por el Decreto 3.837/70, sin entrar en las innumerables variantes que la autonomía de la voluntad puede introducir en la misma.

1. *Concepto y caracteres.*—Se trata de un pacto de garantía, accesorio del contrato de hipoteca mobiliaria, en cuya virtud, hasta la total extinción de la deuda, se transmiten al acreedor, que los hace suyos a medida que se vayan produciendo, los rendimientos de la película hipotecada.

Está configurado pues como pacto accesorio del contrato principal de hipoteca, al que puede añadirse si las partes, voluntariamente, así lo convienen (55).

(54) Cfr. art. 5-2.º del Decreto.

(55) Cfr. art. 13 del Decreto.

Ello no quiere decir que no pueda establecerse como contrato autónomo e independiente, pero entonces, al no poder tener acceso al Registro de Hipoteca Mobiliaria, tendría sólo efecto entre las partes, nunca frente a terceros.

La única forma de conseguir su inscripción, con la eficacia derivada de la publicidad registral, es instrumentarlo como accesorio del contrato de hipoteca e incluirlo en la escritura constitutiva de la misma. Así en el Registro se inscribirá la hipoteca, pero también, como una de sus cláusulas o condiciones, al pacto de transmisión de rendimientos.

2. *Carácter del derecho del acreedor a los rendimientos.*—Es éste uno de los aspectos más interesantes de la nueva regulación. No es que el acreedor tenga un derecho de tipo obligacional a los rendimientos de la película cuando se produzcan (*ius ad rem*), sino que los hace suyos, en la parte que pertenecía al hipotecante, en el mismo momento en que se van produciendo (derecho real), de tal manera que goza de acción directa para reclamarlos de los poseedores de tales beneficios, quienes no pueden oponer contra él las excepciones personales que pudieran tener frente al hipotecante (56).

Así el acreedor hipotecario, sin adquirir la titularidad dominical de la película, o mejor dicho, de su derecho de explotación, adquiere el dominio de sus rendimientos a medida que se vayan produciendo, con la finalidad de imputarlos al pago de la deuda e intereses y precisamente como garantía de su reembolso.

Esta cesión de rendimientos tiene una duración temporal, quedando sin efecto cuando el acreedor ha percibido la totalidad de su crédito, momento en el cual el hipotecante readquiere, *ipso iure*, su derecho a los beneficios, que, como titular dominical de la película, le habrían pertenecido siempre de no haber mediado el pacto de cesión.

La prueba de que el hipotecante conserva el dominio de la película es que siguen siendo de su cuenta las contribuciones y gastos que supongan su titularidad y explotación.

3. *Extensión objetiva de los rendimientos.*—El hipotecante cede los rendimientos sólo en la parte en que al mismo le corresponden. Si explota la película a porcentaje, sólo transmite el tanto que él se reserve. Si la explota a precio alzado, se entiende por rendimiento, a estos efectos, el precio pagado por el exhibidor o distribuidor, independientemente de la cifra real de beneficios que la película produzca.

En general, se entienden rendimientos los beneficios que produzca la exhibición pública de la película con fines lucrativos, pero puede

(56) Cfr. art. 14 del Decreto.

darse el carácter de tales, por pacto expreso, a las subvenciones oficiales de cualquier tipo que correspondan al hipotecante por razón de la película hipotecada (57).

4. *Contenido: Obligaciones de la persona que perciba los beneficios.*—A) *Explotación de película en España* (58).—I. Si el hipotecante es el productor.

1. Cuando la explota por el sistema de distribución a precio alzado, el distribuidor debe entregar al acreedor el total del precio convenido por la distribución si ésta se pacta después de constituida la hipoteca, y las cantidades pendientes de entrega para completarlo si se había concertado antes.

2. Cuando se utiliza el sistema de distribución a porcentaje, el distribuidor viene obligado a incluir en los contratos que celebre con los exhibidores una cláusula por la cual éstos se obligan a ingresar el precio o porcentaje que por la exhibición corresponda al hipotecante en la cuenta bancaria a que al final aludiremos.

3. Cuando el productor explote la película directamente, viene obligado a incluir en los contratos que celebre directamente con los exhibidores la cláusula reseñada en el anterior apartado.

II. Cuando el hipotecante es el distribuidor.

Se aplican las mismas reglas del epígrafe I precedente, según explote la película por el sistema de subdistribución a porcentaje, o por contratos directos con los exhibidores.

B) *Explotación de la película en el extranjero* (59).—I. Si el hipotecante es el productor.

1. Cuando utiliza los servicios de una empresa intermediaria, queda ésta obligada a entregar al acreedor la cantidad que corresponda al hipotecante en los rendimientos que produzca la película, tanto si se trata de un precio alzado como de un porcentaje.

2. Cuando la explota directamente, en los contratos que celebre con los distribuidores debe incluir una cláusula por la que éstos se obliguen a ingresar directamente al acreedor las cantidades que, de no existir la hipoteca, y el pacto de cesión de rendimientos, hubieran correspondido al hipotecante.

II. Si el hipotecante es el exportador.

Se aplica lo previsto en el apartado 2 inmediatamente anterior.

(57) Cfr. art. 15 del Decreto.

(58) Cfr. art. 16 del Decreto, en relación con los arts. 18 y 19.

(59) Cfr. art. 17 del Decreto, en relación con los arts. 18 y 19.

5. *Efectos especiales de la publicidad registral.*—Una vez inscrito, con la hipoteca, el pacto de transmisión, se presume que el distribuidor, o el exportador, conocen las obligaciones que para ellos se derivan de dicho pacto, en especial las anteriormente consignadas (60).

Es una consecuencia lógica del sistema registral, siquiera se trate, como en este caso, de un Registro de cargas.

La persona que suscriba con el productor un contrato de distribución o exportación, dado el carácter público del Registro, se presume que conoce su contenido, y por ello las consecuencias de la hipoteca, y pacto transitorio, previamente inscritos.

Ahora bien, puede darse el caso de que el contrato de distribución, o el de exportación, se hayan suscrito con anterioridad a la inscripción de la hipoteca y, en este caso, tanto el distribuidor como el exportador, sólo quedan afectados por aquélla desde que se les notifique fehacientemente su constitución (61).

Para mayor seguridad, en estos casos, se obliga al hipotecante a hacer constar en la escritura de hipoteca la existencia de contratos previos de distribución o exportación, y de esta forma el acreedor puede llevar a cabo la notificación fehaciente antes prevista y ligar así al distribuidor a las consecuencias del pacto transitorio posterior a su contrato.

Pero, ¿cómo se sabe si los contratos de distribución o exportación son previos o posteriores a la hipoteca? Ningún problema existe si se instrumentaron en documento público. Si se hicieron en documento privado, para fijar su fecha habrá que estar a las normas generales que para tales situaciones especifica el artículo 1.227 del Código civil; sin embargo, para facilitar la fijación de la fecha conforme al citado precepto, el Decreto que comentamos ofrece al distribuidor o exportador una posibilidad nueva: la de dar conocimiento de sus respectivos contratos a la Dirección General de Espectáculos (62) mediante entrega de una copia de los mismos, que se archivará previo cotejo, haciéndose constar dicha entrega en el original mediante la diligencia correspondiente (63).

6. *Cuenta bancaria especial.*—Es otra de las novedades interesantes modeladas por el Decreto.

Las cantidades que en concepto de rendimientos, y como consecuencia del pacto de su transmisión, hayan de ser entregadas al acreedor hipotecario, han de ingresarse por el obligado en una cuenta bancaria especial cuya referencia se reseña en los contratos.

(60) Cfr. art. 20-1 del Decreto.

(61) Cfr. art. 20-2 del Decreto.

(62) Cfr. art. 20-5 del Decreto

(63) Hoy Dirección General de Cinematografía.

Es titular de la cuenta el acreedor hipotecario, y el Banco depositario debe ser informado por aquél de la finalidad de la cuenta y de la cantidad a que ascienden el crédito e intereses garantizados, cosa que normalmente se hará entregándole copia de la escritura de hipoteca.

Asimismo el Banco debe ser autorizado por el titular de la cuenta de forma expresa para que dé conocimiento al hipotecante, siempre que éste lo pida, del total de lo ingresado en la mencionada cuenta.

Al centralizar así la operación de reembolso en una cuenta bancaria, dada la ramificación de los Bancos por todo el territorio, se facilita enormemente a los obligados el cumplimiento de su deber de pago, se les dota de un recibo fehaciente de las entregas y se evitan relaciones directas—que pueden perjudicar al hipotecante—entre el acreedor hipotecario y los obligados a la entrega de los rendimientos. Por otra parte, el Banco lleva la contabilidad del reembolso del capital, cargando intereses día a día y facilitando en cualquier momento con claridad la cuenta exacta líquida que reste por devolver. Y, por último, el hipotecante conoce la marcha de la operación y tiene a su disposición una estadística seria de la comercialidad de la película, sobre cuya disponibilidad de futuro puede hacer previsiones con suficiente antelación (64).

Por lo que toca al acreedor, puede disponer día a día de los beneficios que se vayan produciendo, sin esperar al cumplimiento del plazo para reintegrarse de la cantidad prestada.

4. LA HIPOTECA SOBRE PELÍCULAS CON PACTO DE TRANSMISIÓN DE SUS RENDIMIENTOS, COMO FIGURA UNITARIA

I. *Delimitación, alcance y finalidad*

No vamos a estudiar aquí la hipoteca en general, ni siquiera la hipoteca mobiliaria. Nuestro estudio se reducirá a una figura específica y concreta: la hipoteca mobiliaria de película cinematográfica cuando se constituye incluyendo en su contenido el pacto de cesión al acreedor, como integrados en la garantía, de los rendimientos económicos que la película hipotecada produzca o vaya produciendo.

No se trata, pues, de una hipoteca de película ni tampoco de un pacto de cesión de rendimientos, sino de la figura, compleja o mixta, de la hipoteca con el añadido del pacto, aunque concebido todo ello como una sola institución.

Y, ante todo, conviene destacar la importancia que este pacto de transmisión de rendimientos—cuya posibilidad ya estaba prevista antes

(64) Cfr. art. 21 del Decreto.

de ser regulado específicamente por el Decreto 3.837/70, por el artículo 49 de la L. H. M.—tiene en este tipo de hipotecas.

En una película lo importante son los rendimientos que produce o pueda producir; el negativo en sí—lo que es propiamente la película—, como cosa material, no tiene valor apreciable. Y si a ello añadimos que su «aptitud para rendir», o sea, su rentabilidad, tiene una duración limitada desde la fecha del rodaje, es fácil deducir la importancia que para el acreedor tienen los rendimientos de la película durante su período normal de «vida» comercial.

Si la hipoteca se constituye sin pacto de transmisión de rendimientos, se tratará de una hipoteca mobiliaria normal: el acreedor, impagado el crédito a su vencimiento, puede ejercitar su derecho de realización de valor sobre la cosa hipotecada promoviendo su venta y destinando el importe al reembolso de capital, intereses y costas.

Pero ya dijimos antes (65) que la subasta de la película raramente conduciría a un resultado apreciable, por lo que al acreedor le interesa desde el principio sujetar los rendimientos a la garantía de su crédito.

Es cierto que el pacto de cesión de rendimientos puede producirse aisladamente, separado de la hipoteca y sin formar parte de su contenido. Pero entonces sería un pacto concebido al amparo del artículo 1.255 del Código civil y se registraría por los principios generales de las obligaciones y contratos y por la voluntad de los otorgantes.

Difícilmente, a pesar del *numerus apertus*, podría surgir de él un derecho real sobre los rendimientos de la película; no se entiende un derecho que deba ser reconocido por terceros cuando al cesionario le falta la «apariencia» que se deriva de la posesión de la cosa cuyos rendimientos se transmiten, y esta deficiencia no aparece suplida por la publicidad que supone la inscripción de la transmisión en un Registro Público, y es claro que, conforme a nuestra legislación de hipoteca mobiliaria, el pacto de cesión de los rendimientos de una cosa, sea, como en este caso, a título de garantía, o sea una simple transmisión, configurada aislada e independientemente como institución autónoma, no puede tener acceso al Registro.

La película se explota, es decir, produce sus rendimientos, a través de los contratos de distribución, exhibición o exportación que el titular de la misma concierta con otras personas. De estos contratos se deriva para el titular un derecho personal contra el otro contratante (distribuidor o exhibidor), que le permite exigir de éste las prestaciones a que se comprometió (porcentaje o precio alzado). Si este derecho se cede o transmite, sea cualquiera la finalidad con que se haga, no por eso dejará de

(65) Vid. *supra*, pág. 35.

ser un derecho personal, que ligará al obligado y a sus causahabientes, pero no a terceros.

Asimismo cualquier otra obligación que el titular de la película asuma en beneficio del acreedor (compromiso de distribuir en determinada zona, percepción de precios mínimos, contratación de exclusivas, etc...), es lógico que no perjudiquen a terceros que desconocen la existencia de tales obligaciones preexistentes.

Por ello conviene a los intereses del acreedor concertar el pacto de transmisión de rendimientos junto con la hipoteca, de forma que, como integrante de la misma, llegue a tener acceso al Registro y no pueda así ser desconocido por terceros.

II. *Caracteres*

A) *Hipoteca de máximo*.—Habida cuenta de que los rendimientos de la película hipotecada, a medida que se van produciendo, deben ser ingresados por el obligado al pago en una cuenta corriente abierta a nombre del acreedor hipotecario (66), y de que dichos ingresos se imputan automáticamente al pago de capital e intereses, el importe del crédito garantizado es el que resulte en cada momento del saldo de la citada cuenta.

Al constituirse la hipoteca, sin embargo, se fija una cantidad máxima—capital, intereses y costas—de la que responderá la película en caso de ejecución.

Se trata, pues, de una hipoteca de máximo, semejante en cierto modo a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito regulada en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, pero, entre otras, con las siguientes importantes diferencias:

1.^a Aquí el deudor no puede aumentar la cuantía del débito, puesto que en dicha cuenta él sólo puede hacer ingresos; del saldo de la misma, en efecto, sólo puede disponer el acreedor.

2.^a Los sucesivos ingresos en la cuenta no los realizará normalmente el deudor, sino las personas—distribuidor o exhibidor—que de no existir la hipoteca vendrían obligados a entregar los rendimientos de la película al hipotecante.

3.^a En este caso no hay plazos de liquidación de la cuenta; ésta se liquidará al vencimiento del crédito, o antes si los abonos efectuados han cubierto la total cuantía del débito.

Por otra parte, es lógico pensar que en caso de ejecución de la hipoteca por impago del crédito garantizado, el apremio no pueda realizarse

(66) Cfr. art. 21 del Decreto 3837/70. *Vid. supra*, pág. 39.

más que por la cantidad pendiente de pago en la cuantía que resulte de la cuenta bancaria anteriormente estudiada. Pero para ello los redactores del Decreto 3.837/1970 olvidaron hacer referencia a lo establecido en el párrafo quinto del mencionado artículo 153 de la Ley Hipotecaria; para utilizar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 es necesario, al tiempo de interponer la acción ejecutiva, determinar la cantidad líquida a que asciende la reclamación, y para ello, en el caso que nos ocupa, debería acompañarse a la demanda un certificado del Banco acreditativo del total de las cantidades ingresadas en la cuenta especial a que anteriormente se hizo mención, concretándose entonces la ejecución a la diferencia existente entre capital, intereses y costas y la cantidad total ingresada en la cuenta.

Parece inviable en estos casos el procedimiento extrajudicial regulado en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, pues, como dice ROCA (67), el artículo 153 de la Ley Hipotecaria sólo admite el procedimiento judicial sumario cuando puedan entrar en funciones estos dos sistemas de doble libreta y de certificación bancaria, lo que hace suponer —*a sensu contrario*— que excluye el procedimiento extrajudicial. Hay autores, sin embargo, como SANZ y CASSO (68), que se muestran partidarios de la aplicabilidad del procedimiento extrajudicial a este tipo de hipoteca.

El judicial sumario se seguirá en todo caso conforme a las especialidades del artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

Bien es verdad que el artículo 1 del Decreto 3.837/1970 dice que la hipoteca de películas se registrará por la Ley de Hipoteca Mobiliaria; que el artículo 7 de ésta hace referencia expresa a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, y que la disposición adicional tercera de la misma establece como de subsidiaria aplicación, en caso de insuficiencia de sus preceptos, los de la legislación hipotecaria. Pero ya que se ha regulado la cuenta especial bancaria, habría sido conveniente una referencia, incluso con ciertas matizaciones, a la certificación del Banco prevenida en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, pues aunque aquí el Banco no es el acreedor, la mecánica de la certificación para fijar exactamente la cantidad a que la ejecución se contrae resulta perfectamente aplicable.

B) *Indeterminación del plazo.*—Al constituirse la hipoteca se fijará, como es lógico, un plazo determinado en el que el importe del crédito deberá ser devuelto al acreedor.

(67) *Derecho Hipotecario*, tomo IV, vol. 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 730.

(68) ANGEL SANZ: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Madrid, Imprenta Vda. de M. Navarro, pág. 414.

IGNACIO DE CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª edición, Madrid, 1951, pág. 680.

Pero la mecánica del reintegro a través de la cuenta especial bancaria, tantas veces aludida (69), hace que si los abonos cubren capital e intereses antes del término fijado, quede extinguido el crédito y pueda el deudor, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca y la cesación de los efectos de la transmisión de rendimientos.

Y no es que el plazo se establezca en beneficio del deudor, puesto que los obligados al pago de los rendimientos no pueden, facultativamente, demorar el ingreso de aquéllos, sino que deberán efectuarlo a medida que los mismos se produzcan.

La fijación del plazo no tiene en esta figura, pues, más que un alcance muy concreto: su vencimiento facultará al acreedor para ejecutar la hipoteca por la parte del crédito que en tal momento no se hubiera cubierto con los ingresos practicados en la cuenta especial bancaria.

Los reintegros parciales son, en definitiva, obligatorios: activamente para la parte deudora, y pasivamente para el acreedor. Pero su existencia puede ser hipotética y, en todo caso, su cuantía indeterminable cuando la película se explote a porcentaje.

C) *Similitud y diferencias con la anticresis.*—A primera vista, si observamos un derecho de garantía que afecta a una cosa y a sus frutos o rendimientos, la comparación o conexión con la anticresis resulta inevitable. Pero para establecer la relación—separación, similitud o identidad—de esta figura con la anticresis es preciso primero examinar la naturaleza de esta última; después ya será más fácil establecer conexiones y diferencias.

Históricamente, sólo desde el Código napoleónico aparece la anticresis como derecho independiente; de él la tomaron con este carácter otros Códigos, como el italiano y el nuestro, y hay legislaciones, como la austríaca o la suiza, que prohíben categóricamente esta institución.

En Derecho romano no era la anticresis más que un simple *pactum adjectum* del *pignus*, establecido con el único objeto de percibir los frutos de una cosa, ya fuera mueble o inmueble.

En Derecho intermedio sufrió un proceso desnaturalizador y se consideró ya como una especie autónoma de prenda (la prenda sobre inmuebles), no como un pacto accesorio de ésta, pero carente, no obstante, de preferencia especial.

Nos interesa, sin embargo, la naturaleza de la anticresis tal como la regulan los Códigos del área de influencia del napoleónico, entre ellos el nuestro.

(69) *Vid. supra*, pág. 59.

El tema fue muy bien estudiado por JUAN GARCÍA-GRANERO (70) en 1945; antes la doctrina española no lo había tratado específicamente (71).

Quizá la razón de este olvido sea la limitada importancia que ha tenido la institución, hasta el punto de que en la actualidad su supresión seguramente no afectaría en forma sustancial al crédito territorial.

Las opiniones sustentadas al respecto las agrupa el citado GARCÍA-GRANERO en dos grandes sectores: las que sostienen que es un derecho personal (72) y las que, por el contrario, afirman que se trata de un derecho real (73).

Dentro de cada grupo pueden hacerse matizaciones que ahora no interesa señalar. MANRESA (74) sostiene que es un derecho real, y como tal inscribible en el Registro de la Propiedad, ya que supone una desmembración parcial del dominio, que se transmite en dicha parte (derecho a los frutos) al acreedor, aunque sea con carácter temporal hasta la realización del crédito. Por último, digamos que muchos prestigiosos autores españoles [VALVERDE (75), DE BUEN (76), CASTÁN (77)] se limitan a afirmar que la anticresis es un derecho real, sin entrar en más averiguaciones.

La doctrina patria es casi unánime en sostener la segunda de las

(70) JUAN GARCÍA-GRANERO: «Acerca de la naturaleza jurídica de la anticresis», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, págs. 457 y ss.

(71) Si bien cabe destacar el interesante trabajo de SANZ FERNÁNDEZ: «El derecho de preferencia en la anticresis», *Revista de Derecho Privado*, abril, 1943, páginas 223-229, tomo XXVII.

(72) CHIRONI: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 2.ª ed., 1918, volumen I, pág. 628; LAURENT: *Principes du Droit Civil Français*, 3.ª ed., tomo XXVIII, págs. 521 y ss., y BAUDRY-LACANTINERIE: *Traité théorique et pratique du Droit Civil*, tomo XXV, págs. 159 y ss.; ALGUER: «El Derecho real», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1931, pág. 86, y DALMASES: *El usufructo de derechos*, Madrid, 1932, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 55 y ss.

(73) WOLFF: *Derecho de cosas*, tomo III, vol. II, págs. 168-171, 69-71, 386 y 393; NUSSBAUM: *Derecho hipotecario alemán*, traducción española de W. ROCES, Madrid, 1929, págs. 129-130; BERAUD LEZÓN: *Tratado del Derecho inmobiliario*, Madrid, 1927, tomo I, pág. 179; DÍAZ MORENO: *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1926, págs. 122 y ss.; GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1941, tomo I, pág. 109; BARRACHINA: *Derecho Hipotecario y Notarial*, Castellón, 1910, tomo I, pág. 15; GAYOSO: *Nociones de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1918, pág. 23; ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, pág. 375; PLANIOL ET RIPERT: *Traité pratique du Droit Civil Français*, París, 1927, tomo XII, páginas 289 y ss.; JOSSERAND: *Cours du Droit Civil Positif Français*, París, 1933, tomo II, págs. 878 y ss.; COLIN ET CAPITANT: *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción española de DE BUEN, Madrid, 1925, tomo V, págs. 59 y ss.

(74) *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1911, tomo XII, páginas 526-531.

(75) *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, 1937, tomo III, pág. 730.

(76) *Derecho Civil Español Común*, 2.ª ed., Madrid, 1930, pág. 294, ap. E.

(77) *Derecho Civil Común y Foral*, 10.ª ed., Madrid, 1965, tomo II, vol. II, páginas 321-323 y 376-379.

posturas antes señaladas (78), siendo de destacar, como significativas, las siguientes opiniones:

DÍAZ MORENO (79) sostiene que la anticresis «es un usufructo temporal y una hipoteca, todo al mismo tiempo»; SANZ (80) precisa que tiene el «doble carácter de hipoteca *ad fructus* y *ad corpus*», y la define como «un derecho real de garantía, análogo a la prenda y a la hipoteca en conceder un derecho real de realización de valor, pero más extenso que ellos, pues concede, además, el disfrute de la cosa en función de pago de los intereses siempre, y normalmente también del capital».

ROCA SASTRE (81) considera a la anticresis como «un derecho real de amplio contenido, pues comprende la facultad de perseguir los frutos de la cosa gravada y de provocar la venta de ésta para, en caso de impago de la deuda asegurada, poder cobrar preferentemente el acreedor, o sea, el *ius distrahendi* de la hipoteca y de la prenda».

Por último, BATLLE (82) concluye que «no hay razones en nuestro ordenamiento que nos permitan suponer que la anticresis produzca efectos meramente personales, sino que, por el contrario, vemos en ella los elementos del derecho real, a saber: potestad directa sobre la cosa, derecho de preferencia y aun derecho de persecución *erga omnes*».

Asimismo la Dirección General de los Registros y del Notariado (83) ha mantenido la naturaleza real del derecho de anticresis.

Esta es la tesis también de GARCÍA-GRANERO, quien tras plantearse el problema de si es un derecho de goce—en cuanto tiene un contenido material de aprovechamiento—, un derecho puro de garantía—en cuanto implica la facultad de realización del valor—o una figura mixta o híbrida de disfrute y garantía—en cuanto supone el disfrute hasta que, por impago de la deuda a su vencimiento, entra en juego la ejecución—, concluye que en la anticresis debe verse «una forma especial y compleja

(78) Vid. MANUEL ALRALADEJO: *Derecho Civil*, tomo III: *Derecho de bienes*, volumen 1.º, Barcelona, 1974, págs. 21-26. Vid. DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil Español*, Madrid, 1968, vol. II, pág. 479.

(79) DÍAZ MORENO: *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1926, págs. 122 y ss.

(80) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: «El Derecho de preferencia en la anticresis». *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVII, pág. 228.

(81) *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., tomo III, pág. 36. En la 6.ª ed. de esta obra ha desaparecido el capítulo dedicado a la inscripción del Derecho de anticresis, y al tratarse de los derechos reales inscribibles (tomo II, págs. 609 y ss.) elude el autor una enumeración taxativa de los mismos, aunque se entiende que sigue considerando a la anticresis como un derecho real.

(82) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ: Artículo sobre la anticresis en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo II, págs. 697 y ss.

(83) Resoluciones de 30 de junio de 1913, 31 de julio de 1915 y 11 de marzo de 1932 (*Repertorio de Jurisprudencia Civil*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, 1954, tomo VII, pág. 229; tomo VIII, pág. 141, y tomo XII, pág. 33).

de derecho de garantía, que, por un lado, obra a través de los frutos y, por otro, sobre la cosa misma».

Por otra parte, habida cuenta de que, al menos en la anticresis extintiva, los frutos, en cuanto excedan de los intereses, van aplicándose al débito principal, que extinguen en la medida correspondiente, señala que también tiene el carácter de «medio de pago».

En suma, los caracteres esenciales de la anticresis según la doctrina española comúnmente admitida son:

1. Es un complejo derecho real de garantía.
2. Asegura el cumplimiento de una obligación dineraria.
3. Atribuye al acreedor dos tipos de facultades, aunque ambas tengan la misma finalidad:
 - a) Un derecho de preferencia sobre el valor del inmueble.
 - b) Un derecho a percibir los frutos del mismo, bien sea para aplicarlos a los intereses y el exceso al capital (anticresis extintiva), bien para compensarlos totalmente con los intereses (anticresis compensativa).

4. El inmueble gravado puede, según se pacte, permanecer en poder del propietario o pasar a manos del acreedor o de un tercero.

5. Finalmente, si, como acepta la doctrina (84), el derecho de prenda puede ser objeto de posesión, no cabe duda de que, por las mismas razones, también pueda serlo el de anticresis en tanto la cosa gravada esté en poder del acreedor (85), puesto que en ésta se da además la circunstancia, favorable a esta tesis, de que el acreedor disfruta de la cosa gravada, mientras que en la prenda no puede el acreedor usar de la cosa pignorada (86).

En la figura que analizamos hay que establecer, en primer lugar, que la hipoteca conserva su esencia a pesar del añadido del pacto de rendimientos.

Ello es lo mismo que si pretendiéramos que una hipoteca inmobiliaria normal, en la que el acreedor hipotecario, en virtud de la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, perciba los frutos del inmueble hipotecado para aplicarlos a los intereses y al capital, deje por ello de ser hipoteca.

(84) Vid. ALBADALEJO: «La poseibilidad del derecho de prenda», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, segundo trimestre de 1954. Vid. el mismo autor: *Derecho Civil*, tomo III: *Derecho de bienes*, vol. 1.º, Barcelona, 1974, pág. 46.

(85) Cfr. art. 1.883, C. C.

(86) Cfr. art. 1.870, C. C.

Luego primera cosa: no es anticresis porque sigue siendo hipoteca. Pero ello no quiere decir que no guarde relación con la anticresis ni incluso que no la contenga en su primitiva configuración romana, es decir, con la naturaleza que tenía en el derecho clásico: simple *pactum adjectum* del *pignus*.

En efecto, el pacto de cesión de rendimientos incluido en la hipoteca, prácticamente, no es ni más ni menos que la anticresis romana, «saltando» la configuración de este derecho como entidad autónoma e independiente.

Este pacto anticrético, transmisión de frutos al acreedor, puede añadirse tanto a la prenda como a la hipoteca; derechos éstos que, a pesar del pacto, seguirán rigiéndose por sus respectivas regulaciones específicas, sin que su naturaleza quede desvirtuada.

Por otra parte, las modernas garantías sobre muebles han sido reguladas por la legislación especial de hipoteca mobiliaria sobre las figuras concretas de la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, sin aludir a la figura híbrida de la anticresis tal y como el Código la concibe, entre otras razones porque en éste se admite recayendo sólo sobre inmuebles.

Pero para aquellos muebles—y éste es el caso concreto de la película—en que los frutos o rendimientos, al menos desde el punto de vista de garantía para el acreedor, son más importantes que la cosa hipotecada, era necesario encontrar una fórmula que permitiera afectar dichos frutos a la seguridad del cobro, y lo que se ha hecho sencillamente es recurrir a la anticresis romana, al pacto anticrético, que se añade a la hipoteca sin desvirtuar su naturaleza. En suma, la figura que estudiamos es pura y simplemente una hipoteca mobiliaria con pacto de anticresis extintiva, en la que jurídicamente la hipoteca—realización de valor—es lo esencial, y la anticresis—aprovechamiento de frutos—lo accesorio, aunque desde el punto de vista económico lo esencial sean los rendimientos, y lo secundario la película que los produce.

El derecho a percibir los rendimientos, derivado del pacto de cesión, se configura como real, puesto que el acreedor los hace suyos a medida que se producen, y goza de acción directa para reclamarlos (art. 14, Decreto 3.837/1970), siendo además oponible a terceros gracias a su inscripción como accesorio de la hipoteca.

El Decreto 3.837/1970, en la concreta parcela que estudiamos, no ha hecho más que recordar la existencia del pacto romano de anticresis, al que señala la posibilidad, sin duda preexistente, de aprovecharse del sistema de publicidad instrumentado por el Registro de Hipoteca Mobiliaria. En efecto, al no existir desplazamiento de la posesión, la única forma de que pueda ser oponible a terceros el pacto anticrético es su

inscripción registral junto con la hipoteca, puesto que de otra forma no podría conseguirse.

Señalemos finalmente que este pacto anticrético, en su contenido, tiene además otras diferencias con el derecho de anticresis propiamente dicho; en efecto:

1. La anticresis recae sobre inmuebles (art. 1.881 C. c.), y la película es una cosa mueble.

2. En la anticresis puede pactarse que la cosa pase a posesión del acreedor mientras la obligación garantizada no se cumpla. Aquí es esencial que el titular de la película mantenga la libre disponibilidad de la misma, en orden a explotarla de la forma que, conforme a su criterio, resulte más productiva.

3. En la anticresis corren de cuenta del acreedor los gastos y contribuciones de la cosa gravada (art. 1.882 C. c.); aquí dichos gastos siguen siendo de cuenta del hipotecante.

4. En la figura que estudiamos, al no haber desplazamiento de posesión, no se puede dar el derecho de retención que corresponde al acreedor anticresista (art. 1.886 C. c.).

5. Por último, digamos que aun cuando el Código previera la aplicación de la anticresis a los bienes muebles y a sus frutos, no sería la película, por la especial forma de producirse sus rendimientos, objeto adecuado de esta institución, al menos en la forma en que legalmente se configura.

Es cierto que los rendimientos de la explotación de una película deben considerarse como frutos civiles de la misma. En efecto, se entiende jurídicamente por fruto «toda cosa que es rendimiento económico de otra conforme a su destino y sin alteración de su sustancia» (87).

La película es usualmente explotada por su titular mediante la cesión onerosa a un tercero, de manera temporal y para una zona territorial determinada, del derecho de exhibición comercial que la titularidad comporta.

Si analizamos esta figura, fácilmente se concluye que puede calificarse como un contrato de arrendamiento mediante el cual el productor (arrendador) cede, temporalmente y para una zona determinada, a un tercero su derecho a la pública exhibición de la película, mediante un precio (renta), y con la facultad de subarrendar (cuando el arrendatario es un distribuidor) o sin ella (cuando lo es un empresario de sala cinematográfica).

(87) Vid. MANUEL ALBADALEJO: *Derecho Civil*, Barcelona, 1970, tomo I, página 407.

Las cantidades que el productor recibe por estos conceptos, es decir, los beneficios que la explotación de la película le supone, deben considerarse, pues, como frutos civiles de la misma (88).

Sin embargo, dentro de los bienes muebles, y en atención a los frutos civiles que producen o pueden producir, conviene diferenciar dos clases: 1.^a) Aquellos que por esencia, y sin necesidad de ninguna actuación específica de su titular, producen rendimientos periódicos (acciones, obligaciones, bonos, etc.). 2.^a) Los que para producir rendimientos necesitan una previa actividad contractual de su titular (como sería el caso concreto de la película).

Una posible referencia de la anticresis a los bienes muebles habría de restringirse a los antes clasificados dentro del primer grupo—los que producen rendimientos sin necesidad de intervención de su titular—, pero resultaría inadecuada en el caso de la película, que para que sea rentable necesita una previa y adecuada actividad contractual del productor.

III. *Negligencia del titular de la película en conseguir una buena explotación de la misma en perjuicio del acreedor*

Dijimos antes que lo importante en la película son los rendimientos de su explotación, no la cosa en sí.

Si se ceden al acreedor los rendimientos como garantía de su crédito, y el titular cedente descuida la explotación de la película, puede el acreedor ver burlada su garantía. No sólo porque durante el plazo de vigencia del préstamo no perciba beneficios para imputarlos al pago, sino porque una mala explotación de la película durante dicho plazo puede depreciarla, de manera que en el momento de la ejecución carezca prácticamente de valor. No puede olvidarse que la «vida comercial» de una película es temporalmente limitada, y su duración depende precisamente de que en un primer momento se realice una adecuada publicidad y se instrumente un correcto sistema de distribución para introducirla en el mercado.

Si se descuida la explotación en la época de «estreno» en las salas importantes, la película se venderá peor en las salas secundarias. Igualmente, la explotación con éxito de una película dependerá en gran medida de la organización empresarial de su titular en relación con el mercado internacional.

¿Qué puede hacer el acreedor ante una conducta negligente del deudor en orden a la explotación de una película?

(88) Vid. ALBADALEJO, *op. cit.*, pág. 409; cfr. art. 355-3.º C. C.

En la propia L. H. M. se instrumentan en favor del acreedor las siguientes medidas:

1. Prohibición al hipotecante de enajenar la película gravada sin consentimiento del acreedor (art. 4 L. H. M.).

Esta prohibición, como afirma VALLET (89), es puramente subjetiva, es decir, no declara inalienables los bienes hipotecados, sino que prohíbe al deudor realizar dicha enajenación.

Pero aun cuando la enajenación contra esta prohibición, por lo menos si el adquirente obró de buena fe, no resulte ineficaz, produce las siguientes consecuencias:

- a) Responsabilidad civil del deudor por daños y perjuicios.
- b) Vencimiento del crédito garantizado, como se desprende de una interpretación extensiva del artículo 29 de la L. H. M. y, en todo caso, por disminución de la garantía, conforme al artículo 1.129 del Código civil.
- c) Responsabilidad penal (arts. 44 y 59 L. H. M.).
- d) Conservación de la reipersecutoriedad sobre la película.

2. La hipoteca se extiende a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante por razón de la película pignorada (art. 5 L. H. M.). Aquí se entienden comprendidas:

- a) Las indemnizaciones por razón de seguro.
- b) Las correspondientes a daños causados en la película.
- c) Las derivadas de expropiación o requisa.
- d) Las primas a la exportación o estímulos oficiales a la comercialización.
- e) Las que correspondan al hipotecante por el ejercicio por terceros de un derecho de adquisición preferente.

3. El hipotecante ha de conservar la película y sus accesorios con la diligencia de un buen padre de familia (art. 17 L. H. M.). Pero, además, en los casos de falta de una diligente explotación existe la posibilidad de ejercitar la acción de deterioro o devastación, conforme al artículo 18 de la L. H. M., que, de forma más concreta de como lo hace para los inmuebles el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, faculta al acreedor para

(89) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión», *Revista de Derecho Notarial*, tomo VIII (abril-junio 1955), págs. 31 y ss.

Este trabajo ha sido incorporado, como capítulo X, a la obra *Estudios sobre garantías reales*, Ed. Montecorvo. Madrid, 1973 (vid. págs. 453 y ss.).

pedir la intervención judicial de la administración de la película, arbi-trando para ello un procedimiento rápido y expedito.

La sola existencia de la hipoteca, en efecto, limita las facultades de aprovechamiento y disposición del propietario. Como dice ROCA (90), «la ley atribuye al acreedor una especie de *ius prohibendi*, que le autoriza para prevenir o eliminar, según los casos, con el auxilio de la justicia, las causas o resultados de una desgraciada actuación del titular del bien hipotecado».

Lo conveniente será que al pactarse el crédito y la garantía se prevea esta situación y se establezcan previamente las facultades y medidas adop-tables por el acreedor en estos casos, fijándose la procedencia de estas medidas siempre que el acreedor no reciba como rendimientos la cantidad anual mínima que se pactase.

En cualquier caso, como ocurre con la enajenación de la película, siempre podría darse por vencida la obligación en base al número 3.º del artículo 1.129 del Código civil, que priva al deudor del beneficio del plazo si disminuye por actos propios las garantías constituidas.

4. Dado que la persona del titular del bien hipotecado—que queda encargado de su diligente explotación—y su actividad son en este caso más importantes que en otro tipo de hipotecas, puesto que el éxito comer-cial de una película depende en gran parte de quien dirija su explotación, se prevé por el artículo 48 de la L. H. M. la interdicción de la renuncia y de la cesión del uso y explotación sin consentimiento del acreedor.

Es preciso señalar que para el caso concreto de las películas, el citado artículo 48 establece una excepción a la necesidad del consentimiento del acreedor, aunque sólo para las cesiones parciales del derecho de explotación en determinadas regiones españolas. Para ello, en defecto del mencionado consentimiento, basta la previa cancelación parcial del crédito hipotecario, mediante su reembolso en la proporción fijada en la escritura de constitución o, en su defecto, en la que señale el organismo oficial competente.

5. Si el hipotecante no gestionare la prórroga de las licencias de exhibición, exportación o, en su caso, de rodaje (interpretación analógica del art. 50 L. H. M.) podrá hacerlo el acreedor, en cuyo caso los gastos que ello le ocasione, con sus intereses, podrá hacerlos efectivos junto con el principal siempre que no excedan de la cantidad fijada para costas y gastos al constituir la hipoteca.

6. Por último, podría sostenerse sin grave riesgo que, por interpre-tación analógica del artículo 51 de la L. H. M., tanto la caducidad de la

(90) *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 6.ª ed., 1968, pág. 949.

licencia de exhibición o exportación como la falta de la explotación de la película durante seis meses autorizan al acreedor para dar por vencido el crédito.

Aparte de estas medidas previstas en la L. H. M. hay que señalar:

1. El acreedor puede intervenir la explotación de la película mediante su necesaria autorización a los laboratorios para expedir copias de la misma (art. 5-2 del Decreto 3.870/1970).

2. Al constituirse la hipoteca puede pactarse, en beneficio del acreedor, que el hipotecante concierte un seguro de rentabilidad mínima de la película hipotecada, en cuyo caso la falta de pago de la prima originaría el vencimiento anticipado del crédito, o bien el acreedor, a su elección, podría satisfacerla para luego resarcirse de este desembolso al cobrar el principal. Estas consecuencias del impago de la prima, aunque no se pactasen, serían de aplicación en base a una lógica interpretación del artículo 6 de la L. H. M.

IV. *Análisis de la cesión de créditos que supone el pacto de transmisión de rendimientos*

a) *Tipos de créditos que pueden corresponder al productor por razón de la explotación comercial de la película según su origen.*—Digamos, ante todo, que el productor, como tal, nunca explota directamente la película. En definitiva, la explotación directa o exhibición pública de la película mediante el cobro a cada asistente de un precio por la entrada, la llevan a cabo los exhibidores o empresarios de las salas de exhibición, cinematógrafos o cines.

Pero la proyección de una película por el exhibidor exige que previamente éste resulte autorizado para ello en la forma y condiciones que pacte con el productor (contrato de exhibición).

Ahora bien: el productor, primer eslabón de la cadena de explotación, en vez de entenderse directamente con los exhibidores, último eslabón de dicha cadena, puede, y ello es lo corriente, valerse de un intermediario, que es el distribuidor, quien, en la forma y condiciones que se fijen en el contrato de distribución, adquiere el derecho de contratar directamente con los exhibidores. Es normal asimismo que el distribuidor a su vez utilice para cada zona a un subdistribuidor (contrato de subdistribución), que es el que se relaciona con los exhibidores.

Lo anterior vale para la explotación de la película en España. En cuanto al extranjero, el productor puede:

1. Contratar directamente con los exhibidores.
2. Contratar con un exportador, firma española que distribuye la película fuera del país.
3. Utilizar los servicios de un distribuidor extranjero en cada uno de los países.

Los contratos de distribución o exportación, que en esencia es la misma cosa, subdistribución y exhibición pueden concertarse a su vez bajo dos modalidades:

1. A precio alzado, en cuyo caso quien cede el uso o explotación de la película percibe por tal derecho una cantidad global.
2. A porcentaje: el cedente recibe una participación en los rendimientos que la explotación de la película produzca al cesionario, estableciéndose al efecto los necesarios procedimientos de control en beneficio del cedente.

Bien; a nuestro efecto digamos que pueden hipotecar su derecho y, por tanto, transmitir al acreedor los rendimientos a título de garantía, el productor, el distribuidor o exportador y el subdistribuidor, aunque estos últimos sólo cuando hayan adquirido su derecho a precio alzado (91).

El derecho del primero será ordinariamente incondicionado. Los demás suelen tener limitada su facultad de explotación a determinada zona y por un plazo fijado.

Al hipotecante corresponden, como rendimientos de su derecho de explotación, las cantidades fijadas en el contrato por el que lo cedió (de distribución, exportación, subdistribución o exhibición).

Para mayor claridad reduciremos todas las posibles situaciones a una sola: Productor, titular incondicionado del derecho de explotación comercial de una película, que la comercializa por el sistema de distribución, sea ésta a precio alzado o a porcentaje, para el caso es igual.

¿Qué derechos corresponden al productor sobre los rendimientos de la película? Justamente los que se deriven del contrato de distribución, en la forma y en la cuantía que el mismo especifique.

b) *Cesión de créditos ya existentes al constituirse la hipoteca.*—Contemplamos ahora el caso de que el productor hipoteque su derecho con pacto accesorio de transmisión de rendimientos, y que previamente a ésta hipoteca tuviera concertado un contrato de distribución de la película hipotecada.

(91) *Vid. supra*, pág. 33.

En cuanto a la forma de conocer cuándo los créditos objeto de cesión son anteriores o posteriores a la hipoteca, lo cual depende de la fecha del respectivo contrato de distribución, nos remitimos a lo que sobre este punto se expuso anteriormente (*vid.* pág. 39).

Objeto de la cesión.—Por descontado que las cantidades que el hipotecante ya percibió del distribuidor al constituirse la hipoteca no entran en la cesión. En efecto, cuando se cede un crédito es preciso que éste exista; en la parte satisfecha el crédito se extinguió y, por tanto, no puede cederse. O sea, que el objeto de la cesión no puede ser otro que la parte del crédito existente, pendiente podría decirse, en el momento que la transmisión se realiza. Por descontado que con el crédito se entienden transmitidos sus accesorios, conforme al artículo 1.528 del Código civil, esto es, el cesionario adquiere también las prestaciones accesorias (como, por ejemplo, los intereses devengados y no percibidos) y las garantías que aseguran el crédito (prenda, hipoteca, fianza). Además, el cedente deberá entregar al cesionario los documentos necesarios para la efectividad del crédito; como en el caso contemplado lo normal es la existencia de letras de cambio, deberán las mismas ser endosadas al cesionario. Esta extensión del objeto, sin embargo, puede ser modulada libremente por las partes; sólo en defecto del pacto se aplicaría lo precedente.

Naturaleza.—Una vez determinado el objeto examinaremos la figura. El productor cede al acreedor hipotecario (el título por el que lo hace ahora no viene al caso) un crédito que tiene con el distribuidor por consecuencia del contrato de distribución, que puede ser de cuantía determinada—si la distribución fue a precio alzado—o variable—si fue a porcentaje.

Se trata de un acuerdo que es en sí transmisivo del crédito, diferente—como dice ALBALADEJO (92)—del contrato por el que una persona se obliga a ceder un crédito a otra.

La figura está tipificada por la doctrina y por la ley: cesión de créditos. Esta cesión a su vez puede ser clasificada, por su causa, como una cesión de crédito *fiduciae causa*: la finalidad buscada por las partes no requiere para su consumación tal medio jurídico. Se trata de instrumentar una garantía para el cesionario y a la vez, *solvendi causa*, de ir reembolsando al acreedor cesionario la deuda garantizada.

Sujetos de la cesión.—Son, de una parte, el cedente, que es el productor hipotecante, y de otra, el cesionario, que es el acreedor hipotecario.

(92) MANUEL ALBALADEJO: *Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de obligaciones, Parte general*, Barcelona, 1970, pág. 248.

Forma.—Si la cesión se pacta como accesoria de la hipoteca requerirá, como ésta, la escritura pública. Si se concierta aisladamente, se aplicarán los principios generales que sobre forma de los contratos establece el Código civil.

Efectos respecto de terceros.—No los surte sino desde que su fecha deba tenerse por cierta o, si se trata de inmuebles, desde su inscripción en el Registro (art. 1.526 C. c.).

En cuanto a la certeza de la fecha no hay aquí problema alguno, pues como en el caso contemplado se instrumenta la cesión como accesoria de la hipoteca, y ésta debe constar en escritura pública, la fecha siempre será fehaciente.

Ahora bien: para que la hipoteca quede constituida, aunque se trate, como ahora, de hipoteca mobiliaria, se necesita la inscripción registral. Es verdad que el artículo 1.526-2 habla de inmuebles, pero también lo es que cuando el Código se redactó no existía el Registro de Hipoteca Mobiliaria. ¿Surte efectos la cesión ante terceros desde la fecha del instrumento o de la inscripción?

Si se tratara de la cesión del crédito hipotecario, aunque el Código hable de inmuebles, habría forzosamente que optar por la fecha de la inscripción. Pero aquí se transmite al acreedor hipotecario un crédito que al hipotecante corresponde por otro título, y esta cesión, aunque pactada con la hipoteca, tiene individualidad propia. Estimamos, pues, que la eficacia frente a terceros comienza desde la fecha de la escritura.

La cuestión es importante para el acreedor hipotecario. Pensemos en la aparición de otros acreedores del hipotecante: sobre la película tendrá, sin duda, el acreedor la preferencia derivada de la hipoteca, pero sobre los rendimientos pueden surgir problemas, y ello aunque por pacto expreso se extienda la hipoteca a los rendimientos pendientes de percibir, pues esta extensión tendrá efecto en el momento de la ejecución, pero para entonces el hipotecante ha podido ya percibir la totalidad de los rendimientos.

Notificación al deudor.—Es importante ligar al deudor, poseedor, en definitiva, de los rendimientos a satisfacer, a las consecuencias de la cesión.

Esta notificación no es requisito esencial para la eficacia de la cesión (93), (94), pero si el deudor paga antes de tener conocimiento de la

(93) Vid. Díez PÍCAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, pág. 796.

(94) El T. S., en sentencia de 11-1-1927, declaró que «la cesión de créditos no requiere para su validez el conocimiento del deudor, sin que la notificación al mismo revista otro alcance que de obligarlo para con el nuevo acreedor a los solos

cesión queda liberado de la deuda (art. 1.527 C. c.). Es al cesionario a quien corresponde llevar a efecto la notificación, pero nótese que el Código habla de «conocimiento efectivo», y éste puede producirse sin la notificación, es decir, el deudor, si conoce la cesión, no podría alegar la falta de notificación.

El artículo 20-2 del Decreto 3.837/1970 habla, sin embargo, de que «el deudor sólo queda afectado por la cesión desde la notificación fehaciente de la misma», pero creemos que los términos «sólo queda afectado» no pueden dar a la notificación más efecto que el anteriormente señalado, y que también en este caso es el «conocimiento efectivo» del deudor, sea cualquiera el medio por el que se produzca, lo que realmente conduce al efecto de ligarlo a las consecuencias de la cesión.

Por otra parte, el citado artículo 20-2 facilita al cesionario el conocimiento, a los efectos de verificar diligentemente la oportuna notificación, de las circunstancias del deudor cedido o deudores en su caso, puesto que obliga al hipotecante a hacer constar en la escritura de hipoteca la preexistencia de contratos de distribución o exportación de la película.

Excepciones que el deudor cedido puede oponer al cesionario.— Distingue DÍEZ PICAZO (95) entre las excepciones objetivas derivadas de la relación obligatoria (prescripción, falta de vencimiento, pago), que son siempre oponibles, y las derivadas de la relación personal entre cedente y cesionario (por ejemplo, la *exceptio non adimpleti contractus*), que sólo son oponibles cuando el deudor cedido no ha consentido la cesión; entendiéndose que la consiente si al serle notificada no formula oposición o hace expresa reserva de sus excepciones.

En el supuesto que analizamos, el artículo 14-1 del Decreto 3.870/1970 dice expresamente que los obligados al pago (deudores) «no pueden oponer contra el acreedor hipotecario (cesionario) las excepciones que pudieran tener personalmente frente al hipotecante». Según nuestro criterio, esto significa que pueden oponerse las excepciones que antes llamamos objetivas y las subjetivas derivadas exclusivamente del contrato de distribución cuyos derechos se ceden, pero en ningún caso la compensación

efectos de no reputarse pago legítimo desde aquel acto al que se hiciese en favor del cedente, toda vez que la eficacia y consumación plenas del contrato de cesión no pueden hacerse depender del mencionado trámite de una notificación cuya finalidad está limitada y circunscrita taxativamente en Derecho. También la sentencia de 7 de julio de 1958 declaraba que «la cesión *inter vivos* del crédito puede realizarse sin el consentimiento del deudor y aun contra su voluntad, pues la exigencia de notificarle la transmisión no tiene otro contenido que el hacerle saber la actual titularidad a los efectos del pago» (*Repertorio de Jurisprudencia Civil, Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, 1954; tomo XI, pág. 106, y tomo XX, vol. I, editado en 1961, pág. 256).

(95) *Obra citada*, págs. 796 y 797.

de posibles deudas que el cedente tuviera con el obligado al pago (éste concretamente parece ser el supuesto contemplado por los redactores del Decreto).

Alcance de la cesión y extinción de sus efectos.—Es claro que no produce la extinción del crédito hipotecario de que es titular el cesionario. Los créditos cedidos, a medida que se vayan haciendo efectivos mediante su ingreso en la cuenta especial bancaria regulada en el artículo 21 del Decreto, irán imputándose al pago del crédito e intereses garantizados con la hipoteca, produciendo automáticamente su extinción cuando lo ingresado cubra la cantidad debida. En este momento, el hipotecante cedente, que conocerá esta circunstancia por su acceso, legalmente previsto, al conocimiento del saldo de la cuenta, podrá exigir del acreedor hipotecario la cancelación de la hipoteca y la cesación inmediata de los efectos de la cesión de rendimientos accesorios de la misma, readquiriendo su derecho a percibir la parte pendiente de los créditos que se cedieron a título de garantía; en dicho supuesto deberá cuidar de hacer saber a los obligados al pago que se ha producido la mencionada incidencia.

Se trata, pues, de una cesión con función solutoria, *pro solvendo*, puesto que la efectiva liberación del cedente de la deuda garantizada con la cesión queda sujeta al buen fin del crédito cedido y a que el mismo llegue a cubrir la total cantidad garantizada.

c) *Cesión de los créditos nacidos después de constituirse la hipoteca. Naturaleza.*—He aquí que nos hallamos ante una singular figura de cesión de créditos aún no nacidos, y que pueden no nacer. Lo que se transmiten realmente son «expectativas» de beneficios a producir presuntamente por la película, cuya concreción llegará al convenirse por el hipotecante los correspondientes contratos de explotación (distribución, exportación o exhibición).

¿Se trata de una verdadera cesión de créditos o de una «obligación de ceder» tales créditos? (96). ¿Es un contrato o un precontrato?

Prescindiendo de que el precontrato sea una figura aún no perfectamente delimitada ni doctrinal ni jurisprudencialmente (97), parece claro que el caso que nos ocupa es un verdadero contrato de cesión de crédito, si bien este crédito sea futuro, o bien una cesión de crédito sujeto a la condición suspensiva de que el crédito nazca, de forma que la cesión surte efectos automáticamente, a medida que el productor va concertando los contratos de que derivan los créditos cedidos, sin necesidad de nuevo

(96) Vid. ALBALADEJO: *Derecho Civil*, vol. II: *Derecho de obligaciones*, Parte general, Barcelona, 1970, pág. 248.

(97) Vid. ALBALADEJO, *obra citada*, págs. 317 y ss.

convenio. Si el hipotecante, negligentemente, no explota convenientemente la película hipotecada o, lo que es igual, no concierta—en perjuicio del acreedor—los necesarios contratos para que rinda los beneficios normales, ya vimos que el acreedor puede pedir la intervención judicial de la administración—explotación—de la película (art. 18 L. H. M.). En estos casos se entenderán cedidos los créditos que se deriven de los contratos celebrados por el Juez o, lo que será más normal, por el administrador designado por el mismo, que puede ser el mismo acreedor hipotecario.

Los créditos cedidos son evidentemente futuros, pero su incertidumbre es sólo relativa, pues el descuido del hipotecante en obtenerlos puede ser suplido por la intervención judicial antes citada. Esto apoya nuestra opinión de que contemplamos una verdadera cesión de créditos, condicional si se quiere, pero no una promesa de cesión.

La inscripción registral como notificación al deudor cedido.—He aquí un aspecto interesante recogido en el artículo 20-1 del Decreto 3.837/1970: «Por efecto de la publicidad del Registro se presume que el distribuidor o exportador conocen las obligaciones que para el mismo se derivan de la hipoteca, en especial las consignadas en los artículos 16 y 17» (estas obligaciones son precisamente las derivadas para el deudor cedido, en beneficio del acreedor cesionario, a consecuencia del pacto de transmisión de rendimientos).

Según ello, si la cesión de créditos—integrada en el clausulado de la escritura de hipoteca—figura inscrita en el Registro de Hipoteca Mobiliaria antes que el crédito cedido haya nacido, no es necesaria la notificación al deudor (obligado al pago), prevenida en el artículo 1.527 del Código civil.

Esto obliga al distribuidor a consultar el Registro antes de concertar un contrato de distribución sobre cualquier película. Tal consulta resulta necesaria si quiere conocer la posible preexistencia de un pacto de cesión—que inevitablemente le liga—, en virtud del cual el acreedor hipotecario queda subrogado en el derecho a percibir los rendimientos que para el cedente se instrumentan en el contrato de distribución. La cuestión es de trascendencia: si el distribuidor, cumpliendo su contrato, paga al productor (ignorando que éste había cedido su crédito al acreedor hipotecario) no por ello queda liberado. Podrá, eso sí, reclamar la devolución al productor que, evidentemente de mala fe, admitió el pago, y si se quiere, la indemnización de daños y perjuicios; pero, desde luego, está condenado a atender la reclamación del acreedor hipotecario—verdadero titular del crédito a virtud de la cesión—sin poder oponer como excepción la repetición de pago.

Esta presunción de conocimiento derivada de la inscripción se establece en el Decreto tantas veces aludido; bien es verdad que su contenido en esta materia es supletorio de la voluntad de las partes, pero la reglamentación que establece la citada norma legal, salvo pacto en contrario, regula el pacto de cesión de rendimientos. Y no puede olvidarse que en este pacto, como en la hipoteca, no ha intervenido para nada el distribuidor, que es un tercero respecto a la cesión.

Podría argumentarse que, como tal tercero, queda ligado por la cesión desde la fecha de la escritura (art. 1.526 C. c.). Pero hay que tener presente que el artículo 1.527, al exigir la notificación al deudor, aunque con el alcance que antes expusimos, no lo considera dentro de la genérica calificación de «tercero» del artículo 1.526 o, al menos, debe admitirse que se trata de un «tercero» especial y distinto.

Parece que está claro que el artículo 20 del Decreto 3.837/1970, para los créditos posteriores a la hipoteca, da a la inscripción de ésta en el Registro los mismos efectos que produce, para los créditos anteriores, la notificación al deudor. Y así es necesario admitirlo.

Si se establece el Registro y se admite la inscripción, hay que reconocer su primordial efecto de publicidad material. El contenido de sus libros se ha de presumir conocido por todos, y la negligencia del deudor cedido al no consultar el Registro es lógico que sólo a él perjudique.

Bien es verdad que lo que verdaderamente se inscribe es la hipoteca; pero el pacto de cesión tiene acceso al Registro como integrante de aquélla, y la inscripción es pública, presuntivamente, en todo su contenido.

Esta publicidad del Registro, esencia de la institución, ha de ser sostenida en todo caso: sin distinciones de buena o mala fe por parte del deudor. Así lo exige la seguridad del tráfico.

Aparte de ello, lo que en teoría puede parecer fuerte, si la práctica va recibiendo la figura de la cesión de rendimientos a título de garantía—por otra parte, extendible a situaciones similares a la de la película—resultará usual, y se convertirá en costumbre, la consulta previa al Registro antes de suscribir ningún contrato de contenido económico sobre película cinematográfica.

d) *Integración de las subvenciones oficiales en el concepto de rendimientos al objeto de incluirlas en la cesión.*—Puede darse por pacto expreso (art. 15 del Decreto) el carácter de rendimientos a las subvenciones oficiales de cualquier tipo que correspondan al hipotecante por razón de la película.

Cuando esto ocurra, el obligado al pago será el organismo oficial encargado de hacer efectivas tales subvenciones (Fondo Nacional de Protección a la Cinematografía o Dirección General de Cinematografía).

El deudor en este caso, aunque se trate de un organismo oficial, quedará ligado por la cesión en la misma forma antes expuesta, como si se tratase de un particular. Es decir, desde que tenga conocimiento de la cesión—normalmente por notificación—cuando se trate de subvenciones devengadas antes de la hipoteca y pacto transitorio de rendimientos, o desde la inscripción en el Registro para las devengadas después.

Aunque para estas situaciones existe una especialidad. La Dirección General de Espectáculos (98) tiene expreso e inmediato conocimiento de toda hipoteca sobre película cinematográfica que se inscriba a través de la ficha-extracto de la inscripción, que el Registrador debe obligatoriamente remitir a dicho Centro dentro de los siete días de su fecha (disposición adicional primera del Decreto).

V. *Medidas posteriores al Decreto de 1970*

a) *Regulación legal del crédito oficial cinematográfico.*—La industria cinematográfica, como ocurre con otros sectores cuyo fomento y protección se estiman de interés especial por la política económica del Gobierno, se financia principalmente por el crédito oficial.

El Decreto 3.837/1970 entró en vigor el día 21 de febrero de 1971, pero precisamente en esa época, por razones metajurídicas que ahora no hacen al caso (99), estaba casi bloqueado el crédito oficial cinematográfico e incluso el pago de subvenciones a películas ya producidas, en la cuantía y con cargo a los fondos previstos en las disposiciones de control de taquilla.

Las continuas gestiones de los industriales, apoyadas por la Organización Sindical, para solucionar el problema crediticio dieron como resultado la publicación de la Orden del Ministerio de Hacienda de 13 de marzo de 1971 reglamentando el crédito cinematográfico, que había sido regulado por la Ley de 17 de julio de 1958; en la misma se encomendó al Banco de Crédito Industrial la gestión de esta línea crediticia.

Pero con posterioridad se publicó la Ley de 19 de junio de 1971, que estableció la organización y régimen del crédito oficial conforme a nuevas bases y principios, en virtud de los cuales el Banco de Crédito Industrial, al igual que las demás entidades oficiales de crédito, se constituyó bajo la forma jurídica de sociedad anónima.

Esta incidencia, ajena a los problemas específicos del sector cinematográfico, produjo una nueva paralización del ritmo normal de concesión

(98) Hoy Dirección General de Cinematografía.

(99) Déficit del Fondo para la protección a la cinematografía y falta de una línea crediticia específica.

de los créditos; se hizo necesaria una nueva reglamentación del crédito a la cinematografía, que, por fin, se lleva a efecto por la Orden del Ministerio de Hacienda de 23 de noviembre de 1972 (100).

Por estar en estrecha correlación con las garantías sobre la película antes estudiadas, conviene analizar y comentar las líneas fundamentales de la citada disposición.

- I. Clases de créditos: *a)* Para instalaciones fijas en el territorio nacional de estudios de rodaje, estudios de doblaje, laboratorios y salas de exhibición. *b)* Para la producción de películas españolas (se entiende que lo son las calificadas como tales por el Ministerio de Información y Turismo. *c)* Para la distribución de películas españolas en España.
- II. Requisitos del prestatario: Ha de ser empresa cinematográfica española, inscrita como tal en el Registro correspondiente de la Dirección General de Espectáculos.
- III. Cuantía: Los créditos tienen un límite máximo del 70 por 100 de la inversión cuando lo sean para instalaciones, y del 60 por 100 cuando lo sean para producción o distribución.
- IV. Plazo máximo: Cinco años en los créditos para instalaciones fijas, y normalmente dos años y medio, a contar de la fecha del permiso de rodaje, para los créditos a la producción o distribución.
- V. Interés: El fijado en cada momento por el Gobierno.
- VI. Garantía: Cuando se trate de créditos a la producción, como norma general debe constituirse hipoteca mobiliaria sobre películas, preferentemente sobre la que sea objeto de financiación con el crédito; se exige pacto accesorio de cesión de los rendimientos, conforme al Decreto 3.837/1970.

b) Proyecto de publicación de un modelo de escritura de préstamo con garantía de hipoteca mobiliaria sobre película.—Los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades bancarias contienen tal cúmulo de estipulaciones, que la escritura en que se instrumentan y la posterior inscripción en el Registro han de resultar forzosamente de una extensión desorbitada. Si a ello unimos la circunstancia de que tales estipulaciones son las mismas en todos los contratos de igual clase, se comprende la

idea, recogida en la disposición adicional segunda del Decreto 3.837/1970, de publicar, con el rango que corresponda, un clausulado-tipo para esta clase de operaciones.

Una vez publicado este contrato-tipo en el *B. O. E.*, en las escrituras puede pactarse que el contrato se rija por las cláusulas del mismo sin necesidad de transcribirlas o sólo por algunas de ellas, que se especificarían por su numeración. En la inscripción correspondiente la remisión sería análoga. De esta forma, tanto en la escritura, como en la inscripción, se recogerían sólo las cláusulas especiales de cada contrato, y para las generales, que en todos se repiten y que suelen ser transcritas de disposiciones legales, bastaría la remisión al modelo o «tipo» publicado por la Dirección General a estos efectos. La economía de tiempo, de trabajo y hasta de papel que se conseguiría, en nada mermaría la seguridad y claridad de lo estipulado; es más, se evitarían los errores u omisiones que suelen sufrirse al transcribir tan largas cláusulas, y el título, aligerado de «peso», ganaría en concisión y nitidez.

No vamos a estudiar aquí las ventajas e inconvenientes de esta idea ni sus repercusiones en las vigentes legislaciones hipotecaria y notarial. Baste decir que la consideramos acertada y necesaria; sea como sea, y cuando sea, la simplificación en la redacción de los instrumentos que se producen en serie, con el mismo contenido, terminará por imponerse.

VI. *Consideración final*

La legislación positiva española, con el Decreto 3.837/1970, ha contribuido, por su parte, a facilitar el crédito cinematográfico, al menos, por lo que se refiere a cauces jurídicos para su instrumentación. La normativa es incompleta y, sin duda, perfectible; pero, al menos, ha quedado patente el deseo del legislador de afrontar el problema y apuntarle soluciones.

No hay datos estadísticos todavía para apreciar el resultado de esta medida en orden al saneamiento y vitalización del sector cinematográfico. En cualquier caso sin los estímulos oportunos, fiscales, financieros y de comercialización, de poco ha de servir la regularización de esta garantía.

No debe olvidarse, por otra parte, que los problemas de la industria cinematográfica no son sólo, ni mucho menos, crediticios.

La seguridad y claridad de la contratación cinematográfica, en todos sus niveles, es posible que demande en el futuro la creación de un Registro Público Cinematográfico con autonomía específica, cosa que ahora no ha podido hacerse.

Es previsible que si la experiencia de los países de la Europa comunitaria, en su implantación de un Registro Público Cinematográfico con efectos jurídicos en el campo civil y conforme a normas comunes, resulta positiva, se haga inevitable en España la adopción de medidas similares. Si tal caso llegase, ya se cuenta con trabajos y estudios previos que, en algo al menos, serán aprovechables.

FIDEL COBOS SANTOS
Registrador de la Propiedad

La edificabilidad de los terrenos y sus repercusiones en el tráfico jurídico inmobiliario

(Comentario a la Sentencia de 20 de abril de 1965)

I. ANTECEDENTES

El 10 de enero de 1959, doña Ignacia J. A. compró a don Rufino B. F. un terreno «que era edificable, según el vendedor, para garaje, y un piso para guardería del mismo», por la cantidad de 145.000 pesetas, suscribiéndose documento privado. El 28 de enero de ese mismo año, el contrato se elevó a escritura pública. Para convencer a la compradora de que con la adquisición del terreno podría ver satisfechas sus intenciones de edificar, don Rufino le mostró un plano, en el que la parcela comprada aparecía como destinada a levantar edificios industriales, y una fotocopia de un acuerdo municipal del Ayuntamiento de V., en que se decía que había licencia para edificar en dicho terreno.

Doña Ignacia, con el fin de asegurarse de la certeza de tales afirmaciones, solicitó en octubre de 1960 al Ayuntamiento de V. información sobre los extremos mencionados. Dicho Ayuntamiento elevó la instancia a la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo de G., que dictaminó en el sentido de que «la parcela comprada está destinada a zona verde, no siendo, por tanto, terreno edificable». Otra serie de indagaciones y consultas realizadas por doña Ignacia obtuvieron idéntica respuesta: la parcela comprada no era edificable.

Ante tales hechos, la compradora intentó la conciliación judicial con don Rufino el 16 de enero de 1961, y al no obtenerla interpuso con fecha 2 de julio de 1961 demanda de juicio declarativo de mayor cuantía. En ella se solicitaba la resolución del contrato de compraventa por dolo de

don Rufino, y en su defecto o conjuntamente por error en la compradora demandante.

Don Rufino se opuso a la demanda alegando que, en el momento de la venta, la parcela en cuestión era edificable.

Como diligencia para mejor proveer se aportó a los autos una certificación del Ayuntamiento de V. de la que resultaba que la parcela vendida había sido segregada de otra de mayor extensión donde existían dos bloques de viviendas, y que, en la licencia de construcción del segundo, figuraba que el terreno situado ante este bloque, donde se hallaba la parcela vendida, que primitivamente estaba destinado a almacenes industriales, quedaría como espacio libre. Las fechas de los acuerdos municipales pertinentes eran todas ellas anteriores a la de la celebración del contrato de compraventa.

La sentencia de Primera Instancia estimó totalmente la demanda, considerando que el demandado, al construir el bloque de viviendas, había utilizado y concentrado toda la edificabilidad del terreno y que, por consiguiente, la parte delantera del mismo ya no era edificable. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de P. la confirmó en todas sus partes.

Contra esta última resolución se interpuso recurso de casación por cuatro motivos. El Tribunal Supremo desestimó íntegramente el recurso, en sentencia dictada el 20 de abril de 1965.

II. SENTENCIA

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros.

Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputa a la sentencia recurrida error de hecho en la apreciación de la prueba, y a la vez, aunque en párrafo separado, error de derecho, consistente éste «en atribuir a los citados documentos—que invoca—el valor probatorio que les atribuye en los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, que la Sala sentenciadora infringe por violación».

Considerando que aunque en rigor procesal la denuncia del error de derecho y la del de hecho deben formularse y razonarse en párrafos separados y numerados, como el artículo 1.720 de la ley previene, y el no haberlo hecho así ya impondría la desestimación del motivo, lo cierto es que el invocado error de hecho que se denuncia tampoco podría prosperar porque: en primer lugar, se pretende destruir la apreciación conjunta y ponderada de la prueba que hace la Sala, enfrentando a ella la

particular de dos elementos probatorios que, a su manera, quiere hacer el recurrente; en segundo lugar, porque los documentos que con tal fin se esgrimen por el recurrente ya fueron objeto de examen y ponderación por la Sala sentenciadora, y si ésta les dio una interpretación contraria a la que las normas legales imponen, tal interpretación habría que combatirla por la vía adecuada, con cita de las normas correspondientes y demostrando que la de la Sala era ilógica o arbitraria, y en tercer lugar, porque los documentos con los que pretende evidenciarse ese supuesto error de apreciación no demuestran por sí solos, sin necesidad de comparaciones o conjeturas, que el solar vendido era edificable en el momento de realizarse su venta, como el vendedor aseguraba en el correspondiente documento en que se instrumentó el negocio, sino que todo lo más que acreditarían sería: a) que en 20 de mayo de 1956 se había concedido al señor B. «la licencia de obras necesaria para llevar a cabo las obras de construcción de viviendas entre la vía del ferrocarril y el río Urola..., con arreglo al plano presentado»—folios 11 vuelto y 12 del apuntamiento—, lo cual no es proclamar que en 10 de enero de 1959 era edificable el solar entonces vendido, y b) que en 17 de octubre de 1960 se le comunicó a la compradora que, «de conformidad al plan aprobado el 15 de julio de 1959, la parcela por ella comprada está destinada a zona verde, no siendo, por tanto, edificable», lo cual no acredita que antes de esta fecha no existieran ya proyectos públicos de planes que impedían edificar en tal parcela.

Considerando que tales documentos no patentizan por sí solos que cuando se realizó la compraventa litigiosa se podía edificar en ella, ni desvirtúan los demás hechos que estima probados la sentencia, relativos a que el vendedor tenía como profesión la de constructor de obras, y que había levantado en aquella zona varios grupos de viviendas que habían consumido la extensión edificable de la total parcela, de la que se segregó y vendió a la actora el trozo sobrante, al cual ya no correspondía ninguna superficie edificable; como tampoco enervan las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida referentes a que con anterioridad a esa compraventa ya los organismos competentes le habían rechazado al vendedor planos en los que pretendía alzar edificaciones en aquellas parcelas sobrantes, es decir, que tales documentos no demostraban que no eran ciertos todos esos hechos que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora para adquirir el convencimiento de que cuando el señor B. vendió el solar ya sabía que no se permitía en él ninguna construcción y de que, a pesar de ello, le hizo ver lo contrario a la compradora, afirmando incluso en el correspondiente documento privado que el solar era edificable.

Considerando que la simple alegación que hace el recurrente al final

del motivo primero del recurso, relativo al supuesto error de derecho que atribuye a la sentencia, no puede ser tenida en cuenta: 1.º Porque está fuera de lugar. 2.º Porque el otorgar a unos documentos públicos «el valor probatorio que les atribuye en los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil»—que es lo que el recurrente imputa a la sentencia—no puede invocarse como causa de casación, sino todo lo contrario. 3.º Porque, además, no se razona en el motivo la manera como la sentencia impugnada pudo vulnerar tales preceptos.

Considerando que en el motivo tercero, con amparo en el mismo número 7 del mencionado artículo 1.692, vuelve a imputarse a la sentencia recurrida error de derecho en la apreciación de las pruebas, sosteniéndose que al apreciar aquellos dos aludidos documentos y deducir de ellos que el solar no era edificable cuando se vendió, y que la compradora incurrió en error al adquirirlo en esa creencia, violó los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, ya que, según el recurrente, tales documentos acreditaban que en el momento de la venta era edificable y que la prohibición no surgió hasta seis meses después de su adquisición por la compradora.

Considerando que para la repulsa de este motivo basta tener en cuenta: 1.º Que el invocado artículo 1.216 se limita a dar el concepto de documento público, sin contener ninguna norma valorativa de prueba y, por tanto, su infracción no puede denunciarse—ni parece posible su comisión por la Sala—por el cauce del número 7 del artículo 1.692. 2.º Que en cuanto al otro precepto citado como infringido—el artículo 1.218—, la sentencia no lo vulnera de ninguna forma, pues los hechos que tales documentos reflejan son compatibles, como ya razonado queda, con los que la sentencia proclama y, además, esos documentos son unos de los varios elementos probatorios que a la Sala sirvieron de base para hacer la apreciación conjunta de la prueba, que no es lícito descomponer y disgregar aislando los elementos que integran dicha apreciación.

Considerando que la desestimación de los motivos primero y tercero del recurso lleva consigo también la del segundo, que achaca a la sentencia recurrida aplicación indebida de los artículos 1.265 y 1.266, al declarar la nulidad del contrato litigioso, por estimar que el consentimiento de la vendedora fue prestado por error esencial sobre el objeto de la compraventa, cuando en opinión del recurrente no existió tal error, que, según él, la parcela vendida era edificable en el momento de celebrarse la venta, y la prohibición no surgió hasta seis meses después; la repulsa de este motivo se impone, porque para formularlo hay que hacer supuesto de la cuestión, sentando unos hechos completamente contrarios a los que la sentencia admite, y éstos, por no haber sido desvirtuados debida-

mente, hay que reputarlos intangibles; la sentencia impugnada afirma la realidad de unos hechos de los que deduce que la compradora prestó su consentimiento con error esencial sobre el solar creyendo que era edificable, y como tales hechos quedaron inalterados por la desestimación de los motivos primero y tercero, no puede sostenerse que se hayan aplicado indebidamente esos artículos 1.265 y 1.266, que precisamente imponen la nulidad de los contratos en que el consentimiento se haya prestado con error esencial sobre la sustancia de la cosa y sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo.

Considerando que el recurrente, en el motivo cuarto de su recurso, sostiene que la Sala interpretó erróneamente el artículo 1.265—antes alegó que lo había aplicado indebidamente—y los 1.269 y 1.270 del Código civil, pues, según él, no ha concurrido dolo por su parte ni su existencia se deduce de las afirmaciones que contiene la sentencia de apelación, que se limita a decir del vendedor «que no procedió con la 'lealtad' debida y enajenó como edificable una porción de terreno donde 'podía constarle' no existía de momento autorización para ello..., falta de autorización que posteriormente ya ha plasmado en prohibiciones expresas».

Considerando que aunque es verdad que la Sala de Apelación, en el razonamiento cuarto de su sentencia, se expresa en esos términos dubitativos que indica el recurrente, y no en los rotundos y categóricos que convenían a un fallo que declara la nulidad de un contrato por concurrir dolo en una de las partes contratantes, sin embargo, no es menos cierto: 1.º Que dicha Sala «acepta y da por reproducidos», en lo «esencial», los considerandos de la sentencia objeto del recurso. 2.º Que esta sentencia del Juzgado proclama categóricamente la existencia de unos hechos relevantes, de los que deduce la presunción racional de que *al vendedor le constaba que... había agotado el volumen de edificación total permitido cuando vendió la parcela sobrante*, dando la impresión de que «no sólo conocía»... con una certeza casi real que en el terreno que vendió a la actora no se podía edificar..., sino incluso que obra con mala fe al realizar la venta en cuestión, opinión ésta que se refuerza al incluir un *padellón* construido sin ninguna autorización».

Considerando que, en último término, la sentencia de apelación no emplea el argumento de la concurrencia del dolo en el vendedor, como motivación única para construir la tesis de la nulidad de la compraventa litigiosa, sino que lo utiliza a mayor abundamiento, y por eso comienza por afirmar en el cuarto considerando que la existencia del error padecido por la compradora «bastaría para estimar la procedencia de la resolución por la nulidad del consentimiento»—artículos 1.265 y 1.266 del

Código civil—, y después agrega que «además se ha alegado también como fundamento de la acción y se aceptó en la sentencia... la existencia en el vendedor del dolo causante y grave», que termina por admitir ha concurrido en el caso de autos, aun reconociendo «la dificultad de llegar a la afirmación rotunda de tal dolo, por lo que tiene de subjetivo la acción humana».

Considerando que, por tanto, aunque la sentencia de Primera Instancia no hubiese proclamado categóricamente la existencia del dolo en el vendedor y hubiera que atenerse a los términos dubitativos de la sentencia de apelación, o aunque hubiera que admitir que no se había probado la existencia de ese dolo causante y grave—lo cual sólo a efectos dialécticos se admitiría—, aun en tales supuestos no podría prosperar la solicitada casación de la sentencia recurrida, porque siempre quedaría en pie la existencia de error esencial en el consentimiento prestado por la compradora sobre las cualidades de la cosa comprada, que por sí solo comporta la nulidad de la compraventa, ya que, como se decía con poca propiedad en el suplico de la demanda, «siempre procedería la resolución de la compraventa por error sobre las condiciones esenciales de la cosa».

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por don Rufino B. F. contra la sentencia que en 4 de diciembre de 1962 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de P.; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la ley, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

III. COMENTARIO

1. *Planteamiento*

El supuesto que contempla la sentencia comentada puede plantearse así: se vende como edificable un terreno que no lo es.

Sin embargo, a esta meridiana conclusión llegan los Juzgadores de Instancia trabajosamente y en base, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, a presunciones racionales. El marasmo normativo de los Planes y Ordenanzas urbanísticas hace que situaciones que deberían hallarse claramente prefijadas se transformen en problemas de prueba. Así, en este proceso se llega a la consideración de que la parcela vendida no era edificable tras una numerosa serie de pruebas, y en especial tras la

práctica de una diligencia para mejor proveer. Es de este modo como el Juzgado de Primera Instancia llega a la presunción racional «de que al vendedor le constaba que (...) había agotado el volumen de edificación total permitido cuando vendió la parcela sobrante».

De esta manera, el caso presente, que en principio aparecía claramente subsumido en el artículo 50 de la Ley del Suelo (1), sintoniza también con el artículo 78 de la misma. Este último artículo dispone, en su párrafo primero, apartado *d)*, que «serán indivisibles las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se construyere el correspondiente a toda la superficie (...)».

En consecuencia, nos encontramos con que la parcela de la que se segregó la vendida era *indivisible*. A esta conclusión llega, aunque no lo afirma, el Juzgado de Primera Instancia, y así lo acepta la Audiencia Territorial.

La finalidad de este artículo 78 es clara y ofrece dos aspectos: uno urbanístico y otro civil. Por un lado, pretende evitar un fraude urbanístico muy común. El propietario de un terreno puede distribuir libremente sobre éste el volumen de edificación que le haya correspondido, concentrándolo en algunas zonas y dejando libre el resto (2). El fraude consiste en segregar este resto, formar una nueva finca—en sentido material e incluso registral—, solicitar otra licencia y construir de nuevo sobre la superficie libre. Por desgracia, además, este tipo de conductas dolosas abunda sobre manera y la lucha contra ellas, aparte las dificultades que encierra, está de antemano condenada al fracaso mientras no se logre una coordinación perfecta entre el Registro de la Propiedad y el planeamiento urbano. Por otro lado, el artículo 78 de la Ley del Suelo pretende proteger el tráfico jurídico-privado impidiendo *a priori* que tenga que entrar en juego el artículo 50. La ley intenta, pues, que el artículo 50 tenga aplicación sólo para el caso de que el Plan haya declarado de modo primario la inedificabilidad de un terreno. Y por ello el artículo 78

(1) El artículo 50 de la Ley del Suelo dispone en su párrafo primero que «el que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios e industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación». Y el párrafo cuarto preceptúa que «la infracción de cualquiera de estas disposiciones facultará al adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado».

(2) Sobre esta posibilidad pueden verse: N. FUENTES SANCHIZ: «En torno al Urbanismo, política del suelo y Registro de la Propiedad», *R. C. D. I.*, XXXVI, 1963, pág. 495; J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER: *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 55; J. MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 55; M. A. NÚÑEZ RUIZ: «Régimen jurídico de las parcelas inedificables», *Revista de Derecho Urbanístico*, III, núm. 15, 1969, página 47; M. THOMAS ARRIZABALAGA: «Técnica de la valoración del suelo», *Problemas del Urbanismo moderno*, Madrid, 1967, pág. 255.

establece, en su párrafo segundo, que «los Notarios y Registradores harán constar en la descripción de las fincas la cualidad de 'indivisibles' de las que se encontraren en cualquiera de los casos expresados».

Y aquí es donde quiebra el sistema legal, porque al no establecer sanción para el incumplimiento del párrafo segundo, éste se ha convertido en auténtico papel mojado, como lo demuestra el caso que estamos estudiando.

No se comprende cómo pudo llevarse a cabo la segregación y división de la parcela que don Rufino vendió a doña Ignacia. Y menos aún formalizándose la venta en documento público. Es cierto que la redacción del párrafo segundo del artículo 78 es realmente desafortunada, defectuosa, puesto que no se dice en qué casos habrá de hacerse constar la declaración de indivisibilidad. No cabe duda de que la ley, en este caso, ha pretendido imponer una mayor diligencia a Notarios y Registradores, especialmente a los primeros. Al decir el artículo 78 «harán constar», parece abandonar a dichos funcionarios la averiguación, por los medios y actos que estimen pertinentes, de la situación urbanística de las parcelas o la exigencia de una prueba fehaciente de la misma. Sin embargo, las posibilidades de fraude, a la vista está, son muy numerosas, incluso pese a la indudable buena intención del precepto legal (3).

De ahí que en la práctica el artículo 50 de la ley vea ensanchado su ámbito y se aplique, tanto en el caso de terrenos inedificables por declaración del Plan, como en el caso de terrenos que no sean edificables por haberse concentrado—o transmitido (4)—el volumen. En el caso de concentración del volumen el terreno sería, además, indivisible. Por consiguiente, en este supuesto, el artículo 50 de la Ley del Suelo vendría a remediar la infracción del artículo 78.

2. *Importancia de la edificabilidad en el tráfico inmobiliario*

El ordenamiento urbanístico ha venido a potenciar la importancia que la edificabilidad de un terreno presenta en el tráfico.

El valor de un terreno—se ha dicho—viene determinado por una serie de circunstancias en las cuales influye notoriamente lo que sobre él puede edificarse (5). MARTÍN MATEO ha señalado con acierto que «hoy el

(3) GONZÁLEZ PÉREZ pone de manifiesto este irregular procedimiento, tan extendido en la actualidad (*Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 452).

(4) La posibilidad de transmitir el volumen de edificabilidad de una parcela está también admitida por la doctrina y es frecuente en la práctica. Sobre esto, *vid.* N. FUENTES SANCHIZ: *En torno al Urbanismo* ..., cit., pág. 496, nota 67; J. MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles* ..., cit., pág. 56, y «Régimen del suelo», *Pretor*, 1969, págs. 495-496; J. SAPENA: «Título e inscripción en las Leyes de Urbanismo», *Revista de Derecho Urbanístico*, V, núm. 24, 1971, pág. 70.

(5) J. MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles* ..., cit., pág. 57.

tráfico inmobiliario prescinde casi en absoluto del hecho superficial. Lo que importa es el volumen que los Planes autorizan como edificable» (6). Por eso es un hecho frecuente que una menor superficie de terreno valga más que una mayor superficie, porque sobre aquella se permite la construcción de un volumen mayor que el de ésta (7).

El fenómeno ha tenido, como era de esperar, su incidencia en el tráfico inmobiliario. Es más, ha dado lugar al nacimiento de nuevos tipos de contratos en las transmisiones de terrenos. El más común en la práctica es aquel en que el precio de la enajenación se determina no *en razón* de la superficie vendida, sino *en función* del aprovechamiento urbanístico permitido sobre la misma, bien se señale en metros cúbicos por metro cuadrado, bien en metros cuadrados por metro cuadrado (8). Cabe incluso una manifestación de este contrato que revista forma aleatoria cuando la exacta edificabilidad de un terreno no sea todavía conocida (9). Pero en todo caso, los pactos privados se subordinan y condicionan a la edificabilidad e incluso al otorgamiento de las licencias (10), porque la edificabilidad constituye el aprovechamiento típico—aunque no exclusivo—del fundo urbano (11).

Que los particulares han tomado clara conciencia de este fenómeno lo demuestra, además de la sentencia que comentamos, la de 10 de marzo de 1971, de la que también luego nos ocuparemos. Incluso se ha pretendido que el otorgamiento de distintas edificabilidades a diferentes zonas de la misma ciudad constituye infracción del principio de igualdad ante la ley (12).

La Ley del Suelo también ha caído en la cuenta de este hecho y por ello ha establecido, en su artículo 50, un sistema que permita al adquirente conocer si el terreno que compra es o no edificable, dispensándole protección en este último caso.

(6) «La penetración pública en la propiedad urbana», *R. C. D. J.*, XLVIII, 1972, pág. 1244.

(7) J. MARTÍN BLANCO: *Régimen del suelo*, cit., pág. 496.

(8) Como indica MARTÍN-CRESPO, el criterio denominado «metros cuadrados por metro cuadrado» consiste en señalar cuántos metros cuadrados de construcción son susceptibles de ser edificados por cada metro cuadrado de superficie (vid. «Catalogación de conceptos urbanísticos», *Revista de Derecho Urbanístico*, VI, núm. 29, 1972, pág. 220).

(9) La información sobre este tipo de contratos ha sido facilitada por I. LANA, Letrado del Ilustre Colegio de Pamplona.

(10) R. MARTÍN MATEO: *La penetración pública...*, cit., pág. 1244.

(11) J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER: *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, cit., página 27.

(12) El caso aludido fue contemplado y resuelto por la sentencia de 11 de mayo de 1968 (Sala 4.ª; Pte. J. DE OLIVES Y FELÍU), que, naturalmente, rechazó la petición.

3. *El artículo 50 de la Ley del Suelo*

Dos son los puntos del artículo 50 que nos interesa destacar. En primer lugar, que si se vende un terreno no edificable, el vendedor deberá hacer constar tal circunstancia en el título de enajenación. En segundo lugar, que si el vendedor no cumple esta obligación legal, el adquirente podrá «resolver»—tal es la expresión legal—el contrato en el plazo de un año.

El precepto trata de facilitar al adquirente un conocimiento exacto de las circunstancias urbanísticas del terreno vendido, en especial de la edificabilidad por constituir la cualidad más relevante económicamente. A salvo siempre la libertad del comprador, cuyo interés en la adquisición de un terreno no edificable puede apoyarse en muy distintos motivos (13).

Analizando la acción que concede el párrafo cuarto de este artículo, la doctrina no se ha mostrado muy conforme con la calificación legal.

Así, MARTÍN-RETORTILLO considera que es una causa de resolución muy especial, extraña, porque se hace depender la resolución, no de un acontecimiento que sobrevenga, sino de la mera omisión de una formalidad (14). Y así también un amplio sector de la doctrina la ha calificado de acción rescisoria con un grado mayor o menor de matizaciones (15).

Y este hecho es sintomático, en nuestra opinión, porque pone de relieve el valor—y valor económico—de la edificabilidad.

La equivalencia de las prestaciones juega un papel preponderante en el Derecho contractual. Pero la ponderación de la equivalencia ofrece, como dice Mosco, un claro matiz subjetivo. Cada parte deberá valorar, libre y conscientemente, como recíproca, la obligación que la otra da o promete (16). De ahí que se trate de una equivalencia jurídica. Por ello se ha dicho que «lo esencial no es la reciprocidad económica, sino

(13) Fundamentalmente el aprovechamiento del subsuelo. La Ley del Suelo no se ocupa de este sector de utilidad del terreno que, en la práctica y día a día, va poniendo de manifiesto su importancia, en razón directa a los progresos técnicos de la Arquitectura urbanística.

(14) «La Ley del Suelo. Examen de las principales restricciones que ella impone al tráfico jurídico de los bienes urbanísticos», en *Estudios jurídicos varios*, volumen II, Madrid, 1962, pág. 232.

(15) Véase, por ejemplo, N. FUENTES SANCHIZ: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1960, págs. 16-17; J. MARTÍN BLANCO: «Legislación urbanística y Derecho privado», *R. D. P.*, XLVI, 1962, pág. 35, y *El tráfico de bienes inmuebles...*, cit., págs. 357-358; F. LUCAS FERNÁNDEZ: *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, Cartagena, 1963, págs. 52 y ss., y «Naturaleza, fines y principios de la legislación urbanística. Su influencia en el Derecho privado», *Revista de Derecho Urbanístico*, I, núm. 3, 1967, pág. 39.

(16) *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. esp., Barcelona, 1962, cap. III, págs. 2-3.

la vinculación recíproca, jurídicamente hablando» (17). La resolución, pues, trata de restablecer el equilibrio entre prestaciones inicialmente equivalentes, al menos desde el punto de vista subjetivo.

Pero hay ocasiones en que el juego normal del sistema conduciría a resultados injustos. Y entonces surge la rescisión como remedio extraordinario, operando sobre contratos válidamente celebrados para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (18).

La rescisión juega, pues, fuera del campo de la equivalencia apreciada subjetivamente. Trata de remediar una desigualdad nacida *ab origine*. Y se basa en un perjuicio o lesión de naturaleza económica, por lo que sólo podrá funcionar en el ámbito del Derecho patrimonial (19). PUIG BRUTAU aún apunta que tal agravio ha de revestir naturaleza jurídico-económica (20), aunque en realidad puede entenderse que, por ser económico, el perjuicio toma cariz jurídico.

Esto sentado, podemos ahora construir un silogismo sobre la base de nuestras afirmaciones anteriores: si la edificabilidad es un elemento de valor del terreno, su ausencia, cuando nada se ha declarado al respecto, constituye lesión económica; y si hay lesión económica, la acción que protege al adquirente será rescisoria.

Así se explica mejor el carácter excepcional que el juego de la acción ofrece, así como la perentoriedad y brevedad del plazo que la Ley del Suelo establece para ejercitarla. Ello no obsta para que pongamos de relieve el *lapsus* legal, motivado, sin duda, por la prevención con que el legislador mira a la rescisión, a la que considera como un remedio, no ya excepcional, sino anómalo, y por ello subsidiario. Basta recordar la redacción del artículo 1.293 del Código civil. El error legal consiste en que nos encontramos ante un supuesto que materialmente, y según queda expuesto, es de rescisión, pero formalmente, en el decir de la ley, lo es de resolución.

Sin embargo, sólo considerando como rescisoria la acción que emana del artículo 50 de la Ley del Suelo alcanza su pleno sentido lógico. La sentencia que comentamos viene a poner más aún de relieve esta consideración, como más adelante veremos (21).

Otro aspecto del tan citado precepto que nos interesa destacar es el del momento en que la inedificabilidad debe producirse para que pueda ejercitarse la acción del párrafo cuarto. La propia redacción del precepto

(17) L. ARECHEDERRA: *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Tesis doctoral inédita, Pamplona, 1971, pág. 159.

(18) Cfr. F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 519.

(19) F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 521.

(20) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II. vol. 1, Barcelona, 1954, pág. 342.

(21) *Vid infra*, epígrafe 4.

viene a contestar a nuestra pregunta. «El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan...» Es decir, que se precisa que el terreno haya sido declarado *previamente* como no edificable, y precisamente por un Plan de Ordenación.

Por no ocurrir así, no prospera la petición de los actores en el supuesto resuelto por la sentencia de 10 de marzo de 1971 (22). En él, el actor alegó que había comprado al demandado 8.000 metros cuadrados de terreno, a 250 pesetas metro cuadrado, lo que suponían dos millones de pesetas. Y que al hacer el plano sólo resultaban edificables 3.593,55 metros cuadrados. En consecuencia, el actor dejó de pagar dos letras, y el demandado obtuvo a su favor sentencia de remate. En este nuevo proceso el comprador suplicaba que se declarase resuelto el contrato, se le devolviese la parte de precio pagada y se le indemnizase de los perjuicios sufridos. El demandado se opuso alegando que en el contrato de compraventa se estipuló la entrega de los 8.000 metros cuadrados, sin especificar si eran o no edificables en su totalidad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. En casación, el Tribunal Supremo dijo en su segundo considerando «que declarando la recurrida sentencia como hechos probados inalterables en este recurso, al no haber sido impugnados, los de que *nada impedía al tiempo en que se vendiese el solar*—cuyo contrato de compraventa trata el demandante y ahora recurrente de resolver—*que fuera éste edificable ni le afectase Plan alguno de urbanización* que obligase al vendedor a hacerlo constar en el contrato de compraventa, cuando, por el contrario, con anterioridad al 23 de mayo de 1969 existía libertad de edificación en la zona donde se sitúa el solar litigioso, se impone la desestimación del segundo motivo, último de los del recurso...».

En nuestro caso, la prueba puso de manifiesto que, efectivamente, el solar no era ya edificable en el momento de celebrarse la compraventa, y que había un Plan de Ordenación que así lo disponía. Además, según consta en el documento privado suscrito el 10 de enero de 1959, el vendedor no sólo no manifestó que el solar no era edificable, sino que afirmó exactamente lo contrario.

Por todo ello parece claro que el caso estaba comprendido en el supuesto del artículo 50 de la Ley del Suelo y, sin embargo, la demandante no utilizó esta vía por una razón evidente: había transcurrido más de un año desde el momento de la compraventa. Ello no obstante, no cabe acusar de negligencia a doña Ignacia al dejar pasar este plazo de tiempo.

(22) Sala 1.ª; Pte. M. GONZÁLEZ-ALEGRE. Bien es verdad que en este procedimiento, al igual que en el que es objeto de este comentario, no se ejercitó la acción del artículo 50 de la Ley del Suelo. Sin embargo, las pretensiones son idénticas en ambos: resolución de la venta por inedificabilidad del terreno vendido.

Durante él había realizado gestiones para comprobar la veracidad de los asertos de don Rufino, que, desgraciadamente para ella, no dieron resultado positivo. A continuación intentó solucionar amistosamente el asunto con don Rufino, pero no lo consiguió. Finalmente, instó en contra del vendedor un acto de conciliación, en el que tampoco se llegó a la avenencia. Y mientras tanto transcurrió ese breve período de un año que la Ley del Suelo fija.

¿Quiere ello decir que la situación había ya devenido inatacable? La actora no lo pensó así, y el Tribunal Supremo tampoco, como ya hemos visto, en base a los razonamientos que a continuación examinaremos.

4. *La acción del artículo 50 de la Ley del Suelo y los vicios del consentimiento*

PUIG BRUTAU, al tratar de la rescisión, hace una observación que consideramos de indudable interés en relación con nuestro tema. Este autor pone en relación la rescisión con los vicios del consentimiento. Según él, la rescisión es el medio excepcional de alcanzar los efectos anulatorios que originaría la concurrencia en el contrato de un vicio del consentimiento, en los supuestos en que haya fracasado la prueba del mismo (23).

Pues bien: el Tribunal Supremo pone de relieve este mismo parentesco entre ambas figuras, pero a la inversa. De ahí que hayamos apuntado antes la idea de que en la mente del Tribunal Supremo está el proteger al adquirente. Porque, en efecto, si la acción del artículo 50 de la Ley del Suelo no se ejercita por haber transcurrido el plazo de un año, siempre queda abierta la vía de la impugnación por vicios del consentimiento, concretamente por error o por dolo, conjunta o alternativamente.

Con ello se consigue que, en supuestos que quedarían comprendidos en el artículo 50 de la Ley del Suelo, la protección al comprador se alargue en el tiempo (24).

El expediente para ello es calificar como error esencial la creencia del adquirente en la edificabilidad del terreno. Hemos de reconocer que concurren los requisitos que la doctrina exige para ello (25), en especial en el caso que nos ocupa, pues es claro que el terreno se adquirió *para edificar*.

El dolo en el vendedor, que incidentalmente y sin demasiada con-

(23) *Fundamentos...* cit., tomo II, vol. 1, pág. 342.

(24) Hasta los cuatro años que señala el artículo 1.301 del Código civil, los cuales comenzarán a contarse desde el momento de la consumación del contrato.

(25) Sobre dichos requisitos, *vid.* F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., páginas 108-120.

vicción apreció el Tribunal de Instancia, constituye un dato más aleatorio, que podrá concurrir o no, según los casos. En el presente no parece exagerado considerar dolosa la conducta de don Rufino, al afirmar que el terreno era edificable y presentar la fotocopia de una licencia de construcción. Sin embargo, en otros supuestos podrá suceder que sin dolo en el vendedor, sí exista error en el comprador.

Sin embargo, la caracterización del error admite objeciones. En primer lugar, la propia dificultad de conocer con certeza si el terreno es edificable o no. En segundo lugar cabe preguntarse si no se habrá llevado la protección al comprador a extremos excesivos, al no exigirle que despliegue una previa actividad—previa, no posterior—para conocer cuantas circunstancias le interesen referentes al terreno que se dispone a adquirir.

Estos son los inconvenientes que soslaya de plano el artículo 50 de la Ley del Suelo. La acción del párrafo cuarto deriva, no de la buena o mala fe del vendedor, sino, automáticamente, del incumplimiento de la obligación del párrafo primero.

Se trata, pues, de «mecanizar» de algún modo el presupuesto de ejercicio de la acción, y en este sentido la intención del texto legal es laudable. Sin embargo, el plazo resulta corto en demasía. Como, además, se trata, como ya hemos dicho, propiamente de una acción rescisoria, cabe proponer, para una futura revisión, la ampliación del plazo a cuatro años. De esta manera se coordina el precepto con el plazo establecido por el Código civil para las acciones rescisorias (26). Y se consigue unificar a través de una sola vía o canal—la del artículo 50—la protección del adquirente de terrenos no edificables. Si éste deja pasar el mencionado plazo de cuatro años sin ejercitar la acción, tampoco podrá entonces impugnar el contrato alegando vicios del consentimiento. La acción de nulidad habrá caducado (27) por el transcurso de esos mismos cuatro años.

El comprador vería facilitada su protección por la ampliación del plazo del artículo 50-4 de la Ley del Suelo. Perderá, en cambio, este otro camino—el de la anulación—que el Tribunal Supremo parece dispuesto a depararle. Pero esta última posibilidad no estaba, evidentemente, en el pensamiento de la Ley del Suelo.

JOSÉ ANGEL TORRES LANA
Profesor de Derecho Civil
en la Universidad de Madrid

(26) *Vid.* artículo 1.299-1 del Código civil: «La acción para pedir la rescisión dura cuatro años.»

(27) Se trata de un plazo de caducidad como ha entendido unánimemente la doctrina. *Vid.*, por todos, F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, cit., pág. 509, y bibliografía citada en nota 30 de esa misma página. En consecuencia, ese plazo no admite ningún tipo de extensión mediante interrupción, etc.

Los principios hipotecarios y la Propiedad Horizontal^(*)

Desde el punto de vista del *Derecho registral español* hoy vigente, la *Propiedad Horizontal inscrita* no es otra cosa que la constatación registral *erga omnes* de una declaración de voluntad, en virtud de la cual una propiedad ordinaria, única o proindivisa, sobre un edificio construido totalmente o con su construcción comenzada, se convierte en una propiedad sujeta a un régimen especial, en el que nace una propiedad ordinaria, exclusiva y excluyente, sobre todos y cada uno de los pisos o locales independientes, íntimamente relacionada con un derecho de copropiedad conjunto, indivisible e inseparable sobre todos los elementos comunes del edificio total, necesarios o convenientes para el adecuado uso o disfrute de cada departamento o local, determinados por la ley o por la voluntad, con la fijación necesaria de la cuota centesimal que corresponde a cada local o piso sobre el valor total del inmueble.

Y precisamente esa *dualidad de titularidades* provoca en el Registro de la Propiedad el nacimiento de una serie de nuevos folios registrales, uno por cada piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, todos derivados de un antiguo y básico folio matriz, el destinado al edificio total, que no muere nunca, pues siempre refleja la primitiva titularidad, adquisitiva u originaria, sobre el edificio total, su constitución en régimen de Propiedad Horizontal y la titularidad comunal sobre los diversos elementos necesarios para el uso y disfrute de los pisos, y por eso estará en todo momento relacionado con todos y cada uno de los demás folios que proclaman las titularidades especiales sobre la propiedad exclusiva de los departamentos independientes.

Esto hace que surja una modalidad especial en el juego de los principales *principios hipotecarios*, que no pueden contemplarse respecto de

(*) Ponencia presentada por el autor al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral.

la *Propiedad Horizontal* con la mentalidad hipotecaria clásica, puesto que su actuación viene fuertemente condicionada por las especiales características de este régimen de la propiedad.

Para la mayor claridad de la materia y dado el carácter eminentemente práctico que quiere tener esta comunicación, vamos a estudiar por separado la actuación de cada uno de los principales principios hipotecarios en el régimen de la Propiedad Horizontal.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Nuestro régimen hipotecario español adopta el sistema del *folio real* o de la registración por fincas, de manera que en la hoja registral de cada una convergen todas las operaciones a ella concernientes, de forma que *el Registro para un tercero es el folio abierto a la finca* (resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1928), porque una de las principales exigencias del Registro de la Propiedad es, como dice la misma resolución, *que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que las terceras personas a quienes la inscripción interese sepan dónde han de encontrar cuanto al inmueble haga relación y cuanto defina su situación jurídica, sin temor a las limitaciones consignadas en otros asientos independientes.*

Consagran este principio de especialidad los artículos 7, 8, 9, 13 y 243 de la Ley Hipotecaria (1), que consecuentes con la consideración de la

(1) La vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 dice en su artículo 7.º, párrafo 1.º:

«La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio...»

El artículo 8.º, tal como ha quedado redactado en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960:

«Cada finca tendrá, desde que se inscriba por primera vez, un número diferente y correlativo.

Las inscripciones que se refieran a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial.

Se inscribirán como una sola finca, bajo un mismo número:

... Tercero. Las fincas urbanas y edificios en general, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno.

Cuarto. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o por lo menos comenzada.

En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignándose a éstos un número correlativo escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados.

Se incluirán además aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos, que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad.

finca como entidad hipotecaria única, soporte jurídico de todos los derechos reales que a ella se refieren, exigen su clara y perfecta determinación, su descripción, su independencia, la especificación perfecta de los derechos que le afectan y los titulares de los mismos y de la finca que los soporta.

Sin embargo, esta exigencia se rompe, en parte, en los edificios constituidos en régimen de *Propiedad Horizontal*, puesto que, a tenor de la nueva redacción del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en sus números 4 y 5, resultará inscrita la finca total, el edificio entero, en un folio registral, y todos y cada uno de sus pisos o locales en folios separados e independientes.

En estos últimos se constata el derecho de propiedad exclusiva sobre el piso o local independiente y todos los derechos reales que le afecten; en aquél, todos los que se refieran al edificio en conjunto, así como la constitución del régimen de Propiedad Horizontal, sus Estatutos, la comunidad o copropiedad sobre todos los elementos comunes con su carácter de especial e indivisible, la propiedad exclusiva sobre los anejos, los pisos del edificio meramente proyectados y todas las cargas o gravámenes que puedan afectar al edificio entero o constituirse sobre él.

Este sistema dualista, consecuente con el criterio que tiene nuestro legislador civil sobre el régimen de Propiedad Horizontal, hace que aparezcan en el Registro de la Propiedad dos folios distintos relativos a una misma finca: uno a la finca u edificio total; otro a una parte de la misma, que es uno de sus pisos o locales.

Por ello esta inscripción separada de los pisos o locales *no supone una segregación* en el sentido hipotecario de esta palabra, sino el nacimiento de una finca independiente, pero no de una manera absoluta, sino *independiente en régimen de Propiedad Horizontal*, lo cual quiere decir que la misma *no rompe nunca el cordón umbilical que le une* a la inscripción de la finca matriz, que *nunca se cancela*, sino que siempre permanece viva y con plenitud de efectos, de tal forma que el *principio de especialidad* juega en el sentido de la existencia de *dos folios registrales* pertenecientes a la misma finca, siempre relacionados entre sí, y que el tercero

La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de los pisos o locales.

Quinto. Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción del inmueble la constitución de dicho régimen.»

Artículo 243:

«El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones, cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos.»

tendrá que conocer para quedar enterado de la verdadera configuración, límites y cargas de la titularidad inscrita.

Y para aclarar conceptos bueno será que digamos que únicamente nos estamos refiriendo al supuesto de que conste en los libros registrales, además de la inscripción del edificio total, una inscripción separada para cada uno de sus pisos o locales, y no al caso de que bajo el mismo número de finca del edificio total conste, además de la inscripción de su constitución en régimen de Propiedad Horizontal, la inscripción de sus diferentes pisos o locales, sus transmisiones de dominio y la constitución de los derechos reales limitativos sobre cada uno de los mismos, puesto que entendemos, con VENTURA TRAVESET (2) y con BATLLE (3), que después de la Ley de 21 de julio de 1960 ya no es posible aquella situación confusa de mantener bajo el mismo número y finca el edificio en conjunto y los diferentes pisos o locales que lo componen, sino que, de una manera imperativa y en aras de la mecánica interna del Registro de la Propiedad, debe ir cada piso a ocupar su folio independiente. Abona esta solución la nueva redacción del número 5 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en el que han desaparecido las palabras «podrán inscribirse...», que dejaban antes la efectividad del sistema en mano de los interesados (4).

Cierto que sin el consentimiento de los mismos no podrán separarse y llevarse a folios independientes los pisos o locales de los edificios constituidos en régimen de Propiedad Horizontal al amparo y durante la vigencia de la legislación anterior, pues sus asientos en el folio único del edificio total están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos; pero toda Propiedad Horizontal constituida con posterioridad a la Ley de 1960 trae como consecuencia que la simple presentación de la escritura en el Libro Diario lleva implícita la solicitud de inscripción separada e independiente de los pisos o locales.

Con esto no se conculca el *principio de rogación o instancia*, en virtud del cual no podemos los Registradores proceder de oficio o por voluntad propia a la registración, nuestra jurisdicción es *rogada* y sólo podemos actuar a instancia de parte o por mandato de la autoridad judicial o administrativa; por tanto, sigue jugando este principio en la constitución

(2) VENTURA TRAVESET: *Derecho de Propiedad Horizontal*, pág. 125.

(3) BATLLE VÁZQUEZ: *La propiedad de casas por pisos*, pág. 205.

(4) En la Ley Hipotecaria, antes de la reforma efectuada por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, el artículo 8.º, en la parte que nos interesa, decía:

«Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número:

... ..

Tercero. Las fincas urbanas y los edificios, aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno. No obstante, *podrán inscribirse también* como fincas independientes los diferentes pisos o partes de piso susceptibles de dominio separado de un mismo edificio »

de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, porque los interesados pueden al constituirla solicitar o no solicitar su inscripción (ya que tal régimen puede perfectamente vivir de espaldas al Registro, como cualquier otro derecho en el que la inscripción no sea constitutiva), pero una vez solicitada su registración ésta debe hacerse tal como se establece en la ley y no como quieran los interesados, pues, como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ (5), una vez pedido, el procedimiento es automático y no se necesitan nuevos pedimentos para que el Registrador preste su ministerio, y, claro está, tal ministerio debe prestarlo de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente, y como hemos visto, y según ella, debe considerarse preceptivo el inscribir obligatoriamente en folios separados e independientes los diferentes pisos o locales.

Por todo esto opinamos que en una futura legislación sobre la materia, sería conveniente que se determinara de una forma más clara y rotunda que la simple solicitud de inscripción de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal lleve de modo imperativo a la inscripción separada y especial de todos y cada uno de los pisos o locales componentes, con número propio y folio registral especial, aunque siempre relacionado con el folio matriz, donde consta el edificio en su conjunto y su constitución en régimen de Propiedad Horizontal. Y decimos esto porque a pesar de nuestro parecer en este punto, lo cierto es que en la práctica registral, y sin duda por el pudor derivado de no cargar excesivamente unos honorarios, transigimos los Registradores con algunas peticiones expresas de inscripciones únicas o bajo un solo número registral, a pesar del confusio nismo y oscuridad que esto produce en los libros registrales.

Por lo general, en la práctica de los Registros españoles, antes de la Ley de 1960, se inscribía todo, edificio y pisos, bajo un solo número y folio, a no ser que se solicitara expresamente la inscripción separada de cada piso o local, y después de dicha Ley de 1960 hacemos al contrario, es decir, se inscribe el edificio bajo un número y folio, y en números diferentes y folios distintos, cada uno de sus pisos o locales, a no ser que expresamente en la escritura el interesado solicite que se inscriba todo bajo un mismo número y folio. De ahí la conveniencia de la clarificación legislativa en este punto.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Lo consagra el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (6) y, como dice ROCA SASTRE, «tiene por objeto mantener el orden regular de los titulares

(5) DON JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*, pág. 323.

(6) El artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo primero, dice: «Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen

registrales sucesivos, de manera que todos los actos dispositivos formen un encadenamiento perfecto, apareciendo registrados como si se derivaran los unos de los otros, sin solución de continuidad» (7).

Así se logra que el historial juridicorregistral de cada finca sea completo, de modo que siempre el que hoy disponga sea el que últimamente adquirió, y que cuando ese adquirente se convierta en titular inscrito, él sea el único que pueda disponer de la finca u operar sobre ella cualquier modificación o gravamen posterior.

Por tanto, el principio tiene una doble actuación: positiva y negativa. Positiva, porque el titular inscrito es el único autorizado para disponer. Negativa, porque hay que rechazar todo acto que no venga de él.

Pues bien: este principio, puramente formal o adjetivo, que establece la mecánica registral, tiene un juego muy especial en la Propiedad Horizontal inscrita.

Porque, como hemos visto, ésta supone la existencia de dos folios registrales: uno para la finca matriz o edificio conjunto; otro para cada uno de los pisos o locales. La inscripción en el primero se verifica «a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos o cada uno de los pisos o locales» (como dice el párrafo último del núm. 4 del art. 8 de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, es natural que para practicar esta inscripción, de constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, se requiere una aplicación estricta del principio del tracto sucesivo, y será indispensable que ese edificio entero conste inscrito previamente o se inscriba en el mismo acto a favor del dueño único, como propiedad ordinaria, o de los varios dueños, como propiedad indivisa, y aquél o éstos constituirán el régimen de Propiedad Horizontal, que se inscribirá a su favor en dicha finca matriz, bien a favor del dueño único, en el primer caso, bien a favor de todos los titulares indivisos, en el segundo, y acto seguido se practicarán las inscripciones separadas e independientes de cada piso o local, en la misma forma y proporción que se ha hecho en la finca matriz.

Ya en este primer supuesto puede surgir, con respecto al edificio total, una aplicación del *tracto sucesivo comprimido o abreviado*, puesto que, de acuerdo con el precepto transcrito, cabe la inscripción del régimen de Propiedad Horizontal a favor «de los titulares de todos y cada uno de los pisos o locales», cosa que sucede en el caso de una propiedad indivisa a favor de varios titulares sobre el solar, y construyendo todos juntos el edificio acuerdan ya al construir qué piso o local corresponderá a cada

o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.»

(7) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, ed. 1948, tomo I-718

uno como propiedad exclusiva, con división material de su condominio, bien expresamente realizada, bien hecha de una forma tácita, al emplear el eufemismo de «que cada uno construye por sí solo su respectivo piso o local»... Pero tanto en un caso como en otro, en la inscripción en que se hace constar, por lo general, la declaración de obra nueva y la constitución de la misma en régimen de Propiedad Horizontal, ya la inscripción se practica a favor de todos y cada uno de dichos propietarios «en la forma y proporción expresada», con lo cual al considerarlos ya como titulares de pisos o locales independientes, siendo como eran en la inscripción anterior titulares indivisos de un solar, se prescinde de una inscripción intermedia que debiera haber sido de división material de su comunidad o copropiedad. Y en este caso, las inscripciones separadas de los respectivos pisos o locales ya se hacen a favor de cada uno de los dueños a quienes los mismos correspondan.

Pero no está la especialidad en la aplicación del principio de tracto sucesivo a que queremos referirnos. Partamos del supuesto que ya están practicadas esas primeras inscripciones: una en la finca total, otras en cada uno de los pisos o locales. Y entonces veremos que el principio de tracto sucesivo juega de una manera normal en las de cada uno de los pisos o locales independientes, con respecto a los cuales el Registrador, en cumplimiento estricto del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, exigirá siempre, para inscribir o anotar los títulos a ellos referentes, que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue. Ahora bien: como los diferentes cambios de titularidades registrales de esos pisos o locales, bien sean de dominio o de gravamen, no se lleva, ni tan siquiera por notas marginales o inscripciones de referencia, al folio del edificio conjunto o matriz, resultará que allí siempre continuarán como titulares o el primitivo dueño constituyente, que puede haber ya vendido todos los pisos, o todos y cada uno de los primitivos titulares de éstos, que también pueden ya haber cambiado. Pues bien: a pesar de ello se cumple perfectamente el tracto sucesivo en esa inscripción del edificio conjunto, en todos aquellos casos en que sean necesarias inscripciones en dicho folio (modificación de Estatutos, hipoteca de todo el edificio, etc.), con que conste previamente inscrito no en dicho folio general, sino en todos y cada uno de los folios independientes, la titularidad de todos y cada uno de los que otorguen esa modificación relativa al edificio en su conjunto, puesto que todos esos titulares registrales, de todos y cada uno de los pisos separados, son precisamente los únicos que se encuentran legitimados para provocar modificaciones registrales en ese folio matriz, aunque del mismo no resulte su titularidad.

Claro está que en la inscripción que se practique se hará constar esa titularidad de cada piso o local, pero con esto no hay una aplicación

abreviada del tracto, como si ésta sólo se verificara cada vez que fuera necesaria una operación registral en el edificio en conjunto, puesto que para ser tal preciso sería que se hicieran constar todas las transmisiones realizadas en cada piso o local, desde la última operación practicada, y únicamente se hace constar la titularidad actual de cada piso o local con referencia a la inscripción del mismo que esté vigente en ese momento.

Con esto hay, pues, una ruptura en la aplicación formal del principio, puesto que se ve actuar como titulares en una inscripción posterior a los que no lo son según la inscripción anterior; pero en el fondo, el juego del principio es correcto, pues siempre hay que partir del dualismo de folios de la Propiedad Horizontal inscrita, y si bien al constituirse tal régimen debe considerarse como principal el folio del edificio conjunto, una vez inscritos los diferentes pisos o locales independientes debe reputarse respecto de cada uno de ellos como principal su folio separado, y como complementario o accesorio del mismo el folio de la finca matriz o edificio en su conjunto, y por ello los que en aquellos folios separados resulten titulares inscritos, son los únicos que pueden obtener una nueva inscripción en ese folio matriz, como más claramente veremos en seguida al tratar del

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL

Está en España consagrado en el párrafo primero del artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, al decir: *A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*, y se completa con la doctrina sentada en el párrafo tercero y último del artículo 1 de la misma ley, cuando nos dice: «Los asientos del Registro..., en cuanto que se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley.»

Con esto nuestro legislador establece una presunción *iuris tantum* de Registro *exacto e íntegro* a favor del titular registral, a los solos efectos, como dice ROCA SASTRE, de «legitimar para el tráfico... al titular registral, en el sentido de tener éste que ser tratado como propietario o titular del dominio o derecho real inscrito» (8).

Es decir, que así como el principio de tracto mira hacia el Registrador para obligarle a observar un historial de la finca o derecho, sucediéndose los respectivos titulares sin solución de continuidad, este principio de legitimación, en aras de la seguridad del tráfico jurídico registral, y ya

(8) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, ed. 1948, tomo I-245.

no de una manera puramente formal o adjetiva, como en aquel principio, sino de una forma sustantiva, mira hacia el titular inscrito y le dice que mientras no se demuestre lo contrario, y además judicialmente, él es el único que está *registralmente* legitimado para provocar una transmisión o una modificación jurídico-real en la finca o derecho inscrito a su favor. Pues bien: del mismo modo que hemos visto en cuanto al principio de tracto sucesivo, éste de *legitimación registral* tiene un juego normal en las inscripciones separadas de los pisos o locales independientes; pero en cuanto a la inscripción del edificio entero o finca matriz, para saber quiénes están legitimados para efectuar una modificación real en la misma, no nos sirve la titularidad que conste en la inscripción anterior de ese edificio total, sino que tal legitimación corresponde en forma conjunta a la totalidad de los que figuren como titulares inscritos vigentes en todos y cada uno de los folios correspondientes a los pisos o locales independientes.

Si esta exigencia es absoluta en relación a la constitución de una sola hipoteca sobre el edificio entero, sin necesidad de distribuirla entre los diferentes pisos, como permite el artículo 218 del Reglamento Hipotecario, así como en todos los casos de constitución de cualquier otro derecho real limitativo del dominio que afecte a la totalidad del edificio; por el contrario, si se tratara de una modificación de las cuotas o de los Estatutos, aunque en el fondo la exigencia del consentimiento conjunto de todos los titulares registrales de los pisos o locales es imprescindible en cuanto a la forma, y como consecuencia de una presunción de consentimiento existe la norma especial del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal (9), que confiere al presidente de la comunidad la representación de la misma «en juicio y fuera de él», siempre en relación con el artículo 16 de la misma ley, en cuanto a la vinculación a los acuerdos que requieren unanimidad, por los no asistentes a la Junta en la que los mismos se tomaron (10).

(9) La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en su artículo 12, párrafo primero, dice:

«Los propietarios elegirán de entre ellos un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que le afecten»

(10) Y la misma Ley de P. H. dispone en su artículo 16:

«Los acuerdos de la Junta de Propietarios se sujetarán a las siguientes normas:

1.ª La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos.

Los propietarios que, debidamente citados, no hubieran asistido a la Junta, serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por los presentes, y, si en el plazo de un mes a contar de dicha notificación no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su conformidad.»

Sin embargo, entendemos con VENTURA TRAVESET (11) que únicamente podrá comparecer el presidente de una comunidad, en representación de ésta, en una escritura pública de modificación de cuotas o Estatutos, cuando lo haga en cumplimiento de un acuerdo de la Junta General y debidamente autorizado por ella, acompañándose necesariamente a la escritura:

- a) Acta notarial citando a todos los copropietarios a la Junta.
- b) Acta notarial de la celebración de la Junta.
- c) Acta notarial acreditando haberse notificado el acuerdo tomado por unanimidad de los asistentes a la Junta a los no asistentes a la misma, y constancia bajo fe notarial de haber transcurrido un mes desde la notificación sin haberse puesto a los acuerdos.

Todo esto no hay más remedio que exigirlo, dada la fuerte anomalía que supone la existencia de una facultad representativa, sin haber nacido ningún tipo de persona jurídica e incluso sin que conste en el Registro el nombramiento del presidente y el que éste se halla todavía ejerciendo sus funciones.

Por esta misma razón entendemos que tal representación únicamente puede darse para aquellos asuntos que *afecten a la comunidad*, como dice textualmente el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, y, por tanto, solamente a ella, y nunca cuando existan terceros interesados. Por ello creemos que solamente puede admitirse en los supuestos ya dichos de modificación de cuotas, Estatutos, reglamentos de régimen interior u otras normas o reglas del título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal, pero nunca en los supuestos de constitución de hipotecas u otros gravámenes sobre el edificio entero, porque en tales casos será necesaria la comparecencia de todos y cada uno de los titulares de los pisos o locales, por sí o por sus representantes legales o voluntarios.

Únicamente podría admitirse tal representación y el juego de los artículos 12 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en actos dispositivos o modificativos de trascendencia real, cuando éstos no rocen en ningún sentido la propiedad exclusiva y excluyente de cada uno de los pisos o locales, como ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de enajenación de un elemento común, que lo sea por destino, pero no por naturaleza, y que, por tanto, puede perder esa cualidad por acuerdo unánime de todos los copropietarios (puesto que nació por ese mismo acuerdo); ésta es la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros en su resolu-

(11) VENTURA TRAVESET, *obra citada*, págs. 292 y 293.

ción de 5 de mayo de 1970, que por ahora, y dada su naturaleza de fallo único, debe interpretarse restrictivamente y, por tanto, entenderla sólo aplicable al caso contemplado *de enajenación de un elemento común desafectado*, que *no había pasado en ningún momento a ser local privativo*, pues si tal cosa hubiera ocurrido, como dice muy bien la misma resolución en su considerando quinto, «la enajenación debía hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento prestado en escritura pública de todos los copropietarios, cuya voluntad no puede ser sustituida por un acuerdo de la Junta, todavía que no son equivalentes la suma de los consentimientos de los copropietarios individualmente prestados y el acuerdo de la Junta, aunque se tome por unanimidad, ya que la competencia de ésta es siempre limitada y su forma de actuación especial».

Y esto es así, porque aunque emplee la palabra representación el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, no se trata de una representación propia, en el sentido que la misma tiene en nuestro Derecho, puesto que el presidente nunca actúa en uso de unos poderes específicos ni consta tampoco que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa más bien como un *órgano de la comunidad*, a la que personifica en sus relaciones externas, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común, como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de junio de 1965.

Por ello sólo puede admitirse la actuación de un *órgano* en los supuestos que afecten a la comunidad en sí, pero nunca aquello que toque, en mayor o menor medida, la propiedad individual y exclusiva de los pisos o locales independientes.

Y por esta misma razón, al ser aplicable el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal únicamente a la especial comunidad nacida en los edificios en régimen de Propiedad Horizontal, no puede aplicarse a otros supuestos de comunidades, por muy especiales que sean y aunque nazcan dentro del mismo edificio sujeto a la Propiedad Horizontal, pero sin ser de la misma esencia de ella, como ocurre en el supuesto de las dos últimas líneas del artículo 4 de la misma Ley de Propiedad Horizontal (12), que ha dado origen a los llamados por MONET (13) *departamentos procomu-*

(12) El artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal dice:

«La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario proindiviso sobre un piso o local determinado circunscrito al mismo, y siempre que *la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.*»

(13) FERNANDO MONET: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal». Centenario de la Ley del Notariado. *Estudios de Derecho Notarial*, vol. I, pág. 17.

nales, y de los que JOAQUÍN SAPENA fija con acierto sus características, al decir que son (14):

1. Departamentos de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal susceptibles de aprovechamiento independiente.
2. Que pertenecen a todos o algunos de los dueños del inmueble en proindivisión.
3. Establecidos de intento para el servicio o utilidad común de todos sus copropietarios.
4. Sin poderse ejercitar en cuanto a dicha comunidad la acción de división.

Ahora bien: si consideramos atinada la construcción doctrinal de SAPENA, y admirable su visión futurista y práctica de la institución, sin embargo, reputamos un poco exagerada la conclusión a que llega de admitir la disposición de estos departamentos procomunales, por un acuerdo tomado solamente por la mayoría de los condueños de los mismos y con la simple comparecencia del presidente de la comunidad.

Consideramos indispensable, desde el punto de vista de la calificación registral, que en los actos de disposición o gravamen de estos departamentos procomunales se exija la unanimidad de todos sus condueños, así como la comparecencia en la escritura de todos sus titulares.

Y esto por las siguientes razones:

- 1.^a Por los principios generales de nuestro Ordenamiento civil y registral.
- 2.^a Porque nada en la ley autoriza la excepción a los mismos, ya que el legislador se limita a la simple referencia a ellos, en dos líneas últimas del artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin darle ese nombre, sin establecer ninguna regulación especial y fijando únicamente su carácter de *indivisibles*.
- 3.^a Porque el presidente de la comunidad de propietarios es un *órgano* de la misma, pero no de otras comunidades, aunque las mismas nazcan dentro del mismo edificio sujeto a la Propiedad Horizontal.
- 4.^a Porque pudiendo pertenecer estos departamentos procomunales no a todos, sino solamente a algunos de los propietarios del edificio, puede muy bien no ser condueño de los

(14) JOAQUÍN SAPENA: «Naturaleza y disposición de pisos o locales proindiviso en propiedad horizontal». Conferencia en la Academia valenciana de Legislación y Jurisprudencia el día 2 de octubre de 1970, publicada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1971, pág. 89.

misimos el presidente de la comunidad, lo cual, aun no siendo un supuesto de imposibilidad, por lo menos haría más incongruente su comparecencia sin existir el apoderamiento expreso.

Esto, por lo menos, en nuestro actual Derecho constituido, lo cual no quiere decir que en el Derecho constituyente, y, por tanto, en una futura Ley de Propiedad Horizontal, no dejemos de considerar conveniente una regulación más perfecta no sólo de estos departamentos procomunales, sino también de toda la titularidad dispositiva en las comunidades de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, facilitando en lo posible su actuación en la vida jurídica y su legitimación para el tráfico inmobiliario sin necesidad de la intervención de todos sus componentes o condueños.

En la actualidad, y con referencia a los citados departamentos procomunales, no tenemos inconveniente en admitir su disposición por acuerdo de la mayoría de sus condueños, ejecutado por su presidente, cuando precisamente la *única razón* del nacimiento de tal departamento procomunal, es decir, «el único servicio o utilidad común» que sus condueños esperan de él, sea precisamente su enajenación o venta para, por ejemplo, con el producto obtenido aminorar los gastos generales de la construcción del edificio de que forma parte. Claro que en este único supuesto se requiere, a nuestro entender:

- a) Que así conste de una forma clara en los Estatutos.
- b) Que los mismos regulen perfectamente el régimen de mayorías necesario para acordar su venta en el momento oportuno.
- c) Y, además, que en la escritura por la que se constituye en régimen de Propiedad Horizontal y se crea el departamento procomunal o en otra posterior otorgada por todos los condueños conste el apoderamiento, especial y expreso, que todos y cada uno de ellos conceden al que en el momento de la enajenación ostente el cargo de presidente de la comunidad del edificio en régimen de Propiedad Horizontal.

Pero en todos los demás casos, distintos del expuesto, vemos sólo un supuesto de proindivisión, en el que por razón de su fin no puede darse la acción *comuni dividundo* y, por tanto, una comunidad especial por su destino, que más que a la comunidad romana se acerca a la que PELAYO HORE denominó ya en 1942 *comunidades sociales* (15).

(15) SANTIAGO PELAYO HORE: «La indivisión perpetua en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, año 1942, pág. 458.

PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

El sistema inmobiliario español, con su criterio de registración por fincas, adopta como uno de sus más fundamentales el *principio de fe pública registral*, según el cual, y a los solos efectos de la seguridad en el tráfico, el contenido del Registro se reputa *exacto e íntegro*, en beneficio del tercero que reúna las condiciones fijadas por la ley.

Con ello se sienta una presunción *iuris et de iure* que tiene una doble actuación:

- a) *Positiva*: El contenido del Registro se presume *exacto*, en favor del que adquiere un derecho confiando en lo que el Registro dice, en cuanto a su existencia, su titularidad, su extensión y sus límites. Así lo consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (16), del cual se deduce claramente que la protección de la fe pública registral en favor de tercero sólo se produce cuando éste reúna las cuatro circunstancias siguientes: 1.^a Haber adquirido a título oneroso. 2.^a Con buena fe. 3.^a De aquel que según el Registro aparece con facultades para transmitir. 4.^a Y a su vez, el tercero haya inscrito su adquisición.
- b) *Negativa*: El contenido del Registro se presume *íntegro*, completo, agotando la realidad jurídica, y, por tanto, ese tercer adquirente que reúne los cuatro requisitos dichos puede rechazar cuantas titularidades, modalidades, cargas o limitaciones no consten inscritas o reflejadas en los libros registrales, tal como establece el artículo 32 de la misma Ley Hipotecaria (17).

Y como nadie puede obligar a un tercero a examinar previamente todo el Registro, es natural que éste solamente deba tener en cuenta el contenido del *folio registral* destinado a la finca que a él interesa, puesto que en aras del principio de especialidad en dicho folio se concentra todo el historial jurídico de la finca en cuestión, y lo que en tal folio no se

(16) La Ley Hipotecaria dispone en su artículo 34, párrafo primero: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.»

(17) Y la misma Ley dice en su artículo 32:

«Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero.»

refleje, no puede existir para ese tercero, como claramente resulta del artículo 13 de la misma Ley Hipotecaria (18).

Pues bien: este *principio de la fe pública registral* tiene un juego de aplicación normal en la propiedad horizontal inscrita, puesto que, a fines de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, el contenido del Registro se reputa *exacto e íntegro* en beneficio del tercero que adquiera a título oneroso y con buena fe un piso o local independiente de un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal de quien, según el mismo Registro, pueda disponer del mismo, por tenerlo inscrito a su favor en el folio independiente al mismo destinado, siempre que, a su vez, ese tercero inscriba su adquisición.

Hay, por tanto, una aplicación normal de los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, y la única especialidad radicarán en la derivada de la tan repetida dualidad de inscripciones y en la existencia de esos dos folios diferentes, que se complementan entre sí. Por ello, el tercero debe considerar que le afecta tanto lo que consta en la inscripción separada del local o piso que adquiere, como lo que consta en la inscripción del edificio total, del que el mismo forma parte, bien sean los Estatutos, las reglas del título constitutivo, así como las cargas, hipotecas y demás gravámenes que puedan estar constituidos sobre el total edificio.

El Registro para el tercero y para todos estará siempre formado por ambos folios registrales: el del edificio total y el del piso o local independiente.

Por otra parte, aunque esto no suponga ninguna especialidad, conviene consignar que basta que en el Registro conste la constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal sin más, para que el tercero conozca que dicho edificio y todos sus pisos o locales independientes están sujetos a una serie de limitaciones, no sólo las voluntarias que refleje la inscripción derivadas del título constitutivo, sino también de las legales o institucionales que se derivan de la propia esencia o naturaleza del régimen de la Propiedad Horizontal inscrita.

Sería, por ejemplo, absurdo que el tercer adquirente de un piso o local, basándose en que registralmente está libre de cargas, ejercitase una acción negatoria de servidumbre de luces o vistas en relación a otros pisos o locales de la misma finca..., porque entre los locales y pisos de un mismo edificio en régimen de Propiedad Horizontal no existen ni pueden existir esas servidumbres, que constituyen, como limitaciones legales, el

(18) Y dicha Ley, en el párrafo primero de su artículo 13, dice:

«Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.»

mismo entramado jurídico de la Propiedad Horizontal inscrita. Y lo mismo podríamos decir del absurdo de querer suponer la existencia de una servidumbre de desagüe de todos los pisos altos sobre los bajos, de carga de aquéllos sobre éstos, de medianería entre los colindantes en un mismo plano o de un *altius non tollendi* o de prohibición de elevar construcciones o muros en los patios de los bajos... Si nada se dice en el título constitutivo o en los Estatutos inscritos en contra, todo ello constituye la esencia misma de la Propiedad Horizontal inscrita.

Párrafo aparte merecen, desde el punto de vista del *principio de fe pública registral*, los Estatutos de la Propiedad Horizontal que, al amparo del artículo 5 de su ley reguladora, «no perjudicaran a tercero si no se inscriben en el Registro de la Propiedad» (19).

Es decir, que las normas estatutarias precisan de la inscripción para perjudicar a tercero y, por tanto, deben constar en la inscripción del edificio conjunto, y precisamente en el mismo asiento en que se constituya éste en régimen de Propiedad Horizontal, siempre que los interesados en la misma escritura constitutiva los establezcan, o bien en un asiento de inscripción posterior, destinado sólo a ellos en el folio del edificio total, cuando en la escritura constitutiva no se recojan y los interesados los formulen por escritura posterior. En posteriores inscripciones de ese edificio total se harán constar las modificaciones que se produzcan en dichos Estatutos con referencia a las escrituras públicas otorgadas a tal fin.

El problema hipotecario que se plantea es dar entrada en el Registro de la Propiedad a una serie de normas estatutarias que no tengan trascendencia real alguna conculcando así preceptos fundamentales de nuestro Ordenamiento Inmobiliario, que no permite el acceso al Registro de los derechos personales (arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 355 de su Reglamento). Por ello algún autor, como VENTURA TRAVESET (20), mantiene la opinión de que en los Estatutos solamente deben inscribirse aquellos artículos que tengan trascendencia real, siendo labor del Registrador en trámites de su calificación determinar qué normas estatutarias tienen carácter real y cuáles personal, para inscribir las primeras y rechazar la inscripción de las segundas.

Respetando este criterio, y aun conociendo que participan del mismo gran número de Registradores de la Propiedad, defensores a ultranza del

(19) El artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, en su párrafo tercero, dice: «El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un *Estatuto privativo* que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.»

(20) VENTURA TRAVESET, *obra citada*, págs. 57 y 58.

carácter jurídico-real de nuestra institución registral, nosotros creemos que choca con el carácter absoluto del precepto contenido en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Porque donde la ley no distingue, no podemos nosotros al aplicarla distinguir y, por tanto, en principio entendemos que es necesaria la inscripción íntegra de los Estatutos para que sus normas afecten a los terceros, aunque algunas de las mismas repugnen a los principios básicos del Registro y enturbien el contenido jurídico-real de sus asientos.

Pero esto no quiere decir que haya que excluir totalmente de la calificación registral los Estatutos y limitarse a una transcripción literal de los mismos. El Registrador, siguiendo la letra y, sobre todo, el espíritu del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, debe únicamente inscribir aquellas normas estatutarias que: *a)* tengan trascendencia real; *b)* que se refieran al uso y destino del edificio; *c)* a su administración y gobierno; *d)* y a su conservación y reparaciones. En definitiva, debe rechazar todo aquello que sólo debiera ser objeto de un mero reglamento de régimen interior, que no debe tener nunca acceso a los folios registrales, y reflejar en el Registro solamente lo que son normas estatutarias en sentido propio perfectamente inscribibles, al amparo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Tal labor debiera ser propiamente del Notario autorizante de la escritura, que con su buen criterio y consejo debe asesorar a los otorgantes para hacer esta distinción de forma perfecta y clara, sin incluir en los Estatutos normas que no tengan el carácter de tales, llevándolas a un reglamento de régimen interior, que aun siendo puramente obligacional va afectando a todos los posteriores adquirentes de los pisos o locales con un simple contrato de adhesión a los mismos, que pudiera convertirse en una verdadera cláusula de estilo en todas las escrituras de transmisión de cada piso o local independiente. Todo ello es preferible antes que hacer jugar el *principio de fe pública registral* en defensa de una serie de relaciones que no tienen trascendencia jurídico-real.

Además, aunque muy vagos, existen criterios legales para llegar a una diferenciación entre Estatutos y reglamentos de régimen interior: los primeros deben contener todo lo relativo a las normas antes dichas de trascendencia real, y las que sin tenerla de una manera tecnicojurídica interesa que produzcan efectos *erga omnes* para el mejor cumplimiento de los fines sociológicos e institucionales de la Propiedad Horizontal, y que se refieren al ejercicio de los derechos en orden al uso y destino, administración, gobierno, conservación y reparación del edificio en conjunto y de cada uno de los pisos o locales, todo de acuerdo con lo que hemos visto establece el párrafo tercero del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Y por exclusión, los reglamentos de régimen inte-

rior deben contener todas las otras normas que no tengan la categoría de las anteriores y que sirvan «para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes», según dice el artículo 6 de la misma ley.

Y si así hemos visto la aplicación del principio de fe pública registral desde su punto de vista sustantivo o material, tampoco debemos olvidar su aspecto de *publicidad formal*, relativo a la forma y manera de hacer efectivo respecto de todo el mundo y, sobre todo, de los terceros interesados el carácter público del Registro de la Propiedad.

Ya sabemos que en España tal servicio se presta a través de las *certificaciones, manifestaciones y notas simples informativas*, jugando el principio en el sentido de que toda *certificación* que se libre de un piso o local independiente en régimen de Propiedad Horizontal necesariamente debe tener las correspondientes referencias a la inscripción del edificio en conjunto, y en ella el Registrador debe recoger, además de lo que conste en el folio independiente, todos los artículos de los Estatutos que tengan trascendencia real, aquellos en que la voluntad de los interesados haya modificado la ley en lo que ésta permite y siempre, como es natural, las cargas y afecciones reales, las cargas, hipotecas y demás gravámenes que afecten al edificio en conjunto, aunque las dos primeras cosas resulten sólo de la inscripción de dicho edificio total, y todas las últimas tengan, aunque sea una somera indicación, en el folio registral independiente de cada piso o local, bien en el capítulo de cargas de su primera inscripción, bien por inscripciones de referencia posteriores.

Y el mismo criterio regirá para las *manifestaciones y notas simples informativas*, salvando sus naturales diferencias.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es el que obliga a someter a todos los títulos que pretendan su inscripción a un examen o verificación, para lograr que solamente accedan a los libros del Registro los títulos válidos y perfectos.

Se hace efectivo por medio de la *calificación registral*, que no es otra cosa más que el examen o comprobación que hace el Registrador basándose únicamente en la ley, en los títulos presentados y en el contenido del Registro para determinar si el título es inscribible o si procede denegar o suspender su inscripción.

Lo consagra principalmente, entre otros muchos preceptos, el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al decir: *Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la*

capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. No parece, en principio, que la Propiedad Horizontal plantee ninguna especialidad en orden a este principio, pero a pesar de ello y para dejar lo más completa posible esta modesta comunicación, es conveniente examinar, aunque sea de pasada, los *elementos calificables* por el Registrador en orden a la constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, la pluralidad de conceptos que pueden contener los títulos constitutivos y las inscripciones que el mismo provoca en los libros registrales.

Siguiendo el mismo orden del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, tendremos como *elementos calificables*:

1.º *La legalidad de las formas extrínsecas de los documentos:* Como es natural, siempre se tratará de una escritura pública notarial, pues aunque no se precisa de la misma para el nacimiento del régimen de propiedad horizontal, sí que es necesaria si se quiere que éste tenga acceso a los libros registrales, incluso en el supuesto de que su existencia se reconozca o declare por sentencia firme, pues será preciso el otorgamiento de la escritura en trámites de ejecución de tal resolución judicial.

No existe especialidad ninguna en orden a la calificación de esa escritura, y como en cualquiera otra, el Registrador examinará la *competencia* del Notario autorizante, la *forma y solemnidades* de la escritura y la *autenticidad de su copia*.

2.º *Capacidad de los otorgantes:* Entendemos con BATLLE (21) que nos encontramos ante un *negocio jurídico de disposición*, puesto que aun no existiendo enajenación en sentido propio, en todo caso contiene determinaciones que implican limitaciones y gravámenes de la propiedad, en relación al Estatuto normal de la misma en su forma ordinaria.

Por ello debe exigirse a los otorgantes no sólo la capacidad general para contratar y obligarse, sino la *capacidad de disposición plena*, y, por tanto, será necesaria la *mayoría de edad* o la representación legal adecuada en los menores e incapacitados; el complemento de capacidad en los menores emancipados, por el consentimiento de su padre, madre o tutor; la licencia marital en las mujeres casadas; el consentimiento de éstas cuando comparezca el marido respecto de bienes gananciales; el mandato expreso en la representación voluntaria, etc.

3.º *Validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras:* Aquí la calificación se refiere al acto jurídico en sí, es decir, al contenido o fondo del documento, y dejando aparte toda la materia general a todas

(21) BATLLE VÁZQUEZ, obra citada, pág. 85.

las escrituras, relativa a los supuestos genéricos de nulidad, anulabilidad, vicios del consentimiento, inexistencia, etc., en los que no existe especialidad alguna, hemos de fijarnos en el cumplimiento de las distintas circunstancias que la ley exige para el nacimiento de la Propiedad Horizontal de un edificio que hasta ahora era solamente un caso de propiedad ordinaria: las recoge el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y a su vista podemos decir que son las siguientes:

- a) Descripción del inmueble en su conjunto y de todos y cada uno de sus pisos o locales independientes.
- b) Asignación de un número correlativo a cada piso o local.
- c) Determinación de la cuota de participación que corresponde a cada piso o local.
- d) Necesidad de que cada piso o local independiente tenga una salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública, y sea susceptible de aprovechamiento independiente.

Tanto la descripción del inmueble como la de los pisos o locales deberá hacerse con los requisitos establecidos en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, y además en los pisos o locales se hará constar la planta del edificio en que se hallaren y los anejos que tengan, tales como garaje, buhardilla o sótano.

Constancia de los *elementos comunes*, en el caso de que se restrinjan o amplíen los enumerados en el artículo 396 del Código civil, siempre que no sean de los elementos comunes esenciales, como suelo, tejados, paredes, vigas, etc.

Establecimiento de los *Estatutos*; si se consideran oportunos, o manifestación que se registrá la comunidad por las normas de la Ley de 21 de julio de 1960, como es lo general en la mayor parte de las escrituras, en las que únicamente se suelen consignar aquellas normas que modifican en algo las disposiciones de tal ley en lo que la misma permite. Ya hablamos antes largamente sobre la forma de calificar las normas estatutarias.

No es corriente que en los títulos constitutivos se consignen los reglamentos de régimen interior; pero, por otra parte, ello importa poco en trámites de calificación, puesto que, como hemos visto, tales reglamentos no son inscribibles.

4.º *Identidad personal y real*: No es otra cosa que la exigencia para el Registrador de llegar a la seguridad de que el constituyente del régimen de Propiedad Horizontal sea el mismo que es titular según el Registro, en la inscripción vigente, del dominio ordinario del edificio en cuestión,

y de que éste, tal como se describe en el Registro, es el mismo que se constituye en tal régimen.

Por tanto, el caso que podríamos llamar de título normal será aquel en que el titular registral de un edificio, ya inscrito a su favor como propiedad ordinaria, bien por transmisión, bien por declaración de obra nueva, previendo la enajenación futura de sus diferentes pisos o locales, lo constituya en régimen de Propiedad Horizontal. Si de la calificación no resulta nada en contra, el Registrador practicará una inscripción extensa en el folio registral de dicho edificio a favor del mismo titular y por el concepto único de *constitución en régimen de Propiedad Horizontal*, y acto seguido se abrirán folios separados e independientes a todos y cada uno de los locales y pisos, en los que se practicará una primera inscripción concisa a favor del mismo titular, poniéndose en la finca matriz la correspondiente nota marginal de referencia a estas inscripciones separadas de los pisos o locales.

Con esto quedará inscrito en el folio del edificio en su conjunto su constitución en régimen de Propiedad Horizontal; sus Estatutos, si los hay; la comunidad o copropiedad sobre los elementos comunes; los anejos de cada piso o local; los pisos o locales meramente proyectados y aún no construidos; el vuelo del edificio, y las cargas, hipotecas y demás gravámenes o derechos limitativos del dominio que afecten al edificio como conjunto. Y en la inscripción de cada piso o local constará inscrita la titularidad exclusiva y dominical de dicho piso o local y las cargas y gravámenes que le afecten a él especialmente, con una referencia a las que graven el edificio en su conjunto, que igualmente le afectan como parte del mismo.

Ahora bien: lo cierto es que en la práctica los documentos inscribibles relativos a la Propiedad Horizontal suelen contener pluralidad de conceptos, lo cual no plantea ninguna especialidad registral, puesto que siempre, en cumplimiento del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, el Registrador deberá tener en cuenta todos y cada uno de los conceptos, reflejándolos en la inscripción de una manera perfecta y escalonada, para luego recogerlos uno a uno en la correspondiente acta de inscripción, a no ser que en aras de una mayor claridad destine un asiento a cada concepto inscribible.

Veamos, sin pretender agotar la enumeración, los conceptos que con más frecuencia suelen involucrarse en los documentos inscribibles, en los que, como un concepto más, consta la constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal.

Como es natural, y en trámites de su función calificadora, el Registrador deberá examinar todos y cada uno de dichos conceptos para deter-

minar su validez y eficacia y, por tanto, su registraci3n, o su suspensi3n o denegaci3n.

Como antecedentes de la constituci3n de una Propiedad Horizontal pueden darse los siguientes: la previa adquisici3n del edificio total de un anterior titular por herencia, legado, donaci3n, compraventa, permuta, cesi3n onerosa, adjudicaci3n en pago, etc., y acto seguido, y en la misma escritura, constituci3n del edificio en r3gimen de Propiedad Horizontal.

Tambi3n es normal la formaci3n del suelo por segregaci3n de finca mayor o agrupaci3n de varias menores colindantes, declaraci3n de obra nueva sobre dicho suelo y constituci3n del edificio, construido o en construcci3n, en r3gimen de Propiedad Horizontal.

Y como conceptos posteriores a tal constituci3n, que pueden ir en el mismo documento inscribible, puede darse la donaci3n o venta de los diferentes pisos o locales independientes o la constituci3n de hipoteca, bien sobre el edificio conjunto, bien sobre todos y cada uno de los pisos, y en este caso distribuci3n del cr3dito hipotecario entre ellos. Tambi3n pueden darse a la vez los conceptos de enajenaci3n e hipoteca.

Ahora bien: dada la importancia que tiene la vida registral futura de la finca constituida en r3gimen de Propiedad Horizontal y la dualidad de folios registrales existentes, lo m3s aconsejable, para la mayor claridad y precisi3n de los asientos, ser3 siempre el destinar una inscripci3n separada y especial para la constituci3n del edificio en r3gimen de Propiedad Horizontal, cualesquiera que sean los conceptos anteriores, posteriores o de ambas clases que se involucren en los documentos inscribibles.

Hasta ahora, y de intento, s3lo nos hemos referido al supuesto de constituci3n del r3gimen de Propiedad Horizontal otorgado por un solo titular. La realizada por los varios titulares proindiviso de un edificio, siempre que no quieran continuar la copropiedad romana sobre todos y cada uno de los diferentes pisos o locales independientes, cosa rara, supone siempre, aunque nada se diga y cuando se adjudiquen a cada titular pisos concretos en pago de su haber, una constituci3n del edificio en r3gimen de Propiedad Horizontal y una divisi3n material del condominio o antigua comunidad romana entre ellos existente, mediante la conversi3n de sus cuotas ideales, en la propiedad exclusiva del piso o local adjudicado, con la copropiedad conjunta, indivisible e inseparable sobre todos los elementos comunes.

Estamos en el supuesto contemplado por el p3rrafo 3ltimo del art3culo 401 del C3digo civil (22), tal y como fue a3adido por la Ley de Propie-

(22) La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 a3adi3 un segundo y 3ltimo p3rrafo al art3culo 401 del C3digo civil. que dice as3:

«Si se tratare de un edificio cuyas caracter3sticas lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la divisi3n podr3 realizarse mediante la adjudicaci3n

dad Horizontal de 21 de julio de 1960, y es el mismo caso que el legislador fiscal contempla en el párrafo segundo del número 2 del artículo 57 del Texto Refundido del Impuesto, introducido por la Ley de 30 de junio de 1969, ordenando que se considere también como división material de condominio y, por tanto, liquidable como disolución de sociedad, número 8 de la tarifa al 1,70 por 100, «la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio susceptibles de aprovechamiento independiente con sus elementos anejos».

Sin embargo, hay que entender que tal supuesto de división material sólo debe producirse cuando verdaderamente lo sea, es decir, que supone como premisa indispensable *la existencia de un condominio romano sobre el edificio entero...*; pero tal concepto de división no debiera aplicarse nunca en los supuestos, cada día más frecuentes, en que varias personas adquieren un solar *con la única finalidad* de construir sobre él un edificio de tantos pisos o locales, como son los comuneros, con el propósito *ya inicialmente sentido* de adjudicarse cada uno un piso o local al terminar la construcción, conociendo incluso en el momento de proyectar el edificio cuál va a ser el piso que les corresponda y teniendo determinada desde el primer momento la cuota centesimal de participación en los elementos comunes, que suele ser la misma de su participación ideal y proindivisa en el condominio del suelo.

Como consecuencia de no existir hoy cauce legal adecuado para esta figura jurídica, en el momento de adquirir el solar nada se dice de este proyecto, con lo que nace primero una verdadera comunidad romana sobre el suelo, y luego, al hacer la declaración de obra nueva, sobre todo el edificio, y por ello se precisa la división material subsiguiente a la constitución del edificio en régimen de Propiedad Horizontal, con la adjudicación del piso o local correspondiente. Y con todo ello se multiplican los gastos notariales y registrales, surge el concepto liquidable antes dicho, y aún más, antes de la división material se corre el peligro del ejercicio del *actio comuni dividundo*, o en los casos de transmisión de las cuotas, la posibilidad de un retracto de comuneros..., cosas todas imposibles de evitar en el actual estado de nuestra legislación sustantiva civil, registral y fiscal.

Por eso entendemos que en una futura regulación de la Propiedad Horizontal debiera contemplarse este supuesto, y aun sin llegar a la inscripción del edificio proyectado, que tantas dificultades daría en la práctica y que tanto pugna con las más elementales normas hipotecarias, sí podría arbitrarse un medio, similar a una reserva de rango, para hacer

de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos. en la forma prevista por el artículo 396.»

constar en el Registro la declaración o manifestación de voluntad hecha en escritura pública por los varios adquirentes de un solar de que van a destinar el mismo a la construcción de un edificio, que luego constituirán en régimen de Propiedad Horizontal y se adjudicarán por pisos o locales independientes, determinando incluso en forma clara qué piso corresponde a cada uno, su cuota centesimal, Estatutos, etc.

Tal declaración o manifestación de voluntad pudiera surtir efectos registrales durante un plazo corto, de tres o cuatro años, suficiente para la construcción y trámites posteriores, y podría cancelarse de oficio y por caducidad si en dicho plazo no se inscribiera la declaración de obra nueva, la constitución del régimen de Propiedad Horizontal y la adjudicación de los pisos. Pero durante la vigencia de tal plazo no podría darse la acción de división, ni el retracto en la transmisión de las cuotas, ni surgiría el concepto liquidable de división de comunidad.

Igualmente es frecuente en la práctica que surja la constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal en una partición de herencia y como trámite previo a la misma, para poder adjudicar a distintos herederos y en parte del pago de sus respectivos haberes, los diferentes pisos o locales independientes de tal edificio. La cuestión no tiene ninguna especialidad registral y es frecuente como medio, a veces único, de realizar la partición, siendo similar a otras operaciones parecidas, que contienen las particiones, como trámite previo y necesario para las mismas: segregaciones, agrupaciones o divisiones de fincas e incluso declaraciones de obra nueva que olvidara realizar el causante.

Está claro que las inscripciones separadas de los pisos o locales deberán hacerse a favor de los herederos adjudicatarios y por título de herencia; pero ¿a favor de quién debe hacerse la inscripción del edificio conjunto en régimen de Propiedad Horizontal? En una correcta técnica registral, y de acuerdo con el párrafo último del número 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria, tal y como ha quedado redactado por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, debemos distinguir dos supuestos:

- 1) Que el causante en su testamento haya constituido el edificio en régimen de Propiedad Horizontal, o que sin hacerlo expresamente haya determinado a quién corresponden los diferentes pisos o locales, bien como legado de cosa específica, bien como partición practicada en el mismo testamento o incluso como simple ruego en el mismo. En este caso la inscripción del régimen de Propiedad Horizontal en el edificio conjunto y en el folio del mismo debe hacerse a favor del mismo *causante*, pero *como trámite previo y necesario para la partición*. Y lo mismo debe suceder en los casos de partición practicada dentro de plazo por el comi-

sario-contador-partidor nombrado por el causante en el testamento, puesto que en principio deben considerarse como practicadas por el mismo causante, cual reiteradamente establece la Dirección General de los Registros en sus resoluciones de 30 de abril de 1917, 1 de julio de 1920, 6 de marzo de 1923 y 12 de diciembre de 1927, entre otras. Ciertamente que esta solución de realizar esta inscripción previa a favor de persona ya fallecida parece ir en contra de las normas generales por haberse ya extinguido su personalidad, pero piénsese que es la más correcta en la práctica y está permitida por la Dirección General de los Registros en los supuestos de adjudicaciones a personas fallecidas, cuando en un mismo acto se verifican varias particiones de otros tantos causantes fallecidos en diferentes fechas y necesarias para completar el historial jurídico de la finca a los efectos de un tracto sucesivo, aunque sea abreviado o comprimido (resoluciones de 4 de septiembre de 1897, 29 de febrero y 7 de octubre de 1908, 20 de enero de 1909 y 31 de mayo de 1911), es decir, se trata de una inscripción puente previa, necesaria para las de los pisos independientes, y por ello es conveniente que se haga constar en el acta de inscripción que se inscribe a favor del causante, como trámite previo a su partición, como antes indicábamos.

2) Si la partición la hacen los mismos herederos, por sí o por contador nombrado por todos ellos, y el causante nada dijo en su testamento, hay que considerar que la constitución del edificio en régimen de Propiedad Horizontal, aunque trámite previo a la adjudicación por herencia de los diferentes pisos o locales, nace de un acuerdo entre los coherederos y, por tanto, debe inscribirse tal régimen en el folio del edificio conjunto a favor de todos y de cada uno de los mismos que vayan a ser adjudicatarios de los diferentes pisos o locales, y en la proporción y con el carácter de titulares de tales pisos, tal como determina el párrafo último del número 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

Por último, puede muy bien nacer en la práctica la Propiedad Horizontal como consecuencia de la constitución de un *derecho de superficie*, hoy claramente regulado en nuestra legislación por los artículos 157 al 161 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (23) y por el artículo 16 del

(23) La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 dispone:

«Art. 157. 1.º El Estado, las Entidades Locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el *derecho de superficie* en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario.

2. Será transmisible y susceptible de gravamen, con las limitaciones que se hubieran fijado al concederlo.

3. Se registrará por las disposiciones contenidas en esta Sección por el título

vigente Reglamento Hipotecario (24). Pero aunque algún autor, como VENTURA TRAVESET (25), opine que la Propiedad Horizontal nace en el mismo momento de la constitución del derecho de superficie, siempre que se conceda al superficiario durante el plazo estipulado la propiedad de lo edificado y al final del mismo revierta sólo en parte al concedente, dueño

constitutivo del derecho, y subsidiariamente por las normas del Derecho Privado.»

«Art. 158. 1. La concesión del Derecho de Superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa

2. En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública, y como requisito *constitutivo* de su eficacia, *inscribirse en el Registro de la Propiedad*.

3.»

«Art. 160. 1. En toda enajenación onerosa el concedente ostentará derecho de tanteo y, a falta de preaviso formal y expreso, de retracto...

2. En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, retracto.»

«Art. 161. 1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo..., que no podrá exceder de cincuenta años...

2. Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción, según el estado de la misma en el momento de la transmisión.

3. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provoca la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía.

4. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.»

(24) El vigente Reglamento Hipotecario, en su artículo 16, párrafo primero, dispone:

«1.º Para su *eficaz constitución* deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, las siguientes:

A) Plazo de duración del Derecho de Superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

B) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

C) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales, destino y costo del presupuesto.

D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

E) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el Derecho de Superficie a comiso.»

(25) VENTURA TRAVESET: *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, págs. 183 y ss.

del suelo; nosotros entendemos que en el momento de la constitución del derecho de superficie no puede haber ni inscribirse, por tanto, un régimen de Propiedad Horizontal sobre el edificio, puesto que éste es un puro proyecto en su totalidad y, por tanto, impide la constitución del régimen de Propiedad Horizontal y su inscripción el número 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria en su vigente redacción.

Será preciso primero que nazca con su inscripción el *derecho de superficie*, puesto que se trata de un caso más de inscripción constitutiva, como claramente se desprende del párrafo primero del artículo 16 del Reglamento Hipotecario y del número 2 del artículo 158 de la Ley del Suelo, y una vez se comience la construcción por el superficiario, o una vez esté terminada, será necesario que concedente y superficiario, cada uno interviniendo con su carácter, otorguen la escritura de declaración de obra nueva, en construcción o terminada, y a la vez constituyan ambos el régimen de Propiedad Horizontal. Claro está que todo ello puede resultar perfectamente del título de constitución del derecho de superficie y como una consecuencia del mismo; pero antes de empezar las obras solamente se inscribirá la constitución del derecho de superficie, y luego acreditado por acta notarial el comienzo o terminación de las obras podrá presentarse nuevamente la escritura e inscribir dicha obra nueva, el régimen de Propiedad Horizontal, etc.

Se hará la inscripción en la finca matriz del edificio entero, y después de la inscripción, en la que conste la constitución del derecho de superficie a favor de ambos, concedente y superficiario, cada uno con su carácter, y la inscripción separada e independiente de los diferentes pisos o locales, se hará a favor del superficiario durante el plazo concedido, con expresión del derecho de reversión al término del mismo, bien total, bien parcial, a favor del concedente.

Pero hay que advertir que en la práctica se da pocas veces este *derecho de superficie* «químicamente puro», en el que todo lo edificado al final del plazo convenido, nunca superior a cincuenta años, revierta al dueño del suelo, pues si se pacta esta reversión total, no tiene ni por qué nacer el régimen de Propiedad Horizontal, puesto que durante el plazo todo lo edificado es del superficiario, y después del plazo todo es del concedente, y ambos supuestos no sólo no requieren, sino que tampoco permiten la constitución en régimen de Propiedad Horizontal, ya que los diferentes pisos o locales son de un mismo propietario, y estamos en el supuesto de extinción previsto en el número 2 del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal. Lo más corriente es usar el expediente del derecho de superficie para dar vía legal e inscribible a la denominada en la vida diaria «permuta de solar por obra», contrato que frente a su realidad social tiene tan poca viabilidad jurídica al no poderse inscribir la

permuta de cosa futura, que suele siempre constar en un simple documento privado, disimulándose con una venta del solar lisa y llana en escritura pública, que se inscribe a favor del constructor y que tantos peligros supone para el verdadero y civil dueño del suelo.

La mejor forma de asegurar los derechos y las obligaciones de ambas partes, dueño del suelo y constructor, es precisamente la constitución de un *derecho de superficie* con un plazo corto, que equivalga a poco más del tiempo previsto para la construcción del edificio, pactando expresamente que revertirán al concedente determinados pisos o locales y que los restantes quedarán propiedad exclusiva del superficiario.

En este caso, y partiendo de que ya conste inscrito el derecho de superficie, la escritura de constitución del régimen de Propiedad Horizontal, otorgada al final del plazo, contendrá multitud de conceptos inscribibles, a saber: *a)* Declaración de obra nueva. *b)* Constitución del edificio en régimen de Propiedad Horizontal, con Estatutos en su caso. *c)* Terminación del derecho de superficie, petición expresa de su cancelación y adjudicación, en cumplimiento de lo pactado en el mismo, de ciertos pisos o locales al dueño del suelo y de los restantes al constructor, con la determinación de la cuota de participación en los elementos comunes, entre ellos el suelo, que deja de ser propiedad exclusiva del concedente.

La inscripción de la finca matriz o edificio entero contendrá todos estos conceptos y se hará a favor de ambos, como titulares que van a ser de los diferentes pisos o locales, de acuerdo con el párrafo último del número 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria en su actual redacción. Y la inscripción separada de cada piso o local ya se hará a favor de cada uno de ellos, según se haya pactado, y por título de adjudicación, en virtud de terminación de un derecho de superficie y de acuerdo con lo establecido en la constitución del mismo.

Por último, también es interesante el caso bastante corriente de constituirse un régimen de Propiedad Horizontal en los supuestos de enajenación de vuelo o subsuelo, en cierta manera previstos en el párrafo segundo del artículo 16 del Reglamento Hipotecario (26), puesto que en estos casos el mismo precepto reglamentario lo permite y, además, al existir ya

(26) El número 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario vigente dice así:

«2.º El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: *a)* Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las normas que se establezcan para su determinación. *b)* Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.»

un edificio, mayor o menor, nos encontramos en el supuesto permitido de «uno o varios pisos proyectados», de que habla el final del párrafo segundo del número 4 del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

En estos casos el documento contendrá también diversos conceptos inscribibles y, por tanto, sujetos por separado a la calificación registral:

a) Enajenación o reserva del suelo o del subsuelo, con expresión del número de plantas permitido y determinación de la titularidad del vuelo o subsuelo superior o inferior al enajenado o reservado. b) Constitución del régimen de Propiedad Horizontal de todo el edificio a favor del dueño anterior y del nuevo titular del vuelo o subsuelo, con determinación de los pisos o locales, actuales y proyectados, que corresponden a cada uno.

El Registrador hará la inscripción en la finca matriz de ambos conceptos y luego las inscripciones separadas de los pisos o locales ya construidos, pues los proyectados sólo pueden constar en la inscripción del edificio conjunto o matriz, y no pueden inscribirse separadamente hasta que su construcción esté terminada o, por lo menos, comenzada, por lo que para obtener esta inscripción separada de los nuevos pisos o locales construidos sobre el vuelo o subsuelo enajenado o reservado se exigirá la declaración de obra nueva correspondiente de los mismos, por lo que en buena técnica hipotecaria y en trámites de la calificación registral, en la primera escritura de enajenación de vuelo o subsuelo, constitución de la finca en régimen de Propiedad Horizontal, deben inscribirse ambas cosas, así como separadamente los pisos independientes que ya existían en el inmueble, pero debe suspenderse la inscripción separada de los que se piensan construir sobre dicho vuelo por ser meramente proyectados.

En cuanto a los demás principios hipotecarios, ya vimos su actuación normal en cuanto al de *rogación o instancia*, puesto que no se puede inscribir un edificio en régimen de Propiedad Horizontal si no se pide por los interesados, siendo cosa distinta la consideración ya hecha de que una vez pedida la inscripción ésta debe hacerse como ordena la ley y, por tanto, ya no se necesita el consenso del peticionario para practicar además la inscripción separada de los pisos y locales.

El principio de inscripción, que en nuestro sistema juega desde el punto de vista del carácter meramente *declarativo* de la misma, sigue vigente para la propiedad de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, pues tal nace fuera del Registro y su registración no le añade más valor que el clásico de la legitimación y de la fe pública registral. Y esto aun en el supuesto de que tal régimen nazca como *conditio sine qua non* de otra institución para la que la inscripción tenga carácter de constitutiva, como puede ocurrir con la hipoteca o con el derecho de superficie, y aunque es verdad que ambos derechos no habrán nacido hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, dado dicho carácter constitutivo

de su inscripción, el régimen de Propiedad Horizontal no necesita de tal registración para tener virtualidad jurídica, y nacerá, sí, *desde la inscripción*—puesto que se ha condicionado al nacimiento de un derecho que entonces nace—, pero no *por la inscripción*, como en este derecho (hipoteca o superficie) ocurre.

Por último, bástenos decir, pues se comprende fácilmente, que el *principio de prioridad*, consagrado en el artículo 17 de nuestra Ley Hipotecaria, al dar fuerza legal al brocardo *prior tempore potior iure*, tiene un juego completamente normal de aplicación en los edificios constituidos en régimen de Propiedad Horizontal.

CONCLUSIONES

1.^a La simple solicitud de registración de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal lleva de un modo imperativo a la inscripción separada y especial de todos y cada uno de los pisos o locales componentes, que deben tener número registral propio y folio especial, aunque siempre relacionado con el folio matriz, donde consta el edificio total y su constitución en régimen de Propiedad Horizontal.

2.^a Esta dualidad de inscripciones modaliza el juego y actuación de los principales *principios hipotecarios*, cumpliéndose el *tracto sucesivo* y actuando la *legitimación registral* en el sentido de tenerla los titulares vigentes de todos y cada uno de los folios separados de los pisos o locales, para efectuar modificaciones jurídico-reales en el folio del edificio total, y reputándose a los efectos de la *fe pública registral* que el *Registro para un tercero* en los edificios constituidos en régimen de Propiedad Horizontal está constituido siempre por *dos folios registrales*, el del *edificio total* y el de cada uno de los *pisos o locales*.

3.^a Cualesquiera que sean los conceptos que se involucren en una escritura por la que un edificio se constituye en régimen de Propiedad Horizontal, anteriores o posteriores a la misma, para el mejor cumplimiento del *principio de especialidad* y la mayor claridad del Registro debe dicho régimen constar en una inscripción separada y especial destinada únicamente al mismo.

4.^a En una futura legislación sobre la Propiedad Horizontal debe regularse de una manera más perfecta y completa la titularidad dispositiva de estas especiales comunidades, facilitando en lo posible su forma de actuación en la vida jurídica sin necesidad de la intervención de todos sus componentes, y sin llegar a forzar el nacimiento de una nueva persona jurídica podría arbitrarse su personalidad como simple comunidad, fijándose en la ley sus distintos *órganos*, que bastaría fueran el *presidente*

y la *junta general de propietarios*, determinándose las mayorías necesarias en cada caso, sin exigir nunca la unanimidad, y la forma de actuación del presidente en nombre de tal comunidad, debiendo constar inscrito en el Registro su nombramiento o exigiéndose la correspondiente acta notarial del mismo en todos los supuestos de actuación. También convendría una regulación más clara y precisa de los llamados *departamentos procomunales*, desde el punto de vista de su inscripción en el Registro de la Propiedad, en la que debe constar claramente a quién corresponde su titularidad de disposición y de gravamen.

CARLOS ALTARRIBA SIVILLA
Registrador de la Propiedad

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES

DICTAMEN SOBRE

Deslinde y amojonamiento efectuados por la Administración sobre zona calificada de marítimo-terrestre. Posibles razones de oposición.

HECHOS

Primero.—Según Orden de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 12 de abril de 1965, la Jefatura de Costas y Puertos de Cataluña efectuó de oficio el deslinde de la denominada zona marítimoterrestre del término municipal de Vilaseca-Salou (Tarragona), de cuyo deslinde, según es preceptivo ante la ausencia de notificación directa a los interesados, se hizo la debida publicación mediante anuncio insertado en el *Boletín Oficial de la Provincia* en 26 de noviembre de 1968, citándose a los propietarios relacionados para manifestarse en el expediente, de conformidad todo ello con el artículo 80, 3.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Segundo.—Como resultado de dicho expediente se citan en la relación, y entre otros titulares, a los propietarios de la finca X, situada en el término municipal aludido, que se describe conforme al contenido registral correspondiente.

Tercero.—Según se determina en el plano expuesto a la información pública por la Jefatura de Costas y Puertos de Cataluña, por las circunstancias antes aludidas viene a resultar que la finca X, cuya titulación consta debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente, queda afectada por el deslinde y amojonamiento realizado, en los términos siguientes:

«Los terrenos de la finca X colindan con el mar a lo largo de la

costa y en una longitud determinada. El deslinde y amojonamiento realizados vienen a determinar una línea quebrada, a partir de la cual, y hasta el mar, se adscriben a la zona maritimoterrestre los terrenos incluidos en la faja de tierra que se forma. Dicha faja de tierra, situada entre la línea de mojones y la línea de costa, tiene una anchura oscilante entre uno y cuarenta metros aproximadamente, según medidas que resultan de la proyección en el plano de la realidad» (ver diagrama anexo).

CONSULTA

Por estimarse que el deslinde y amojonamiento efectuados por la Jefatura de Costas y Puertos de Cataluña no se ajusta a Derecho, incurriéndose en errores de hecho, los interesados desean saber:

Primero.—Cuáles pueden ser los errores de hecho con trascendencia jurídica que puedan invocarse contra el acto administrativo.

Segundo.—Razones en que pueda fundarse la oposición al expediente.

Tercero.—Posibles cauces de oposición al deslinde y amojonamiento efectuados por la Administración.

DICTAMEN

A) *Fundamentación de hecho*

La fundamentación fáctica para oponerse al deslinde y amojonamiento efectuados por la Administración debe encontrarse en las características físicas de la porción de terreno calificada administrativamente como adscribible a la zona maritimoterrestre.

La finca X, debidamente inscrita, se caracteriza en su linde con el mar por formar una línea de costa que en casi su total extensión es acantilada y de respetable altitud. La parte de costa no acantilada ofrece unas sensibles pendientes, con producciones espontáneas del suelo (arbustos, matojos), y con excepción de tres sectores, correspondientes a sendas vaguadillas, cuya anchura máxima no excede de los seis metros en la línea de unión de tierra y mar, puede reconocerse que la parte acantilada y la parte de sensible pendiente forman una línea de costa en la propiedad X.

Interesa llamar la atención sobre las características indicadas, ya que las mismas son determinantes de la ausencia de los supuestos fácticos que, de conformidad con la legislación aplicable, son necesarios para que pueda hablarse con rigor técnico jurídico de zona maritimoterrestre.

Es de destacarse asimismo la circunstancia de que en la parte de costa no acantilada, aunque de sensible pendiente, existen producciones vegetales espontáneas, cuya presencia allí demuestra claramente que el agua de mar no las alcanza; como es sabido, el agua salada impide el desarrollo de los vegetales que surgen en tierra.

Dichos elementos fácticos explican por sí solos la aplicación de los argumentos de Derecho y la interpretación que, como veremos inmediatamente, se impone.

B) *Fundamentación de Derecho*

Primero.—Artículo 1 de la Ley de Puertos vigente, conforme al cual son de propiedad nacional y de uso público, primero, «la zona maritimoterrestre, que es el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales».

El precepto citado nos ofrece un concepto de lo que es zona maritimoterrestre, que comprende dos hipótesis distintas. Es la primera, que se define como zona maritimoterrestre, el espacio de costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo en donde son sensibles las mareas. Es la segunda, que resulta ser zona maritimoterrestre, el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español hasta donde son sensibles las mayores olas en los temporales.

Debe observarse que el artículo 1 de la Ley de Puertos toma como criterio de determinación de la existencia de zona maritimoterrestre aquel que es común y ordinario: el flujo y reflujo de las aguas allí donde sean sensibles las mareas. Y sólo en ausencia de este criterio más frecuente y normal recurre a otro elemento de juicio, menos ordinario, más extraño, cual es el de las olas provocadas por los temporales. Luego allí donde existan mareas sensibles ha de excluirse el criterio de las olas provocadas por los temporales, factor que solamente sirve de orientación al intérprete cuando el trazo de la costa impida el flujo y reflujo de las aguas por consecuencia del movimiento de mareas.

Debe también observarse que cuando el artículo 1 de la Ley de Puertos fija como otra alternativa para la existencia de la zona maritimoterrestre, ante la ausencia de mareas, la parte de costa hasta donde alcanzan las mayores olas en los temporales, la generalidad de los términos empleados por el legislador ofrecen peculiar importancia. Dicha generalidad y vaguedad de los términos comprendidos en el precepto, que no reflejan la trascendental diferencia existente entre olas de temporales de gran magnitud (por ejemplo, los derivados de maremotos) y olas de temporales

de escasa entidad, obliga al intérprete a seguir el sentido que tales expresiones invitan a captar. Y, como es tradicional en la interpretación jurídica, ante un criterio que marca pautas relativamente indefinidas ha de recurrirse a la normalidad, a lo más común y ordinario. Es el mismo criterio usado por el legislador, al atender primero al elemento de las mareas en su flujo y reflujo, y luego al de los temporales. Y respecto de éstos, aquella ausencia de concreción obliga a entender los temporales a que se refiere la ley como aquellos de entidad normal y ordinaria en la zona de que se trate (1).

No debe olvidarse tampoco otra razón que reclama efectuar tal tipo de interpretación, cual es el carácter restrictivo que tiene la Ley de Puertos, dentro de la concepción del dominio contenida en el Código civil, lo que impone una interpretación igualmente restrictiva.

Correspondientemente con lo expuesto, la aplicación del artículo 1 de la Ley de Puertos a la zona del municipio Vilaseca-Salou, y concretamente a la zona en que se encuentra situada la finca X en su linde con el mar, exige previamente la determinación de si se dan en la realidad los supuestos de hecho previstos en la ley.

a) Existencia de mareas, determinantes de flujo y reflujo. La linde con el mar de la finca X consiste en una pared acantilada, que hace imposible la presencia del flujo y reflujo, por cuanto impide que la marea actúe en su natural movimiento de progreso y retroceso sobre la tierra; el agua se limita a batir la base del acantilado. Reiterándonos, pues, la existencia de un «flujo y reflujo en donde sean sensibles las mareas», requerido por el artículo 1 de la Ley de Puertos, no se da en la realidad a lo largo de la zona acantilada. Y en la parte de costa no acantilada, que se caracteriza por ofrecer la margen costera una pendiente manifiesta y muy sensible, con algunos puntos de pendiente más liviana (vaguadas), allí las mareas sí son sensibles y se puede apreciar la existencia de flujo y reflujo en las aguas. Ahora bien: la misma existencia de esa sensible pendiente, pendiente en que se producen espontáneamente una serie de vegetales y arbolado menor, son demostrativos de que la diferencia de oscilación entre flujo y reflujo, según pueda reflejarse en el nivel alcanzado por el agua del mar, no ha de ser muy grande. Pero debe concluirse que la exigencia de un «flujo y reflujo en donde sean sensibles las mareas», requerido por el precepto de referencia, sí se da en la realidad y con referencia al tramo de costa no acantilada.

b) Altura alcanzada por las mayores olas en los temporales. En la parte de la linde con el mar de la finca X consistente en pared acantilada, por no existir flujo y reflujo, es donde debe aplicarse el criterio legislativo

(1) Criterio seguido en la revisión del artículo 1 de la Ley de Puertos.

de la altura alcanzada por las olas en los temporales para fijar la existencia o no de zona marítimoterrestre. La presencia del acantilado, que, como quedó dicho, impide la existencia de flujo y reflujo, implica necesariamente que en un temporal las olas provocadas al romper con la pared acantilada hagan que el agua del mar alcance determinada altura. Y en la parte de costa no acantilada, sin perjuicio de su sensible pendiente, la posibilidad de flujo y reflujo provocado por las mareas excluye imperativamente el recurso de utilizar el criterio de la altura alcanzada por las mayores olas en los temporales, pues si este criterio es uno subsidiario para el legislador, también debe serlo para el intérprete.

Resumiendo, creemos poder afirmar que el inmueble correspondiente con la finca X ofrece la peculiaridad, en su linde con el mar, de tener dos porciones de costa de configuración distinta, que obligan a utilizar dos criterios diferentes para determinar la zona marítimoterrestre. En la porción de costa acantilada, el criterio que debe aplicarse es el de la altura que puedan alcanzar las mayores olas en los temporales normales que se produzcan en la zona, y en la porción de costa no acantilada, el criterio que ha de utilizarse es el del flujo y reflujo provocado por las mareas sensibles.

No obstante esta diversidad de criterios, que deben utilizarse en el caso que nos ocupa, el deslinde y amojonamiento efectuados por la Jefatura de Costas de Cataluña da la impresión de no haberse usado dichos criterios y, correspondientemente, no se ha cumplido con el artículo 1 de la Ley de Puertos:

1.º Con relación a la parte de costa acantilada, si observamos el plano podemos comprobar que se ha fijado una faja de tierra que se quiere calificar de marítimoterrestre; dicha faja muestra una anchura prácticamente constante. Ahora bien: ¿cómo es posible esa constancia cuando el acantilado va adquiriendo proporcional altura según nos alejamos del vértice de Cala A? Lógicamente, dicha faja de tierra que se quiere atribuir al dominio público debiera ser más ancha en su proximidad a Cala A, reduciendo su anchura conforme el acantilado va tomando mayor altura. Comprendemos que la proyección efectuada por los técnicos ofrece la ventaja de ser expeditiva, pero parecen haber olvidado que aquí la técnica debe sujetarse a la legislación vigente, y fijando la Ley de Puertos determinados criterios de delimitación, tales criterios deben cumplirse. El trazo de la línea de demarcación de la zona marítimoterrestre debe llevarse a cabo mediante la aplicación debida del artículo 1 de la ley. Conforme con lo preceptivo, en la porción de zona acantilada, desde sus comienzos a contar de Cala A y en adelante, la zona marítimoterrestre se limita a una línea ideal sin plasmación posible. Son las razones de ello:

a) la parte acantilada que balconea sobre Cala A, por la presencia de la

playa existente en la misma Cala, obliga a aplicar el criterio del flujo y reflujo, flujo y reflujo que por la presencia del acantilado no se dan para con éste (el agua, naturalmente, subirá de nivel con la marea alta, pero no alcanzará un nivel superior al del acantilado), y b) si en vez de aplicar el criterio del flujo y reflujo de la marea empleamos el otro, de la altura alcanzada por las mayores olas en los temporales, su aplicabilidad sería imposible, pues la presencia de la playa existente en la Cala A haría que las olas, ante una extensión a recorrer sin barreras que se les opongan, se convertirían en una corriente más o menos tumultuosa del agua, que provocaría la inexistencia del oleaje mismo.

Por tanto, la pretensión de la Jefatura de Costas, consistente en fijar la zona maritimoterrestre sobre la superficie del acantilado es resultado de mero capricho administrativo o consecuencia de una comodidad técnica en el trazado delimitador, que no sólo no se corresponde con el mandato del artículo 1 de la Ley de Puertos, sino que resulta francamente opuesto al mismo.

2.^a Con referencia a la parte de costa no acantilada, que ofrece una sensible pendiente, al existir ahí flujo y reflujo de la marea es necesario determinar el nivel del movimiento del agua, que permitirá fijar la línea de exacta delimitación. Y nos resulta un tanto paradójico cómo una pendiente sensible autoriza a fijar una zona de flujo que se adentra en ocasiones hasta más de cuarenta metros sobre tierra adentro; zona en la cual, reiteramos, se ofrecen producciones espontáneas del suelo, que nunca podrían existir si el movimiento de flujo y reflujo del mar los bañase regularmente y de manera constante. Parece evidente que también aquí se ha vuelto a usar el procedimiento expeditivo técnico anterior, con nuevo olvido del artículo 1 de la Ley de Puertos. Obsérvese el absurdo que implica situar mojones en terrenos de pendiente sensible hasta una profundidad sobre tierra firme de cuarenta metros, y fijar una zona playera (Cala A) de mínima pendiente, en que los mojones están situados a una distancia tierra adentro poco mayor. Debe admitirse que en esa porción de la costa la existencia misma de pendiente en declive hacia el mar hace imperativo reconocer una zona maritimoterrestre por consecuencia de las mareas; pero es también imperativo admitir que dicha franja no puede ser más amplia o igual que la zona de playa, sobre la cual, evidentemente, el agua avanza más hacia el interior de la tierra.

Podemos, pues, recapitular lo expuesto indicando:

1.º En la parte de costa acantilada no cabe aplicar el criterio delimitador de la altura alcanzada por las mareas, sino el criterio de altura alcanzada por las mayores olas en los temporales. Ahora bien: debe

dudarse seriamente que un temporal pueda provocar olas que superen no sólo la altura del acantilado, sino que se adentren luego en tierra firme más allá del mismo para alcanzar unas veces seis metros, pero otras veinticinco. Si se observa el plazo expuesto por la Jefatura de Costas, puede apreciarse que los puntos más abiertos al embate de las olas (mojones 109 y 110) están fijados prácticamente en el borde del acantilado, mientras que otros mojones (111, 112) están colocados hasta unos veinte metros hacia el interior. Asombroso en verdad que, según los técnicos encargados del deslinde, las partes más susceptibles al embate del mar sean aquellas en las que no sólo grandes, sino gigantescas olas de un temporal normal y corriente se limitan a tocar la parte superior del acantilado, mientras que esas mismas olas en las partes menos abiertas al embate marítimo avancen con profusión en tierra firme. Hasta donde conocemos, el agua y las fuerzas que sobre el agua actúan responden a una ley natural. Y no es natural que cuando unas condiciones físicas permiten la expansión los líquidos se contraigan, y viceversa.

2.º En la porción no acantilada, con sensible pendiente, cuya delimitación maritimoterrestre debe efectuarse conforme al criterio del flujo y reflujo de las mareas, la determinación de una zona deslindada, cuya línea de demarcación llega a alcanzar hasta los cuarenta metros tierra adentro, sólo nos permite afirmar que se limita a expresar un deslinde efectuado a capricho, con absoluta inobservancia de las prescripciones legales aplicables.

Segundo.—El sentido de la Ley de Puertos en su totalidad, así como el del Reglamento que la desarrolla, según ha sido interpretado por la jurisprudencia.

La razón de ser del deslinde y amojonamiento de la zona maritimoterrestre estriba en la materialización de la extensión del dominio público con carácter ejecutivo. «El deslinde del terreno de dominio público es atribución privilegiada de la Administración y de carácter ejecutivo, en cuanto el deslinde implica una determinación de la extensión del propio dominio público» (sentencia de 30 de enero de 1958). «Correspondiendo al Ministerio de Obras Públicas, con arreglo al artículo 1 del Reglamento de Puertos, disponer se practique el deslinde y amojonamiento de la expresada zona *en los puntos donde se presuma que existen usurpaciones* o donde por cualquier motivo lo estime necesario...» (sentencia de 24 de junio de 1959). Naturalmente, la Administración, al proceder a deslindar, ha de actuar basándose en razones, ya que dicho deslinde determina los límites de la zona maritimoterrestre, declarando su posesión a favor del Estado.

Y la serie de fundamentos que explican la actividad deslindante de

la Administración ha sido también determinada claramente por la jurisprudencia, recogiendo el sentido del artículo 1 del Reglamento de Puertos. Tales fundamentos son:

1.º Por presumirse la existencia de usurpaciones o por cualquier motivo que la Administración estime necesario (sentencias de 4 de febrero de 1931, 24 de junio de 1959 y 2 de enero de 1960).

2.º Con carácter obligatorio para el otorgamiento de concesiones (sentencia de 20 de noviembre de 1959).

3.º Cuando lo soliciten los propietarios de los terrenos colindantes (artículo 1 del Reglamento de Puertos).

En el caso que nos ocupa, la tercera causa señalada—solicitud de colindantes—no se produce, ya que el deslinde se ha efectuado de oficio, según expresión del anuncio insertado en el *Boletín Oficial de la Provincia* de 26 de noviembre de 1968.

La segunda causa indicada—para el posterior otorgamiento de concesiones—tampoco se produce, ya que la Administración no puede otorgar concesiones sobre terrenos que no son de su propiedad y sí de propiedad privada. La finca X está debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, y la Administración, habiendo efectuado la consulta a los asientos registrales, la cual es preceptiva (sentencia de 30 de enero de 1958), hubiese comprobado aquella realidad.

La primera causa—presumirse la existencia de usurpaciones o por cualquier motivo de estimación necesaria—se divide en dos hipótesis diversas. Bajo la primera puede procederse al deslinde administrativo si se presumen usurpaciones, circunstancia que no se da aquí, según presunción derivable del contenido registral, en que la finca X consta a nombre de su titular. Bajo la segunda hipótesis no sería fácil que la Administración determinase los motivos, pues si el deslinde se efectuó *de oficio*, esto es, dentro del trámite, los motivos de necesidad están ausentes. Luego tampoco parece estar presente la primera razón de ser del deslinde.

Tercero.—Artículo 40, 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo: «El contenido de los actos administrativos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos.» El deslinde efectuado, sin ser firme, no se ajusta, sin embargo, a lo dispuesto en el ordenamiento, ni se ajusta tampoco, inicialmente, a los fines perseguibles con el deslinde.

Cuarto.—Artículo 47, 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo: «Serán también nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.» Este artículo 28 de la Ley de Régimen

Jurídico de la Administración del Estado determina que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores», de los cuales artículos citamos el 26 del mismo cuerpo legal: «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes.» Y de aprobarse el expediente de deslinde, la Orden que lo hiciere incurriría en nulidad por aprobar un acto administrativo contrario a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Puertos, así como otros correspondientes de la Ley Hipotecaria y Código civil, que citamos oportunamente.

Quinto.—Artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual grado o superior a éstas.» La Orden ministerial que aprobase el deslinde con relación a la finca X, por su carácter de norma particular carece de fuerza derogatoria con respecto a la Ley de Puertos, Ley Hipotecaria y Código civil; la vulneración provocaría un dictado administrativo contrario a las leyes (art. 26 citado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), lo que origina su nulidad de pleno derecho (art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Para estos preceptos citados de la legislación administrativa y para los indicados antes son de recordar las reiteradas afirmaciones de la jurisprudencia, conforme a las cuales no tienen fuerza de obligar las disposiciones del poder ejecutivo que implican desviación de poder o derogación de una ley (sentencias de lo Contencioso de 24 de noviembre de 1898 y 16 de octubre de 1900; sentencias de la Sala Tercera de 10 de marzo de 1952 y 26 de noviembre de 1953).

Además, se infringen igualmente los artículos antes citados, por no cumplirse con el contenido de los preceptos que citamos de inmediato.

Sexto.—Artículo 4 del Código civil: «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», precepto que, como ha reconocido la jurisprudencia, «es aplicable en toda materia» (sentencia de lo Contencioso de 15 de octubre de 1946).

Séptimo.—Artículo 38 de la Ley Hipotecaria: «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.»

La finca X se halla debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, según se dijo. El titular a cuyo nombre consta la inscripción del inmueble tiene a su favor la presunción registral de la propiedad y de la posesión del mismo. Y «no prejuzgando el deslinde administrativo otra cosa que la posesión de la zona deslindada en favor de la Administración» (sentencia de 12 de noviembre de 1962), la Administración no puede actuar directamente deslindando una finca debidamente inscrita, ya que «cuando se oponen títulos amparados en la legislación registral a favor de los particulares, a la Administración no le es dado desconocerlos» (sentencia de 30 de enero de 1958), ya que ésta «en los deslindes no puede alterar el estado posesorio, ni aun en el supuesto de presunción de que los bienes pueden ser propiedad del Estado» (sentencia de 22 de noviembre de 1956), porque «en los deslindes administrativos ha de respetarse la posesión de terrenos considerados como pertenecientes a particulares, mientras no recaiga sentencia firme de los Tribunales civiles» (sentencias de 11 de enero de 1918 y 30 de junio de 1930).

Y hasta tal punto es esto así, que si bien «la orden aprobatoria del deslinde no puede, en principio, ser anulada a instancia de los que se estimen agraviados» (sentencia de 24 de junio de 1959), sí procede si la oposición deriva «de una inscripción registral» (sentencia de 12 de noviembre de 1962).

En el mismo sentido se expresa la doctrina (2), porque «aun en el uso y ejercicio de esta facultad de determinación de un estado posesorio viene limitada la Administración por los efectos de la legitimación hipotecaria de que gozan los titulares registrales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y, consiguientemente, si en la práctica de un deslinde en la zona marítimoterrestre aparece una parcela... inscrita a favor de un particular en el Registro de la Propiedad, la Administración no sólo no puede combatir por sí la titularidad de aquél, sino que incluso debe respetar el estado posesorio del mismo...» (sentencias de 20 de enero de 1913, 24 de febrero de 1913, 11 de enero de 1918, 14 de diciembre de 1923, 18 de julio de 1930, 26

(2) En el mismo sentido se expresan en la doctrina: SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 302 y ss.; CHICO y BONILLA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1963, I, págs. 157 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, I, págs. 234 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid, 1963, págs. 156 y ss.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, págs. 181 y siguientes; COSSÍO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1956, 2.ª edición, págs. 173 y ss.

de noviembre de 1956, 30 de enero de 1958, 24 de junio de 1957 y 7 de julio de 1960) (3).

Porque «el titular de un derecho, según un asiento hipotecario, lo es para todos los efectos legales» (resolución de 18 de junio de 1926); porque «las personas a cuyo favor aparezcan extendidos los asientos tienen derecho a que se respete la situación con arreglo a los términos de la inscripción» (resolución de 17 de abril de 1929); porque esta protección alcanza a todos los casos en que se trata de proteger un derecho inscrito» (sentencia de 30 de abril de 1948); porque es bastante «la inscripción de dominio para presumir que el titular registral tiene a su favor la posesión conforme al Código civil» (sentencia de 17 de marzo de 1934). Y porque estas razones se explican por sí mismas, se infringe claramente el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con los efectos que se indicaron y respecto de los preceptos que citamos a continuación.

Octavo.—Artículo 1 de la Ley Hipotecaria: «Los asientos del Registro practicados en los libros..., en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta ley» (resoluciones de 13 de julio de 1933 y 22 de enero de 1944, y sentencias de 20 de octubre de 1949 y 21 de marzo de 1953). Considerando que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria reconoce al titular registral la presunción de dominio y de posesión en su favor, propiedad y posesión no pueden ser atacadas si no se declara previamente la inexactitud del asiento correspondiente, que sólo puede modificarse en virtud de sentencia judicial firme.

Como expresamente ha indicado la jurisprudencia, «de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1; 38, párrafo segundo; 40; 41, y 82 de la Ley Hipotecaria, los titulares registrales gozan de la presunción legitimadora, que aparece enunciada en dicho artículo 38..., y, por tanto, el deslinde no debió ser aprobado por el Ministerio de Obras Públicas en su totalidad, como lo hizo la Orden recurrida, sino sólo respecto de las fincas y terrenos con relación a los cuales no se formularon reclamaciones» (sentencia de 22 de noviembre de 1956). «Además, hallándose justificado..., por los títulos de dominio que ostenta..., se hallan inscritos en el Registro de la Propiedad a su favor..., es incuestionable que, en cuanto a la Orden recurrida aprobando el deslinde, los incluyó entre los comprendidos en la concesión que debía revertir al Estado, desconoció las inscripciones en el Registro de la Propiedad a favor de los recurrentes, extralimitándose en sus poderes» (sentencia de 30 de enero de 1958).

(3) FERNESA RIBÓ, *Eficacia del título hipotecario sobre parcelas de zona marítimo-terrestre*, «Rev. Adm. Públ.», núm. 46, enero-abril 1965, págs. 138-139.

Noveno.—Artículo 1.250 del Código civil: «Las presunciones que la ley establece dispensan de prueba a los favorecidos por ellas» (sentencia de 12 de noviembre de 1962). La presunción determinada en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria en favor del titular registral de la finca X, extendiéndose al dominio y a la posesión, impide la actuación ejecutiva por parte de la Administración, y conforme con el precepto civil que se acaba de invocar corresponde a la Administración aportar la carga de la prueba que desvirtúe correctamente el contenido manifestado por los asientos registrales, y ello antes de realizar cualquier acto de ejecución (sentencia de 22 de noviembre de 1956). Es, pues, a la Administración a quien corresponde, si puede, solicitar por la vía ordinaria las medidas oportunas para autorizarse el consiguiente rectificador del contenido registral si tiene fundamentos legales para ello (sentencia de 12 de noviembre de 1962). Producida la inmatriculación, la Administración pierde la acción directa que le ofrece la facultad de deslinde administrativo» (4), y solamente puede «pedir su anulación y ejercitar la acción reivindicatoria de la finca discutida si efectivamente esa inscripción fuera improcedente por afectar a zona maritimoterrestre considerada de dominio público» (sentencia de 12 de noviembre de 1962).

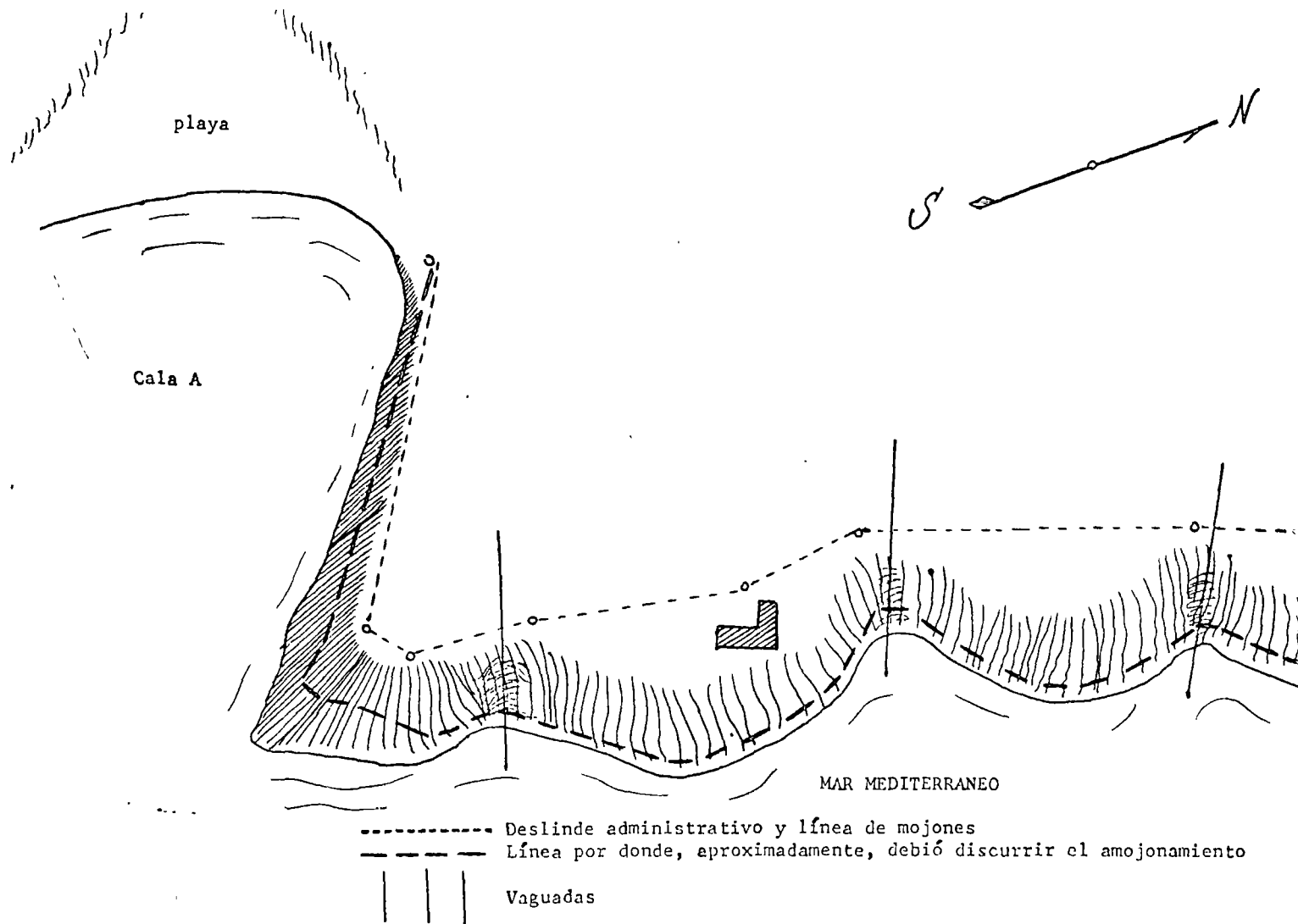
CONCLUSIONES

Primera.—El deslinde y amojonamiento efectuados por la Administración, operando en su nombre la Jefatura de Costas y Puertos de Cataluña, resulta equivocado de hecho, por no haberse tomado en consideración la realidad material de la finca en su linde con el mar y los criterios de aplicación vigentes para fijar la zona maritimoterrestre, según determina el artículo 1 de la Ley de Puertos.

Segunda.—El deslinde realizado, aunque no tiene todavía carácter firme, es susceptible de oposición, por no responder en su finalidad a ninguna de las causas, seriamente entendidas, que prescribe el artículo 1 del Reglamento de Puertos, según lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tercera.—Las razones de oposición, aparte del error fáctico, encuentran abundante apoyo en el artículo 40, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el artículo 47, 2, de la misma ley, y el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Es-

(4) *Ibidem*, 138.



tado, relacionado este último con la Ley de Puertos, Ley Hipotecaria y Código civil.

Cuarta.—Si bien es cierto que la legitimación registral no se extiende a los datos de mero hecho relativos a un inmueble, sí protege la presunción de dominio y posesión en favor del titular inscrito. Ello impide al Estado actuar directamente en el deslinde, debiendo reclamar previamente la intervención judicial para solicitar la anulación y operarse la correspondiente reivindicación.

Quinta.—Como quiera que de confirmarse el deslinde, el error de hecho y los errores de Derecho quedarían subsistentes, los argumentos que se esgrimen para oponer al acto de deslinde en su fase de información serían completamente válidos, ya en la vía administrativa, ya en la fase de contención.

Este es mi dictamen, que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

Madrid, noviembre de 1968.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTA
Doctor en Derecho

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE DISPONER. SU EFICACIA FRENTE A LA ENAJENACIÓN FORZOSA EN FAVOR DEL ESTADO: NO ES INSCRIBIBLE EL TESTIMONIO DEL AUTO DICTADO POR LA AUDIENCIA TERRITORIAL, EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SEGUIDO POR LA HACIENDA PÚBLICA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL COMO DEUDOR, POR EL QUE SE ADJUDICAN AL ESTADO DOS FINCAS RÚSTICAS, CUANDO DICHAS FINCAS APARECEN INSCRITAS CON PROHIBICIÓN TESTAMENTARIA DE ENAJENAR.

Resolución de 5 de septiembre de 1974 (B. O. del E. de 12 de septiembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—En el Registro de la Propiedad de Cocentaina figuraban inscritas con prohibición de enajenar dos fincas rústicas —secanos de viñas y olivos al término municipal de Muro de Alcoy—, señaladas con los números 2.846 y 3.758. Seguido procedimiento judicial contra el actual titular de las mismas, don José Ramírez Alonso, en el Juzgado número 6 de Valencia, causa 321/1967, la Audiencia Territorial de dicha capital, con fecha 29 de marzo de 1972, dictó auto por el que se adjudicaban al Estado las dos citadas fincas. Y comunicado tal auto a la Delegación de Hacienda de Alicante, Sección del Patrimonio, fue recabado informe a la Abogacía del Estado, que lo emitió en el sentido de ser título bastante para pedir la inscripción, por lo que fueron plena-

mente identificadas y tasadas las fincas para completar la oportuna documentación.

Presentado en el Registro escrito del Delegado de Hacienda en Alicante, acompañado del auto de adjudicación a favor del Estado de los mencionados bienes, junto con la documentación complementaria, puso el Registrador la siguiente nota: «Denegada la inscripción de las fincas comprendidas en el presente título por hallarse sujetas, según consta en el Registro de la Propiedad, a una prohibición de enajenar y tener que pasar al fallecimiento del ejecutado a favor de otras personas.»

El Delegado de Hacienda de Alicante interpuso recurso contra la anterior calificación. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—En este recurso la cuestión a dilucidar se centra en si es o no inscribible un testimonio judicial del auto dictado por la Audiencia Territorial de Valencia por el que se adjudican al Estado dos inmuebles pertenecientes al procesado, cuando de los asientos del Registro aparece que este último tenía limitada su facultad dispositiva al no poder enajenar las mencionadas fincas que habían de hacer tránsito a su fallecimiento a la persona o personas instituidas por el causante en su testamento.

El artículo 26 de la Ley Hipotecaria permite que tengan acceso al Registro las prohibiciones de enajenar impuestas por el testador en acto de última voluntad, siempre que la legislación vigente reconozca su validez, lo que sucede en el presente caso, en que la limitación se encuentra fundada en el artículo 781 del Código civil, y al estar este asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales—art. 1 de la Ley Hipotecaria—, produce todos sus efectos y, en consecuencia, obstaculiza el ingreso del documento calificado, hasta tanto desaparezca la prohibición o se declare, en su caso, su invalidez.

Lo anterior no se opone al principio general de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1911 del Código civil, según el cual el deudor responde con todos sus bienes de las obligaciones que haya contraído, que ha de ser respetado, pero ello no obsta para que al atribuir el dominio pleno de ambas fincas al Estado, en virtud de las subastas realizadas se hayan traspasado los límites del derecho subjetivo del obligado, así como de su poder de disposición, con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles.

Por último, no ha habido una conducta contradictoria por parte del funcionario calificador al dar primeramente acceso en el Registro a la anotación preventiva de embargo sobre los inmuebles y después rechazar la inscripción de los mismos a favor del Estado, puesto que la anotación practicada por su finalidad cautelar va encaminada a garantizar el derecho de los acreedores y terceros mediante la conservación y traba de los bienes del deudor, pero no tiene fuerza para privar de efectos a una prohibición temporal que para transmitir el dominio pesa sobre las fincas discutidas.

M. A. G.

2. PARA QUE A UN PACTO SE LE PUEDA ATRIBUIR CARÁCTER REAL, AL AMPARO DEL CRITERIO DE «NUMERUS APERTUS» DEL ARTÍCULO 7 DEL REGLAMENTO, HA DE EXTREMARSE EL CUIDADO PARA EVITAR QUE SE ELUDA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LEY HIPOTECARIA Y QUEDE SIN CUMPLIR LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 29 Y 98 DE LA MISMA, Y EN EL DERECHO DE TANTEO-RETRACTO, PACTADO EN CONTRATO ONEROSO DURANTE EL PLAZO DE DIEZ AÑOS, DEL RECURSO, NO APARECEN CLARAMENTE DELIMITADOS LOS PERFILES DE UNA FIGURA DE DERECHO REAL, E INCLUSO LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA ROZA CON EL PRINCIPIO GENERAL DEL 27, POR LO QUE HABRÍA DE SER CANCELADO, CONFORME A LOS ARTÍCULOS 98 DE LA LEY Y 355 DE SU REGLAMENTO. PERO NO HABIÉNDOSE PLANTEADO ESTA CUESTIÓN EN EL RECURSO, HASTA TANTO QUE FORMALMENTE NO SE DÉ CUMPLIMIENTO A LO INDICADO, EL ASIENTO HA DE PRODUCIR TODOS SUS EFECTOS, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY.

Y NO PUEDE TENER CARÁCTER DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE LA MANIFESTACIÓN DE HABERSE NOTIFICADO AL TITULAR DEL TANTEO POR CARTA CERTIFICADA, AL NO REALIZARSE CONFORME AL 202 DEL REGLAMENTO NOTARIAL Y BAJO LAS CIRCUNSTANCIAS QUE SEÑALÓ LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 1965, NI SER SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR LA RENUNCIA AL EJERCICIO DEL TANTEO POR LA SOCIEDAD TITULAR DEL MISMO UNA CARTA SUSCRITA POR PERSONA QUE DICE SER SU PRESIDENTE Y CUYA FIRMA FUE LEGITIMADA NOTARIALMENTE.

Resolución de 19 de septiembre de 1974 (B. O. del E. de 26 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada por el Notario de Puerto del Rosario don Enrique Giner Albalade el 6 de diciembre de 1971, los cónyuges don Thomas Harris y doña Eilee Harris vendieron al matrimonio constituido por don James Parker Pudge y doña Mary Middleton un solar de 1.160 metros cuadrados colindante con «Terrenos Canarios, Sociedad Anónima», de que procedía, con entrada al oeste o izquierda por una calle señalada con la letra A de la urbanización a que pertenecía, sita en la península de Jandía, del término municipal de Pajera, de la isla de Fuerteventura, plaza del Esquinazo, sobre cuyo solar habían edificado un

apartamento-vivienda de 113 metros cuadrados de superficie, 90 de ellos cubiertos y el resto dedicado a terrazas; el solar originario estaba sujeto a determinadas cargas de interés turístico, y en su inscripción figuraba también un pacto por diez años que establecía en favor de «Terrenos Canarios, S. A.», los siguientes derechos: «a) En caso de que el comprador pretendiese vender la finca por él adquirida, deberá comunicarlo fehacientemente a la Entidad vendedora, que en el plazo de treinta días podrá adquirirla en el precio y condiciones ofrecidas por aquél para la venta, que en dicho plazo no podrá efectuarse a terceros. Cumplidos los treinta días sin que «Terrenos Canarios, S. A.», ejercite su derecho, el comprador podrá vender la finca libremente. b) Si el comprador vendiese la finca sin comunicarlo fehacientemente a «Terrenos Canarios, S. A.», ésta tendrá derecho a retracto para adquirirla subrogándose en lugar del comprador abonando a éste el precio satisfecho y gastos ocasionados. Las partes contratantes se obligan a imponer las mismas condiciones, servidumbres, limitaciones y obligaciones establecidas en esta escritura de todo futuro comprador de la totalidad o parte de cualquiera de sus fincas respectivas», y el señor Harris declaró al Notario autorizante, y así consta en la escritura que según carta certificada número 460, de fecha 18 de noviembre de 1970, sellada previa comprobación del jefe de Correos, notificó a «Terrenos Canarios, S. A.», la indicada venta al señor Pudge, y «Terrenos Canarios, Sociedad Anónima», consintió en la expresada enajenación.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el precedente documento en este Registro, en unión de otros complementarios, se suspende la inscripción del mismo por no acreditarse fehacientemente que se realizó la notificación a la Entidad titular del derecho de tanteo. Es defecto subsanable y no se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó. Que la finca cuestionada estaba afecta, por razón de su procedencia, a un derecho de adquisición preferente, en su doble fase de preadquisición y posadquisición, a favor de la Compañía mercantil «Terrenos Canarios, S. A.», cuyo texto figura en la escritura calificada; que al tiempo de realizarse la operación se presentó por el vendedor un documento privado de renuncia firmado por don Douglas Villians Coonor, Administrador de «Terrenos Canarios, S. A.», al no ser posible una renuncia en documento público, por encontrarse fuera de España el indicado señor, pero cuya firma fue cotejada notarialmente con otras de la misma procedencia, lo que se consideró suficiente no ya para anular el personal derecho de tanteo, cancelable de oficio, sino también para dejar sin efecto el posible posterior retracto; que presentado el documento en el Registro, fue calificado en la forma conocida; que ante tal calificación procede distinguir, a efectos del cierre registral, las siguientes figuras jurídicas: a) La prohibición de disponer que no es un derecho real y que sólo tiene acceso al Registro y produce su cierre cuando se establece en testamento o se agrega a una donación, pues los demás derechos, salvo el retracto arrendaticio, sólo facultan para el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento; b) retractos legales que no cierran el Registro y sólo condicionan la adquisición real al ejercicio del derecho potestativo del retrayente; c) opción condicionada, que es un derecho personal que, aunque se admite como inscribible, al no poderse transmitir sin consentimiento del cedente, no cierra el Registro y sólo suspende la fe pública registral por causas que consten en los correspondientes asientos; d) retracto convencional o pacto de retro, que es un derecho potestativo ejercitable en plazo determinado para recuperar la cosa vendida, y que nunca cierra el Registro—sentencia de 6 de mayo de 1972—, aunque pueda enajenarse y gravarse, de donde resulta su posibilidad de inscripción; que

el derecho de tanteo es una figura distinta de las anteriores, de naturaleza puramente personal, admitido por el principio de libertad de pactos contenido en el artículo 1.255 del Código civil, desarrollado por la doctrina jurídica, pero sin que exista precepto hipotecario que pueda fundamentar su acceso al Registro; que este derecho no condiciona la facultad de disponer ni la prohíbe ni limita, sino que sólo otorga una facultad de preadquisición o posadquisición en caso de venta; que se trata, por consiguiente, de un pacto obligacional que condiciona la adquisición del tercero y que no debe tener acceso al Registro—artículo 51, párrafo 6.º, del Reglamento Hipotecario—, sin que quepa incluirlo en el genérico *numerus apertus* del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por lo que no debe producir los efectos de prohibición de enajenar ni cerrar el Registro (resolución de 4 de enero de 1927); que el Centro directivo, en la resolución de 20 de septiembre de 1966, propugna el cierre del Registro a los derechos de naturaleza personal, o sea, la exclusión o expulsión de los mismos, apoyándose en la de 29 de marzo de 1955 y artículo 2 de la Ley Hipotecaria; que la nota del Registrador perjudica gravemente a los adquirentes, que por ser extranjeros están sometidos a la condición de inscripción constitutiva, bajo pena de nulidad absoluta y negación de acciones civiles dimanantes de un documento no inscrito (Decreto-ley de 22 de marzo de 1962 y Ley y Reglamento sobre zonas polémicas y estratégicas), y que no resulta lógico calificar el pacto de tanteo, que es un derecho personal, y aplicarle los efectos radicales de las prohibiciones de disponer.

El Registrador informó: Que el documento privado de renuncia firmado por don Douglas V. Coonor no es sino una simple carta en que dicho señor renuncia al derecho de compra en nombre de la Sociedad «Terrenos Canarios, S. A.», pero sin acreditar su personalidad, facultades, etc., y como además no tiene carácter público, resulta totalmente insuficiente para inscribir la venta; que, por otra parte, es curioso comprobar la disparidad de fechas entre la legitimación de la firma y las que cruzan el sello de legalizaciones; que el Notario achaca en su escrito al informante confundir el derecho de tanteo con otras figuras jurídicas, entre ellas las prohibiciones de disponer; que sabe perfectamente que el tanteo no implica una prohibición de disponer, sino que, por el contrario, es un derecho de adquisición preferente, cuyo efecto principal no es privar al dueño de la posibilidad de enajenar una cosa, sino únicamente condicionar los actos de disposición que se realicen al cumplimiento de la previa notificación al titular del mencionado derecho; que una vez cumplido este requisito se podrá disponer de la cosa, bien a favor del titular del derecho o bien a favor de otro adquirente; que nunca ha pensado que la controvertida cláusula de la escritura sea un retracto legal arrendaticio, de características bien distintas; que es muy cierto que los retractos legales no cierran el Registro, pero esto no hace al caso discutido, pues el retracto requiere que se haya realizado ya la transmisión, mientras que el tanteo se realiza y ejercita precisamente antes que la transmisión tenga lugar; que, por consiguiente, los efectos registrales de ambos derechos, tanteo y retracto, son radicalmente distintos; que igualmente son distintos los efectos del tanteo y los del derecho de opción, por lo que su tratamiento registral es también diferente; que en cuanto al retracto convencional, se remite a las consideraciones anteriores; que respecto al criterio del recurrente de estimar al tanteo como un derecho personal, si bien no aparece expresamente regulado como real por la legislación hipotecaria, su consideración de tal es perfectamente posible dado el sistema de *numerus apertus* en cuanto a la admisión de los derechos reales inscribibles consignada en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, habiendo sido precisados su naturaleza y efectos por la doctrina jurídica y la jurisprudencia, que reconoce su existencia como derecho real en múltiples sentencias y resoluciones; que la resolución de 20 de septiembre de 1966 reconoce

incluso la posibilidad de constituir un derecho de tanteo de naturaleza real en las transmisiones gratuitas y permutas; que, por su parte, la doctrina científica perfila claramente las diferencias entre los derechos de tanteo y retracto, precisando que una vez inscrito el derecho de tanteo «el Registrador no podrá admitir la enajenación realizada sin justificar el aviso previo al titular de aquel derecho o que, en su caso, ha transcurrido el plazo estipulado desde él»; que incluso el Notario reconoce el carácter real del derecho controvertido al reseñarlo dentro del apartado de cargas de la escritura calificada y recoger la declaración del señor Harris de haber notificado la transmisión a «Terrenos Canarios, S. A.»; que en cuanto a los efectos del derecho de tanteo una vez inscrito, aparte del general de estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme determina el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, la resolución de 8 de abril de 1914 declara que producirá el cierre del Registro en cuanto a las enajenaciones respecto a las cuales tenga eficacia, si éstas se han realizado sin haber sido notificadas al titular de aquel derecho o no ha transcurrido el tiempo estipulado para el ejercicio del mismo; que, por otra parte, admitir la inscripción del derecho de tanteo y negarle su principal efecto de cierre del Registro constituiría una incongruencia y no tendría finalidad alguna; que si una notificación notarial carece de eficacia si no consta fehacientemente la recepción de la misma, menos valor puede tener la mera declaración de un compareciente basada en una carta privada de un tercero que no acredita su personalidad y facultades.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Y la Dirección General (1) resuelve la apelación interpuesta acordando que procede en la forma señalada confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—El presente recurso gubernativo tiene por objeto el dilucidar si para la inscripción de la escritura de compraventa calificada es necesaria la previa notificación fehaciente al titular de un denominado derecho de tanteo pactado como cláusula complementaria en otra escritura de venta anterior o si, por el contrario, no es necesaria dicha notificación, dada la renuncia contenida en el documento que se acompaña al título presentado o, en último término, por el carácter obligatorio del pacto transcrito, tal como sostiene el Notario recurrente.

En primer lugar, no puede tener el carácter de notificación fehaciente la manifestación hecha por el transmitente, en la escritura de venta, de haber notificado al titular del derecho a través de carta certificada, pues esta declaración no tiene más valor que la de haberse prestado ante un funcionario público, pero sin que la fe notarial pueda cubrir totalmente el acto, al no haberse realizado de conformidad con el artículo 202 del Reglamento Notarial y bajo las circunstancias que en situación parecida señaló la resolución de 1 de abril de 1965.

Igualmente no ha de tomarse en consideración a efectos registrales —cualquiera que pudiera ser su valor si los interesados acuden a los Tribunales para ventilar y contender acerca de su validez—la carta que se acompañó a la escritura calificada, por la que la Sociedad notificada renuncia a los derechos de tanteo y retracto que pudieran corresponderle, y que aparece firmada por persona que dice ser su presidente y cuya firma está legitimada notarialmente, ya que en este caso la fe notarial sólo se extiende a la autenticidad de la firma, pero no a datos tan importantes

(1) VISTOS. El artículo 1257 del Código civil, los artículos 1.º, 2.º, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, los artículos 7.º y 355 de su Reglamento, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1965, y las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de marzo de 1947 y 20 y 21 de septiembre de 1946.

y fundamentales para la calificación como el de si tal persona se halla ejerciendo el cargo que se atribuye o, en su caso, si se encontraba facultada para realizar el acto de renuncia que en el documento se contiene.

En su consecuencia; todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto contenido en la primitiva escritura con una duración de diez años, y que se transcribió en los libros registrales.

Como reiteradamente tiene declarado este Centro directivo, al estar fundado el sistema inmobiliario español, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, exclusivamente en la inscripción de los títulos que contengan actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y rechazarse, en consecuencia, todos aquellos actos que tienen carácter personal, una de las fundamentales misiones de los Registradores de la Propiedad—ciertamente no sencilla por las dificultades que en la práctica se presentan para realizar la distinción—es la de velar por el cumplimiento de las normas legales sobre esta materia y evitar que puedan entrar en el Registro derechos, cargas y gravámenes que carezcan de trascendencia real.

El criterio de *numerus apertus* en materia de derechos reales, que aparece recogido en el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, no autoriza, como ya indicó la resolución de 20 de septiembre de 1966, para ampliar el campo de esta clase de derechos hasta el extremo de que a todo pacto se le pueda atribuir carácter real, pues para ello sería necesario que con tuviese los requisitos típicos de los derechos de esta clase, y por eso ha de extremarse el cuidado para evitar que, al amparo de este criterio de libertad, se eluda la aplicación del artículo 2 de la Ley Hipotecaria o quedé sin cumplir lo establecido en los artículos 29 y 98 de la misma Ley, que expulsa de los libros registrales todas aquellas obligaciones que tengan un marcado carácter personal.

En el presente supuesto—un derecho de tanteo y, en su caso, de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro—no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real e incluso la limitación establecida roza con el principio general sancionado en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento, habría de ser cancelado a instancia de parte interesada, cuestión no planteada en este recurso.

Hasta tanto en que formalmente no se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado existe un obstáculo derivado de los libros del Registro, al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

COMENTARIO.—Ante todo, debemos entender que esta resolución no niega que el derecho de tanteo y retracto convencional (2) puedan establecerse como derechos reales inscribibles. Únicamente avisa de que hay que proceder con suma cautela para establecerlos con tal carácter. Y es verdad que esta cautela estuvo ausente en las cláusulas *a)* y *b)* del pacto de las escrituras de «Terrenos Canarios, S. A.». En la *a)* se refuerza un tanteo obligacional con una prohibición de venta durante treinta días, a contar de la notificación fehaciente para tanteo; en la *b)* se pretende establecer un claro derecho real de retracto convencional para el caso de falta de notificación para tanteo; pero a continuación, al hablarse de una obligación de repetir las condiciones en las ventas posteriores durante los diez años, repetición inútil si había un verdadero derecho real de tanteo-retracto inscrito a favor de «Terrenos Canarios, S. A.», parece que se estaba pensando en meras relaciones personales.

(2) Nos referimos al retracto convencional, diferenciado del ordinario pacto de retroventa, en el sentido de segunda fase de un derecho convencional de compra preferente.

ROCA SASTRE en sus primeras ediciones pretendió demostrar que tanto el derecho de retracto como el de tanteo podían establecerse convencionalmente como derechos reales, a pesar de la doctrina contraria de la resolución de 4 de enero de 1927. Ya antes los anotadores del *Enneccerus* se habían encargado de refutar los argumentos de esta resolución (3). Después la jurisprudencia aparece vacilante (4). La resolución de 27 de marzo de 1947, citada en el visto, llega a afirmar que la legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestos a conceder alcance real a tales pactos, y siguiendo este criterio adverso estimó cancelable, conforme al artículo 98 de la Ley, un atípico retracto convencional; pero la de 20 de septiembre de 1966, en cambio, no solamente dio por buena la calificación del Registrador, favorable a la inscripción de un derecho de tanteo recíproco y real, sino que estimó también inscribibles otras cláusulas complementarias que extendían tal tanteo a supuestos de transmisión gratuita y permuta, que el Registrador rechazaba.

La otra resolución citada en el visto, o sea, la de 21 de septiembre de 1966, no se refiere directamente a casos de tanteo, pero sí a la cancelabilidad de expresiones registrales de no clara configuración real (5). ROCA SASTRE en su última edición se muestra mucho más pesimista y parece rendirse ante la opinión contraria a la suya, en tanto que una disposición legal no establezca la anotación o inscripción del tanteo convencional. Hay que observar que los obstáculos que ahora se le presentan no son los argumentos de la resolución de 1927, que con indudable éxito desvirtuó, sino en otros más sutiles derivados de las discusiones teóricas sobre si el poder de disposición queda dentro o fuera del derecho subjetivo y sobre si es admisible o no la categoría de los derechos reales de adquisición (6).

Pero no cabe dentro de este comentario profundizar en tan arduas cuestiones, que, por otro lado, tampoco son abordadas por la resolución, la

(3) ROCA SASTRE *Instituciones*, 2ª ed., 1946, tomo II, págs. 550 y ss.

(4) Por otra parte, esta célebre Resolución de 4 de enero de 1927 tampoco rechazaba totalmente la figura, ya que decía «contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia como el que se reconoce en el auto recurrido militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva». Sobradamente conocidas son las gravísimas razones que enumeraba: silencio de la legislación, duración indefinida, vinculación de la propiedad, dificultades de su desenvolvimiento judicial y extrajudicial, no responder a las finalidades concretas de los tanteos legales. Recordamos con añoranza el impacto que en los opositores a Notarías y Registros de los años 40 producía la impugnación de ROCA a esta Resolución.

La Resolución de 27 de marzo de 1947 consideró cancelable por tratarse de un derecho personal y conforme al artículo 98 de la Ley la cláusula inscrita de una escritura de venta de una casa almacén, según la cual para el caso de que la vendedora o sus herederos tuviesen que vender otra casa que se determina y el comprador o compradores de ésta les exigieren (?) la adquisición de la casa almacén que se vende, vendrá obligado el comprador o sus herederos a ceder a la vendedora o a los suyos la expresada casa almacén con un aumento de precio que no excederá del 160 por 100 en concepto de indemnización. Esta Resolución considera que «la legislación y la jurisprudencia moderna son cada vez más opuestas a la admisión de menciones de tipo personal y a conceder alcance real a pactos que como el discutido no pueden desenvolverse sino en el campo propio del derecho de obligaciones, posición brillantemente defendida por la exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 y que ha cristalizado en el artículo 98 del vigente texto refundido, precepto que debe ser observado con su natural eficacia para no desvirtuar el sentido de la reforma ni hacer estériles los propósitos del legislador, plenamente compartidos en este punto por la doctrina».

La Resolución de 20 de marzo de 1911 estableció que no puede considerarse derecho real de tanteo la estipulación a favor de un tercero de que el adquirente tendría que darle aviso dos meses antes de la fecha en que pretendiera venderla o gravarla.

(5) Consideró que debía cancelarse al amparo del artículo 98, por no ser servidumbre sino simple derecho personal, que no debería haber tenido acceso al Registro, la cláusula contenida en una venta según la cual ésta se hace con la condición de que «no pueda el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido en el frente de la tejavana y el límite éste del terreno». El Registrador la consideró servidumbre de no edificar y denegaba la inscripción de una declaración de obra nueva sobre un solar segregado de finca resultante de la agrupación de dos, una de las cuales era la vendida con dicha condición. La Dirección afirmó que la cláusula discutida no renía las notas suficientes para caracterizarla como servidumbre, pero acaso resolviera así porque la denegación no se basaba en datos identificadores del predio dominante, y era dudoso que la supuesta servidumbre no hubiese desaparecido por el estado a que habían venido los predios y que la porción edificada fuese la sometida a la prohibición (real o personal) de edificar.

(6) *Instituciones*, 6ª ed., 1968, tomo III, págs. 648 a 658.

cual, siguiendo el cómodo precedente de la de 20 de septiembre de 1966, soslaya el problema del *numerus apertus* con el principio de la extrema cautela y cuidado en la configuración de los derechos reales no típicos, principio que permite la decisión variable según las circunstancias del caso y según el cuidado y cautela que se haya tenido en la redacción de las cláusulas configuradoras (7).

El Registrador, partiendo de la inscribibilidad del tanteo convencional por su naturaleza real y con plenos efectos reales, tanto en fase de tanteo como de retracto, exigía el requisito de la notificación fehaciente para tanteo, tal como estaba estipulado en la cláusula. El Notario recurrente, aun considerando meramente personal el pacto, había procurado en lo posible respetarlo considerando suficiente una notificación y una renuncia menos solemnes y formales, pero entendía que no había lugar a que el Registrador entrase en la calificación de estos extremos por el carácter meramente obligatorio de la relación de tanteo. La Dirección niega la inscribibilidad del pacto de tanteo del caso concreto no sólo por no aparecer claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real, sino por rozar el principio general de no acceso al Registro de las prohibiciones de disponer, y llega a afirmar que habría de ser cancelado de acuerdo con el artículo 98 de la Ley y 355 del Reglamento. Todo parecía indicar que se iba a dar la razón al Notario recurrente, que se iba a declarar inscribible la escritura y que solamente hacía falta cancelar previamente la expresión registral del tanteo, como mero derecho personal, por aplicación del párrafo último del apartado 1.º de dicho artículo 355.

Pero al final la resolución toma un sesgo muy distinto, y partiendo de que la cuestión de la cancelación del derecho de tanteo no ha sido planteada en el recurso, considera que hasta que formalmente se dé cumplimiento a lo anteriormente indicado, o sea, hasta la cancelación del tanteo, produce todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria.

Si comparamos esta conclusión con la de la resolución que a continuación se comenta veremos que ambas son muy diversas, pero el resultado es el mismo: los artículos 98 de la Ley y 355 del Reglamento tienen una aplicación muy difícil. En la de 27 de septiembre no se entra en el problema de la naturaleza de lo que había sido inscrito y de si era o no inscribible, pero estimando inscrito un usufructo (derecho real) no ha lugar a cancelar por el 98. En la de 19 de septiembre se estima meramente personal lo registrado y por ello ha lugar a cancelarlo por el 98; pero como no ha sido formalmente cancelado, y sobre esta cancelación no ha versado el recurso, se mantienen los efectos del derecho de tanteo como si fuese real y *erga omnes*.

Esta manera de decidir coincide en gran parte con la opinión de Roca sobre el particular, pero se aparta de ella en dos aspectos:

Roca ha llegado a la conclusión pesimista de que en tanto no haya una admisión legal o, al menos, reglamentaria del tanteo como real e inscribible, el Registrador no debe inscribirlo, y si se lo encuentra inscrito debe cancelar la expresión registral, conforme al artículo 89 de la Ley o al amparo del artículo 355, 1, del Reglamento. Por ello deberá inscribir el título de transmisión de una finca, aunque en su folio conste algún pacto de tanteo convencional. A pesar de esto, posiblemente partiendo de sus opiniones en materia de integración de los artículos 29 y 98 de la Ley (8), aconseja al adquirente en ciernes que procure obtener la cancelación de la expresión registral a solicitud del transmitente.

(7) Por circunstancias que no son del caso, este comentario ha sido hecho con gran precipitación y además con posterioridad al de la Resolución de 27 de septiembre de 1974, que ha de ir a continuación. Por ello, en cuanto al enfoque de la aplicabilidad del artículo 98 de la Ley nos remitimos al comentario redactado primero.

(8) *Instituciones*, 6ª ed., tomo III, págs. 657-658.

Creo que la Dirección en esta resolución no es tan pesimista sobre la admisibilidad como real e inscribible del tanteo, por cuanto se limita a decidir que en el caso discutido no estaba suficientemente perfilado como tal. En cambio, parece mostrarse contraria a la cancelación de oficio, conforme al artículo 355, en estos supuestos, porque de otra manera no tendría sentido apoyarse en que el tema de la cancelación no se había planteado en el recurso para mantener que sin cancelación previa expresa la expresión registral improcedente surtía plenos efectos igual que si hubiera sido procedente. Y no tendría sentido porque versando el recurso sobre si la inscripción de la venta se debía o no suspender, su resolución, aunque no fuese más que por razones de economía procesal, debía contener simultáneamente el mandato de inscribir la venta y cancelar la expresión registral del tanteo, que la Dirección está decidiendo ser cancelable, conforme al 98.

Es verdad que el artículo 355 dice «podrá procederse» (a la cancelación) y no «deberá» procederse; pero por muchas que sean las dudas que haya originado esta cancelación de oficio de derechos personales al practicar cualquier asiento, creemos que cuando el asiento a practicar depende directamente de la calificación que se haga de la expresión registral a cancelar, la resolución favorable a la cancelabilidad debe implicar sin más el mandato de cancelación.

No lo ha entendido así la Dirección, que con rigor procesal y cierta razón ha considerado que no podía decidir sobre la cancelación del tanteo contra la voluntad del Registrador y sin ningún pedimento expreso de la misma por el recurrente. Y es que éste vuelca todo su escrito de recurso en demostrar haberse dado cumplimiento a lo que el tanteo exigía, y sólo incidentalmente alega el carácter obligacional del pacto y su cancelabilidad de oficio.

El recurso aparecía, pues, centrado en la suficiencia de la notificación para tanteo y en la suficiencia de la renuncia a la compra por simple carta del presidente, todo lo cual sólo era necesario poner en cuestión si el pacto de tanteo habría de tener trascendencia real. No consideramos necesario el comentario de los considerandos segundo y tercero.

En resumen, creo que aunque existan ya varias resoluciones que versan sobre el problema de la naturaleza del derecho de tanteo-retracto convencional no hay doctrina de la Dirección sobre dicha naturaleza, y en ninguna de las resoluciones hay absoluto rechazo de la posibilidad de su configuración con efectos reales y su consiguiente inscribibilidad. Lo que sí hay es una insistente advertencia de la cautela y cuidado que debe tenerse antes de permitir el acceso al Registro con carácter real de los pactos constitutivos de tal derecho. Se parte, pues, como principio, del *numerus apertus*; pero reconociendo los inconvenientes de éste, se viene a exigir cierta tipicidad en las figuras nuevas, tipicidad que no puede ser conseguida sino a través de la práctica notarial-registral, única que en su día puede permitir al legislador el montaje adecuado de la tipicidad legal o reglamentaria, que venga a consagrar la nueva figura de derecho inscribible sin dudas.

T. C. G.

3. INSCRITA UNA ADJUDICACIÓN HEREDITARIA ABINTESTATO SOMETIDA AL DERECHO CATALÁN, CON LA NOTA DE «SIN PERJUICIO DEL USUFRUCTO QUE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 250 DE LA COMPILACIÓN, CORRESPONDE A LA VIUDA», RESERVA QUE NO FIGURABA EN LA ESCRITURA, EN LA QUE LA VIUDA NO COMPARECÍA; NO ES CANCELABLE TAL NOTA A INSTANCIA DE LOS HEREDEROS ADJUDICATARIOS, POR NO TRATARSE NI DE UN DERECHO PERSONAL NI DE LA MENCIÓN DE UN DERECHO REAL; PROCEDIENDO LA CANCELACIÓN CONFORME A LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 82 DE LA LEY HIPOTECARIA Y NO AL AMPARO DEL 98 DE LA MISMA.

SE DÉCIDE ASÍ, SIN ENTRAR EN LA CUESTIÓN FUNDAMENTAL DE SI TAL USUFRUCTO DEBERÍA HABER TENIDO O NO ACCESO AL REGISTRO.

Resolución de 27 de septiembre de 1974 (B. O. del E. del 8 de octubre).

Antecedentes de hecho.—Don José Guinó Ruhí falleció intestado el 7 de marzo de 1971, siendo declarados herederos, por auto del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, de fecha 4 de septiembre de 1972, su hermano don Juan Guinó Ruhí, en cuanto a la mitad de los bienes, y sus sobrinos don José y don Jaime Planas Guinó, por partes iguales, en cuanto a la otra mitad; mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don José María López Chornet, los nombrados herederos se adjudicaron en la proporción que les correspondía los bienes relictos por el causante, consistentes en partes indivisas de una finca denominada «Camp Gran», en el término de Castellfullit de la Roca, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad de Olot a favor de los interesados, con una nota que decía así: «Sin perjuicio del usufructo, que sobre las 44/96 partes indivisas que constituyen la herencia de don José Guinó Ruhí, corresponde a su viuda, Pilar Pastor Sanz, con arreglo al artículo 250 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña».

Don Juan Guinó Ruhí, entendiendo que tal nota constituía una mención personal no asegurada mediante un derecho real susceptible de inscripción especial y separada, solicitó, en instancia de 18 de abril de 1973, la cancelación de la expresada nota, siendo objeto de la siguiente calificación: «Denegada la práctica de la cancelación solicitada en la precedente instancia: A) Por no tratarse de un derecho personal u obligacional, sino que el usufructo es siempre propio y verdadero derecho de naturaleza real, independientemente de su origen convencional o legal o de que tenga más o menos carácter de institución de derecho de familia. B) Por no tratarse de una mención de un derecho real, sino de una verdadera inscripción de un derecho real de usufructo, con un titular perfectamente determinado, doña Pilar

Pastor Sanz; un objeto concreto, 44/96 partes indivisas de la finca, y un contenido concreto legalmente fijado por el artículo 467 y siguientes del Código civil y 250 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña. Rige, por tanto, para esta cancelación la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. No procede la anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada.»

El peticionario interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el usufructo sobre los bienes de la herencia que corresponde al cónyuge supérstite no se adquiere *ipso iure* por el simple fallecimiento del causante, ya que, según establece el párrafo tercero del artículo 250 de la Compilación, «será incompatible con la cuarta marital que pudiera corresponder a la viuda, la cual podrá optar entre uno y otro derecho»; que, por tanto, lo que el citado artículo confiere a la viuda no es el usufructo, sino un derecho de naturaleza personal que sólo se transformará en real cuando opte por el usufructo y se le adjudique por los herederos; que este criterio queda confirmado por la consideración de que si se entendiese que por el simple fallecimiento del causante adquiere la viuda el usufructo, resultaría que en los casos en que optase por la cuarta marital, tal opción debería entrañar forzosamente una extinción del usufructo ya adquirido, con todos los inconvenientes que con ello se originarían, que refuerza lo dicho la remisión que el párrafo tercero del artículo 250 de la Compilación hace al 257, en virtud de la cual los interesados en la herencia pueden exigir a la viuda que opte dentro de cierto plazo por uno u otro derecho, exigencia que sería improcedente si por el simple fallecimiento del marido adquiriese el usufructo sobre los bienes; que aún aparece con mayor claridad el carácter personal de los derechos del cónyuge supérstite si se tiene en cuenta la taxativa disposición del artículo 154 al afirmar que «en las declaraciones judiciales de herederos abintestato no se formularán reservas ni salvedades de los derechos que la ley atribuye a cualquiera de los cónyuges en la sucesión del otro, y de consignarse se tendrán por no puestas»; que no ofrece duda que este mandato va dirigido especialmente a los Registradores para el caso de que el órgano judicial que hace la declaración de herederos consigne alguna reserva en favor del cónyuge sobreviviente; que dada la redacción general del citado precepto, no puede decirse que sea aplicable sólo a la cuarta marital, sino que lo es a cualquier derecho de cualquiera de ambos cónyuges, criterio compartido por la doctrina más solvente; que aun cuando se entendiera que los derechos del cónyuge sobreviviente reconocidos por el artículo 250 de la Compilación constituyen un derecho real, también sería impugnabile la calificación del Registrador, ya que, conforme al artículo 9, circunstancia 6.ª, de la Ley Hipotecaria, la firma del Registrador implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado, y en el presente caso la reserva que consignó no resultaba del título presentado, que según los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, para inscribir bienes y adjudicaciones concretas deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que corresponda o se adjudiquen a cada titular o heredero, sin que pueda inscribirse el derecho hereditario, sino únicamente ser objeto de anotación preventiva, cuando no se haga expresa adjudicación de bienes o partes indivisas de los mismos; que de lo anterior resulta que la indicación hecha por el Registrador reservando a la viuda el derecho de usufructo, no puede ser otra cosa que una referencia al derecho hereditario en abstracto, sin que en modo alguno pueda representar una especial adjudicación de bienes concretos, para lo que no está facultado el Registrador ni puede resultar de un asiento registral, sin que en la escritura de inventario ni en el auto de declaración de herederos, que son los títulos que se inscribieron, exista referencia alguna a los derechos de la viuda; que, por otra parte, debe recordarse aquí la resolución de 19 de septiembre de 1881, según la cual

las inscripciones registrales deben ajustarse a los modelos oficiales, y aunque este ajustarse no implique una absoluta identidad, tampoco permite una total libertad en la forma de redactar los asientos; que el artículo 6 de la Ley Hipotecaria sienta el principio de rogación como fundamental en nuestro sistema hipotecario, sin que el Registrador esté facultado para inscribir de oficio mediante una expresión negativa inventada por él y que no ha sido solicitada por nadie; que toda inscripción debe expresar el título que se inscribe, su fecha y el Tribunal, Juzgado, Notario o funcionario que lo autorice, y la salvedad hecha por el Registrador no expresa tales circunstancias, por lo que no debe considerarse como una inscripción; que de lo expuesto resulta evidente que la fórmula empleada por el Registrador constituye sólo una mención que debe poder cancelarse a instancia de parte interesada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, ya que no reúne los requisitos exigidos por los preceptos hipotecarios para los asientos principales; que la naturaleza personal o real del derecho a que hace referencia la expresión que se pretende cancelar es indiferente a este efecto, pues si se estimase real debería ser objeto de una inscripción especial y separada, no gozando en otro caso de la protección registral, de acuerdo con lo que establecen los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria; que los motivos que impulsaron al legislador en el año 1944 a introducir la prohibición de las menciones se dan claramente en el presente caso, como puede observarse con la simple lectura de los mismos; que el derecho que a la viuda confiere el artículo 250 de la Compilación es incierto, pues depende de complejas circunstancias, y, por otra parte, es la interesada la que debe procurar su inscripción, sin que el Registrador pueda suplir la negligencia de aquella, porque se expone a crear cargas inexistentes, y que, finalmente, no puede entenderse que la salvedad de referencia constituya una forma peculiar de constatación registral válida y distinta de la mención, porque tal interpretación, a más de ser capciosa, entrañaría una infracción de la terminante prohibición del artículo 154 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña.

El Registrador informó que los hechos sobre los que recae el presente recurso, como se desprende claramente del documento calificado, del auto de declaración de herederos abintestato de don José Guinó Ruhí y de la escritura de partición de la herencia de doña Teresa Ruhí Montserrat, obrantes todos en este expediente, son los siguientes: doña Teresa Ruhí Montserrat, propietaria de un resto de la finca rústica denominada «Camp Gran», sita en el término de Castellfullit de la Roca, falleció el 21 de noviembre de 1952, en estado de viuda y bajo testamento en el que instituyó herederos universales a sus dos hijos, don José y don Juan Guinó Ruhí, y legó lo que por legítima les correspondiera a sus nietos don José y don Jaime Planas Guinó, hijos de su premuerta hija doña Antonia Guinó Ruhí, habiendo fallecido a su vez, en 7 de marzo de 1961, don José Guinó Ruhí, en estado de casado con doña Pilar Pastor Sanz, sin dejar descendencia y sin haber otorgado disposición alguna de última voluntad, por lo que, por auto del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, con fecha 4 de septiembre de 1972, fueron declarados herederos abintestato del mismo, en cuanto a una mitad de la herencia, su hermano don Juan Guinó Ruhí, y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, sus sobrinos don José y don Jaime Planas Guinó; que en el citado auto se dice que el causante estaba casado con la referida doña Pilar, sin que en la parte dispositiva se aluda a los derechos que confiere a la viuda el artículo 250 de la Compilación civil catalana; que por escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Juan María López Chornet el 28 de noviembre de 1972, don Juan Guinó Ruhí y don José y don Jaime Planas Guinó procedieron a la partición de la herencia de su madre y abuela, respectivamente, doña Teresa Ruhí Montserrat, integrada únicamente por el resto de finca antes

referido, y de su hermano y tío, también respectivamente, don José Guinó Ruhí, integrada por la mitad indivisa del resto aludido de la mencionada finca, que le pertenecía como heredero de su madre; que en pura doctrina no es correcto hablar en el presente caso de partición de dos herencias, sino más bien de una sola, la de doña Teresa Ruhí Montserrat, en la que los otorgantes concurren con un doble carácter, como herederos legitimarios de su madre y abuela y en virtud del llamado derecho de transmisión y reconocido por el artículo 258 de la Compilación, como sucesores de un heredero que falleció sin haber aceptado ni renunciado a la herencia deferida a su favor; que en dicha escritura se adjudicó a don Juan Guinó Ruhí 44/96 partes indivisas de la finca, por su participación en la herencia de su madre, y 22/96 partes, por su participación en la herencia de su hermano, y a don José y don Jaime Planas Guidó, cada uno de ellos, 4/96 partes indivisas, como legitimarios de su abuela, y 11/96 partes, como herederos de su tío; que en esta escritura no compareció doña Pilar Pastor Sanz, silenciándose, al hablar del fallecimiento de don José Guinó Ruhí, todo lo referente a su estado civil y sobrevivencia de su consorte; que presentada dicha escritura en el Registro junto con el testimonio del auto referido de declaración de herederos, se practicó la inscripción quinta de la finca, a favor de los interesados, en la proporción indicada, «sin perjuicio del usufructo que sobre las 44/96 partes que constituyen la herencia de don José Guinó Ruhí, corresponden a su viuda, Pilar Pastor Sanz, con arreglo al artículo 250 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», consignándose igual salvedad en la nota puesta al pie de la escritura; que, por instancia de 18 de abril de 1973, don Juan Guinó Ruhí solicitó la cancelación de la inscripción en cuanto al derecho de usufructo de la viuda, alegando que es de naturaleza personal no inscribible y que, aun cuando se considerase de carácter real, sólo se podía haber mencionado siendo esta referencia cancelable al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria; que el primero de los argumentos del recurrente, que estima de carácter personal el derecho concedido al cónyuge supérstite sobre los bienes del premuerto por el artículo 250 de la Compilación, no resiste la más ligera crítica, pues el usufructo, según el artículo 467 del Código civil, es un señorío que se ejercita directamente sobre la cosa, característica fundamental del derecho real, ya sea de origen legal o convencional y tenga un carácter puramente patrimonial o revista interés familiar o sucesorio; que el usufructo que contempla el artículo 250 de la Compilación catalana es de claro carácter sucesorio y ofrece como característica sobresaliente la de que surge sólo en el supuesto de sucesión abintestato, condicionado además a la circunstancia de que el difunto consorte no le hubiera otorgado alguna disposición por causa de muerte en codicilo o en capítulo matrimonial; que cuando la sucesión se deficiere por testamento, el derecho de usufructo del cónyuge viudo no llega a nacer; que el hecho de que tal usufructo sea incompatible con la cuarta marital da lugar a que la viuda pueda optar entre uno y otro beneficio, pero no convierte al mismo en un simple derecho personal; que mayor interés que la cuestión de la naturaleza del repetido derecho tiene, desde un punto de vista práctico, la de si debe ser consignado o no por el Juez en el auto de declaración de herederos abintestatos; que si el artículo 250 de la Compilación catalana dice que si el viudo o viuda adquirirá por ministerio de la ley el usufructo de referencia, parece que no ofrece duda que tal derecho del cónyuge viudo deberá consignarse explícitamente en el auto declarativo; que no constituyen obstáculo para ello los condicionamientos a que se encuentra sujeto su nacimiento, puesto que el anexo segundo del Reglamento Notarial, regulador del Registro General de Actos de Última Voluntad, dispone en su artículo 3 que en el mismo se tomará razón de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad; que, en consecuencia, si de la certificación de dicho Registro,

que necesariamente debe ser aportada en el procedimiento de declaración de herederos, resultara la existencia de codicilo o capitulación matrimonial, podrá el Juez exigir la presentación de los mismos, y a su vista, según contengan o no disposición patrimonial a favor del cónyuge sobreviviente, determinar si procede o no hacer la pertinente declaración del derecho usufructuario correspondiente; que, sin embargo, la desgraciada redacción del artículo 154 de la Compilación catalana ha venido a introducir la confusión en esta materia, ya que una interpretación literal de dicho precepto llevaría, en contra de los razonamientos expuestos, a una solución contraria a la que defiende, que queda descartada, no obstante, en una interpretación sistemática defendida por los más competentes tratadistas; que en la práctica, cuando los herederos abintestato son hijos o descendientes no suelen plantearse problemas, ya que al otorgarse la correspondiente escritura de partición suele concurrir la viuda o se le reconocen sus derechos, pero cuando los herederos son parientes colaterales, como la afinidad es un lazo parental mucho más débil que la consanguinidad, y en ocasiones más que un lazo que une es una barrera que separa, frecuentemente no se hace en el auto de declaración de herederos reserva o salvedad alguna en favor del viudo; que en estos casos suele exigirse en la práctica registral o la renuncia a su derecho por el cónyuge viudo o el reconocimiento del mismo por parte de los herederos; que es lo que se insinuaba al final de la nota recurrida cuando dice que rige para esta cancelación la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, con lo que se invitaba a la viuda a consentir la cancelación de su derecho de usufructo ya inscrito; que cuando no existe acuerdo entre los interesados, sólo caben, a juicio del informante, dos posturas: la primera, consistente en practicar la inscripción a favor de los herederos sin consignar ninguna reserva a favor del cónyuge viudo, que podría tener su apoyo en algunos preceptos hipotecarios, pero que entrañarían un grave peligro para el cónyuge sobreviviente, y la segunda, que parece más razonable, de otorgar protección al derecho usufructuario del viudo mediante la aplicación al mismo del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, considerándolo al efecto como legitimario, en base principalmente a los artículos 122 y 250 de la Compilación; que aun cuando se considere que el derecho de usufructo del artículo 250 no es un derecho legitimario, puede llegarse a la misma conclusión si le es aplicado dicho artículo 15 de la Ley Hipotecaria mediante la llamada *interpretatio iuris* o investigación integradora del derecho, y que, finalmente, aun en el caso de entenderse que no cabe esta aplicación analógica del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, resulta que el derecho de usufructo de doña Pilar Pastor Sanz, cuya cancelación se pretende, figura inscrito en el Registro, no mencionado, y la inscripción, haya sido bien o mal extendida, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

Y la Dirección General acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—En este expediente se plantea la cuestión de si podría cancelarse la denominada por el recurrente «mención» de un derecho de usufructo, al amparo del artículo 98 de la Ley Hipotecaria, o si, por el contrario, habrá de mantenerse en los libros del Registro el asiento practicado por tratarse de una inscripción, tal como sostiene el

(1) VISTOS Los artículos 151, 154 y 250 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, 1.º, 2.º, 18, 82 y 98 de la Ley Hipotecaria.

funcionario calificador, y regir, en consecuencia, para este tipo de cancelaciones el principio general contenido en el artículo 82 de la misma ley.

La rigurosa prohibición contenida en el artículo 154 de la Compilación de Cataluña de formular en las declaraciones de herederos abintestato reservas o salvedades de los derechos que la ley atribuye a cualquiera de los cónyuges en la sucesión del otro, y que de haber sido consignadas se tendrán por no puestas, tiene su fundamento, como pone de relieve la doctrina, en la peculiar naturaleza de los derechos del cónyuge viudo en esta región, y especialmente en el caso de la cuarta marital, artículo 151, dentro de cuyo capítulo V se encuentra incluido el precepto, y que trata de evitar que se atribuya al supérstite el carácter de heredero forzoso, tal como en la sucesión del difunto lo venía sosteniendo reiteradamente para la viuda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por esta circunstancia algún autor catalán entiende que sólo es aplicable dicho artículo 154 en el caso de la cuarta marital, y no en el supuesto que se contempla en el artículo 250 de la misma Compilación, lo que no parece exacto dados los claros términos en que aparece redactado aquel precepto, que se refiere a la sucesión recíproca de los dos esposos, y si hubiese querido limitarlo solamente a la cuarta marital hubiese indicado únicamente a la viuda.

Este artículo 250 confiere al viudo o viuda en la sucesión intestada de su difunto consorte y en las circunstancias que el propio artículo señala, un derecho de usufructo variable desde la mitad hasta la totalidad de la herencia, inspirado, como apuntan algunos comentaristas, en el *Usatge Vidua*—aunque ciertamente distinto, por lo que constituye una novedad de la Compilación—, y muy similar, en el caso de que sea total, a la viudedad universal reconocida por los derechos aragoneses y navarro, en donde predomina, sobre todo, otro carácter, el de función con sus deberes y facultades, dada la regencia que se tiene sobre el patrimonio familiar, y que atribuye a la viuda la dignidad de «senyora majora, poderosa i usufructuaria».

En el caso concreto debatido se presentó en el Registro de la Propiedad una escritura de liquidación de dos herencias y adjudicación del único bien, en la que como únicos interesados intervenían los herederos testamentarios de la primera causante y los herederos abintestato de uno de sus hijos, sin comparecer ni atribuírsele derecho alguno a la viuda de este último, escritura a la que se acompañaron los documentos pertinentes, entre ellos el auto de declaración de herederos abintestato, en el que, de acuerdo con el artículo 154 de la Compilación, no se formulaba ninguna reserva ni salvedad del derecho que a la viuda le correspondía legalmente, y tal escritura provocó, una vez calificada por el Registrador, bajo su responsabilidad, y con las facultades que le atribuye el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la inscripción a favor de los respectivos herederos y la consignación del derecho de usufructo a favor de la viuda, que ahora se pretende cancelar.

Plantada la cuestión exclusivamente en estos términos, y sin entrar en el que podría haber sido planteamiento fundamental de si este usufructo universal debería haber tenido o no acceso al Registro, hay que hacer constar que la aplicación del artículo 98 de la Ley Hipotecaria exige como presupuesto ineludible que el asiento a cancelar contenga un derecho personal no asegurado especialmente o que se trate de una mención, circunstancias que no concurren en el presente caso, ya que del usufructo discutido no ofrece duda su trascendencia real y, de otra parte, el asiento realizado no reúne los requisitos necesarios para su tratamiento como mención, al no ser una mera noticia de un derecho del que se ha tomado nota en un asiento, sino que se ha practicado, como pone de manifiesto el Registrador, una propia y verdadera inscripción, y este asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme al artículo 1 de la ley, y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud o consienta la

cancelación su titular, de acuerdo con el artículo 82, o, en su caso, mediante la sentencia firme de que habla el mismo artículo.

COMENTARIO.—La glosa de esta resolución debe comprender tres apartados: 1.º Si debía rechazarse la solicitud de cancelación presentada por don Juan Guinot. 2.º Si fue correcta la calificación y la manera en que resultó inscrita la escritura de adjudicación de la herencia de don José Guinot. 3.º Si es posible decidir sobre lo primero sin decidir sobre lo segundo. La Dirección ha resuelto en sentido afirmativo la primera cuestión, se ha abstenido de entrar en la segunda y, por tanto, ha resuelto también en sentido afirmativo la tercera de las cuestiones (2). Trataré también, aunque muy someramente, una cuarta cuestión no planteada en el recurso.

A) *Las cancelaciones al amparo del artículo 98 de la ley.*—Frente al principio general sobre cancelaciones, consagrado en el artículo 82 de la ley, la reforma de 1944-46, como instrumento vigoroso de clarificación del Registro (que se estimaba enturbiado por derechos personales y menciones de derechos reales), estableció una cancelación excepcional, en virtud de simple instancia del interesado en hacer desaparecer de los asientos dichos derechos meramente personales, y reales, meramente mencionados (3). La cuestión fundamental del recurso reside en si el «sin perjuicio del usufructo que... corresponde a la viuda P. P. S., con arreglo al artículo 250 de la Compilación...», era un pasaje del asiento que podía ser cancelado al amparo del 98 (simple instancia de los herederos) o tenía que cancelarse con los requisitos del 82 (consentimiento de P. P. S. en escritura o sentencia firme contra ella obtenida).

Ante esta disyuntiva, el considerando primero, en términos más simples que el último, estima que será suficiente decidir si estamos ante una mención o una inscripción del derecho de usufructo. El considerando último y fundamental presenta la cuestión en términos más complejos: el excepcional artículo 98 no es de aplicación, porque lo que se pretende cancelar no es ni un derecho personal no asegurado especialmente, ni es una mención de derecho real susceptible de inscripción especial y separada (4).

El considerando quinto, último y fundamental, descansa en una frase equívoca. Este equívoco es el que ha permitido decidir que la cancelación no procedía, sin entrar en lo que considera planteamiento fundamental, o sea, en si cabía practicar la inscripción con el «sin perjuicio del usufructo». La frase que considero equívoca es la siguiente: «no ofrece duda la trascendencia real del usufructo discutido». No es fácil saber si se refiere al usufructo concedido al viudo o viuda por el artículo 250 de la Compilación, o si se refiere al usufructo de 44/96 partes indivisas de la finca

(2) Observemos que en el «vistos» no se consideró necesaria ninguna cita jurisprudencial o de precedente.

(3) Como dice Roca (*Derecho Hipotecario*, 1961, II, pág. 661), aunque hayan tenido acceso registral reservas o limitaciones sin trascendencia real inmobiliaria... no por su registro quedan transformados en derechos reales o cargas de trascendencia real, ya que la circunstancia de su inscripción no puede transformar su naturaleza jurídica, conforme demuestra el artículo 98 de la Ley.

(4) Aunque hay una tercera cosa susceptible de cancelar al amparo del artículo 98, la Dirección consideró innecesario argumentar que tampoco estaba ante un legado no legitimario, no anotado preventivamente. El recurrente tampoco hizo ninguna manifestación en este sentido, aunque no hubiese sido una alegación disparatada, si pensamos en que el legado legal no es un concepto definitivamente muerto en la doctrina jurídica, en que la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. de 9 de junio de 1949) ha calificado de legatario *ex lege* al cónyuge supérstite, y en que esta figura se exhumaba frecuentemente por la doctrina y la jurisprudencia extranjera. Es verdad que los hipotecaristas al leer el 98 relacionan los legados no legitimarios de que habla con las menciones de cláusulas testamentarias en las inscripciones extensas, y concretamente en los legados de género o cantidad, pero esto no debió detener al recurrente cuando se encontraba ante una laguna doctrinal tan profunda como la existente sobre el trato registral del derecho concedido por el artículo 250 de la Compilación. Acaso la idea de legado legal anotable no fuese muy disparatada para encontrar al usufructo de dicho artículo una colocación intermedia entre el simple derecho personal contra el heredero (no anotable hasta la demanda) y los derechos propiamente legitimarios mencionables al amparo del artículo 15 de la Ley hipotecaria. En todo caso el artículo 98 no distingue entre legados legales y legados propiamente dichos.

«Camp Gran», que el Registrador de Olot dejaba a salvo en el asiento y, según él, inscrito a favor de doña P. P. S. Si el considerando se refiere a lo primero al hablar de usufructo discutido, estaría decidiendo sobre el planteamiento fundamental, en el que afirma no entrar al principio del considerando; si se refiere a lo segundo, si cabe decidir que hay en el Registro un derecho real de usufructo ordinario e inscrito respecto a 44/96 partes indivisas de la finca, e inscrito a favor de doña P. P. S., que no puede ser cancelado conforme al artículo 98. Pero el problema no hacemos más que trasladarlo de lugar, porque nos queda en la penumbra por qué, y en virtud de qué, el usufructo sobre la totalidad de la herencia concedido *ministerio legis* por la Compilación, pero sometido a ciertos condicionamientos, y entre ellos el de opción por doña Pilar Pastor entre el mismo y la cuarta marital se convertía sin su intervención en un usufructo ordinario a su favor sobre cosa concreta.

Nadie duda que el derecho real de usufructo es inscribible, y la Dirección podía apreciar si el usufructo estaba realmente inscrito o meramente mencionado; pero si nos fijamos en la distancia que hay entre un derecho *mortis causa* concedido por la ley y consistente en el usufructo del todo o parte de la herencia y el usufructo concretado a una finca o parte de finca por virtud de adjudicación hereditaria, veremos lo difícil de determinar la naturaleza del derecho que se dice inscrito a favor de doña Pilar sin resolver previamente cómo debe comportarse el Registro ante el artículo 250 de la Compilación catalana.

Aunque no me entusiasma demasiado la distinción entre el derecho hereditario *in abstracto* y en concreto, aunque no todo hayan sido ventajas en la reforma de los artículos 14 y 42, 6, de la Ley Hipotecaria, no parece muy conveniente solucionar el problema registral planteado por el artículo 250 de la Compilación a base de unas inscripciones híbridas de adjudicación particional y de derecho hereditario, como las de nuestro caso, en la que el derecho usufructuario vidual se mantiene en fase de derecho hereditario y, en cambio, la inscripción en cuanto a los otros herederos pretende ser de adjudicación particional. El asiento registral por híbrido resulta estéril y confuso y de ahí el equivoco del considerando, que le permite decidir que el «sin perjuicio del usufructo» era una verdadera inscripción de derecho real, sin necesidad de entrar a decidir la naturaleza del derecho hereditario concedido por la reforma introducida por la Compilación.

De todas maneras resulta muy aventurado estimar inscrita la porción indivisa de usufructo a favor de la viuda. El Registrador y la Dirección, que de antemano no querían cancelar sin intervención de ésta, habían de rechazar la calificación de mención y mantienen decididamente que había una propia y verdadera inscripción. Sienta así la Dirección una doctrina antiformalista (mejor dicho, antiformalista) de los asientos registrales, que si en principio debe ser alabada, si se lleva a sus últimas consecuencias puede conducirnos a excesos y extravíos. No damos demasiada importancia a que faltase la frase sacramental «doña P. P. S. inscribe su derecho de usufructo»; no sabemos si el acta de inscripción, en cuanto a los otros herederos, la limitaba a la nuda propiedad, y tampoco si las circunstancias personales de la viuda aparecían en la inscripción, pero de todas maneras debe ser tomada con cautela la doctrina de que frases como la de «sin perjuicio del usufructo que corresponde a don. .» puedan ser estimadas en todo caso como inscripciones del usufructo a favor de don. .

Pero aun comprendiendo lo exagerado de estimar verdadera inscripción la frase «sin perjuicio...» (5), se prefirió esto a dar un salto atrás en el «túnel del tiempo» y reconocer que volvíamos a estar en una situación

(5) ¿Podía estimarse la frase «sin perjuicio. » suficiente para apoyar sobre ella el tracto sucesivo de las 44/96 partes indivisas de la finca?

parecida a la existente respecto a las legítimas catalanas *sensu stricto* antes que la reforma 44-46 viniese a consagrar la componenda de suprimir las menciones en general y, en cambio, admitir y regular las menciones de legítimas. El artículo 98 no permite retroceder; las menciones son rechazables y cancelables a instancia de parte interesada. Y estimó la Dirección que era difícil entrar en el pantanoso mundo de las menciones para diagnosticar las del caso como un tipo especial de menciones, que aunque no reguladas por el artículo 15 de la ley, tampoco estaban comprendidas en el 98, por ser menciones de derechos no susceptibles de inscripción especial y separada, que es lo que le ocurre al derecho concedido por la Compilación en el artículo 250 antes de haberse transformado, por adjudicación expresa otorgada por herederos y viudo, en derechos de dominio o de usufructo en fincas determinadas o partes indivisas de ellas.

B) *Los derechos de viudedad abintestato del artículo 250 de la Compilación.*—Si analizamos el escrito de recurso y el informe, observaremos que ni al recurrente ni al Registrador se les escapaba que el meollo de la cuestión estaba en los orígenes del asunto: en la inscripción de la escritura otorgada por los herederos ante el Notario don José María López Chornet, y observaremos también cómo reflejan, especialmente el informe, una práctica registral vacilante ante dicho artículo 250. Pero la Dirección se niega a marchar por el camino que las partes quieren, y acaso estimando que no hay doctrina madura sobre el tema de fondo, plantea la cuestión exclusivamente en el aspecto cancelatorio «sin entrar en el que podría haber sido planteamiento fundamental».

Sin embargo, dos de los considerandos van directamente dirigidos hacia el problema de fondo: el segundo, en el que se adhiere a la tesis de que el artículo 154 de la Compilación (prohibición de formular reservas de los derechos sucesorios que la ley atribuye al cónyuge en las declaraciones de herederos) no debe limitarse a la cuarta marital, sino ampliarse al usufructo viudal (6), y el tercero, en el que llega a asimilar este usufructo del 250 a la viudedad aragonesa y navarra y a los usufructos catalanes capitulares y testamentarios de regencia (*senyora majora, poderosa i usufructuaria*). Pasa, pues, de la cal a la arena, ya que lo primero nos lleva a acercar el usufructo del abintestato a los derechos tradicionales catalanes del cónyuge (cuarta marital y *any de plor*) y, en cambio, lo segundo nos conduce a robustecer al máximo el usufructo del 250 colocándole aun por encima del usufructo legal del cónyuge del Código civil (heredero forzoso). Tan decidido estaba el Centro Directivo a no entrar en la cuestión de fondo, que se ha cuidado de evitar inclinarse en un sentido u otro, dejando en equilibrio la balanza al neutralizar un considerando con el otro.

Mal podría entrar el comentarista en el problema, en el que no ha querido entrar la resolución. Doctores tiene la doctrina jurídica catalana que darán la necesaria luz a la práctica registral. Solamente haremos unas observaciones, pero sin garantía:

a) Creo que la interpretación integradora de los capítulos de la legítima, de la cuarta marital y del título de la sucesión intestada de la Compilación, así como la comparación del usufructo viudal abintestato con la cuarta marital y los usufructos de regencia de los capítulos, heredamientos y testamentos, no pueden prescindir de la historia de las institu-

(6) ROCA SASTRE (conferencia de 1960 en el Colegio de Abogados de Barcelona) mantuvo que el artículo 154 no impide que los declaratorios de herederos declaren directamente (con conocimiento de causa y la adecuada prueba) el derecho de usufructo viudal abintestato que concede, ya que este derecho no construye ninguna legítima a reservar. «Sino una atribución legal intestada a declarar judicialmente, aunque no sea título de heredero, sino como gravamen que peca sobre éste. Una cosa es—para ROCA—la mera salvedad de un derecho legítimo y otra bien distinta es la declaración o reconocimiento directo de que un derecho abintestato existe. Pero no cabe adherirse a la opinión de ROCA sin distinguos de quienes y como instaren la declaración de herederos si tenemos en cuenta la discutida naturaleza procesal de este procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento, su carácter sumario, su falta de contención, etc

ciones catalanas, pero tampoco pueden pararse en ella, en trance de determinar la naturaleza y efectos del usufructo sucesorio concedido al viudo o viuda por el artículo 250 de la Compilación. La comparación aproximadora con otras legislaciones (no sólo con el Código) beneficia a la propia Compilación. La tradición jurídica catalana, por otro lado, tan discutible en este punto, ha de ser conjugada con los principios hipotecarios y con los usos modernos del tráfico de inmuebles.

Por ejemplo: Porcioles, en el discurso de presentación a las Cortes del proyecto de Compilación, habló de la inspiración del artículo 250 en el Usatge «Vidua», de fuerte analogía con la viudedad aragonesa, del usufructo de regencia y de la inveterada costumbre que otorgaba a la mujer la dignidad de *senyora i majora, poderosa i usufructuaria*. En términos parecidos, y también excesivamente sintéticos, se expresa el considerando tercero, que ya vimos cómo conduciría a la tesis extrema de estimar que tal artículo concede una *pars bonorum hereditatis*. Pero la doctrina catalana creo que es poco concorde en el análisis de fondo de la evolución histórica de los derechos viduales legales sobre los que se pretendía apoyar el artículo 250 (Usatge «Vidua», Costumbres de Tortosa, Constitución Hac Nostra, etc.) y, por otro lado, son muchos los autores que tienden a distanciar el usufructo de regencia, exclusivamente vinculado a testamentos y capítulos, del derecho usufructuario abintestato, mera ampliación y modernización de los tradicionales (*tenuta, any de plor* y cuarta marital) y como ellos simple valor patrimonial, de contenido puramente económico. Solamente el primero concedería los derechos resumidos en la cláusula de estilo *senyora, majora, poderosa i usufructuaria*, cuyo origen y relación con la similar de los formularios italianos (*donna, madonna, patrona ed usufructuaria*) resulta de estudio complicado (7).

b) Un importante elemento de comparación en esta búsqueda del tratamiento registral más idóneo para el usufructo viudal abintestato catalán, guardando las distancias que exijan las diferencias de historia y finalidad con la legítima viudal del Código, puede ser el estudio crítico de la introducción en la Ley Hipotecaria de 1909 (tomada de la Ley Hipotecaria de Ultramar); de la «anotación a favor del cónyuge viudo, por el derecho que le concede el artículo 838 del Código civil» (hoy 839), así como de las razones o justificación de su supresión por la reforma de 1944-46.

ROCA SASTRE en la primera edición de sus *Instituciones* estimaba fundada esta anotación ante la posibilidad de que el testamento o la declaración de herederos silencien esta cuota legítima, y los herederos inscriban y enajenen los bienes de la sucesión con perjuicio de la viuda (8). En la segunda edición aparecen suprimidos los párrafos destinados a justificar la anotación, probablemente no tanto por haberse convencido de su falta de fundamento, como por carecer la cuestión de interés por haber sido suprimida por la reforma (9).

(7) Véase ENRIQUE JARDI CASANY *El usufructo de regencia* Bosch, Barcelona, 1971 También RAMÓN FAUS ESTEVE (conferencias de 1960 en el Colegio de Abogados de Barcelona)

(8) *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona 1941, tomo II, págs. 436 y 437. Dice allí ROCA que aunque a primera impresión parece superflua la anotación porque la cuota viudal tiene una consideración superior a la del legatario de parte alícuota (pues tiene un derecho de usufructo que afecta en principio a todos los bienes), no obstante hay algo en la legítima del viudo que debilita su garantía, ya que así como el legado de parte alícuota constará en el testamento, en cambio en la cuota legítima del viudo cabe que el testamento (y hasta la declaración de herederos abintestato) silencie la misma, pudiendo inscribir los herederos los bienes de la sucesión sin constancia alguna de aquélla con grave peligro de su efectividad, si los mismos enajenan o gravan. Dice también que el hecho de constar en la titulación presentada que existe el cónyuge viudo no autoriza al Registrador para mencionar la legítima de éste. Creo especialmente, a la vista de esta última afirmación, que ROCA no concedía demasiada importancia a la práctica registral de las regiones de Código, según la cual, prescindiendo un tanto de construcciones teóricas sobre la legítima viudal, del texto literal del artículo 838, 2º (hoy 839, 2º), de la influencia que la legítima viudal del Código italiano pudiese haber tenido en ese artículo, etc., la intervención del viudo o viuda (heredero forzoso al fin y al cabo en el 807) se estimaba obligada en toda manifestación de herencia o partición

(9) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, págs. 881-882.

La verdad es que la práctica registral de las regiones de Código civil seguía aferrada a la consideración del cónyuge como heredero, por muy *sui generis* que fuese, y ante una manifestación o partición de herencia sin intervención del cónyuge superviviente, al Registrador no se le planteaba la duda de si estaba autorizado o no para mencionar la legítima del cónyuge, sino, a lo más, si estaba ante un defecto subsanable o insubsanable.

Naturalmente, el estudio crítico de la aparición y desaparición de la anotación preventiva del número 6 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria de 1909 necesitaba ir acompañado del comparativo-funcional de dicha anotación suprimida, con la de demanda (el viudo acciona), con la de legados (legado *ex lege*) y con la, prácticamente fracasada, de derecho hereditario. Bordeando todo ello probablemente el problema general de la registración del derecho hereditario.

c) El resultado de la meditación realizada, conforme a los apartados a) y b), sería decidir sobre la conveniencia de que el trato registral del usufructo viudal del artículo 250 de la Compilación, en tanto no se haya transformado en adjudicación de usufructo o de pleno dominio en fincas determinadas con intervención del viudo o viuda, después de la opción en su caso entre la cuarta marital y dicho usufructo, sea uno de los siguientes o cualquier otro:

1.º El de no ser inscribible ningún documento de manifestación o partición de herencia sin intervención del viudo, sin perjuicio de la aplicación general de la Ley Hipotecaria a todo el territorio nacional y, por tanto, de las anotaciones de demanda y de derecho hereditario.

2.º Extensión a este caso del régimen de menciones de legítima del artículo 15 de la ley, como consecuencia de aplicación analógica de todo el contenido del artículo 140 de la Compilación.

3.º Aplicación de la normativa de la cuarta marital contenida en el artículo 153, en cuanto cuarta marital y usufructo viudal son intercambiables: acción personal caducable y posibilidad de pedir anotación preventiva, aunque el artículo 153 de la Compilación no aclara mucho a cuál de los tipos de anotación se refiere. De esta manera no habría ni mención, conforme al artículo 15, ni reserva de oficio, como la que hizo el Registrador de Olot.

4.º Asimilación a los legados (legado *ex lege*), en forma que permita traer al caso toda la normativa de las anotaciones de legados de la Ley Hipotecaria, un tanto olvidada y no muy diáfana.

5.º La solución del Registrador que dio ocasión a este recurso que estudiamos. En tanto no existiese sobre ella unánime conformidad de la doctrina jurídica catalana es la peor de todas, porque conduce a unas menciones no cancelables, ni conforme al artículo 15 ni conforme al 98 de la Ley Hipotecaria.

En todo caso, la elección debe enfrentarse primeramente con la contradicción entre dos normas de la Compilación: el artículo 154, cuya prohibición de formular reservas y salvedades en las declaraciones de herederos parece minimizar y hacer de naturaleza personal los derechos del viudo, y el 250, que al concederle la adquisición, por ministerio de la ley, del usufructo de la totalidad (o de la mitad) de la herencia adopta un tono diametralmente distinto; adquisición *ex lege* de una *pars bonorum hereditatis*.

A primera vista parece que por lo muy condicionado que está el derecho viudal del artículo 250 (desaparece en cuanto hay testamento y en cuanto se le haya dejado algo al cónyuge en capítulos o codicilo), lo limitado del mismo (no se extiende a las legítimas, ni a las «donaciones *mortis causa*», ni a los legados en codicilo) y, sobre todo, al estar supeditado a la opción (tratándose de viuda) entre el usufructo y la cuarta marital, el trato registral adecuado sería el 3.º, aplicación del artículo 153 de la Compilación

(acción personal previa opción entre usufructo y cuarta marital en su caso), con la consiguiente prohibición de reservas y salvedades de tal derecho en las declaraciones de herederos y en las inscripciones registrales a favor de éstos, en tanto no haya una adjudicación a favor del cónyuge supérstite con su intervención y, por tanto, no consideración, como defecto de la falta de tal intervención y adjudicación, en los documentos para registración de una sucesión abintestato.

No obstante, merece la pena considerar detenidamente si esto es lo conveniente y si fue ésta la intención del legislador al introducir la reforma, cuando las tendencias universales tienden más bien a robustecer la legítima del cónyuge viudo que a debilitarla. Y, sobre todo, cuando lo que sí puede comenzar a debilitarse es la propensión general del Derecho catalán a confiar más, como fuente de la sucesión, en la voluntad del hombre manifestada en testamento o capítulos, que en la disposición de la ley. Por otro lado, sólo inconvenientes pueden resultar de la convivencia de unos usufructos muy vigorosos (en el campo de lo testamentario y capitular), cuales son los de la *senyora majora, poderosa i usufructuaria*, con otros excesivamente débiles (art. 250).

C) *La cancelación especial del artículo 98 y el principio de legitimación.*—El artículo 98 pretendió facilitar la eliminación de todas las expresiones registrales de lo no inscribible y de lo no inscrito (lo meramente mencionado). Hizo concreta referencia a los derechos personales, a las menciones y a los legados no legitimarios; pero cualquiera que hubiese sido su formulación literal estaba de antemano condenado al fracaso dada la permanente incertidumbre sobre la línea divisoria entre lo inscribible y lo no inscribible, y sobre la indeterminación de lo que está inscrito y lo que está meramente mencionado. El precepto sólo sirve para lo indudable (y para ello era casi innecesario), pero casi nunca para lo dudoso.

Por su parte, el artículo 1 de la ley y los demás que consagran el principio de legitimación registral limitan éste a los asientos o partes de asiento *en cuanto se refieran a los derechos inscribibles*, y en tanto en cuanto éstos estén inscritos (y no meramente mencionados).

Surge por todo ello la pregunta: ¿Era posible decidir sobre la cancelación del pasaje discutido del asiento (sin perjuicio del usufructo, etc.) sin entrar en la cuestión de fondo, relativa a si el usufructo universal abintestato de la viuda debía ser admitido en el Registro en las circunstancias en que lo fue y por medio de una expresión registral como la utilizada? Lo cierto es que fue posible, y leyendo el considerando quinto parece que era perfectamente posible. Si en el Registro aparecía inscrito (no meramente mencionado) un derecho real, como el usufructo (nadie ha defendido su naturaleza personal), era obvio rechazar la cancelación al amparo del artículo 98. Pero en mi modesta opinión, como dijimos, había aquí un equívoco resultante de no distinguir entre la constancia o reflejo registral del derecho hereditario legal antes o fuera de la adjudicación a título de herencia y la inscripción de la adjudicación misma.

D) *La calificación negativa implícita.*—Adelantamos al principio que trataría someramente una cuarta cuestión no planteada en el recurso. En mis comentarios a otras resoluciones he puesto de manifiesto mi incapacidad para distinguir entre una suspensión o denegación parcial y una inscripción con circunstancias o contenido, en parte, divergentes del título presentado, a efectos del recurso gubernativo (10).

En uno de tales comentarios hice referencia a una interesante resolución de 9 de enero de 1923, en la cual la Dirección se mostró preocupada por lo mismo al percatarse de que el interesado difícilmente podrá comprender la diferencia entre no inscribir parte del contenido del documento

(10) Véase, por todos, mi comentario a la Resolución de 11 de noviembre de 1970 en el número 484 (mayo-junio de 1971) de esta Revista.

(suspensión o denegación parcial) y el inscribir separándose del contenido del documento. No repetiremos lo dicho ni insistiremos en los indudables inconvenientes de retrasar el causar estado del asiento practicado hasta el día de agotarse el plazo de recurrir, ni en la insuficiencia del artículo 434 del Reglamento para solucionar la cuestión.

Los resultandos de la resolución que ahora comentamos no aclaran si la solicitud de cancelación suscrita por Juan Guinot, por estar en plazo para recurrir, era sustituible por un recurso contra la calificación de la escritura de adjudicación. El Registrador pudo suspender la inscripción de ésta por estimar defectos el silencio absoluto sobre la cuarta marital y el usufructo vidual y la incomparecencia de la viuda. El recurso en plazo era entonces indudable, y en él se hubiera discutido necesariamente la cuestión de fondo. Pero al inscribir con el «sin perjuicio del usufructo..., etcétera», inscribía (calificación positiva o favorable), pero inscribía en términos distintos a los contenidos en el título y con clara minoración de los derechos que los otorgantes pretendían inscribir a su favor, y de hecho suspendiendo o denegando en cuanto al usufructo de 44/96 partes indivisas. Si el Registrador entendía que inscribir con el «sin perjuicio» era la solución conforme a derecho, y los interesados entendían que no era la solución correcta, creo que el recurso era procedente y necesariamente conducente a resolución sobre el fondo, porque ampararse en la doctrina de no ser procedente el recurso gubernativo cuando el asiento se ha practicado, para no resolver tampoco, conduciría a la necesidad de entablar procedimiento judicial entre herederos y viuda; pero éste versaría sobre si, en el caso concreto, se había entregado o debía entregarse o no la cuarta marital o el usufructo de determinados bienes (acaso no hubiese la más mínima divergencia entre viuda y herederos), y difícilmente resolvería cuál debe ser el régimen de inscripción de los abintestatos catalanes cuando es de aplicación el artículo 250 de la Compilación.

Por ello no era indiferente recurrir contra la calificación primera o contra la nota denegatoria de la solicitud de cancelación del «sin perjuicio». Ante la insuficiencia del artículo 98 de la ley para determinar, en los casos dudosos, cuándo procede la cancelación conforme al mismo (consecuencia necesaria de la incertidumbre del deslinde entre lo personal y real y entre lo inscrito y lo mencionado), es lógico que en esos casos dudosos decida un principio más firme y seguro: los asientos, aunque deriven de una calificación errónea, especialmente si no se recurrió contra ella, causan estado y están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Y es razonable, porque ante un asiento como el extendido, doña P. P. S. no tenía obligación de profundos estudios sobre el artículo 250, y sí tenía derecho a confiar en que el asiento la garantizaba suficientemente.

T. C. G.

4. ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO.—SOBRE ESTAS ANOTACIONES TIENEN PREFERENCIA LOS ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES HECHOS POR EL TITULAR REGISTRAL, AUNQUE LA INSCRIPCIÓN DE ESTOS ACTOS HAYA TENIDO LUGAR DESPUÉS DE PRACTICADA LA ANOTACIÓN.

Resolución de 16 de octubre de 1974 (B. O. del E. de 24 de octubre).

En 30 de junio de 1970 don José María Ciller Cuadrado y su esposa, doña Angeles Lloréns Jaén, propietarios de una finca urbana sita en la ciudad de Elche, barrio de Carrús, inscrita en el Registro de la Propiedad de aquella localidad al tomo 1.122, libro 201, del Salvador, folio 22, finca número 13.175, la vendieron en escritura pública autorizada por el Notario de Dolores don José Fernández Ventura, a don Manuel Sepulcre y su esposa, doña Juana Boix Canales, si bien no fue presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad hasta fecha posterior; que en 27 de agosto de 1970, el Juez de Primera Instancia e Instrucción número dos de Alicante, en juicio ejecutivo seguido por el Banco Exterior de España contra el citado señor Ciller Cuadrado y esposa, embargó la mencionada finca, haciéndose la anotación de embargo en 29 de octubre de 1970, y en la misma fecha se expide certificación de cargas, en la que la finca sigue inscrita a nombre del señor Ciller; que en 29 de marzo de 1971 se presenta en el Registro de la Propiedad la escritura por la cual el señor Sepulcre Díez y su esposa habían comprado tal finca al señor Ciller, y la escritura se inscribe; que en 26 de febrero de 1972 se había llevado a cabo la subasta de la misma a virtud de acuerdo tomado en el juicio ejecutivo que se seguía por el Banco Exterior de España contra el señor Ciller, y una vez celebrada, se adjudica a don José María Oscariz Susaeta, quien en el mismo acto la cede a doña Angeles Alonso Rubín; que en 28 de abril de 1972 el señor Juez de Primera Instancia número dos de Alicante, por rebeldía del ejecutado señor Ciller y de su esposa, otorga escritura de compraventa, ante el Notario de Alicante don Jaime Pintos y Vázquez Quirós, en favor de la mencionada señora Alonso.

Presentada en el Registro dos copia de dicha escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por aparecer la finca a nombre de los consortes don Manuel Sepulcre y Díez y doña Juana Boix Canales, personas distintas del demandado».

Don José María Oscariz Susaeta, en nombre de doña Angeles Alonso Rubín, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que si bien la finca cuya titularidad se cuestiona fue vendida en escritura pública por el señor Ciller a los señores Sepulcre Díez con anterioridad a la notación de embargo decretada judicialmente, la fecha

de presentación de la escritura otorgada en el Registro de la Propiedad es muy posterior a dicha anotación de embargo e incluso a la expedición de la certificación de cargas, haciéndose constar que el ejecutado señor Ciller fue declarado en rebeldía por no haber comparecido en ningún momento del procedimiento y los nuevos titulares no solicitaron exhibición de los autos en Secretaría; que es fundamental en este recurso centrar la figura del llamado «tercer poseedor» como aquel que después de tomada la anotación preventiva de embargo adquiere la finca o derecho real sin estar personalmente obligado por el crédito asegurado por la anotación, y así el artículo 38 de la Ley Hipotecaria presupone este concepto de tercer poseedor al decir: «Cuando después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números dos y tres del artículo 42, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor», e igualmente el epígrafe del artículo 143 del Reglamento Hipotecario habla de «tercer poseedor de bienes inmuebles», no siendo este concepto privativo de las hipotecas, sino que por asimilación a éstas se extiende también a los terceros adquirentes de bienes anotados preventivamente de embargo; que el artículo 38, 5, de la Ley Hipotecaria dispone que cuando los bienes anotados preventivamente de embargo hayan pasado a tercer poseedor, se observarán las mismas reglas del artículo 38, 4, de la propia ley, y este precepto dispone que: «Cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de esta ley», y dicho precepto dispone: «Si antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores como subrogado en el lugar del deudor», que el artículo 143 del Reglamento ha venido a completar el anterior precepto al disponer que dicha citación sólo deberá ser llevada a cabo cuando el tercer poseedor hubiese inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas, y concluye el citado artículo 143, en su párrafo tercero: «Llegado el caso de enajenación judicial de la finca o derecho, si el tercer poseedor, compareciendo o no en el procedimiento, no hubiere desamparado los bienes, la escritura se otorgará por el mismo o, en su defecto, en nombre de éste por el Juez», y que éste es exactamente el supuesto que nos ocupa en el presente recurso, con la circunstancia de que ese tercer poseedor que ha cerrado el Registro a doña Angeles Alonso Rubin en ningún momento mostró actividad alguna en el procedimiento judicial de apremio sobre la finca y, además, inscribió su derecho en momento muy posterior al de expedición de la certificación de cargas.

El Registrador informó: Que se denegó, en efecto, la inscripción de la citada escritura por aparecer inscrita la finca a nombre de los consortes don Manuel Sepulcre Díez y doña Juana Boix Canales, personas distintas del demandado, es decir, personas distintas de quien en la referida escritura figuraba como transmitente representado; que al proceder así no se hacía otra cosa que obedecer a lo que prescribe el artículo 17 de la vigente Ley Hipotecaria, máxime cuando el título cuya inscripción se pretende es de fecha posterior a aquel que ya aparece registrado y con el que resulta incompatible; que coincide con lo expuesto el artículo 20 de la misma Ley Hipotecaria y que los razonamientos indicados en el escrito del recurso, al no considerar los preceptos transcritos, se sitúan al margen de lo que constituye la base legal en que se apoya la nota recurrida, en la que se ratifica pidiendo la desestimación del referido recurso.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Vistos los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil; 20, 38 y 44 de la Ley Hipotecaria; 143 del Reglamento para su ejecución; las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1908, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912 y 29 de noviembre de 1962, y la resolución de 9 de noviembre de 1955.

Considerando que con posterioridad a la nota de la expedición de la certificación de cargas, a que hace referencia el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, y en virtud de procedimiento de apremio seguido contra el ejecutado por el titular de una anotación de embargo, se había inscrito en el Registro de la Propiedad una escritura de compraventa otorgada antes de la fecha del embargo, y en la que el deudor había enajenado a una tercera persona la finca que después fue objeto de traba, por lo que la cuestión que plantea este expediente es la de dilucidar si esta inscripción de dominio supone un obstáculo para que tenga acceso al Registro la escritura calificada en la que se enajena la misma finca por el Juez, en rebeldía del deudor, a favor del que resultó adjudicatario en el procedimiento.

Considerando que el recurrente fundamenta su pretensión de ser procedente la inscripción en lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo último, cuando equipara el tercer poseedor de bienes anotados con el tercer poseedor de bienes hipotecados, por lo que habrían de serle de aplicación a quien se hallase en la primera de estas situaciones indicadas las normas contenidas en el artículo 134 y concordantes de la Ley Hipotecaria para los segundos y, en consecuencia—y como resultado final—, proceder a la cancelación de todas aquellas inscripciones verificadas después de expedida la certificación de cargas prevenidas en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a que hace referencia el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, entre la que se encuentra la de dominio del actual titular registral, y que al ser cancelada dejaría el camino expedito para la inscripción del título del recurrente.

Considerando que frente a la anterior aseveración del apelante, el actual titular registral no goza de la condición de tercer poseedor de bienes embargados, pues para que así fuera, el título de adquisición del inmueble dejaría de ser de fecha posterior al embargo practicado, lo que no sucede, sino que, por el contrario, adquirió el inmueble con anterioridad a la extensión de la práctica de la anotación—aunque inscribió su título después de extendida ésta—, por lo que no cabe la aplicación del párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con las obligadas consecuencias que del mismo se derivarían.

Considerando, por el contrario, que el problema sustantivo planteado aparece resuelto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, en su remisión al artículo 1.923, 4, del Código civil, a través de la interpretación de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo—entre otras, las sentencias de 21 de febrero de 1912 y 29 de noviembre de 1962—, juntamente con la de este Centro Directivo—resolución de 9 de noviembre de 1955—, al declarar la preferencia que sobre las anotaciones preventivas de embargo tienen los actos dispositivos anteriores hechos por el titular registral, aunque la inscripción de estos actos haya tenido lugar después de practicada la anotación.

Considerando que al no ser procedente que se cancele la inscripción hecha a favor del primer comprador, surge un obstáculo para que pueda inscribirse la segunda escritura de compraventa hecha a favor de la adjudicataria, que tiene su fundamento en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados, conforme al artículo 66 de la misma ley, de acudir a los Tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de sus respectivos títulos o de la preferencia de sus derechos.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

COMENTARIO.—La regla general en materia de enajenación de bienes anotados es la del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, que permite su disposición por el titular registral, sin que la misma pueda perjudicar a la persona a cuyo favor se hubiere practicado la anotación. Esta regla general, clara y precisa, por ser relativa únicamente a los actos dispositivos posteriores a la anotación, exige que haya que acudir a otros preceptos de la Ley Hipotecaria y del Código civil para resolver los numerosos supuestos, de consecuencias diferentes, que pueden presentarse en torno a la figura, tan frecuente hoy día, de la anotación preventiva de embargo. Además, también ofrece algunas dificultades el tradicional enfoque de la anotación de embargo dotada de carácter constitutivo al igual que la hipoteca, y la carencia en la práctica jurídica de la necesaria coordinación entre el procedimiento judicial de embargo y el proceso registral de su anotación.

No ofrece duda que el acto judicial del embargo es válido y eficaz aunque la anotación no se practique; en este sentido se produce el artículo 42 de la Ley Hipotecaria al utilizar el término potestativo de «podrán pedir»; lo que ocurre es que como consecuencia lógica de la publicidad registral, el acto procesal del embargo no anotado no podrá perjudicar al titular inscrito mientras la anotación no se practique. Además, respecto de todo tercero la anotación de embargo estará supeditada, en cuanto a su eficacia, al juego de fechas previsto en el artículo 1.923 del Código civil, en relación con el 44 de la Ley Hipotecaria. Ambos preceptos establecen la doctrina de que la preferencia de la anotación de embargo actúa únicamente respecto de los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la fecha de la propia anotación o, lo que es igual, que las adquisiciones anteriores a ésta, aunque no estén inscritas, prevalecen contra la anotación posterior o contra el embargo no anotado. Por ello, aunque no deba hablarse de anotación constitutiva, es evidente que el embargo no anotado tiene una eficacia muy limitada.

Los diferentes supuestos a que antes aludíamos pueden tener lugar fuera del Registro, en cuyo caso la contienda entre la persona contra quien se dirige el procedimiento y el titular no inscrito de los bienes se ventilará ante la autoridad judicial por el oportuno procedimiento de tercería, o pueden suscitarse respecto de bienes inscritos, en cuyo caso corresponde al Registrador una previa actuación—puesto que tiene que practicar, suspender o denegar el asiento que se le solicita—, y sin que ésta suponga investirle de funciones judiciales, puesto que, en definitiva, y cualquiera que fuere su actuación, la última palabra competirá siempre a la autoridad judicial.

La enajenación de los bienes por el titular registral contra quien se dirige el procedimiento de embargo puede tener lugar antes o después de hacerse constar en el Registro la correspondiente anotación. Respecto de las enajenaciones anteriores, el titular inscrito a consecuencia de ellas tiene una doble posibilidad: Cuando se entere de la existencia del procedimiento de apremio por medio de la citación del Juzgado o por cualquier otra causa puede interponer la tercería registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, de efecto demoledor, pues obliga al Juez a sobreseer el procedimiento sobre los bienes inscritos a su nombre y objeto del embargo. Aun cuando nada haya hecho el titular registral, si el mandamiento de embargo se presenta en el Registro, el Registrador habrá de denegar la práctica de la anotación, conforme a lo dispuesto en los artículos 20, 17 y concordantes de la Ley Hipotecaria. Respecto de las enajenaciones posteriores, también es sencillo el supuesto que resulta cuando practicada la anotación de embargo se presenta un título de enajenación de fecha posterior a aquélla. Esta situación hace nacer la figura del tercer poseedor, pues el Registrador debe inscribir el título presentado con arreglo al artículo 71 de la Ley Hipotecaria, y el adquirente inscrito—tercer poseedor—

dor—se verá efectuado por las vicisitudes derivadas del procedimiento de ejecución.

Pero el problema se plantea cuando después de practicada en el Registro una anotación de embargo, se presenta un título dispositivo de fecha anterior a la anotación. En principio parece que la solución es clara, el Registrador debe practicar el asiento de inscripción si no existe otra causa que lo impida, dado que la anotación no cierra el Registro, según el citado artículo 71 de la ley. Pero a partir de este momento surgen las complicaciones: ¿Cómo habrá de practicarse el asiento de inscripción? Puede el Registrador apreciar jurídicamente la preferencia de fechas e inscribir la finca transmitida en concepto de libre de cargas o, por el contrario, en este capítulo debe arrastrar la anotación. Parece que este problema es común a todas las anotaciones preventivas que no provocan cierre registral y cuya preferencia se determina a partir de una fecha cierta. Consideramos que el Registrador no debe, aunque sea guiado por un laudable propósito de mantener la claridad de los asientos del Registro o por un menos encomiable paternalismo, como el de evitar que la adquisición del nuevo titular figure manchada por una anotación no preferente, apreciar por sí y ante sí la preferencia de fechas y proceder a prescindir de la anotación anterior inscribiendo la finca en concepto de libre de cargas, pues esa misión de determinar preferencias incumbe a la autoridad judicial. Pero en el supuesto contrario, de arrastre de la anotación, ocurre que los asientos del Registro publicarán la existencia de una doble titularidad: la del acreedor según la anotación, y la del titular de los bienes según la posterior inscripción, con lo que se desplaza el problema a una fase posterior, que luego veremos, cual es la de determinar la actuación del Registrador cuando por continuar el proceso de ejecución judicial se presente en el Registro la escritura de adjudicación a favor de persona distinta del titular registral.

De lo anterior resulta la evidencia de que el titular registral de los bienes se encuentra siempre afectado por la anotación practicada con anterioridad aun cuando ésta no sea preferente, ya que la simple existencia de esta tacha hace que pueda peligrar un posible crédito o cualquier otra operación respecto de su finca. Para evitar esta anómala situación y los consiguientes posibles perjuicios, la Ley Hipotecaria le concede un remedio rápido y eficaz a base del procedimiento de tercería registral, antes señalado, del artículo 38. Con su interposición se atiende, además, a la adecuada coordinación entre los procedimientos judicial y registral, ya que el Juez tendrá conocimiento de la inscripción de la transmisión y sobreseerá la tramitación respecto de la finca o fincas objeto de aquélla.

Ahora bien: si el titular registral no acude a la tercería registral y se presenta en el Registro la escritura de adjudicación—trámite final del embargo—, parece que al Registrador no le queda otra calificación que la de extender nota denegatoria fundada en la falta insubsanable de figurar la finca o fincas inscritas a favor de persona distinta de aquella contra la cual se siguió el procedimiento de ejecución, y sin que esta actuación suponga interferencia en la actividad judicial, puesto que el Registrador está obligado a calificar con arreglo a lo que resulte del título presentado y de los asientos del Registro.

A las anteriores consideraciones no se opone el hecho, como ocurre en el supuesto contemplado por la Dirección General en la resolución que ahora se comenta, que el título adquisitivo se presente en el Registro después de expedida la certificación de cargas en el procedimiento de embargo, hecho que constituye la base de alegación del recurrente. Parece lógico que esta certificación de cargas, cuya expedición se hace constar por nota al margen de la anotación—artículo 143 de la Ley Hipotecaria—, fuese el punto de conexión entre los procedimientos registral

y judicial a los efectos de evitar las colisiones entre ellos; pero lo cierto es que en el ámbito de la Ley Hipotecaria la eficacia de la certificación de cargas está limitada a las adquisiciones posteriores a la práctica de la anotación, sin que, por tanto, en nada pueda afectar a las adquisiciones anteriores, cuya preferencia respecto de la anotación se determina con arreglo al juego de fechas de los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EN UNA COMPRAVENTA NULA POR OTORGARSE POR UN VENDEDOR QUEBRADO, NO PROCEDE LA DEVOLUCION A LOS COMPRADORES DEL PRECIO QUE PAGARON (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Un comerciante vendió una casa al «Banco del Norte, S. A.». Fue declarado luego en quiebra, pero retrotrayéndose tal declaración a una fecha que incluía el tiempo en que se otorgó la escritura de venta. Fallecido el quebrado, los síndicos demandan al Banco, quien en su defensa alega la excepción de falta de litisconsorcio pasivo, y para el caso de que se decretara la nulidad de la venta solicita se le reembolse la cantidad que pagó.

Admitidos alternativamente tales argumentos por las instancias, finalmente el Tribunal Supremo estima íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La pretensión de tener que ser llamados a juicio todos los contratantes que intervinieron en la escritura cuya nulidad se pide no es de aplicación al presente caso, porque dicha argumentación podría tenerse en cuenta en el supuesto normal de desenvolvimiento de relaciones jurídicas, pero no en un estado de declaración de quiebra del vendedor de unos bienes durante el período de retroacción, en el que a consecuencia de la inhabilitación absoluta de aquél no ha de tenerse para nada en cuenta la finalidad que se persiguiera ni las personas con quien los realizara, ya que en el artículo 878, 2, no se permite reserva de clase alguna en favor de tercero, sino única y exclusivamente cuando éste se crea perjudicado con la fecha señalada en la retroacción.

Tratándose de un contrato de compraventa que se declara nulo por ministerio de la ley—artículo 878, 2, del Código de Comercio—, ello produce el efecto irreversible de reintegrar a la masa de la quiebra aquellos bienes inmuebles que fueron objeto del mismo, dejándolos, en consecuencia, libres y a disposición de la Sindicatura, por lo que en esta fase del proceso queda limitada la cuestión a determinar si las consecuencias

jurídicas derivadas del contrato de compraventa deben ser, además de la reintegración de la finca vendida por el quebrado, la de devolución al comprador del precio por éste satisfecho al quebrado, y en este sentido no resulta correcta la conclusión a que llega la sentencia dictada en el primer grado de la instancia, en cuanto ella decreta esta devolución del precio por parte de la Sindicatura al Banco demandado, pues ya la doctrina jurisprudencial viene reiteradamente declarando en casos análogos no sólo que en ellos no vale plantear el problema en el terreno de las relaciones jurídicas normales cuando los hechos se han desarrollado dentro del periodo de retroacción de la quiebra, sino también que no es admisible devolver el precio al comprador a tenor de los artículos 1.303, 1.304 y 1.308 del Código civil, pues en tanto lo dispuesto en ellos lo justifica una recíproca recepción de valores entre las partes, que han de devolverse mutuamente, en cambio, el artículo 878, 2, del Código de Comercio defiende la integridad de la masa de acreedores, con lo que, por no haberse contratado ni haber recibido ella precio alguno, mal pueden invocarse preceptos que directamente hacen referencia a quienes pactaron y recibieron lo que es objeto de la convención, declarada posteriormente nula de pleno derecho.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: EL MERO CUMPLIMIENTO DE PRECEPTOS O REVISIONES REGLAMENTARIAS NO ES SUFICIENTE PARA ELUDIR LA RESPONSABILIDAD QUE NACE DE ELLA (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Por una avería en los mecanismos de un avión que realizaba trabajos de fumigación, se dejó caer todo el insecticida sobre una parcela ajena en la que pastaba ganado vacuno, que resultó envenenado. El dueño del establo consigue la indemnización que solicita.

Doctrina de la sentencia.—De los hechos acabados de exponer se desprende con toda claridad no sólo la existencia de los daños producidos, sino también la de una actuación culposa por parte de su autor y la de un nexo de causalidad eficiente entre uno y otra, requisitos cuya concurrencia es indispensable para la estimación de la culpa extracontractual, a la que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, sin que de ello se exonere al piloto de la aeronave por la circunstancia de que tales hechos se ocasionaron como resultado de una avería ni porque con anterioridad a los mismos se hubieran llevado a cabo en la avioneta las obligadas revisiones, porque quien había de manjar el indicado mecanismo debió revisarlo directamente y justificar en las actuaciones que estaba en condiciones adecuadas para su uso, sin que, como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, sea suficiente con el mero cumplimiento de preceptos o revisiones reglamentarias, por ser indispensable a estos fines obrar con la diligencia que derive de la naturaleza de la obligación de que se trate, en atención a los diversos factores de tiempo y de lugar, conforme exige el artículo 1.104 del Código civil y las más esenciales normas de la convivencia, la moral y el Derecho.

NO CABE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA CUANDO SE TRATE DE JURISDICCION DISTINTA (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Un préstamo hipotecario fue declarado usurario en sentencia dictada por la jurisdicción penal; no obstante, los prestamistas obtienen

la condena de los prestatarios a que se les pague la cantidad de tres millones de pesetas, que se declaraban prestadas en la escritura.

Doctrina de la sentencia.—Las sentencias recaídas en un procedimiento criminal no tienen eficacia suficiente para ser consideradas documentos auténticos a efectos de la casación civil, y contrarrestar la estimación que haga en virtud del conjunto de la prueba el Tribunal de esta última jurisdicción.

No cabe la excepción de cosa juzgada cuando se trate de jurisdicción distinta y en que la causa de pedir es diferente: en lo criminal se pide el castigo de una conducta ilícita penal, y en lo civil se solicita el reintegro de la cantidad realmente entregada en el préstamo usurario, para que no haya un enriquecimiento injusto por parte del prestatario; así que si la jurisdicción es distinta y las causas de pedir también lo son, no puede darse la excepción, pues un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoración jurídica distintos: uno de orden penal, y otro de orden estrictamente civil, y donde hay diferentes acciones es evidente que existen diversas causas de pedir.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Los concesionarios de una mina obtienen indemnización de los de otra, que por error habían explotado el yacimiento de la primera.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal *a quo* acoge, en parte, la demanda sólo en cuanto a la segunda época o fase de explotación se refiere, por estimar que en octubre de 1966 cesa la buena fe del hoy recurrente, que no ignora que posee la cosa indebidamente, según el artículo 435 del Código civil; sabe que la Jefatura de Minas hace mediciones que comprueban el hecho de la superposición, pese a lo cual continúa con sus labores en la zona superpuesta y extrae mineral de la misma sabiendo que no le pertenecía, y este fundamento, que constituye no ya la premisa básica, sino incluso única del fallo recurrido, no se impugna adecuadamente en el recurso.

NO ES INCONGRUENTE UNA SENTENCIA QUE RESUELVE UNA CUESTION SUSCITADA EN LA CONTESTACION A LA DEMANDA (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—A tenor del principio establecido en el artículo 359 L. E. C., la concordancia o correlación hay que establecerla con las distintas pretensiones oportunamente deducidas en el pleito y no sólo por lo alegado por el actor, ya que la relación procesal se establece por los hechos alegados por ambas partes, de las que hacen derivar sus pretensiones, no siendo incongruente la sentencia que resuelve una cuestión suscitada en la contestación a la demanda, aunque respecto a ella no se haya formulado excepción o petición concreta, lo que hace decaer el motivo del recurso, amparado en el número 3 del artículo 1.692 L. E. C., que atañe exclusivamente al contenido del fallo que otorgue más de lo debido, como aquí se alega, o deje algún punto sin resolver, sin relación con las razones que para ello tenga el Tribunal sentenciador, a diferencia del vicio de incongruencia, objeto del número 2 del propio artículo, que está integrado no sólo por lo que declara el fallo, sino, además, por su adecuación con los fundamentos que para ello toma el Juzgador y en los que se

apoya la acción ejercitada, y en el caso de autos, solicitado por el demandado que se le absuelva de la demanda, es evidente que en la petición de lo demás va incluida la de una parte, por efecto de la moderación de la cláusula penal, que según el artículo 1.554 del Código civil es facultad del Tribunal *a quo*, que no requiere petición de parte y es irrevisable en casación.

LOS DOCUMENTOS HAN DE SER TENIDOS EN CUENTA EN SU TOTALIDAD, TANTO EN CUANTO BENEFICIEN COMO EN CUANTO PERJUDIQUEN (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—La actora concertó con los demandados un préstamo, garantizado con venta con pacto de retro, de 1.025.000 pesetas, aunque alega que la cantidad real prestada fue de 560.000 pesetas. Devueltas unas 700.000 pesetas por la autora, demanda ésta que se declare extinguida su obligación y se le otorgue escritura de retroventa. Sus pretensiones no fueron admitidas.

Doctrina de la sentencia.—No puede prosperar el motivo primero, puesto que se apoya en el documento privado para estimar la existencia del retracto convencional, pero lo rechaza en cuanto marca el precio a pagar por el ejercicio del mismo, forma inadmisibles, ya que los documentos han de ser tenidos en cuenta en su totalidad, tanto en cuanto benefician como en cuanto perjudiquen.

Tampoco tiene prosperabilidad el segundo motivo, que denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba con base en una carta firmada por el demandado, en la que se dice «le he dado en préstamo 560.000 pesetas», porque el hecho de que en la fecha de la carta fuera ésta la cuantía del préstamo concedido, no indica que con posterioridad no fuera prestada más cantidad.

Los motivos tercero y cuarto, ambos por el cauce del número 1 del artículo 1.692, denuncian unas supuestas violaciones de artículos de la Ley de Usura, mas ninguno de ellos es estimable porque ambos plantean cuestiones nuevas no alegadas ni debatidas en las instancias, ya que como base de la acción ejercitada se partió de la validez del contrato y en forma alguna se dijo que el mismo fuera usurario.

HAY QUE ATRIBUIR CARACTER EXCEPCIONAL Y RESTRICTIVO AL RECONOCIMIENTO DEL ERROR SUSTANCIAL CON TRASCENDENCIA ANULATORIA DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Unos anticuarios compraron un cuadro al párroco de un pueblo por 400.000 pesetas. Por informes periciales comprobaron que la pintura tenía menos antigüedad y valor que el que ellos habían creído. Demandaron la nulidad de la compraventa, y la obtuvieron en la Audiencia. Pero el Tribunal Supremo revoca tal sentencia y establece la validez del contrato.

Doctrina de la sentencia.—El documento no mantiene alusión ni referencia alguna respecto al autor, escuela, tendencia ni, en suma, a la calidad pictórica del cuadro en cuestión, y no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el indicado documento, pues si existieran otros se habrían también

consignado, ni le es lícito al Juzgador, bajo pretexto de función interpretativa, forjar la intención de los contratantes y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración, que es lo que, en definitiva, hace la sentencia recurrida. Tampoco cabe apreciar que la eventual o hipotética antigüedad del cuadro sea la condición que principalmente motivó la celebración del contrato; por otra parte, cabe añadir que no es racional presumir en unos anticuarios, es decir, en personas que hacen profesión del conocimiento de las cosas antiguas, como lo son la compradora y sus hijos, que materializaron el contrato, la inexperiencia en asuntos de su profesión, que el supuesto error en la época del cuadro implica. Porque el error o equivocación que puede cometerse en los cálculos de un negocio no implica en ningún aspecto el error en el consentimiento, a que se refiere el artículo 1.265, en relación con el 1.266, ambos del Código civil, y mucho menos cuando quienes lo alegan son personas peritas y conocedoras del respectivo negocio. Por ser reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de atribuir carácter excepcional y restrictivo al reconocimiento del error sustancial con trascendencia anulatoria del contrato, en aras de la seguridad jurídica y del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado.

PRECONTRATO: ARRAS PENITENCIALES (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Entre demandantes y demandados se había concertado un precontrato de compraventa con entrega de algunas cantidades. Luego los compradores no se decidieron a perfeccionar la compra. El vendedor pretende que se declare la existencia de la compraventa. El Supremo no acepta su tesis.

Doctrina de la sentencia.—Se alega en el recurso infracción por inaplicación del artículo 1.218 del Código civil, motivo que debe ser rechazado, en primer término, porque la Sala sentenciadora no desconoce la existencia y contenido del convenio que se refleja en el documento privado ni el del requerimiento notarial y acto de conciliación instados por los hoy recurrentes y, en segundo lugar, porque si lo declara rescindido es por la exclusiva razón de considerar que tal convenio es un contrato preparatorio o precontrato por el que las partes se obligaron al otorgamiento de una futura compraventa, y que las arras pactadas en el mismo son penitenciales y no confirmatorias y entregadas a cuenta del precio, el acierto de cuyo criterio y no el juicio de hecho de la sentencia recurrida es lo que en realidad se viene a combatir en el motivo que se examina, para lo cual no es apropiado el cauce elegido.

HIPOTECA: EXTENSION OBJETIVA (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—La Compañía «Seguros Bilbao, S. A.», tenía un derecho de hipoteca sobre una finca de «Talleres Jordán, S. A.». Se le incorporaron unas maquinarias, a las que se extendió la hipoteca. Al ejecutar la misma por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el Abogado del Estado se opone y demanda al acreedor hipotecario, alegando que las maquinarias incorporadas estaban embargadas a favor de la Hacienda Pública y que deben ser excluidas de la hipoteca. La demanda fue desestimada.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia llega a la conclusión de la afectación por la hipoteca de dichos bienes, conforme al número 5 del artículo 334 del Código civil y 111 de la Ley Hipotecaria, partiendo del hecho concluyente, aportado por el demandado y no discutido en la litis, de que los bienes sobre los que recayó la anotación: maquinarias y utensilios de la empresa «Talleres Jordán, S. A.», fueron incorporados al inmueble, y en el que están emplazados como formando parte del mismo por escrituras públicas de distintas fechas, afirmación que no es el resultado de la apreciación probatoria de unas escrituras, sino la aceptación de un hecho alegado y no discutido en la litis, y al que la parte actora califica de «intrascendente». Constituida válidamente la hipoteca, como por la tan meritada incorporación, extendida a los instrumentos o utensilios y maquinaria que con el inmueble constituyen lo que pudiera decirse el patrimonio básico hipotecado por pacto expreso, sin que a ello sea contrario lo sentado por las sentencias que se citan por el recurrente para supuestos bien distintos al de autos.

RECURSO DE CASACION: SU TECNICA (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En la técnica del recurso de casación las infracciones alegadas en el mismo han de referirse siempre a las disposiciones legales sobre las que, con acierto o equivocadamente, construyó su tesis el Juzgador de Instancia. No es lícito acudir al procedimiento de impugnación en el fondo cuando la propia sentencia que se recurre se vio impedida de penetrar en el mismo ante la aceptación de la excepción de inadecuación alegada por los demandados; por lo que al no atacarse en forma alguna ninguno de los preceptos legales en los que se apoya la resolución impugnada, y si, por el contrario, aquellos otros en los que el Tribunal *a quo* no ha entrado, se comete una peligrosa subversión en el orden de proceder encuaneto al recurso, que es garantía de la seguridad jurídica.

DOBLE VENTA DE FINCA (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—La interpretación de los contratos es, en principio, facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aunque cupiere alguna duda sobre su absoluta exactitud, siempre que aquélla fuese racional.

No cabe combatir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otra por el Tribunal sentenciador, no pudiendo desarticularlas para atribuir a alguno de los elementos integrantes del conjunto fuerza preponderante.

La interpretación del contenido clausular de los contratos debe ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado.

En caso de doble venta de la finca provee la norma del artículo 1473 del Código civil en el sentido de referirla a favor de quien obtuvo la inscripción registral primeramente, y en defecto de ella—caso de autos—, al comprador que de buena fe era anterior en la posesión, y a falta de tal circunstancia posesoria será discutida la propiedad en beneficio del que ostente título más antiguo, condicionado también a la buena fe adquisitiva.

RAZONAMIENTOS HECHOS A MAYOR ABUNDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Las actas que contienen las declaraciones de los testigos no tienen el concepto de documento auténtico a efectos de casación, ya que no hacen prueba del contenido de dichas declaraciones; tampoco lo tiene la certificación de un acto de conciliación en cuanto a la veracidad de las manifestaciones de los particulares reflejadas en el acta correspondiente.

Han de decaer los motivos que impugnan razonamientos que el Juzgador de Segunda Instancia solamente hace a mayor abundamiento, y que por esta causa no constituyen la verdadera base del fallo.

IMPUGNACION DE LOS HONORARIOS DE UN ARQUITECTO: CONFIRMACION DE LOS MISMOS (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurrente alega que la sentencia, recurrida violó los artículos 1.544, 1.091, 1.255 y 1.258 del Código civil, al conceder al arquitecto una cantidad superior a aquella en que éste había valorado sus propios trabajos, lo cual, con independencia de que asimismo contraría la relación de hechos declarados probados en Instancia y no impugnados debidamente en este trámite, adolece de un evidente defecto procesal, que le hace inviable, porque los indicados preceptos nada tienen que ver con la denuncia que se formula, que en su caso podría tener relación con la doctrina de los actos propios, que ni siquiera es mencionada por el recurrente, confusionismo que significa vulneración de la exigencia de claridad y precisión típica en estos recursos extraordinarios.

EN UNA COMPRAVENTA PERFECTA Y CONSUMADA CUALQUIER CONDUCTA POSTERIOR DEL VENDEDOR, ATRIBUYENDOSE LA PROPIEDAD DE LO QUE YA NO ES SUYO, NO PUEDE ESTIMARSE COMO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—«Elaboración de Plásticos, S. A.», vendió dos parcelas de su propiedad a «Edifisa, S. A.», declarando que las fincas vendidas estaban libres de cargas, y que si apareciera alguna su levantamiento correría a cargo de la Entidad vendedora. Y en realidad había una hipoteca inscrita en el Registro. E incluso dos meses después de la venta, «Elaboración de Plásticos, S. A.», y en concepto de dueña de los bienes ya vendidos, constituía otra hipoteca, que también se inscribió en el Registro. Posteriormente fueron canceladas ambas hipotecas por su pago por la propia Entidad hipotecante y vendedora, pero la compradora demanda la nulidad de la venta. La demanda no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—De los hechos declarados probados no ya hay que tener por perfeccionado el contrato de compraventa desde que hubo conformidad en la cosa y en el precio, sino consumado al haber sido entregada la cosa transmitiendo el dominio de la misma y habiendo recibido el precio pactado; luego cualquier conducta posterior del vendedor respecto a la cosa, atribuyéndose la propiedad de lo que ya no es suyo, y ejercitando facultades dominicales aprovechando la circunstancia de subsistir la inscripción registral a su favor, a lo que no puede darse otro

alcance que motivar una inexactitud registral frente a la realidad extrarregistral mientras dicha inscripción se mantenga y no sea subsanada, es claro que puede dar lugar a fecundas consecuencias jurídicas, que incluso pudieran sobrepasar el límite de la esfera puramente civil; pero lo que no se puede estimar es que haya incumplimiento de obligaciones propias de un contrato de compraventa, que quedó consumado mediante el ejercicio de la acción derivada del artículo 1.124 del Código civil, y se pretende sea declarado resuelto, no pareciendo ocioso señalar que cuando se presentó la demanda aquellas hipotecas, en particular la segunda, habían sido canceladas.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: LOS BIENES DE ESTAS ENTIDADES CORRESPONDEN A TODOS LOS CONDUENOS O SOCIOS, PERO A NINGUNO DE ELLOS INDIVIDUALMENTE (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Un socio de una comunidad o sociedad civil irregular demanda a sus dos consocios, reclamando la propiedad exclusiva del bien por él aportado. No se admitió su petición.

Doctrina de la sentencia.—El derecho de cada uno de los condóminos o componentes de una sociedad civil irregular a servirse de las cosas comunes, se condiciona a la necesidad de que no se perjudique el interés de la comunidad de que se trate ni se impida a los restantes copartícipes el disfrute de la cosa conforme a su destino, de suerte tal que las atribuciones de cada uno sean compatibles con las de los demás y encuentren su límite en las que a los otros correspondan, y como en el recurso lo que realmente pretende quien lo formula consiste en reclamar para sí el reintegro en la posesión de un bien determinado de la Entidad de que forma parte sin esperar a que se haya disuelto, es evidente que al denegarse en la resolución que se impugna semejante pedimento no ha incurrido la Sala de Instancia en las infracciones que se exponen, porque la facultad dominical sobre esta clase de bienes, antes de la disolución de la Entidad en que se hallan integrados, corresponde a todos los condueños o socios colectivamente y a ninguno de ellos de forma individual, concreta y determinada, y su reconocimiento a favor del actor equivaldría a consumir un verdadero despojo con relación a los restantes copartícipes.

GESTION DE NEGOCIOS AJENOS (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—Un Abogado medió en la venta de las acciones de una compañía, logrando la consumación de dicho contrato en condiciones favorables. Uno de los accionistas se niega a pagarle sus honorarios basándose en que él no le había hecho encargo alguno. El Supremo rechazó tales alegaciones.

Doctrina de la sentencia.—Siendo toda la base de la argumentación del motivo que no habiendo habido encargo previo de la gestión desarrollada por el mediador en la venta de las acciones, al argumentar de esta forma se fija la parte solamente en las palabras iniciales del razonamiento de la Instancia y pasa por alto las afirmaciones de hecho con las que termina el considerando mencionado, en donde se dice literalmente con relación al demandado: «Este sí aceptó, provocó y consumió parte de la actividad del actor y se aprovechó de su gestión y estudio durante parte del ciclo de tratos que condujo a las partes al acuerdo final», lo que supone la expresa

aceptación de dicho demandado para intereses propios de los servicios del mediador en la venta de acciones antes de finalizar la gestión mediadora, que en principio sólo había sido buscada por otros accionistas de la empresa.

EL QUE ALEGA LA EXISTENCIA DE CASO FORTUITO DEBE PROBARLO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—El demandado conducía su vehículo por la carretera de San Sebastián a Bilbao, y en un tramo en que había hielo se salió de la misma cayendo a un río, pereciendo en el accidente la esposa del actor, resultando éste y los demás ocupantes con heridas leves. El conductor del vehículo y la Compañía de Seguros son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—En la hipótesis aquí contemplada concurren cuantos requisitos exige la doctrina de esta Sala para la estimación de la culpa extracontractual: realidad del daño producido, la responsabilidad subjetiva de su causante y la relación de causa a efecto, sin que en modo alguno pueda exonerarse de sus consecuencias al demandado por la circunstancia de que apareciere cubierto de hielo algún trozo de la carretera, por no poder la misma conceptuarse como acontecimiento imprevisible o inevitable, a efectos del artículo 1.105 del Código civil, al oponerse a semejante calificación: A) Que el conductor de un vehículo de motor está obligado a ser dueño de sus movimientos en todo momento, moderando la marcha e incluso deteniéndolo cuando fuere preciso, y especialmente en el supuesto de que el firme de la superficie de rodadura se hallara mojado (art. 17 del Código de Circulación). B) La Ley de 24 de diciembre de 1962 le impone la obligación de reparar el mal causado, salvo que se pruebe que el hecho fue debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción del vehículo. C) Que la prueba de estas excepciones, así como de la existencia del caso fortuito, incumbe al que la alega no sólo por aplicación de la norma genérica que establece el artículo 1.214 del Código civil, sino también por la específica contenida en el artículo 1.183, en relación con el principio general del Derecho: *Alegans casus fortuitus illum probare tenetur*

RECURSO DE CASACION: REQUISITOS (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los requisitos de forma contenidos en el artículo 1.720 de la L. E. C. para el escrito de interposición del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal son tan esenciales, que la omisión de cualquiera de ellos es único para la admisión del recurso. El recurso de casación exige el planteamiento claro y preciso de los problemas que han de decidirse, facilitando de este modo su correcta solución. En virtud del principio de *ne procedat iudex ex officio*, que informa el dispositivo de nuestra L. E. C., la materia ofrecida al examen de esta Sala queda acotada por la voluntad de los recurrentes.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina constante de esta Sala que en el escrito de interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma ha de citarse no solamente el caso o casos del artículo 1.693 de

la L. E. C. a cuyo amparo se entable, sino también el precepto procesal que se considere vulnerado, e incumpléndose esta exigencia insoslayable en el escrito de interposición ha de declararse no haber lugar al recurso.

NO ES LICITO DIVIDIR EL CREDITO PARA RECLAMAR PARTE DE EL DENTRO DEL JUICIO ORDINARIO DE MENOR CUANTIA, RESERVANDOSE PARA MOMENTO Y PROCESO POSTERIOR LA RECLAMACION DEL RESTO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Un automovilista que sufrió un accidente reclama a la Aseguradora con la que tenía concertados y en vigor los seguros obligatorio y voluntario el pago de 200.000 pesetas, con que él tuvo que indemnizar a los perjudicados. La Compañía reconoce su deuda, pero alega compensación de deudas por ostentar, según ella, un crédito superior, pero limitando su reconvencción a la cifra de 500.000 pesetas para no sobrepasar el límite del proceso de menor cuantía, reservándose las acciones correspondientes. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia, que acogía totalmente las pretensiones de la Aseguradora.

Doctrina de la sentencia.—Si bien el Juez de Primera Instancia al admitir a trámite la demanda inicial del proceso se ajustó al contenido de los preceptos, no fueron éstos interpretados con igual corrección al admitir a trámite la reconvencción; como el proceso admitido a trámite donde se produce aquella reclamación ha sido un juicio declarativo de menor cuantía, y en el importe de la reclamación de que dimana la reconvencción deriva toda ella de un mismo título o razón de pedir, es evidente rebasa el límite de cuantía atribuido a los procesos de menor cuantía, conforme especifican los preceptos invocados en el motivo, sin que pueda ser lícito, cual pretendió la parte demandada, y ha sido aceptado por la sentencia recurrida, dividir el crédito para reclamar dentro del presente proceso una parte, reservándose la reclamación del resto en momento y proceso posterior, porque para la fijación de la cuantía de la misma entra en juego la validez o eficacia del título mismo de la obligación en su totalidad, y es de aplicación la regla tercera del artículo 489 de la L. E. C., mucho más cuando la resolución que recayese podría prejuzgar las sucesivas para hacer efectivo el resto del crédito aplazado en su efectividad, por conveniencias procesales de la parte, no aceptadas por la contraria, que la acusó inmediatamente al oponerse a la reconvencción.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—La Junta General del Valle de Salazar sacó a subasta la realización de una carretera, resultando adjudicatario de tal obra don Julián V. Con posterioridad, y ante el abandono de la obra por parte del contratista, la Junta demanda la resolución del contrato, con pérdida de la fianza constituida y rendición de cuentas. Se estimó íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Se funda el motivo en la jurisprudencia reiteradamente sentada por esta Sala, en el sentido de que no basta cualquier hecho que suponga un incumplimiento de la obligación pactada para acordar la resolución del contrato, sino en el caso de mostrar con él una rebeldía al cumplimiento de la obligación. Analizando los hechos probados, que la Audiencia concreta al decir que «la razón en que la demandante sustenta su pretensión no radica precisamente en si hubo interrupción

justificada y cuál fue su duración, sino en el hecho del absoluto abandono de que fueron objeto las obras por parte del contratista y que ha sido comprobado a través de los autos, e incluso en el juicio muestra su aspiración a no proseguir en el contrato mediante la correspondiente petición encaminada a tal fin». Ello se confirma también por la petición deducida en el suplico del escrito formalizando el recurso, en que se pide que se declare resuelto el contrato de ejecución de obras, según lo interesado en el escrito de contestación a la demanda; por ello se hace patente la necesidad de un primer motivo del recurso, al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., en el que se pidiese para ver de alterar la base fáctica de la litis, pues tal y como está redactado el recurso no conduce a otra cosa que a dar paso a la aplicación del párrafo primero del artículo 1.124 del Código civil, aun dado el carácter excepcional con que se ha concebido esta medida de resolución unilateral de un contrato.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.289 del Código civil, cuya violación se denuncia en el motivo segundo, no basta que recaigan dudas sobre el objeto principal del contrato, sino que es menester, conforme al texto del mismo precepto, que absolutamente fuere imposible resolverlas por las reglas establecidas en los artículos anteriores, de tal suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Como esta Sala tiene declarado repetidamente, a efectos de casación no ostentan el carácter de documentos auténticos los autos de sobreseimiento pronunciados por la jurisdicción penal ni las actuaciones de esta jurisdicción. El artículo 1.253 del Código civil, que se invoca como infringido, no contiene norma alguna sobre la valoración de la prueba, según ha declarado reiteradamente esta Sala. Con arreglo al artículo 1.249 del Código civil, las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse está completamente acreditado.

INCONGRUENCIA: NO EXISTE SI NO ES EN DECLARACION ESENCIAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Los propietarios de los pisos de un edificio demandan a la promotora, pues existían ciertas deficiencias en la construcción de los elementos comunes. La promotora es condenada a realizar tales obras o bien, si fueren éstas de gran dificultad, a indemnizar en metálico por el menor valor del edificio en su conjunto.

Doctrina de la sentencia.—Ni los contratos de compra de los distintos pisos ni los recibos de entrega de los mismos son documentos que puedan ser tenidos como auténticos a efectos de casación, ya que hacen referencia a la entrega de tales viviendas y no de los elementos comunes, sin que por ello de su contenido surja el evidente error de la Sala. Es evidente el derecho de cada propietario al ejercicio de las acciones que le competen

para obtener el cumplimiento del contrato que otorgó, sin que la limitación de la posible indemnización por imposibilidad de cumplimiento de la obligación principal a la cuota de copropiedad de los elementos comunes sea declaración esencial que por no pedida haga incongruente el fallo, pues, por el contrario, deviene necesaria por el carácter comunitario de dicha propiedad.

LAUDO ARBITRAL: MOTIVO DE IMPUGNACION IMPROSPERABLE
(SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, el recurso de nulidad contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad sólo se da por los motivos que relaciona el artículo 1.691, número 3, de la L. E. C.; precepto este último que establece taxativamente los tres únicos casos en que un recurso de esta clase pueda ser eficazmente utilizado, todos los cuales, en definitiva, tienden a combatir el exceso de poder en que hayan podido incurrir los árbitros, ya por haber rebasado los límites de tiempo o de materia controvertida fijados en el compromiso o en la resolución judicial que lo formalizó o bien por haber resuelto cuestiones no susceptibles de ser sometidas a la decisión arbitral; cualquier otro motivo de impugnación cae fuera del ámbito del recurso extraordinario de nulidad y dentro, en cambio, del que es propio del juicio declarativo correspondiente. El recurso ataca el laudo con base en que uno de los tres árbitros que lo dictaron, designado como tal en su condición de Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, había perdido la potestad arbitral en la fecha en que fue emitido, por haber cesado con anterioridad en dicho cargo, motivo de impugnación no comprendido en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje, en relación con el 1.691 de la L. E. C.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE CONTRATO: LA PROHIBICION DE CEDER O SUB-ARRENDAR LLEVA IMPLICITA LA DE TRASPASAR. NO EXISTE ALTERACION DEL CONTRATO PRIMITIVO CUANDO SE TRATA DE CLAUSULAS ADICIONALES DE AQUEL Y NO CONSTA EXPRESAMENTE LA VOLUNTAD DE NOVAR (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1973).

La actora cedió al demandado varias habitaciones, integrando un local de negocio, en diversos contratos sucesivos. Traspasado el local, se interpuso la demanda, a la que se contestó alegando la no prohibición de traspasar en las cláusulas adicionales al contrato primitivo, que simplemente exigían la autorización escrita de la dueña para realizarlo. El Juzgado desestimó la demanda, sentencia que revocó la Audiencia Territorial de Las Palmas, que decretó la resolución del contrato.

El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, por cuanto no existe error de hecho en la prueba, ya que los documentos

que se citan son los mismos en cuya interpretación se suscitó la controversia y se pronunció la decisión jurisdiccional, no demostrándose manifiestamente lo contrario de lo afirmado por el Tribunal *a quo*. Tampoco dice nada la omisión en el último documento firmado por las partes de la limitación de ceder o subarrendar, ya que la voluntad de novar ha de constar de modo expreso o la obligación nueva ha de ser incompatible con ella, lo que no se aprecia cuando el documento no es sino una adición de otro anterior sin modificar otras estipulaciones de aquél. No es de apreciar abuso de derecho de la demandante cuando ejercitó la acción en defensa de un interés legítimamente protegido sin intención de causar daño.

DENEGACION DE PRORROGA: EL RECURRENTE ALEGA QUE EL CONTRATO NO ERA DE VIVIENDA, SINO DE LOCAL DE NEGOCIO, LO QUE CONSTITUYE CUESTION NUEVA, QUE NO PUEDE ADMITIRSE EN ESTE TRAMITE PROCESAL (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1973).

Arrendado a un odontólogo un edificio compuesto de bajo, primero y buhardilla, se le demanda para que deje libre el mismo, por necesitarlo una hija casada del dueño. El demandado alegó que el bajo, en que ejerce su profesión, es independiente del primero y de la buhardilla, que tienen el carácter de vivienda.

Estimó el Juzgado la demanda y la confirmó la Audiencia Territorial de La Coruña. El recurso se basó en que no había comenzado la prórroga forzosa, sino que se estaba dentro de la prevista por el contrato, y que el taller de prótesis dental estaba unido a la clínica odontológica, siendo actualmente predominante aquél, lo que transforma al arrendamiento en uno de local de negocio, mientras que la sentencia recurrida lo consideró de vivienda.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso, ya que el Juzgador de Instancia entendió, con base en las alegaciones de las partes, que el contrato de arrendamiento era único para toda la casa y existía la necesidad alegada para la denegación de la prórroga. No se indicó que el contrato estaba en período de prórroga voluntaria, lo que constituye cuestión nueva, como tampoco se dijo que el taller protésico era el objeto principal del arrendamiento. Pero tampoco podría prosperar el recurso, aunque se hubiese alegado, porque se confunde el establecimiento abierto al público de un protésico con el simple ejercicio de la profesión de odontólogo que tiene en su domicilio su propio taller, que es el caso de autos, lo que no coincide con el supuesto de la sentencia de 13 de julio de 1970, citada por el recurrente.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL CAMBIO DE DESTINO DEL LOCAL Y EL CESE DE CONTACTO DIRECTO CON EL PUBLICO CONSTITUYE LA CAUSA DE DENEGACION DE PRORROGA DEL NUMERO 3 DEL ARTICULO 62 DE LA L. A. U. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1973).

Habiéndose pactado el destino del local arrendado para una pensión, y estando cerrada durante unos nueve años, tiempo transcurrido desde que se solicitó la baja en la contribución industrial, se destinó posteriormente a almacén, con lo que se cambió la actividad estipulada. Alegando ambas causas de resolución, se demandó al arrendatario, que se opuso afirmando que el piso primero era accesorio de la tienda, establecida en

el bajo, y siempre se había dedicado a este fin y a la vivienda del arrendatario, por carecer el piso de condiciones para alojar huéspedes dadas sus deficiencias de toda índole. Tanto el Juzgado de Arenys de Mar como la Territorial de Barcelona estimaron la demanda, declarando resuelto el contrato.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo lo rechaza, ya que está claro que el destino pactado era el de hospedaje, y la conversión en almacén y el cese del contacto directo con el público constituye el «cierre», que da lugar a la causa primera del artículo 114 de la L. A. U., en relación con el número 3 del artículo 62, según se deduce del conjunto de la prueba y no sólo de los dos documentos del Ayuntamiento que dicen que el local no reúne condiciones para el hospedaje, ya que carecen de virtualidad para modificar el destino fijado en el contrato. No existe motivo para no aplicar el artículo 62 de la ley arrendaticia, como pretendía el recurrente.

**DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: EXISTE MAQUINACION FRAUDULEN-
LENTA CUANDO LA ACTORA ALEGA DESCONOCER EL DOMICILIO
DEL ARRENDATARIO SIENDO ASI QUE POCO ANTES HABIA HE-
CHO UN REQUERIMIENTO NOTARIAL EN EL MISMO (SENTENCIA DE
15 DE OCTUBRE DE 1973).**

La Entidad arrendataria fue citada por edictos en un litigio por falta de pago de la renta, siendo condenada al desahucio, que se llevó a efecto seguidamente.

Se interpuso recurso de revisión, con base en que no había tenido conocimiento la arrendataria del litigio hasta la publicación de la sentencia en el *Boletín Oficial de la Provincia* de Las Palmas, siendo así que la demandante conocía perfectamente el domicilio de la Entidad, a la que había requerido notarialmente en alguna ocasión en aquél.

Se contestó que existía inestabilidad en el domicilio de la arrendataria por estar cerrado con frecuencia, siendo, además, falso el domicilio social expresado por la arrendataria.

El Tribunal Supremo admite el recurso teniendo en cuenta que la actora había practicado un requerimiento notarial pocos días antes de la interposición de la demanda, diciendo en ésta que no conocía el domicilio de la arrendataria, lo que demuestra indudablemente que en el mismo lugar pudo llevarse a cabo la citación, aun no hallándose allí el representante de la Sociedad, pues sería válida la citación entregándose la cédula al vecino más inmediato. En su lugar pidió la citación por edictos, con lo que suprimió toda posibilidad de contienda, creando la apariencia de un procedimiento contencioso, lo que implica la maquinación fraudulenta del número 4 del artículo 1.796 de la L. E. C.

**DENEGACION DE PRORROGA: PARA JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE
LA CAUSA TERCERA DEL ARTICULO 62 DE LA L. A. U. BASTA CON
EL CAMBIO DEL DESTINO PACTADO PARA EL LOCAL, AUNQUE SE
DIGA QUE CIERRE NO EQUIVALE A DESOCUPACION DEL MISMO
(SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1973).**

Arrendado un local al Instituto Nacional de Estadística en Almería, y permaneciendo cerrado durante cinco años, se solicitó la resolución del contrato; denegada la misma, se interpuso reclamación previa en vía admi-

nistrativa a la acción judicial, y en vista del silencio de la Administración se entabló demanda, acompañando dos actas notariales acreditativas del desalojo del piso y de que había vuelto a ocuparse en vista de la reclamación. Negó el Abogado del Estado que el piso hubiera estado desocupado, ya que en él se almacenaban documentos y archivos, así como tenía su vivienda el Delegado provincial, aunque accidentalmente no había sido así por estar vacante el cargo y cubierto interinamente tan sólo.

Tanto el Juzgado número 3 de Almería como la Audiencia Territorial de Granada estimaron la demanda, por lo que el Abogado del Estado interpuso recurso de injusticia notoria, alegando que no es lo mismo cierre que desocupación, la cual no existió nunca. El Tribunal Supremo rechaza el recurso, ya que el objeto del contrato era la instalación de oficinas y la vivienda del Jefe provincial, haciendo cinco años que la oficina se había trasladado, sin que exista en el piso ningún objeto que sirva para trabajar en él como tal oficina y sí sólo algunos documentos. Por otra parte, tampoco el Jefe vivía allí, habiéndose llevado algunos muebles precipitadamente al tenerse noticias de los propósitos del arrendador.

o

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EXISTE TRASPASO ILEGAL CUANDO SE SUSTITUYE LA PERSONA DEL ARRENDATARIO SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1973).

Al fallecimiento del arrendatario de una carnicería, su esposa continuó en el disfrute del mismo negocio, pero apareció un tercero al frente de éste, por lo que la arrendadora demandó la resolución del contrato. La demandada contestó alegando que no existe tal cesión y que el pretendido cesionario no lo es, sino que viene prestando servicios desinteresados a la arrendataria verdadera. El Juzgado de Bilbao rechazó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó la sentencia y declaró resuelto el arrendamiento.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, no prosperó, ya que, según el Alto Tribunal, no se desvirtúa el hecho sentado por la Sala sentenciadora de que el ocupante actual del local ha provisto de carne al establecimiento haciendo en su propio nombre la adquisición y sacrificio de las reses, atendiendo con asalariados suyos al público, sin que aparezca que la recurrente hiciese compatibles sus servicios en un Instituto de Segunda Enseñanza con la gestión del negocio, por lo que se aprecia una sustitución del arrendatario en el goce del local arrendado. No se puede hacer prevalecer uno de los elementos probatorios sobre el conjunto de todos ellos, máxime cuando no prueba el error denunciado y fue ya valorado por el Tribunal *a quo*.

REVISION DE RENTA: EL ARTICULO 103 DE LA L. A. U. HA SIDO DEROGADO POR EL DECRETO DE 12 DE MAYO DE 1966 (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1973).

Solicitado por el arrendatario se rebaje la renta que paga a la declarada a los efectos fiscales, se opuso el arrendador, y tanto el Juzgado número 2 de Salamanca como la Audiencia de Valladolid desestimaron la demanda.

El recurso de injusticia notoria se basó en que la declaración hecha por el propietario fue posterior a la presentación de la demanda, lo que es contrario a la interpretación jurisprudencial del artículo 103 de la

L. A. U. El Tribunal Supremo rechaza el recurso porque, como ya se indicó en sentencia de 9 de junio de este año, el artículo 103 de la L. A. U. ha quedado derogado por el Decreto de 12 de mayo de 1966, que ha sustituido la valoración subjetiva de la renta hecha por el propietario, por la objetiva hecha por la Administración, suprimiendo así la *ratio legis* del precepto.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA PALABRA «ALMACEN» REFERIDA A «TEJIDOS O SIMILAR» SE ENTIENDE EN LA PRACTICA COMO SINONIMO DE TIENDA ABIERTA AL PUBLICO, LO QUE SE CONFIRMA POR LA POSIBILIDAD DE EJERCER OTRO COMERCIO O INDUSTRIA EN EL LOCAL (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1973).

Enterado el actor del cierre y desocupación del local arrendado, y destinado a almacén de tejidos, desde un período de tres años, según se acredita con acta notarial, demandó la resolución del arrendamiento ante el Juzgado competente de Barcelona. Contestó el arrendatario que el local estaba destinado a almacén y, por tanto, no abierto al público, aunque ha sido siempre utilizado para la finalidad pactada de simple almacén. El Juzgado y la Audiencia de Barcelona desestimaron la demanda.

Se interpuso recurso de injusticia notoria, que admite el Tribunal Supremo. El punto debatido es la naturaleza del local arrendado, es decir, si se trata de un local de negocio o de un simple almacén que no se abre al público, siendo este último el punto de vista de las sentencias de Instancia, que se basan en la transcripción parcial de una cláusula del contrato arrendaticio. Si se parte de la transcripción literal de esta cláusula hay que llegar a conclusión distinta, ya que el local se arrendó como «almacén de tejidos o similar», quedando autorizado el arrendatario para ejercer en él «otro comercio o industria», lo que aclara el sentido de la palabra almacén, que referida a «tejidos o similar» equivale a tienda o establecimiento abierto al público, como es usual en este ramo del comercio. Por tanto, siendo arrendamiento de local abierto al público, y habiendo estado cerrado por más de seis meses, el propietario puede denegar la prórroga y desahuciar al arrendatario.

DENEGACION DE PRORROGA: DADA LA VAGUEDAD Y AMPLITUD DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS, NO ES ADECUADO EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ARRENDATICIO Y DEBE ACUDIRSE AL JUICIO ORDINARIO QUE CORRESPONDA (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1973).

Se deniega la prórroga de un arrendamiento por querer derribar el edificio la propietaria, concediendo a la arrendataria el derecho a ocupar un piso equivalente en superficie al ocupado por aquella en el edificio nuevo. El Juzgado de El Ferrol estimó en parte la demanda y declaró que el contrato de arrendamiento lo es de local de negocio, dejando imprejuizadas las demás cuestiones planteadas, sentencia confirmada por la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de injusticia notoria por el actor, es admitido por el Tribunal Supremo, por cuanto que el recurrente, al decir que la sentencia recurrida incurre en falta de precisión y de claridad por dejar imprejuizadas las otras cuestiones, plantea el problema, susceptible de ser examinado de oficio, de la adecuación del procedimiento seguido. Es evidente que la vaguedad e imprecisión de las cuestiones planteadas por la

parte actora excede del marco específico del procedimiento arrendaticio, inadecuado incluso para la que se refiere a la naturaleza del contrato arrendaticio, cuya estimación significa la aceptación de una competencia que no debió ser aceptada por el Tribunal *a quo*, siendo así que el problema de orden público que implica hubiese permitido una solución distinta a la confirmación de la sentencia de Primera Instancia. Debe acudir, por tanto, al procedimiento declarativo correspondiente.

RESOLUCION DE CONTRATO: SE CONSIDERA EL ARRENDAMIENTO COMO DE LOCAL CUANDO LA OFICINA Y ALMACEN ANEJOS SON SOLO ACCESORIOS DE AQUEL (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1973).

El actor ejerció el derecho de tanteo al venderse en pública subasta, derivada de un expediente de apremio, el derecho de traspaso de un local con almacén y oficina; no habiéndosele entregado el local, demanda al arrendatario, que contesta aduciendo que aún no estaba resuelta definitivamente la reclamación económicoadministrativa en la que se acordó el embargo del derecho de traspaso, por lo que son nulas todas las actuaciones posteriores, formulando reconvención en el sentido de que el local es de los que no tienen derecho de traspaso, por lo que es nulo el título por el que se adjudicó al demandante el derecho de traspaso. Se contestó a la reconvención que el destino pactado era triple: almacén y local de negocio con oficinas, pero la naturaleza es la de local industrial, al que la ley concede derecho de traspaso.

El Juzgado de Sevilla desestimó la demanda y admitió en parte la reconvención, declarando que el local es de los que no tienen derecho de traspaso. La Audiencia revocó esta sentencia, desestimando la reconvención.

El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que el argumento de los dos primeros motivos de que no es posible ejercitar la acción de desalojo, del artículo 33 de la L. A. U., en tanto no adquiera firmeza el embargo en vía administrativa, así como la subasta y consiguiente adjudicación, no fue suscitado en el período expositivo del pleito, constituyendo una cuestión nueva, que no puede ser admitida en estos recursos, como no lo es en casación. En cuanto al motivo tercero, aparte de la falta de precisión y claridad, porque la Sala entiende que el arrendamiento de que se trata lo es de local de negocio no sólo interpretando las cláusulas de dicho contrato, sino porque estima acreditado que el arrendatario ejercía una verdadera actividad comercial en relación con el público, siendo la oficina un complemento del mismo, sin que esto haya sido impugnado por la vía adecuada.

C. R. R.

V. SUCESIONES

PARTICION DE HERENCIA: Artículo 1.061 del Código civil (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1974).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora

y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, resolviendo que «la división, como cuestión de hecho, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, cuando de fincas se trata», y que «el artículo 1.061 tiene un carácter facultativo, más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidades de su división, etc., no pudiendo, por consiguiente, determinar de manera preceptiva la forma de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad».

CAPACIDAD DEL TESTADOR: Artículo 695 del Código civil (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1974).

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia de Pozoblanco la nulidad de los diez testamentos notariales otorgados por la causante, con la consiguiente apertura de la sucesión intestada, debido a que la testadora no estaba en su cabal juicio y, por tanto, no tenía la testamentifacción activa, y confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante, ya que, en punto a la interpretación del último párrafo del artículo 695 del Código civil, si bien el Notario ha de hacer constar que, a su juicio, «se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento», dicha afirmación hecha por el Notario no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible, o sea, que dicha afirmación puede ser revisada por el Juez siempre que las pruebas de que disponga sean convincentes, que es lo que ha ocurrido en el presente caso.

HERENCIA FUTURA: Artículos 1.271, párrafo segundo, y 1.056 del Código civil (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1974).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara que no constituye contrato sobre la herencia futura el convenio por el cual la viuda del causante acuerda con sus hijos, en documento expresamente redactado a estos efectos—y que, desde luego, fue documento privado—, que éstos efectúen libremente la partición, tanto de los bienes de su fallecido esposo y padre, respectivamente, como de los que le pertenecen por su carácter de parafenales, quedando todos obligados a pagarla en conjunto, y en concepto de usufructo vitalicio, la cantidad de 12.000 pesetas mensuales, que será incrementada cada dos años a razón de 1.000 pesetas mensuales, y ello porque tal convenio tiene por objeto bienes que en el momento de su celebración pertenecían en propiedad a la viuda cedente. En razón a lo cual desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, estimatoria en parte de la demanda de apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de la misma capital.

DOLO. REVOCACION DE TESTAMENTO. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: Artículos 673, 674, 703 y 739 del Código civil (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1974).

El valor de un acto de última voluntad, como documento formal y solemne, nada tiene que ver con la eficacia o ineficacia de su contenido.

El dolo testamentario consiste en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigidos a desviar la libre determinación de las decisiones del testador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo, en base a las siguientes consideraciones:

Que los errores de hecho y de derecho que en la apreciación de la prueba se estiman combatidos por el Juzgador de Instancia, respectivamente, en los motivos primero y segundo del presente recurso, no pueden alcanzar la finalidad pretendida por el impugnante: A) Porque los testamentos de 26 de diciembre de 1957, 9 de marzo de 1963 y 3 de junio de 1971, que sirvén de apoyo al primero de estos motivos, carecen de virtualidad a tal efecto por haber sido objeto de discusión en el pleito y de análisis e interpretación en los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida (sentencias de 15 de junio de 1970 y 14 de febrero de 1973). B) Porque el otorgado en peligro inminente de muerte ante cinco testigos, el 2 de junio del año últimamente mencionado, no sólo fue también examinado por el Tribunal *a quo*, sino que no se aportó a las actuaciones, a pesar de haberse formalizado por escrito, sin que a efectos de casación constituyan documentos auténticos las pruebas de confesión judicial (sentencias de 16 de abril y 1 de diciembre de 1963) y testifical (sentencia de 14 de noviembre de 1946) con que ahora se intenta justificar. C) Porque ninguno de esos medios probatorios acredita por sí mismo, y menos de forma evidente, cómo la ley exige lo contrario de lo afirmado en el acuerdo judicial combatido, es decir, que el testamento de 5 de junio de 1971 tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del testador. D) Porque además de ampararse el segundo de estos motivos en un cauce procesal inadecuado, cual es el del número 1 del artículo 1.692, lo cierto es que la Sala sentenciadora no pudo atribuir al testamento de 26 de diciembre de 1957 la eficacia en juicio que a los documentos públicos concede el artículo 1.218 del Código civil, puesto que, conforme a lo prescrito en el 739, aquella disposición fue revocada por la de 9 de marzo de 1963, y en la actualidad no sirve ni siquiera de base para interpretar la verdadera intención del *de cuius*. E) Porque según la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1963, el valor de un acto de última voluntad, como documento formal y solemne, nada tiene que ver con la eficacia o ineficacia de su contenido.

Que tampoco pueden prosperar los motivos tercero y cuarto del recurso, en los que, a través del número 1 del citado artículo 1.692, se acusa al órgano jurisdiccional de apelación de haber aplicado indebidamente el artículo 1.253 del Código civil, porque la resolución impugnada no fundamenta su pronunciamiento, anulatorio del testamento de 5 de junio de 1971, en la última de las pruebas reseñadas en el artículo 1.215 del indicado Cuerpo legal, deduciéndolo de la circunstancia de que el testador tuviera personalidad psicopática y fuera fácilmente sugestionable por quienes gozaran de ascendiente anímico sobre él, como se expresa en los motivos, sino que esencialmente apoya su decisión en otros hechos concretos y determinados, que agrega en su segundo considerando, tales como los de

que el otorgamiento de dicha disposición testamentaria «tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del causante» cuando se alojaba en el domicilio del demandado, y que éste había conseguido con anterioridad otra herencia de un hermano fallecido de forma análoga, es decir, en pruebas directas, que por no haber sido impugnadas en el recurso, y mucho menos destruidas, permanecen inalterables en los autos e imposibilitan la aplicación del artículo 1.253, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, reflejada, entre otras, en las sentencias de 17 de febrero de 1966 y 5 de abril de 1971, dando lugar a que el Tribunal *a quo*, al ajustar su fallo a lo preceptuado en el artículo 673 de la referida ley civil sustantiva, no haya incurrido en las infracciones denunciadas en estos motivos, sobre todo cuando ni siquiera cita el referido precepto, por lo que mal puede haberlo aplicado indebidamente.

Que igualmente deben rechazarse los motivos quinto y sexto del recurso dirigidos por la vía formal de los anteriores, en los que se denuncia la aplicación indebida de los artículos 673 y 674 del Código civil; el primero, porque la manifestación que contiene la sentencia recurrida de que el testamento de 5 de junio de 1971 tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del testador, o sea, como dicen las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1928 y 1 de junio de 1962, en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigidos por el instituido a desviar la libre determinación de sus decisiones y conseguir se excluyera de su herencia, en todo o en parte, a personas que de otra forma serían llamadas a la sucesión; constituye una afirmación de hecho de la libre apreciación de la Sala de Instancia, que no puede censurarse en esta clase de recursos por el cauce formal elegido (sentencias de 26 de diciembre de 1944 y 22 de febrero de 1961) y que da lugar a que la anulación de aquella disposición testamentaria sea la consecuencia de la correcta aplicación del primero de los indicados preceptos en relación con los artículos 1.265 y 1.269 del Código civil, sin que en forma alguna se haya quebrantado lo dispuesto en ellos ni en la doctrina legal proclamada por las sentencias de 15 de marzo de 1934, 22 de marzo de 1941, 25 de mayo de 1945 y 31 de junio de 1961; el segundo, porque aun cuando el artículo 674 de la mencionada ley sustantiva se invocase por la parte actora en el apartado B) del fundamento de derecho sexto del escrito de demanda, y se mencionase en el segundo considerando de la resolución que se impugna, lo cierto es que no se aplicó su contenido en la parte dispositiva de ésta, por lo que no existe la infracción denunciada en dicho motivo, aparte de que si se hubiera procedido de otra forma, como indica el recurrente, la subsanación del defecto sería reclamable por el número 3 y no por el 1 del referido artículo 1.692.

Que la misma suerte debe correr el séptimo y último motivo del recurso, también acogido al número 1 del artículo 1.692, tanto porque la simple lectura del pedimento segundo de la súplica de la demanda demuestra con toda claridad que implícitamente se solicitó por esa parte litigante no se concediera validez de ninguna clase al testamento que se dice otorgado en peligro de muerte el 2 de junio de 1971, como porque no se cumplió respecto a éste el requisito exigido por el párrafo segundo del artículo 703 del Código civil, lo que la priva de eficacia a los fines pretendidos, y porque, en último término, el problema planteado en el motivo constituiría, caso de apreciarse, un vicio de incongruencia, comprendido en el número 3 del artículo 1.692 y extraño a los que ampara el número 1 de dicha norma legal, e incluso una cuestión nueva, encajable en el número 5 del artículo 1.729 de la Ley Procesal.

COMENTARIO.—Los hechos que motivan esta sentencia son, en síntesis, los siguientes: don A. V. G. murió el 26 de junio de 1971 en estado de soltero sin dejar herederos forzosos, habiendo otorgado tres testamentos notariales abiertos con fechas 26 de diciembre de 1957, 9 de marzo de 1963

y 5 de junio de 1971, y un testamento en peligro de muerte ante testigos el 2 de junio de 1971. En el testamento notarial de 1963 y en el otorgado ante testigos viene a instituir herederos a todos sus sobrinos casi igualmente, mientras que en los notariales de 1957 y 5 de junio de 1971 favorece notoriamente a un hermano, con escasa atribución patrimonial a los restantes parientes. Uno de los sobrinos perjudicados por el último testamento otorgado, que es el de 5 de junio de 1971, demanda al favorecido por éste y pide se declare su nulidad por no estar el testador al otorgarlo en su cabal juicio, y la validez, como último testamento del causante, del notarial abierto otorgado el 9 de marzo de 1963, toda vez que el hecho en peligro de muerte no podía ser tenido en cuenta debido a no haber sido advertido ni protocolizado dentro del plazo legal.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo desestimó la demanda; pero apelada esta sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca la sentencia del Juzgado declarando la nulidad del testamento notarial abierto otorgado el 5 de junio de 1971 y la vigencia del de 9 de marzo de 1963, como último testamento válidamente otorgado por el causante, debido a la ya dicha caducidad del otorgado en peligro de muerte. Y recurrida la sentencia de la Audiencia por el demandado y apelado, se resuelve por nuestro más alto Tribunal en la forma ya dicha.

La nulidad del testamento de 5 de junio de 1971 la declara la Audiencia no por insania mental o incapacidad del testador, sino por haber existido captación de voluntad y haber sido sugestionado el testador por terceras personas con ascendiente animico sobre él. Y esto a pesar de que la parte actora y apelante no invocaba esta causa de nulidad ni siquiera subsidiariamente, sino únicamente la falta de juicio del testador; por su parte, el recurrente tampoco hace especial hincapié en esta posible motivación al recurrir. Por otra parte, mientras de la resolución de la Audiencia parece ser que el dolo se empleó por una tercera persona, aunque también interviniese el favorecido, la sentencia del Tribunal Supremo determina que «el dolo testamentario consiste en el empleo de astucia, maquinación o artificio dirigidos *por el instituido* a desviar la libre determinación en sus decisiones y conseguir se excluya de la herencia, en todo o en parte, a personas que de otra forma serían llamadas a la sucesión». De aquí parece deducirse que uno de los requisitos del dolo testamentario, para que pueda ser considerado como vicio determinante de la nulidad del testamento, es el de que sea empleado precisamente por el favorecido en el testamento de que adolece. Mas si se lee detenidamente el considerando, no resulta adecuado dar este alcance a la expresión «por el instituido», ya que la circunstancia de que en los hechos motivadores de las sentencias que cita la comentada, así como en los que dieron lugar a esta última, la maquinación o captación de voluntad del testador haya podido ser empleada o provenir del heredero favorecido con ella, no excluye que en otros supuestos pueda tener el mismo alcance la maniobra dolosa cuyo autor directo sea un tercero. Y ello porque el testamento es un acto personalísimo (art. 670), lo cual quiere decir que ni admite delegación ni en la formación de la voluntad del testador pueden tener influencia decisiva otras voluntades ajenas, lo que no excluye, naturalmente, que el testador pueda asesorarse previamente al otorgamiento que pretende. Tanto da que el influjo o captación provenga del favorecido por el testamento, como de otra persona ni siquiera mencionada en el mismo (v. gr.: por ánimo de venganza contra el que de otro modo hubiera sido favorecido). Precisamente por ello, el artículo 673 no exige expresamente que el dolo sea empleado por el instituido, y el artículo siguiente agrava la penalidad en el supuesto de que la autoría del dolo corresponda al heredero abintestato del testador, privándole de su derecho como tal heredero abintestato—por haberse anulado el testamento—sin perjuicio de la responsabilidad criminal

que proceda. Lo que, «a contrario», nos está diciendo que cuando el dolo provenga de un tercero, el testamento será nulo igualmente, pero el instituido que sea heredero abintestato conservará sus derechos. Ahora bien: ¿en el caso de que el dolo provenga del instituido, y éste aparezca también instituido heredero en testamento anterior del causante, que por la nulidad del posterior doloso es el último válido, no perderá sus derechos a la herencia, por no haber ningún precepto en la sección relativa al dolo que así lo establezca? La consecuencia puede resultar injusta en comparación con el supuesto de apertura de la sucesión intestada. Creo que se puede llegar a la misma conclusión, consistente en la exclusión del heredero o legatario que empleó el dolo de la herencia testada de su causante, aunque no lo diga el artículo 674, no por analogía, ya que al tratarse de norma penal no puede ser susceptible de procedimiento analógico ni de interpretación extensiva, sino por aplicación del artículo 756, número 6, según el cual «son incapaces de suceder por causa de indignidad: . . . 6. El que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo». Y nadie negará que las disyuntivas de este precepto comprenden tanto la violencia moral—amenaza—como la física—violencia—, esto es, la intimidación y la coacción, pero también el dolo—fraude—, pues, en efecto, el término dolo y sus derivados son sinónimos de engaño, astucia, fraude, maquinación o insidia.

Digamos, por último, y en lo relativo al tema del dolo, que ya al tratar de la posibilidad de una teoría minoritaria del dolo, aplicable tanto a los actos entre vivos como a los por causa de muerte, la doctrina hubo de señalar que mientras el artículo 1.269 del Código civil exige para que exista dolo contractual que provenga de una de las partes—«de parte de uno de los contratantes», el artículo 673 no señala tal exigencia para el dolo testamentario, y del artículo 674 se desprende, «a sentido contrario», que el dolo anulará el testamento, sea empleado por el favorecido, sea causado por un tercero, con la consecuencia, además, en el primer caso, de la penalidad prevista en el artículo siguiente.

Contiene, además, esta sentencia una declaración expresiva de que el testamento revocado por otro posterior «no sirve ni siquiera de base para interpretar la verdadera intención del *de cuius*». Se me antoja que tal aseveración, congruente con el alcance restrictivo dado por cierta jurisprudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos, que otra más progresiva ha llegado a admitir con alguna liberalidad, es demasiado terminante y puede ser matizada. Si, efectivamente, por ser revocado y en lo que se encuentre en oposición con el testamento posterior a él, el testamento anterior carece de valor interpretativo, parece que no hay obstáculo insuperable para que sirva como medio a fin de ayudar a determinar cuál *no es*, desde luego, la *última* voluntad del testador, no como tal testamento, sino como documento cuya forma pública acreditativa de lo que se hizo y de la voluntad que se manifestó en un determinado momento histórico debe seguir teniendo algún valor. El contenido del testamento revocado no vale como tal disposición testamentaria. Pero en el momento de su otorgamiento se observaron unas determinadas formalidades, hubo una declaración de voluntad que no tiene por qué ser absolutamente irrelevante (como lo prueba el que puede volver a «resucitar», según el art. 739, párrafo segundo, del Código civil). Pensemos, por ejemplo, en una cláusula reproducida casi textualmente en el testamento posterior, y que en el anterior revocado resulta expresada con más claridad, bien sea por la construcción gramatical de la frase o la superior habilidad redactora del Notario autorizante, ¿va a negarse valor al testamento precedente como medio auxiliar interpretativo?

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SOCIEDADES. AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL: *El aumento del capital de una Sociedad está exento del Impuesto de Transmisiones cuando se produzca por la incorporación del saldo de la cuenta a la del capital y, sin embargo, se considera acto sujeto cuando dicho aumento determina la puesta en común de bienes anteriormente ajenos al ente social* (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda correspondiente se presenta una escritura pública, en la que se formaliza el acuerdo de ampliar el capital de cierta Entidad mediante la cuarta incorporación al mismo del 20 por 100 del saldo de la cuenta de regularización; a este fin se emiten 113.260 acciones nominativas de 500 pesetas nominales cada una, que serán atribuidas: 88.223 acciones, sin desembolso alguno, a quienes sean titulares el 31 de enero de 1971 de las acciones de la Sociedad actualmente en circulación, y 25.037 acciones a todas las personas que dicho día sean empleados fijos de la plantilla de tal Entidad que lo soliciten mediante el documento de suscripción que les será facilitado en todas las oficinas de la Sociedad, y que el precio a satisfacer por las acciones suscritas por los empleados será de 3.000 pesetas por acción, sin que se consigne plazo para desembolso y suscripción de estas últimas, girándose por la citada dependencia liquidación por el concepto de Sociedades, título ampliación de capital, número 6 de la tarifa, al tipo del 2,70 por 100, sobre una base de 75.111.000.

En representación de la Entidad contribuyente se interpone recurso ante el Tribunal Provincial, alegándose que la operación indicada debe gozar de la exención contemplada tanto en el artículo 25 del Texto Refundido de 2 de julio de 1964 de la Ley de Regularización de Balances, como en el artículo 7 del Decreto que desarrolla dicha Ley, recogida asimismo en el número 57 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto; refiriéndose seguidamente a la base imponible tomada para la liquidación, que igualmente impugna estimando que debiera reducirse en 12.000.000, cantidad correspondiente al nominal de las acciones suscritas por los empleados de la Sociedad.

El Tribunal Provincial desestima la reclamación en base a que lo que se halla realmente exento del Impuesto es la incorporación del saldo de la cuenta de regularización a la del capital, pero en modo alguno las aportaciones realizadas a la Sociedad en concepto de precio de nuevas acciones emitidas, como es el caso presente, y que deben gravarse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 70, número 13, del Texto Refundido del Impuesto.

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, se acuerda revocar en parte el fallo apelado y anular la liquidación practicada para que, previa presentación por la Sociedad de la carta de pago justificativa del correspondiente al gravamen del artículo 25 de la Ley de Regularización de Balances y de los complementarios que aquella oficina estime precisos para comprobar que las 25.037 acciones ofrecidas a sus productores por dicha Sociedad han sido o no desembolsadas por éstos y fecha del desembolso, se gire la liquidación que sea pertinente.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Nicolás Gómez de Enterría y Gutiérrez, lo desestima en base a la siguiente:

Doctrina.—Que sin discutir el Banco el problema de la base, que estará en función de los empleados que hayan ejercitado el derecho que se les concedió, hasta el punto de que si ninguno lo hubiera utilizado sería inexistente aquélla, pretenda que se declare la total ausencia de obligación tributaria por Impuesto de Transmisiones con fundamento en los artículos antes citados; en primer lugar, porque todos los tributos, tanto del Estado como de la Provincia o el Municipio, que pudieran devengarse con ocasión o como consecuencia de la incorporación del saldo de la cuenta de regularización a la del capital quedan sustituidos por un gravamen único del 2 ó del 4 por 100, con reducción en su caso a la mitad, y, en segundo lugar, porque la adquisición por los productores de la Sociedad de las acciones así emitidas no estará sujeta a gravamen alguno.

Considerando que la razón de la sustitución de todos los impuestos, entre ellos el que recae sobre las Transmisiones Patrimoniales, por el gravamen único del 2 ó del 4 por 100, por el total de los tipos, o reducidos a la mitad está en que los saldos internamente traspasados no deben computarse dos veces a efectos impositivos, o lo que es lo mismo, hace falta que se computen una vez, al exigir ese gravamen único, para que no proceda la segunda imposición, concretamente, por Transmisiones Patrimoniales, y claro es que en relación con las 25.037 acciones ofrecidas a los empleados; lo que se toma en cuenta a efectos del gravamen único es su valor nominal, que pasa de la cuenta de regularización a la del capital, pero no el posible precio de 3.000 pesetas por acción, que lejos de dar lugar a un puro traspaso interno de valores de una cuenta a otra, supone una puesta en común, a través de las reservas sociales, de un dinero que antes no pertenecía a la Sociedad, y si esas 3.000 pesetas, a multiplicar por el número de acciones efectivamente suscritas por los empleados del Banco, no han soportado el gravamen único del artículo 25 del Texto Refundido de 2 de julio de 1964, si se gravan por segunda vez al someterlas al Impuesto sobre Transmisiones, ni cumplen los requisitos de exención del artículo 65-I-57 de la Ley del Impuesto, al no ser representativas de un aumento de capital producido por la incorporación de parte del saldo de la cuenta de Regularización de Balances; con lo que si el aumento de capital de una Sociedad es un acto sujeto con arreglo al artículo 54, número 3, de la Ley, que se declara exento cuando no determina la puesta en común de bienes anteriormente ajenos al ente social, o se le aplica el tipo reducido número 6 de la tarifa o habría que acudir a los tipos más elevados que correspondieran a la naturaleza de los nuevos bienes transmitidos a la Sociedad.

Considerando que el precepto por virtud del cual se dispone que la adquisición por los productores de la Sociedad de las acciones que representen la incorporación de una parte del saldo de la cuenta de Regularización de Balances no estará sujeta a gravamen alguno, les favorece a ellos como posibles sujetos pasivos de cualquier impuesto, por lo que tal norma habría de ser tenida en cuenta si la Sociedad les hubiera entregado las

acciones gratuitamente y los empleados no estuviesen conformes con soportar el impuesto sobre la donación recibida o si creyeran que no les era aplicable el artículo 80 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, en relación con el número 10 de la tarifa; pero como el acto de adquisición no se proyecta, a efectos impositivos, sobre la Sociedad, que actúa como transmitente de los títulos, pero que recibe por ellos, aparte del valor nominal, por el que se incrementa el capital social, con cargo a la cuenta de Regularización, un precio de 3.000 pesetas por cada una de las acciones que los empleados suscriben, son perfectamente separables la adquisición de las acciones por los empleados, que es lo que no está sujeto a gravamen, y la puesta en común de un dinero de dichos empleados, que por pasar a nutrir las reservas sociales determina para el Banco una adquisición independiente del mero traspaso interno de una cuenta a otra, y que cae, por tanto, dentro del campo del Impuesto de Transmisiones.

VIVIENDAS BONIFICABLES: La primera transmisión onerosa de una vivienda calificada provisionalmente de bonificable el 23 de junio de 1953, y con cédula de calificación definitiva de fecha 5 de abril de 1968, se considera exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, como comprendida en el artículo 65, número 29, del Texto Refundido del Impuesto (SENTENCIAS DE 1 Y 16 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—En la Abogacía del Estado de la Delegación de Hacienda correspondiente se presenta una escritura de compraventa de vivienda bonificable otorgada el 15 de octubre de 1969, unida de fotocopia de la calificación definitiva según cédula de 5 de abril de 1968, procediéndose por la citada dependencia a girar liquidación por el concepto de Transmisiones, título compraventa, número 1 de la tarifa, al 7,40 por 100.

Contra dicha liquidación se interpone por el interesado reclamación económico-administrativa, alegando que la citada transmisión está exenta por tratarse de vivienda de protección oficial.

El Tribunal Provincial anula la liquidación y declara exento el contrato liquidado por aplicación del artículo 65, número 29, del Texto Refundido del Impuesto, considerándolo subsumido a todos los efectos fiscales en la normativa de la Ley de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963.

Contra dicha resolución la Dirección General de lo Contencioso promueve recurso ordinario de alzada, solicitando la revocación del acuerdo dictado por el Tribunal Provincial y confirmación de la liquidación girada por la al principio mencionada dependencia, considerando que a la debatida transmisión no le es aplicable la exención del artículo 65, número 29, del Texto Refundido.

El Tribunal Económico-Administrativo Central revoca el fallo recurrido y la declaración de exención, confirmando la liquidación practicada por la Abogacía del Estado de Madrid.

Interpuesto el contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel García Miguel, estima el recurso en base a la siguiente doctrina:

Considerando que entrando en el examen de los preceptos aplicables al caso debatido resulta que, conforme a lo dispuesto en la cuarta disposición transitoria del Texto Refundido de 24 de julio de 1963, las viviendas calificadas definitivamente con arreglo a cualquiera de los regímenes derogados (la disposición final derogatoria menciona expresamente el de viviendas bonificables, a que estaba acogida la aquí cuestionada) gozarán de los beneficios tributarios según su calificación. Así, pues, como la calificación de la vivienda objeto de este proceso tuvo lugar el 5 de abril de 1968, el

precepto aplicable en materia del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales era el contenido en el número 29 del artículo 65 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, sin que en modo alguno pueda constituir óbice para entenderlo así el argumento esgrimido por la Administración, al decir que la exención sólo es aplicable a las viviendas que merezcan la calificación de protección oficial, conforme a la definición que de las mismas se formula en el artículo 2 del Texto Refundido regulador de esta clase de viviendas, entre las que no se encuentran las bonificables, ya que el precepto aludido del Texto Refundido del Impuesto tan sólo habla de viviendas de protección oficial...

Considerando que igualmente es desestimable el segundo de los argumentos esgrimidos por la Administración en apoyo de su tesis, en el sentido de que como el régimen transitorio establecido para las viviendas bonificables en la disposición transitoria sexta del Texto Refundido del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 quedó totalmente liquidado el día 1 de mayo de 1964, y la vivienda en cuestión tiene la calificación de bonificable, no puede gozar de la pretendida exención, pues lo cierto es que en la mencionada disposición transitoria sexta se distinguieron dos supuestos: uno, el previsto en el último párrafo, o sea, el de los edificios que se hallasen totalmente construidos y que hubiesen obtenido la calificación definitiva antes de la entrada en vigor de la ley, para los cuales se establece que la primera enajenación a título oneroso gozará de las bonificaciones que se hubiesen establecido en las disposiciones al amparo de las cuales se hubieran construido, siempre que aquélla se efectúe antes de transcurrir seis años, contados a partir de la publicación de esta ley. Y otro, el de los edificios que no hallándose en esta situación hubiesen obtenido la calificación provisional y cumplido los requisitos de tipo administrativo al efecto establecidos para gozar de las bonificaciones provisionalmente concedidas, los cuales, según el párrafo tercero de la tan repetida disposición transitoria, en relación con los párrafos precedentes de la misma, gozarán de la exención establecida en el número 29 del artículo 65, o sea, que estará exenta la primera transmisión que a título oneroso se realice dentro del plazo de seis años, contados a partir de la fecha de la calificación definitiva, supuesto que concurre en el caso de autos.

Considerando que a mayor abundamiento esa interpretación de la disposición transitoria sexta es la acertada, lo abona el hecho de que es la acorde con el criterio seguido por todas las disposiciones precedentes y subsiguientes y, además, que el vigente Texto Refundido de la legislación de viviendas de protección oficial, en sus disposiciones transitorias tercera y cuarta, en relación con la final, se ocupa del régimen de las viviendas bonificables, incluso a efectos fiscales, lo que no tendría sentido si realmente su régimen hubiese quedado totalmente liquidado en 1 de mayo de 1964.

CONCENTRACION E INTEGRACION DE EMPRESAS: *Para que pueda tener efectividad la exención prevista en el número 54 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto es necesario que recaiga acuerdo del Ministerio de Hacienda haciendo declaración expresa de exención, no siendo, por tanto, aplicable a hechos impositivos nacidos con anterioridad a la fecha de la vigencia de la exención (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1974).*

Hechos.—Con fecha 4 de abril y 11 de junio de 1970 se otorgaron sendas escrituras de concentración e integración parcial de las Empresas «Gumer-sindo Junquera, S. A.», y «Marítima Astur, S. A.», y de desembolso de dividendos, y presentadas ambas escrituras en la correspondiente oficina

liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por ésta fueron practicadas las pertinentes liquidaciones por razón de dicho Impuesto. Para pago de las cuotas resultantes se efectuaron los ingresos cuya restitución por indebidos constituye el objeto de la pretensión deducida por la recurrente, invocando la exención comprendida en el número 54 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto, basándose en que ante la solicitud de beneficios fiscales formulada en el Ministerio de Hacienda el 30 de enero de 1969, con fecha 30 de diciembre de 1970 fue notificada la Orden del citado Ministerio, aclarada por otra de 23 de abril de 1971, concediendo los solicitados beneficios.

El Tribunal Supremo, en el correspondiente recurso contencioso-administrativo, desestima la reclamación en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que la exención invocada por el recurrente, cual es la comprendida en el número 54, artículo 65, del Texto Refundido del Impuesto, viene establecida de modo potencial, en cuanto que para que pueda ser aplicada es necesario que recaiga acuerdo del Ministerio de Hacienda haciendo declaración expresa de la exención, o sea, que la operatividad de la exención se halla condicionada a la realización del mentado supuesto de hecho contemplado en la norma, de forma que tan sólo a partir de tal momento la exención adquiere pleno vigor, por lo que sus efectos no pueden extenderse a hechos impositivos producidos con anterioridad a su existencia, como resulta de la elemental consideración de que como el efecto de la exención es el que sustrae el supuesto concreto en ella previsto al campo de aplicación del presupuesto de hecho abstracta e hipotéticamente definido en la norma de sujeción, su aplicabilidad requiere el concurso simultáneo de ambas normas, la de sujeción y la de exención, pues si ésta aún no existe, mal puede excluir la obligación tributaria derivada del hecho imponible definido en aquélla.

Considerando que la aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos conduce a sentar la conclusión de que como la exención no tuvo vida legal hasta que se dictó la Orden de 23 de noviembre de 1970, en modo alguno puede entenderse aplicable a hechos impositivos nacidos con anterioridad a la fecha de su vigencia, como fueron los contenidos en las escrituras de 4 de abril y 11 de junio de 1970, o sea, que para que la recurrente hubiese podido disfrutar de los beneficios fiscales derivados de la exención era menester que hubiese realizado las operaciones integrantes de los hechos impositivos en fecha en que por tener ya existencia éste pudiese haber sido aplicada por la oficina de gestión, por lo que al no haberlo hecho así perdió la posibilidad de obtener el pretendido beneficio, lo cual no es más que una manifestación concreta de la influencia del tiempo en el mundo del derecho, ya que cuando las normas exigen que para la adquisición de un derecho se realicen determinados hechos en el tiempo establecido al efecto, de que se ejecuten dentro o fuera del lapso correspondiente depende la adquisición o pérdida del derecho.

COMPROBACION DE VALORES. REVISION DEL EXPEDIENTE: *Quedan fuera del alcance revisor del artículo 154, a), de la Ley General Tributaria los actos de gestión que adolezcan de ilegalidad ordinaria, o sea, con cualquier infracción del ordenamiento jurídico, quedando reservado el ámbito de esta revisión a la ilegalidad manifiesta, o sea, de un precepto con categoría de ley formal y carácter sustantivo (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1974).*

Hechos.—El 23 de marzo de 1971 fue presentado en la Abogacía del Estado de Madrid documento suscrito por los herederos de ciertos causantes, en cuyo documento, dado que la herencia había sido objeto de liqui-

daciones definitivas ya ingresadas, deducían la petición de que se declarase la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, conforme al artículo 65-I-6 de su Texto Refundido, a fin de poder percibir los diversos interesados, en la proporción correspondiente, la indemnización fijada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 1969, por la expropiación de una finca sita en el camino del hipódromo de Portazgo, indemnización perteneciente a los solicitantes como herederos de los citados causantes.

Por la Abogacía del Estado se declara la exención solicitada, si bien se elevó el expediente al Centro Directivo por si procedía la revisión del expediente de comprobación de valores y liquidaciones practicadas con motivo de las transmisiones hereditarias producidas, haciendo constar en el informe los siguientes antecedentes de hecho: 1.º) Los documentos relativos a las herencias de los citados causantes fueron presentados en su día figurando en ellos como único bien la mitad del solar expropiado, y quedando fijado su valor comprobado por el resultante del acuerdo del Jurado de Expropiación de Madrid, certificación del cual fue aportada cuando la Abogacía del Estado requirió a los interesados para que justificaran el valor definitivo de la expropiación, que se estimó, en consecuencia, en 624.469 pesetas para la mitad del solar inventariado. 2.º) La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1969 permite conocer que por Decreto de 23 de abril de 1959 se declaró la urgencia de la ocupación a los efectos de la expropiación, y que el 15 de octubre de 1964 se levantó el acta previa a la ocupación de la finca citada, cuyo justiprecio se cifró por el finado en 1.248.938 pesetas y, en definitiva, por el Tribunal Supremo en 4.169.526 pesetas, con expreso reconocimiento a los interesados del derecho a percibir intereses desde el día siguiente a la ocupación de la finca, hecho que, al parecer, tuvo lugar el 14 de enero de 1970.

La Dirección General de lo Contencioso del Estado acordó, en principio, la revisión del expediente de comprobación, basada en no haberse empleado ninguno de los medios ordinarios ni el extraordinario legalmente establecidos para comprobar el valor, y no referirse la valoración al día en que se causó el acto sujeto al Impuesto, estimándose que con ello se infringían los artículos 8, 117 y 119 del Texto Refundido del Impuesto.

Interpuesto por los interesados recurso de reposición ante dicho Centro Directivo, éste lo desestima, interponiéndose entonces ante el Tribunal Supremo el pertinente recurso contencioso-administrativo, que es estimado en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que el problema planteado en el presente recurso consiste en decidir acerca de la procedencia de la revisión del expediente de comprobación de valores instruido con motivo del documento presentado en la Abogacía del Estado de Madrid el 4 de junio de 1970 referente a la herencia causada por los padres de los recurrentes, revisión que es procedente según la resolución recurrida de 25 de noviembre de 1971, en base a la naturaleza del Jurado Provincial de Expropiación y su composición, que no permiten considerar a sus valoraciones como medio de comprobación, previsto en el apartado I, d), del artículo 52 de la Ley General Tributaria, que alude al dictamen de peritos de la Administración, y que en esencia es el mismo medio de comprobación del número 12 del artículo 117 del Texto Refundido del Impuesto de Sucesiones, sin que las valoraciones de los Jurados puedan constituir precio medio del mercado, y menos aún en el supuesto presente, en que la valoración del Jurado ha sido corregida en alza por el Tribunal Supremo en la sentencia de su Sala Quinta de 13 de marzo de 1969, razonamientos que fundamentarían, según la tesis de la Administración, la revisión de la comprobación de valores, al amparo del artículo 154, caso a), de la Ley General Tributaria, que contempla la revisión de actos de gestión tribu-

taria que infrinjan manifiestamente la ley; pero como quiera que en el caso presente la tasación pericial que surtió efecto en el referido expediente de comprobación de valores fue verdadera tasación pericial contradictoria, realizada fuera del expediente de gestión, pero con garantías para ambas partes de ningún modo inferiores a las que hubiera ofrecido si se practica fuera de él, hay que deducir que aun no mencionados los acuerdos del Jurado de Expropiación entre los medios de comprobación señalados en el Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones tienen cabida en el artículo 52, e), de la Ley General Tributaria, referente a la tasación pericial contradictoria, al menos, al efecto de poder sostener que no se ha cometido infracción manifiesta de la ley al tomar como valoración el justiprecio realizado por un Jurado de Expropiación y, por consecuencia, no puede aceptarse la tesis de la revisión basada en dicha infracción manifiesta, pues, como tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 23 de octubre de 1971 y 12 de abril de 1973, quedan fuera del alcance revisor del artículo 154, a), de la Ley General Tributaria los actos de gestión que adolezcan de ilegalidad ordinaria, o sea, con cualquier infracción del ordenamiento jurídico, quedando reservado el ámbito de esta revisión a la ilegalidad manifiesta, es decir, de un precepto con categoría de ley formal y carácter sustantivo, siendo de notar que la sentencia últimamente citada recayó en este mismo expediente, si bien en relación con otro interesado respecto al mismo solar del que ahora se litiga por una mitad.

C. M. A.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

CAPACIDAD DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES PARA SER TITULARES DE PERMISOS DE INVESTIGACION MINERA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de abril de 1964, la Diputación Provincial de Barcelona solicitó de la Jefatura del Distrito Minero permiso de investigación para mineral de plomo.

2. El 31 de diciembre de 1965, la Jefatura del Distrito Minero, previos los trámites preceptivos, desestimó las alegaciones de los que habían comparecido oponiéndose a la petición y ordenó que continuara el procedimiento por entender que la Corporación tenía capacidad para solicitar permisos de investigación.

3. Interpuesto recurso de alzada contra la resolución de la Jefatura del Distrito Minero, el 18 de junio de 1968 dicta acuerdo la Dirección General de Minas por el que se revoca la resolución impugnada, «no deduciéndose de las disposiciones especiales por que se rigen estas Corporaciones de Derecho público que tengan atribuida competencia para ser titulares privados de permisos de investigación minera, procede, en aplicación del artículo 9 de la Ley de Minas y artículo 168, apartado 2, de su Reglamento, ordenar la cancelación del expediente».

4. Contra la resolución de la Dirección General de Minas interpuso recurso contencioso-administrativo la Diputación Provincial de Barcelona.

II. LA SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de noviembre de 1974 (de que fue ponente Rafael Mendizábal Allende), estima el recurso contencioso-administrativo.

En sus considerandos primero a tercero sienta la siguiente doctrina:

«Que los conceptos de capacidad jurídica y de competencia aparecen mezclados en las normas reguladoras de nuestra Administración Local, ambigüedad provocada por la inadecuación del principio de 'especialidad' de las personas jurídicas al ámbito de los entes públicos territoriales, con una universalidad de fines, hasta el extremo de que el artículo 242 de la Ley de Régimen Local utiliza para determinar la *competencia provincial* una fórmula de *cláusula general*, ya que bajo tal calificación se comprenden 'el fomento y administración de los intereses peculiares de las provincias', configuración no desvirtuada (en el art. 243) mediante la relación de 'servi-

cios' comprendidos 'de manera especial' en aquella cláusula, cuya evidente heterogeneidad no es reductible a un criterio inequívoco, desde el momento en que falta la concreción constitutiva del concepto de competencia, radicalmente ajeno a la indeterminación y, en consecuencia, la lista tiene un significado meramente descriptivo y orientador, nunca exhaustivo o limitativo, como pone de manifiesto el propio talante expresivo de las normas analizadas, si además se observa que la palabra 'fomento' presenta en ellas su sentido tradicional, amplio, difuso y teleológico, sinónimo de cualquier tipo de actividad administrativa enderezada al progreso y bienestar sociales, sin connotación alguna respecto de la categoría jurídica homónima acuñada posteriormente, funcional e instrumental, en una trilogía, donde se integran, además, la policía y el servicio público.

»Que en este orden de reflexiones conviene destacar que el sistema de cláusula general en la configuración de la competencia provincial reconduce el problema al ámbito de la capacidad jurídica de las provincias, calificada constitucionalmente como 'plena para el cumplimiento de sus fines peculiares' (art. 46 de la Ley Orgánica del Estado), y, en definitiva, a la capacidad de obrar de las Diputaciones Provinciales, que según el artículo 6 de la Ley de Régimen Local podrán *adquirir, poseer*, reivindicar, permutar, gravar o enajenar *toda clase de bienes* sin limitación alguna respecto de la propiedad minera, tanto en esta expresión genérica como en cualquier otra específica, si además se tiene en cuenta—por una parte—que la derogada Ley de Minas de 1944, aplicable a este caso en virtud de la fecha de solicitud del permiso, partía de una concepción abierta y positiva, al establecer como criterio general que la investigación podría hacerse por particulares o entidades y, en consecuencia, que las Corporaciones de Derecho público podrían también obtener los permisos correspondientes, aun cuando cautelarmente dejara a salvo la eventualidad de una norma contraria en las leyes especiales de cada una de aquéllas (art. 9).

»Que, por otra parte, la naturaleza intrínseca del permiso de investigación minera ofrece también una perspectiva convergente, ya que se trata de un acto administrativo unilateral, necesitado para su perfeccionamiento de la aceptación posterior del destinatario, con una estructura contractual y un contenido sinalagmático, donde se inserten derechos y deberes recíprocos (según ha establecido para un supuesto análogo este Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 1972), que inviste al titular de una facultad excluyente y exclusiva al ejercicio de la actividad autorizada, impuesta además como obligación, con la posibilidad de consolidarse en concesión, auténtico derecho real, eficaz frente a cualquiera, registrable, hipotecable y transmisible, sobre un bien de dominio público (el conjunto de pertenencias mineras), por lo cual—en definitiva—si no existe limitación alguna en el aspecto subjetivo, como quedó expuesto en el párrafo anterior, tampoco en el objetivo encuentra ningún impedimento la solicitud de la Diputación Provincial de Barcelona con el propósito de obtener un permiso de esa clase para mineral de plomo, ya que—finalmente—el problema de la capacidad de adquirir tal derecho real es ajeno en este momento a la forma de la actuación o al modo de explotación, que habrá de efectuarse dentro del marco normativo del Reglamento de Servicios y siempre bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación, según prevé el artículo 7 de la Ley de Régimen Local.»

III. COMENTARIO

En esta sentencia de 8 de noviembre de 1974, el Tribunal Supremo sienta una correcta doctrina sobre los temas generales de la capacidad y competencia de las entidades públicas territoriales (delimitando conceptos fre-

cuentemente confundidos), la configuración de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas y, concretamente, sobre la capacidad de una Diputación Provincial para ser titular de una concesión minera.

1. *La competencia de las entidades locales*

El problema de la competencia de las entidades públicas ha girado en torno al llamado principio de especialidad, inspirado en el principio francés. A tenor del mismo, las entidades locales no tienen competencia más que para los fines expresamente asignados por la ley. La concepción contraria supone la atribución de una competencia ilimitada para todos los fines de interés público, siempre que no infrinja el Ordenamiento vigente (1).

Aun cuando para un sector de la doctrina el principio informa también el Derecho español, se reconoce que es prácticamente inexistente para la generalidad de los fines asignados. Así, GARCÍA TREVIJANO afirma: «Están sometidos al principio de especialidad, común a todo ente jurídico. Las personas jurídicas viven sola y exclusivamente para el desarrollo de fines predeterminados, principio que en los entes territoriales es casi inexistente por la pluralidad de fines que tienen y que, en cambio, adquiere todo su valor e importancia respecto de los demás que se sujetan a un régimen estatutario» (2).

La sentencia que comentamos, en su primer considerando, con acierto subraya la «inadecuación del principio de especialidad de las personas jurídicas al ámbito de los entes públicos territoriales con una universalidad de fines».

2. *La concesión como derecho real administrativo*

Desde el célebre comentario de HAURIU al *arrêt* del Consejo de Estado de 25 de mayo de 1906 no ha cesado la problemática sobre la admisión de la figura del derecho real en el ámbito jurídico-administrativo.

En las páginas de esta Revista resumí los argumentos de una y otra posición (3). Los argumentos de los contradictores son harto conocidos. Como también los de los defensores. La polémica ha girado en torno a dos ideas centrales: la incompatibilidad de la figura del derecho real con una de las características esenciales del régimen de dominio público—la inalienabilidad—, y que en la facultad reconocida a los particulares sobre el dominio público quiebra una de las características esenciales de los derechos reales—su eficacia *erga omnes*.

a) Los bienes de dominio público están fuera del tráfico jurídico. Son inalienables, imprescriptibles y no susceptibles de gravamen. Las dependencias del dominio público deben en todas las circunstancias permanecer libres en manos de la Administración, porque su destino—el interés público—no puede ser contrariado. Durante muchos años estas ideas han servido de base para negar la posibilidad de constituir derechos reales sobre dominio público. Porque el derecho real es incompatible con aquel régimen especial (4). De ahí que se configurara el derecho del concesionario sobre los bienes de dominio público como una especie de derecho de crédito, análogo al de arrendamiento regulado por el Código civil, y susceptible de ser ejercitado frente a la Administración Pública, por estar obligada

(1) Un resumen general del problema en JORDANA DE POZAS, «Municipalización de servicios. Competencia municipal», en *Estudios de Administración local y general*, Madrid, 1961, I, págs. 755-757.

(2) *Tratado de Derecho administrativo*, II, pág. 343.

(3) *Los derechos reales administrativos*, 1957, págs. 151-155.

(4) En este sentido, por ejemplo, DUCROQ, *Cours de Droit administratif*, 7.^a ed., IV, págs. 316 y 356, RECY, *Traité du domaine public*, I, núms. 466 y ss., AUCOC, *Conferences sur le droit administratif*, 2.^a ed., III, núms. 1.310 y ss., AUBY et RAU, *Traité de Droit civil*, 5.^a ed., III, pág. 46.

a respetar el *status* del concesionario. Y así se ha afirmado no sólo por administrativistas, como ODA (5), sino por civilistas, como COLIN y CAPITANT (6).

La corriente contraria ha esgrimido argumentos irreprochables. Es cierto—afirma—que los bienes de dominio público están sustraídos al comercio jurídico, pero—entiéndase bien—al comercio jurídico privado. Someterlos al comercio jurídico privado implicaría un atentado a la naturaleza del dominio público. Tienen razón en esto los contradictores de la figura del derecho real administrativo. Pero existe al lado del comercio jurídico privado, un comercio jurídico público, que en modo alguno resulta incompatible con la esencia de los bienes de esta naturaleza. Todo el régimen jurídico especial de los bienes de dominio público está en función de su afectación a un fin público. Pero la afectación de un objeto a un fin público no excluye que sea incompatible con otros fines de la misma naturaleza (7). No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales—los administrativos—sometidos a un régimen especial y que respeten la afectación del dominio público.

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

Esta distinción entre comercio jurídico privado y comercio jurídico público es fundamental para comprender e interpretar la contradictoria doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado sobre la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, como consecuencia del contrato de la Compañía Telefónica Nacional de España, bien estudiada en un logrado trabajo sobre el tema publicado en los *Estudios en honor del maestro García Oviedo* (8). Cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclama la posibilidad de servidumbres sobre el dominio público, está pensando en las servidumbres de derecho privado, está pensando en que las servidumbres que se reconocen a favor de la Compañía Telefónica sobre el dominio público son de igual naturaleza que las que se crean sobre la propiedad privada (9). Por eso es rechazable. Porque el dominio público—como reconoce el Consejo de Estado en sus dictámenes—sólo es susceptible de tráfico jurídico público, sólo son posibles derechos basados en títulos administrativos, como es la concesión (10).

(5) *Principes de Droit administratif du Japon*, París, 1928, pág. 341. «La concesión—dice FLEINER—no origina un derecho real sobre la cosa» Cfr *Instituciones de Derecho administrativo* (trad. de A. GENDIN), Ed. Labor, 1933, pág. 306.

(6) *Cours élémentaire de Droit civil*, 11.ª ed., París, 1947, I, págs. 766 v ss.

(7) En este sentido, HAURIU, *La jurisprudence administrative*, III, págs. 271 v ss., y la mayoría de la doctrina posterior que defiende la figura, así como aquellos que no se plantean el problema del derecho real administrativo, como BIELSA, en *Derecho administrativo*, 5.ª ed., Buenos Aires, 1956, III, páginas 403-407.

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

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

(10) En dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1968 (aceptado en la Orden ministerial de 29 del mismo mes y año) se afirmó que «las pretendidas servidumbres de que habla el contrato

b) Los contradictores de la figura lo han hecho desde otra perspectiva. Aun admitiendo que los bienes de dominio público sean susceptibles de derechos a favor de los particulares, han negado que estos derechos puedan ser configurados como auténticos derechos reales. Porque si es característica esencial de los derechos reales su eficacia *erga omnes*, esta característica esencial quiebra en los llamados «derechos reales administrativos». Los derechos reales administrativos, los derechos del concesionario sobre los bienes de dominio público, son ejercitables frente a todos menos frente a la Administración Pública concedente. Porque los concesionarios del dominio público no tienen sobre la dependencia concedida más que un *derecho de posesión precario y revocable* (11). Pero a estas ideas se ha opuesto:

a') En primer lugar, la nueva dirección observada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual—como ya afirmaba HAURIU—el concesionario del dominio público es titular de un derecho ejercitable frente a todos, incluso frente a la Administración concedente, *salvo en la línea de precariedad*; pero esta línea de precariedad, muy estrecha, deja al derecho real toda una esfera de utilidades (12).

b') Pero se ha llegado a más. Se ha llegado a afirmar que no es posible invocar la precariedad para rechazar el carácter real, puesto que el derecho de propiedad mismo no es menos frágil frente al interés público (13). Y hasta a negar la precariedad misma. No es exacto—se ha dicho—que el derecho real administrativo sea «precario», ni aun respecto del Estado concedente. Las razones que algunos juristas, como HAURIU, invocan para sostener tal precariedad, consisten en la naturaleza temporal revocable o rescatable. «Pues aun para dichos juristas, en tanto el derecho de uso no haya sido legalmente extinguido, su titular puede oponerlo incluso a la Administración concedente. Si se desconociere la posibilidad de que el concesionario promueva acciones posesorias contra el concedente, el derecho de aquél quedaría prácticamente sin sentido, ya que resultaría privado de uno de sus efectos principales.» «No es exacto que el derecho real administrativo sea diferente del derecho real civil, en que aquél sea precario y en que éste no lo sea. Lo que tiene de particular el derecho real administrativo, que lo distingue del civil, es que aquél hállese disciplinado por un régimen jurídico especial: un régimen de dominio público, esencialmente de derecho administrativo, de características distintas al de derecho privado. Los principios del derecho administrativo regulan todo lo relacionado con el derecho real administrativo» (14).

Esto supuesto, podemos llegar a la conclusión de que es posible encontrar derechos reales administrativos, derechos sobre bienes de dominio público, que en ningún caso suponen la adquisición del mismo, sino simplemente su explotación con fines concretos, mientras la Administración no lo precise (sentencia de 17 de junio de 1950), como así ha sido configu-

con la Compañía Telefónica Nacional de España sólo son efectivas servidumbres cuando recaen sobre predios de dominio privado y revisten plenamente la naturaleza de concesiones administrativas de dominio público cuando recaen sobre éste» (cit. por M. USEROS).

Esta correcta doctrina es la que se recoge en el Decreto de 10 de octubre de 1952, que «recoge el viejo e inconcuso principio de la inercialidad justificativa de los bienes de dominio público, es decir, la inaptitud para ser objeto de actos y negocios jurídicos de Derecho privado» M. USEROS *Imprecendencia de servidumbres*, cit., p. 137.

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

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

(13) DIEUDÉ, *Etude juridique des servitudes administratives* (tesis), Montpellier, 1942, págs. 67 y ss.

(14) MARIENHOFF, *Domínio público (protección jurídica del usuario)*, Buenos Aires, 1955, páginas 130 y ss.

rado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (15) y buena parte de nuestra doctrina (16).

La sentencia que comentamos no duda en considerar que la concesión administrativa «invierte al titular de una facultad excluyente y exclusiva al ejercicio de la actividad autorizada, impuesta además como obligación, con la posibilidad de consolidarse en concesión, auténtico derecho real, eficaz frente a cualquiera, registrable, hipotecable y transmisible sobre un bien de dominio público».

3. *La capacidad para ser titular de permisos de investigación y de concesión minera*

La doctrina de la sentencia es irreprochable: no ofrece duda que una entidad pública territorial—y, concretamente, una Diputación Provincial—puede ser titular de permisos de investigación y concesiones mineras.

El Ordenamiento jurídico es claro y terminante. Pero si no lo fuera, si cupiera la duda interpretativa, esta duda únicamente podría resolverse a favor de la capacidad. Pues en aplicación de un elemental principio hermenéutico, las normas que supongan una restricción en el ejercicio de la capacidad jurídica de las entidades locales no pueden ser interpretadas extensivamente, porque la regla general es la capacidad, y la incapacidad es la excepción (17).

J. G. P.

(15) Cfr. VILLAR PALASÍ, *Concesiones administrativas*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seriv, Barcelona, 1952, IV, pág. 702 y sentencias que allí se citan.

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

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

(17) Así, MARQUES CARBO, *El Derecho local español*, Barcelona, 1957, págs. 46 y ss.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

1. *CONDICION SUSPENSIVA: El artículo 57, apartado 6, del Reglamento del Impuesto se refiere a la adquisición de bienes cuya efectividad esté suspendida «de derecho», sin que la simple demora en la toma de posesión de los bienes cedidos, debida tan sólo a circunstancias técnicas del contrato, pueda equipararse* (Resolución de 8 de marzo de 1973).

A) *Hechos.*—El Ayuntamiento de G. y «Tranvías Eléctricos de G., S. A.», suscribieron un contrato privado, en el que se convino que la Sociedad citada renunciaba a determinadas concesiones de líneas, pactando como compensación a la renuncia e indemnización que pudiera corresponder a la Empresa por la reversión anticipada que el Ayuntamiento renunciaba, a su vez, en favor de ella al material fijo y móvil y demás bienes o dependencias adscritos a las concesiones que pudieran corresponderle en el momento de su caducidad, estipulándose que la retirada del material fijo (vía, carriles, etc.) se haría cuando el Ayuntamiento efectuase la nueva pavimentación de calles.

Dicho documento fue liquidado en base a una certificación expedida por el Secretario del propio Ayuntamiento, que expresaba el valor material cedido, y con independencia de las cuestiones que planteó la citada valoración, vamos a centrar nuestra atención en el segundo de los problemas planteados en el recurso, por considerarlo de mayor interés y que se refiere a la alegación por el recurrente del artículo 57, párrafos 1 y 6, del Reglamento del Impuesto y a la consiguiente petición de suspensión de la liquidación girada, toda vez que la adquisición de parte de los bienes a que el contrato se refiere se hallaba suspendida de derecho en su efectividad por determinadas limitaciones técnicas, cual es la fecha en que por renovarse la pavimentación se pudiese recuperar parte del material cedido, por todo lo cual suplicaba se dejara sin efecto la liquidación procedente hasta que se hubiera consumado la efectiva disponibilidad de los referidos bienes.

El Tribunal Provincial estimó que la supuesta condición suspensiva para la cesión de determinado material a favor de «Tranvías Eléctricos de G., Sociedad Anónima», no podía aplicarse, toda vez que el artículo 57, apartado 6, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, invocado por el reclamante, se refiere a las adquisiciones de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho, siendo evidente que en el caso contemplado la

demora en la toma de posesión de los bienes cedidos se debía tan sólo a circunstancias técnicas, lo que en modo alguno puede equipararse a una condición suspensiva u otra limitación de derecho, y que el ulterior destino de los bienes transmitidos no influía en la calificación fiscal de la transmisión.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de alzada en base a los mismos fundamentos de hecho y derecho expuestos en Primera Instancia, solicitando, además, práctica de prueba, al amparo de los números 1 y 3 del artículo 132 del Reglamento Procesal, y al haberse producido un hecho nuevo, cual era que el Ayuntamiento no preveía ya la posibilidad de las obras de pavimentación.

B) *Doctrina*.—Que la circunstancia de que, debido a razones de índole puramente técnica, una parte de los materiales cedidos a «Tranvías Eléctricos de G., S. A.», por la dificultad material que entrañan las obras necesarias al efecto, no hayan sido físicamente retirados por dicha Compañía, en modo alguno permite sostener que la transmisión patrimonial perfeccionada en el contrato se halle afecta a una condición suspensiva, según propugna el recurrente, con el consiguiente efecto de aplazar la liquidación del tributo, ya que tal supuesto sólo se produce, a tenor del artículo 57, apartado 6, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, cuando la efectividad de la adquisición de los bienes se halle suspendida «de derecho» por una condición o término, lo que no ocurre en el caso contemplado, en que la transmisión del dominio de los bienes en cuestión no aparece condicionada en el contrato por el acaecimiento de un hecho futuro y objetivamente incierto ni sujeta al advenimiento de una fecha determinada, sino consumada desde el momento mismo de la suscripción del documento, siquiera, por las apuntadas circunstancias de hecho, la disponibilidad física de los repetidos bienes no tenga carácter inmediato.

Que de los razonamientos que anteceden se deduce que ni el Tribunal Provincial ni este Tribunal Central han estimado precisa la prueba del alegado hecho nuevo, de que el Ayuntamiento no prevé ya la posibilidad de obras de pavimentación determinantes del cumplimiento de la condición de la correspondiente entrega del material, por estimar que este último hecho no es determinante de condición alguna, según se razona precedentemente (1).

2. *COMPROBACION DE VALORES: No es aplicable a la transmisión mortis causa de un local destinado a una actividad mercantil el medio previsto para los traspasos de locales de negocio por el número 19 del artículo 70 del Texto Refundido del Impuesto* (Resolución de 8 de marzo de 1973).

A) *Hechos*.—Para practicar el expediente de comprobación de una herencia, en la que figuraba como único bien transmitido un local destinado a almacén, en el que el causante ejercía una actividad mercantil o negocio industrial de limpieza y desinfección de locales comerciales, por el que figuraba dado de alta a efectos del Impuesto Industrial, se aplicó el número 1 del artículo 117 y el número 19 del artículo 70, ambos del Texto Refundido.

El problema estaba en determinar, en base a lo pedido por los recurrentes, si se habían aplicado en forma correcta y adecuada a la naturaleza de los bienes objeto de la transmisión *mortis causa* las disposiciones lega-

(1) No concurriendo, por tanto, a juicio del Tribunal, el requisito exigido para acordar el recibimiento a prueba por el artículo 132, núm. 3, del Reglamento procesal, esto es, la concurrencia de «algún hecho nuevo de influencia en la decisión del expediente con posterioridad al plazo concedido para el escrito de alegaciones».

les y reglamentarias que regulan la comprobación de valores. Y ésta es la tesis del Tribunal Central:

B) *Doctrina*.—Que en la expresada comprobación se valora el negocio capitalizando al 4 por 100 el importe de la cuota correspondiente a los beneficios del año anterior satisfecha por el Impuesto Industrial y referido al negocio antes indicado, es decir, en la forma expresamente prevenida para «los traspasos de locales de negocio» por el número 19 del artículo 70 del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967, y la determinación del citado valor del negocio no se ajusta a la verdadera naturaleza jurídica de la transmisión *mortis causa* operada, que en modo alguno puede considerarse ni tratarse fiscalmente como un traspaso de local de negocio, figura típica y singular del derecho arrendaticio urbano, que, conforme a su legal definición, consiste en la cesión mediante precio de dicho local sin existencias hecha por el arrendatario a un tercero; supuesto totalmente distinto del contemplado en el caso presente, en el que los herederos, a título lucrativo y como parte del caudal hereditario, reciben no de un arrendatario, sino del dueño extinto del local, una alícuota parte del valor de dicho local, como tal inmueble, y una parte, también alícuota, del activo patrimonial que pueda significar el negocio o industria en él instalado.

Que el sistema de fijación de bases imponibles que se recoge en el citado número 19 del artículo 70 del Texto Refundido, para los casos de traspasos de locales de negocio propiamente dichos, no puede extenderse o aplicarse por analogía a supuestos de transmisión notoriamente diferentes en sus características jurídicas, y ello es así no sólo por la naturaleza especial de la citada declaración, que ha de interpretarse restrictivamente, dado su carácter de excepción, por imperativo de los principios y criterios que para la interpretación de las normas fiscales contienen los artículos 23, 24 y 25 de la Ley General Tributaria, sino también porque la propia legislación de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales abonan esa interpretación estricta del precepto arriba citado, como lo prueba el hecho de que al ser configurado el traspaso de local de negocio como hecho imponible, el artículo 55, número 9, del Texto Refundido vigente lo engloba dentro de la categoría de las transmisiones onerosas, y los artículos 16, 3, 1.º, y 24, 10.º, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959, asimismo contemplan el traspaso de locales de negocio como una transmisión onerosa específica y propia del derecho arrendaticio.

Que por todo lo anteriormente expuesto es forzoso declarar la improcedencia de haber fijado el valor comprobado del citado negocio con arreglo a lo dispuesto en el repetido artículo 70, número 19, del Texto Refundido, debiendo, en consecuencia, dejarse sin efecto el resultado de la comprobación, y proceder a comprobar de nuevo el valor del citado negocio usando cualquiera de los medios ordinarios de comprobación e incluso el extraordinario de la tasación pericial que sean adecuados a la naturaleza de los bienes transmitidos y al título de la transmisión.

3. *PRESCRIPCION: En el Impuesto sobre Bienes de las Personas Jurídicas es aplicable el plazo general de cinco años previsto en el artículo 64 de la Ley General Tributaria, y no el específico de diez aplicable a las transmisiones por causa de muerte* (Resolución de 8 de marzo de 1973).

A) *Hechos*.—Con independencia de otras cuestiones poco interesantes a efectos doctrinales, la de mayor interés que plantea este recurso se refiere a la determinación del plazo de prescripción aplicable en el Im-

puesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, en relación con las normas que rigen el General sobre las Sucesiones.

En el caso concreto contemplado, la liquidación impugnada abarcaba tres anualidades (1959 a 1961), y el Ayuntamiento recurrente alegó la prescripción de la acción para comprobar, en cuanto a los años 1959 a 1969, de conformidad con los artículos 82 y siguientes del Reglamento del Impuesto, y la de la acción para liquidar, en cuanto a los años 1959, 1960 y 1961, de conformidad con el artículo 143 del mismo Reglamento.

B) *Doctrina*.—Que el recurso plantea un problema de interpretación del artículo 64 de la Ley General Tributaria al preceptuar que la acción para exigir el Impuesto prescribirá a los cinco años, salvo en el Impuesto de Sucesiones, que el plazo será de diez años, en relación con el artículo 120 de la Ley de Reforma Fiscal de 11 de junio de 1964, que integró en el Impuesto General de Sucesiones a los que gravan las adquisiciones patrimoniales *mortis causa* y los Bienes de las Personas Jurídicas, interpretación que situando la *mens legis* en 28 de diciembre de 1963, en cuyo momento regía la Ley de 21 de marzo de 1958, comprendiendo tres tributos diferentes—Derechos Reales, Caudal Relicto y sobre los Bienes de las Personas Jurídicas—, lleva a la conclusión de que al mencionar dicho artículo 64 del Impuesto de Sucesiones tan sólo se refería a las transmisiones de tal naturaleza originadas por la muerte de las personas físicas, según se desprende del epígrafe XXI del artículo 2 y artículo 62, ambos de dicha Ley de 1958, y de los artículos 637 y 658 del Código civil, dado que el Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas se creó, según razonaba la Exposición de Motivos de la Ley de 29 de diciembre de 1910, para gravar los de las personas morales que, al margen de las leyes biológicas, no los podían transmitir por herencia.

Que la posterior integración por el artículo 120 de la Ley de 11 de junio de 1964 del Impuesto sobre Transmisiones *mortis causa* y sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, siquiera con regulación diferente, en el Impuesto General de Sucesiones, no puede afectar al alcance del artículo 64 de la Ley General Tributaria en el momento de su promulgación, pues tal modo de entenderlo resulta concorde con el constante criterio legislativo en materia de prescripción de los tributos, que sometida al plazo general de los quince años en el artículo 29 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, fue reduciéndose a cinco años, entre otras, para la antigua Contribución de Utilidades, por el Texto Refundido de 22 de septiembre de 1922; para la Territorial de Rústica, por la de 20 de octubre de 1952, y para la General sobre la Renta, por la de 16 de diciembre de 1954, revelándose así dicho criterio en el sentido de reducir al término prescriptivo para los tributos de devengo periódico hasta generalizarlo en el tan repetido artículo 64 de la General Tributaria, con la obligada excepción del Impuesto sobre las Sucesiones, que se devenga de una vez por la muerte de la persona física.

Que tal interpretación, lejos de ser contrariada por el artículo 132 del Texto Refundido aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, resulta confirmada por él, pues al preceptuar que «la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria, en los impuestos regulados por esta ley, prescribirá en el plazo señalado por el apartado a) del artículo 64 de la Ley General Tributaria», se remite a la literalidad de esta norma y, por ende, a la independencia o diferenciación de los tres impuestos regulados por la Ley de 21 de marzo de 1958, ya que para integrar en el de Sucesiones el que grava los Bienes de las Personas Jurídicas fue necesario posteriormente, en la Ley de 11 de junio de 1964, crear una denominación específica con el adjetivo de General, para así sumar al de las Sucesiones *mortis causa* el Impuesto que le sustituye cuando biológicamente no puede

producirse la herencia, razonamientos que llevan a la conclusión de que si efectivamente el plazo prescriptivo de los diez años se refería también al repetido Impuesto de Personas Jurídicas, el Texto Refundido, acomodándose a la nomenclatura actual, que es la que le comprende, hubiera nítidamente expresado que prescribe el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria en los impuestos regulados por esta ley a los cinco años, excepto en el General sobre las Sucesiones, en el que prescribirá a los diez años.

F. M. C.

LIBROS

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, MARIANO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*. Editorial Revista de Derecho Privado, 2.^a edición, 1973.

Cuando se puso en vigor la Ley de Propiedad Horizontal apareció la primera edición de la obra de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. De entonces acá el autor mantuvo su preocupación sobre el trabajo realizado. Evidentemente que el campo donde discurría su estudio era amplísimo, las posibilidades múltiples, había nacido un nuevo camino en Derecho a recorrer y, como era de esperar, fueron surgiendo modalidades, casos específicos que de continuo la práctica diaria iba presentando. Como lógica consecuencia fue surgiendo una nueva forma de jurisprudencia, abundantísima y no menos interesante. Desde la primera edición hasta la publicación de esta segunda, de que hoy damos noticia, hay suficiente camino andado, existe la necesaria perspectiva en el tiempo transcurrido para que el autor nos ofrezca fundamentalmente estas nuevas circunstancias, y así en cada punto concreto que analiza va recogiendo las sentencias más características de esa jurisprudencia, nacida como consecuencia de la ley objeto de este documentado trabajo.

Naturalmente que en la nueva edición se hace completa exposición de la evolución histórica de la Propiedad Horizontal, al par que un detallado estudio de su naturaleza jurídica y un completo comentario del articulado de nuestro Derecho positivo. Como segunda edición recoge todo el contenido de la primera completándola, como antes decíamos, con el cúmulo de sentencias que han ido surgiendo ante los casos que la práctica diaria ha presentado. Estamos en presencia de una obra de consulta necesaria y casi imperativa para cuantos se desenvuelven entre problemas de la Propiedad Horizontal. Obra dirigida al práctico del Derecho, analiza despacio toda la problemática que se plantea dentro de este ámbito y aporta como dato positivo soluciones posibles para alcanzar su resolución.

La obra en esta su segunda edición va precedida de un escueto prólogo de VICENTE GUILARTE GONZÁLEZ, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho civil. En dicho prólogo se dedican al autor de la obra, antiguo colaborador de su cátedra de Derecho civil, palabras de afección, en las que destaca la honradez científica y la conciencia profesional con que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO ha llevado a término su trabajo. Su labor de análisis de todos los problemas doctrinales que la Ley de Propiedad Horizontal suscita y su fina crítica histórica, tanto del Derecho patrio como del Derecho comparado, le consagran como paciente investigador, y la maestría y ponderación con que nos presenta las múltiples normas de su aplicación, sin apartarse ni dejar su propio criterio, acreditan las magníficas dotes de este autor, virtudes todas que le llevan a agotar la exégesis del texto legal, aportando conclusiones y criterios válidos para su aplicación de enorme utilidad práctica.

Esta obra se inicia con un muy útil índice sistemático de materias, donde se entreteje la historia jurídica de la Propiedad Horizontal en el

Código civil, en la Ley Hipotecaria y, por fin, en la Ley de Propiedad Horizontal. Recoge asimismo las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos relativas a la enajenación y subsiguiente constitución en régimen de Propiedad Horizontal de viviendas arrendadas, disposiciones relativas a antenas de televisión y porteros de inmuebles urbanos y las disposiciones de carácter fiscal relativas a la propiedad de casas por pisos.

El autor a continuación en doce capítulos desarrolla toda la materia, dedicando el primero a hacer un breve comentario histórico en forma de resumen de esta parcela del Derecho, estudiando la Propiedad Horizontal en las antiguas civilizaciones, deteniéndose en su estudio al llegar a Grecia, Roma y los pueblos germánicos; analiza igualmente esta materia en las antiguas costumbres europeas, y se detiene en la actual situación europea de la Propiedad Horizontal. Nos muestra qué legislaciones admiten este régimen y cuáles sin admitirlo expresamente lo consienten en forma tácita. De tal forma en este periplo llega al Derecho histórico español, hasta nuestro Código civil y la Ley de 21 de julio de 1960.

El capítulo segundo lo dedica de lleno a la propiedad de casas por pisos y sus diferencias con otras figuras similares, como la copropiedad, la propiedad superficiaria, la propiedad «vertical» y las actualmente llamadas «urbanizaciones». En la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal analiza todas las posiciones de la doctrina científica ante el problema: las antiguas teorías, que tan sólo consideraban el problema como un supuesto de hecho o una mera posibilidad, considerándolas como verdaderas servidumbres. Tras estudiar las diferentes teorías que se han ido dando históricamente nos muestra su opinión, interesante por venir de personalidad tan destacada en este campo concreto. Reconoce que se trata de una institución dotada de gran complejidad no sólo por coexistir una propiedad exclusiva y una copropiedad, sino también por razón de las relaciones que pueden surgir entre los titulares de los distintos pisos o locales. Naturalmente que no se queda el autor en este punto, ya que entonces no resolvería nada; así considera que estamos en presencia de una «propiedad especial», y en apoyo de su tesis nos hace y alega una serie de consideraciones, que evidentemente convencen al lector de la singularidad y forma especial de esta propiedad; a juicio del recensionista, que no eran menester acopios tan numerosos para llegar a esa conclusión de especialidad, puesto que su carácter singular es tan primario que precisamente motiva el estudio de su naturaleza jurídica, ya que si especial no fuera, no habría cuestión que estudiar; precisamente al ser una forma de propiedad, qué duda cabe, necesitamos encontrar cuáles sean sus caracteres propios que la distinguen de otras formas conocidas de la propiedad. De todos modos, el desarrollo del autor de esta materia es cuidadosamente extenso y exhaustivo, estudiando hasta la naturaleza jurídica de las relaciones existentes entre los diversos propietarios de pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente. Hace buen uso de ejemplos gráficos, a través de esquemáticas figuras, que ayudan mucho al lector para una rápida comprensión y fácil asimilación de los puntos que se van estudiando.

En el capítulo tercero analiza el nacimiento de la Propiedad Horizontal y de forma fluida estudia el título constitutivo, deteniéndose en puntos imprescindibles para la sólida formación del lector en esta materia. De esta forma, como en una película, van pasando como fotogramas las diferentes etapas de gestación de la Propiedad Horizontal: cuándo nace este Derecho, las diferentes formas de adquisición de esta propiedad, la construcción y subsiguiente venta de un edificio para ser destinado a pisos, así como la posible construcción de un edificio por varios particulares con objeto de ser ocupado por ellos mismos. Igualmente, y dirigido al práctico del Derecho, nos muestra una serie de posibles formularios para contratos de venta de casas por pisos.

En plano más profundo hace un completo examen del artículo 396 del Código civil. Hace uso de numerosos ejemplos gráficos, donde se recogen supuestos que pueden producir problemas prácticos; de esta forma, a través de planos esquemáticos, el lector encuentra terrazas, jardines, escaleras, buhardillas, sótanos, servidumbres, etc..., que fácilmente, entrando por la vista, llevan al ánimo del poco avezado en materia técnica toda esta temática de la Propiedad Horizontal. Piensa este recensionista que nunca hubo forma de propiedad más necesitada de apoyo material que ésta. En la Propiedad Horizontal toda disquisición, lucubración o consideración sobre bases teóricas nos lleva inexorablemente, aun sin querer, a buscar la base material, física y práctica del edificio. Quizá sea el abrumador efecto de la construcción, pero es lo cierto que en la Propiedad Horizontal la teoría fácilmente se materializa. Piénsese que estamos ante un concepto teórico, que ha surgido como consecuencia de un resultado técnico: sin edificio no hay Propiedad Horizontal, al menos, digna de consideración. En este punto sí se puede decir que la gallina fue antes que el huevo. La técnica generó un problema de Derecho.

Muy prácticos resultan los capítulos cinco, seis y siete, donde se estudian y analizan derechos y obligaciones de los propietarios por pisos. Su análisis va igualmente seguido de numerosos ejemplos gráficos, así como de jurisprudencia; lo último novedad lógica de esta segunda edición.

Tras estudiar la administración de estos edificios, la extinción del régimen de Propiedad Horizontal y la tutela de esta forma de propiedad, este autor dedica el último capítulo, es decir, el doce, a la conexión existente entre la Propiedad Horizontal y el Registro Inmobiliario. Naturalmente que debido a la profesión del recensionista este punto es el que más atrae su atención. Ya anteriormente, en el capítulo once, dedica un apartado al Derecho transitorio y al Registro de la Propiedad. El autor analiza, como es natural, el artículo 8 de la Ley Hipotecaria, tal y como quedó redactado tras la reforma motivada por la Ley de 1960; igualmente hace, y es loable, detallado análisis del número 4 de dicho artículo 8 con cuantas cuestiones puedan plantearse. Dedicar un apartado al estudio de la obligatoriedad o no de la inscripción de los pisos una vez inscrito el edificio en su conjunto. Asimismo en las relaciones de la Propiedad Horizontal con el Registro de la Propiedad analiza el artículo 107, número 11, de la Ley Hipotecaria; el artículo 218 del Reglamento Hipotecario; hipoteca unitaria, etc. . .

En torno al artículo 8 de la Ley Hipotecaria se plantea el autor una serie de cuestiones en orden al problema de si la inscripción de los pisos y locales como fincas independientes es o no obligatoria una vez inscrito el edificio en su conjunto. En su opinión, no es precisa tal inscripción, puesto que el acceso de los derechos al Registro de la Propiedad tiene carácter voluntario. El problema se presenta, no obstante, cuando todos o algunos de los pisos o locales sean objeto de una propiedad diferenciada del resto del inmueble, ya sea efectiva o en potencia, por haber sido objeto de hipoteca. Distingue, por tanto, dos supuestos: *a)* que el piso o local sea objeto de asignación o transmisión individualizada, y *b)* que sea objeto de hipoteca. En el primer caso piensa el autor que la inscripción del piso o local como finca independiente no es necesaria ni constitutiva y sí solamente voluntaria. En el segundo supuesto, y dado el carácter constitutivo de la hipoteca, teniendo en cuenta el principio de tracto sucesivo, es precisa la inscripción previa. Este autor opina que, salvo en este caso, nunca existe necesidad ni obligación de la inscripción, olvidando, evidentemente, los supuestos en que, por ejemplo, la inscripción en el Registro de la Propiedad es obligatoria, como en el caso de adquisición por extranjeros, el Estado, etc.

Otro punto que analiza es el relativo a si el acceso al Registro de pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente sitos en un edi-

ficio tiene el carácter de verdadera inscripción o si debe ser considerado como un supuesto de segregación. En este caso coincide con BATALLA en que se trata de una auténtica inscripción. Caso distinto sería si se tratase de la división material de algún piso o local, bien para formar otro más reducido, bien para aumentarlo por la agregación de otros colindantes. De todas formas observamos que los conceptos hipotecarios de división, agrupación, segregación, no están bien definidos en este punto.

Para concluir diremos que esta segunda edición viene a poner al día toda la labor realizada en la primera, completándola con jurisprudencia, ejemplos numerosísimos, gráficos y casos prácticos, todo lo cual es de una evidente utilidad para el que consulte la obra.

JAVIER GARCÍA-VALDECASAS DE LA CRUZ

Registrador de la Propiedad
Seminario de Extremadura

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I: *Civitas*. «Revista de Occidente». Madrid, 1974.

No hace mucho tiempo—precisamente el día en que se hacía rumor la última minicrisis española—, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, uno de los autores de este libro que recensionamos—GARCÍA DE ENTERRÍA—me decía, a la salida de la lectura del discurso de recepción de otro gran administrativista—GARRIDO FALLA—, que a mí lo único que de verdad me interesaba eran las «anotaciones preventivas». Y es curioso que este gran jurista acertaba de pleno. Si a mí me dejasen elegir dentro del campo hipotecario alguna de sus figuras, yo elegiría la de la «anotación preventiva», dejando marginadas la del «tercero» (civil e hipotecario), la protección registral (latina y germánica), la finca funcional, el *poesitus extraneus*, la inmatriculación, el cierre registral, la certificación, la nota simple informativa, etc. Mi preferencia por la anotación está basada en el carácter de garantía que ofrece y en esa tremenda finalidad que presenta: o se convierte en inscripción o caduca y deja de existir y producir efectos. Algo así como el anatema del cristianismo: o te salvas o te condenas.

Pensando en esa figura me atrevo a comparar el primer volumen de esta obra sobre Derecho administrativo con la misma. Este primer volumen no pasa de ser una «anotación preventiva». Y lo digo con elogio, pues asegura las resultas de una obra que comienza; garantiza un Derecho perfecto, pero no consumado, y prepara unos volúmenes que han de venir y que harán definitiva esta obra que se inicia. Generalmente las obras de Derecho administrativo no suelen convertirse en «inscripciones definitivas» por esa constante mudanza a que sus disposiciones están sometidas, que obliga a los autores a coger trenes en marcha cuando la obra ya está en imprenta. De ésta estoy casi seguro que llegaremos al final.

La obra, hecha en colaboración con TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, conserva la unidad que exigía la materia sobre la base de una larga colaboración universitaria y profesional de ambos autores y la revisión mancomunada que de la misma hacen los dos, según manifiestan en el prólogo. Consta de cuatro títulos, divididos a su vez en doce capítulos. Va precedida de una referencia bibliográfica de obras y textos legales españoles y extranjeros, unas claves de abreviaturas empleadas y cada capítulo lleva un previo sumario, concluye con una recapitulación a modo de conclusiones y es acompañado de una nota bibliográfica. De ello deducirá el lector la im-

portancia que este trabajo tiene, avalado por la firma de estas primeras figuras del campo administrativo.

En esta esquemática recensión, que por falta de espacio me vincula a una condensación de contenido, sigo los pasos que la obra marca y los apartados que los títulos obligan.

A) *Título primero*.—Los tres grandes temas, que constituyen otros tantos capítulos de este título, versan sobre la personalidad de la Administración Pública o, mejor dicho, la Administración como persona jurídica, el concepto del Derecho administrativo y los límites de aplicación del mismo. Realmente la recensión de estos puntos me los da hechos la recapitulación que los autores me ofrecen: La Administración Pública es, ante todo, una persona jurídica. El Derecho administrativo es el Derecho propio y específico de la Administración Pública en cuanto sujeto. No es Derecho privilegiado, siendo posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, en principio, con carácter instrumental. La fricción entre ambos Derechos se reduce a una parte del Derecho de la organización y el Derecho patrimonial.

B) *Título segundo*.—Los temas que se abordan en este título tienen la suficiente garra para llamar la atención del estudioso. La mayor parte de ellos han sido tratados con especialidad por alguno de los autores del libro. Se refiere, en general, al ordenamiento jurídico administrativo, y especialmente a su estructura y caracteres, así como al examen de la Ley y el Reglamento y sus relaciones, especialmente en cuanto a la legislación delegada se refiere.

Se parte de la idea de que el Derecho administrativo constituye un «ordenamiento jurídico», con estructura jerarquizada del mismo (en materia de fuentes), sujeto a contingencias y variabilidades y sometido a los límites del espacio y el tiempo. En la interpretación juega principal papel el principio del interés público. Respecto a la Ley se concibe como un acto publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, que expresa un mandato normativos de los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior. Respecto del Reglamento se admite la idea de que es toda norma escrita dictada por la Administración, teniendo de común con la Ley el ser una norma escrita, pero distanciándose de ella en todo lo demás, pues es una norma complementaria, secundaria y subalterna de ella. Las relaciones entre la Ley y el Reglamento están presididas por los principios de supremacía de la Ley y principio de las materias reservadas a la Ley con la correlativa determinación del ámbito del poder reglamentario general, que se resumen en el principio de la congelación de rango por virtud del *contrarius actus* necesario para innovar una regulación existente. Tal sistema de relaciones puede ser alterado por virtud de la técnica de la delegación legislativa.

C) *Título tercero*.—El tema genérico que encabeza este título es el de la posición jurídica de la Administración, que acoge los problemas de la personalidad jurídica de la Administración, el principio de legalidad de la misma y las relaciones entre la Administración y la justicia. Se me antojan temas claves para poder entender muchos de los actos administrativos y su fuerza vinculante.

La Administración es para el Derecho administrativo una persona jurídica; pero más que de Administración en singular, es preciso hablar de Administraciones o pluralidad de entidades administrativas dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica; siquiera todas estas personas o entidades jurídicopúblicas estén de alguna forma o manera subordinadas a la Administración del Estado, que ejerce sobre ellas una efectiva supremacía a través de una serie de técnicas diversas de reducción a la unidad de todo el conjunto. Esta conclusión genérica permite a los autores desarro-

llar la materia y la tipología de los entes públicos (territoriales y no territoriales, de base corporativa y fundacional, corporaciones, Administración institucional, Derecho público y privado en las formas de personificación y régimen de las entidades públicas, así como su capacidad jurídica).

Para precisar el principio de legalidad de la Administración sientan los autores como premisa que «toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho». La formulación kelsiana de una identificación entre Estado y Derecho es una simple expresión, más o menos afortunada, de ese postulado. Claro que cabría preguntar si por encima del Estado está el Derecho o el Derecho es el Estado. ., pero eso nos desviaría del tema. La legalidad atribuye a la Administración una serie de potestades. Otorga facultades de actuación definiendo cuidadosamente sus límites; apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar simplemente.

Importante es el capítulo en el que se delimita la posición que la Administración tiene frente a la justicia y el principio de autotutela. No es la Administración—dicen los autores—, respecto de esa pieza capital del sistema jurídico que es la justicia, un sujeto cualquiera; su posición discrepa esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el núcleo más importante de sus privilegios, el punto también donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la justificación definitiva de sus actuaciones. A juicio de los autores, el sistema posicional de la Administración respecto de los Tribunales debe ser explicado como un sistema de autotutela: la Administración está capacitada, como sujeto de Derecho, para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.

D) *Título cuarto.*—Es el más amplio de todos y, desde mi punto de vista, el más constructivo de conceptos diferenciales frente al campo de lo privado. Es en este campo donde se mide la posible penetración de lo que entendemos por jurídico en la normativa administrativa y en la construcción de sus conceptos. El título genérico abarca todos los diferentes temas que en él se tratan: la actuación administrativa.

Hay que partir de un concepto inicial, cual es el del acto administrativo. Los autores reforman el concepto de ZANOBINI y dicen que es «la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria». Los elementos (subjetivos, objetivos y formales), las clases (decisorios externos y no decisorios, resolutorios y de trámite, favorables y de gravamen y otros), los actos políticos o de gobierno, la presunción de validez y obligación de cumplimiento inmediato y la teoría del silencio acompañan en su estudio a la teoría general del acto.

El segundo gran estudio sobre el tema está presidido por el problema de la patología del acto administrativo o, lo que es lo mismo, la problemática de la validez e invalidez del acto, su revocación y anulación. Singularmente debo destacar el estudio, pues él puede, según el criterio que se adopte, dar solución al superior principio de la calificación registral de los actos administrativos en sus relaciones registrales. No es momento de afrontar este problema, pero del estudio de la materia debe sacarse una conclusión. Se recorren por los autores los apeaderos de la nulidad absoluta, la anulabilidad, las irregularidades y la revocación y anulación de los actos administrativos.

Dos capítulos densos y llenos de sugerencias están destinados al campo del contrato administrativo, distinguiendo los de la Administración y los

contratos administrativos. A la teoría general que recoge la formulación histórica y la actualidad vigente, le siguen los problemas del procedimiento o procedimientos de contratación y las garantías, para luego descender a la especificación del estudio de una serie de contratos típicos de la esfera administrativa: obras, servicios y suministros. Aparte de las líneas generales que delimitan los diferentes tipos, se estudian el contenido y efectos, la extinción y la figura de la cesión y el subcontrato (que supone una ausencia de subrogación del subcontratista, que sólo queda obligado frente al contratista principal).

Cierra la publicación—primer tomo de una obra amplia—el tema de la coacción administrativa, cuyas más importantes manifestaciones son la expropiación forzosa, el apremio, la multa, el desahucio, la coacción directa, la vía de hecho, etc. El último punto que los autores exponen es el de la actividad técnica de la Administración, como contraste de la actividad jurídica de la misma, y la consecuencia de la responsabilidad de esa actuación.

Ciñéndome a los límites espaciales y los conceptuales de lo que subjetivamente entiendo por recensión, supero los posibles alicientes que la obra ofrece para la discusión de puntos concretos. En el fondo no hago más que seguir la línea que marca esa singular *grosería administrativa* que es su teoría del silencio.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

De auténtica necesidad para mí era «ubicar» el trabajo que constituye esta publicación, y de «ubicarlo a domicilio», pues la paz recoleta de las bibliotecas comienza a ser mito y la facilidad de la fotocopia pone carretas y cuchicheos para su logro, rompiendo silencios y alterando tranquilidades de lector de final de siglo. Necesitaba el libro porque, inexplicablemente, me había empeñado en sacar adelante un tema, visto desde el ángulo hipotecario, de un fenómeno de difícil encuadre: la reversión. MARTÍN BASOLS, que brinda amistades y, cuando se le pregunta, bibliografía, me había ofrecido su ejemplar subrayado y me imagino que releído; pero la sorpresa fue enorme cuando al acercarme a la librería jurídica que todos frecuentamos me ofrecieron la segunda edición de estos portentosos estudios sobre una materia que nacida en el seno del Derecho privado, tiene una constante aplicación en el público.

No sé qué se diría de la obra en su momento de aparición, allá por el año 1955; pero el lector de ella en el año que corremos debe enjuiciarla tal y como la ha recibido por primera vez. Entiendo que esta aportación que GARCÍA DE ENTERRÍA hace al campo del Derecho administrativo desde el punto de vista histórico viene a demostrar, una vez más, las altas cualidades de jurista que adornan a dicho autor y la inevitable garra que el Derecho administrativo va cobrando con su ayuda dogmática.

El trabajo, como el mismo autor predica en su nota preliminar, está basado en el uso sistemático del método histórico. El autor confiesa que no siente las instituciones jurídicas como especies lógicas o logicizables, sino como arbitrios políticos con los que una comunidad atiende sus singulares exigencias de justicia. Sólo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, y es ésta, como se ha indicado, su nervio y su sustancia.

Mi manejo de obras sobre Derecho administrativo es campo limitado, pero de lo poco que he ido acotando he notado los inevitables fallos constructivos de las instituciones y la casi falta de razones históricas que las avalen. La visión del administrativista debe ser más simple que la del privatista, pues éste, normalmente, acude primero a la historia, que le explica la figura, su nacimiento y su evolución, y luego llega a la construcción jurídica de ella con arreglo a esos pasos históricos que la han ido conduciendo hasta nosotros. Sin embargo, este estudio—estos dos estudios—de GARCÍA DE ENTERRÍA, sin saber su filiación en el campo del Derecho, podrían hacer decir al lector que también los administrativistas saben la historia de sus instituciones.

El orden sistemático de la obra está compuesto de los dos trabajos a que aludimos: el dogma de la reversión de las concesiones y el problema de la imprescriptibilidad del dominio público. Siguen a estos trabajos unos apéndices, que constituyen la novedad de esta nueva salida de la obra, la cual lleva, aparte de un índice sistemático de materias, otro de autores. Precede a la misma la nota preliminar, a la que ya hemos hecho referencia. En breve síntesis deslindaremos su contenido, distinguiendo:

A) *El dogma de la reversión de las donaciones.*—La reversión, esa figura que al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA constituyó una aportación decisiva para la configuración institucional de la concesión administrativa, ha supuesto en los tiempos actuales la crisis de la misma institución, ya que las necesidades permanentes de carácter industrial en materia de reposición y renovación del establecimiento no encontraron posibilidad financiera, en cuanto la rigidez del efecto reversional no permitía la amortización en la última fase de la vida de la concesión.

VILLAR PALASÍ, al tratar de centrar históricamente el efecto reversional, cita a FUSTEL DE COULANGES, que liga al *praecarium* romano la razón de que los bienes volviesen *ipso iure* al concedente a través de la reversión. Al lado de esta tesis, también dicho autor utiliza a BRUNNER, el cual, negando orígenes romanos a la institución, argumenta en favor de la concepción germánica de la donación o *largietates*, que no otorgaban un pleno derecho de propiedad al concesionario, sino un mero derecho transitorio y estrictamente personal. Posteriormente, cuando la concesión se otorgó *pro mercede et retributione*, el retorno se producía sólo por la operatividad del plano máximo de tres generaciones para impedir la prescripción inmemorial.

He hecho esta cita para perfilar la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, que viene a moverse entre estas dos ideas apuntadas. Siguiendo a CONRAD justifica el fenómeno, considerando que es una reserva defensiva frente al juego institucional de la prescripción inmemorial, estando aquí el motivo determinante de la fijación de un plazo máximo de noventa y nueve años. Es, en definitiva, la cláusula de reversión una preconstitución del *actus contrarius* capaz de destruir el juego propio de la prescripción inmemorial. De otra parte, sin embargo, se inclina por la tesis constructiva del *praecarium*, pues dice que en su origen la cláusula de reversión ha jugado como determinante de la transformación de las antiguas cesiones señoriales, otorgadas por los reyes a sus nobles como beneficios y galardón personales, a la moderna concesión administrativa, en la cual la cesión de funciones públicas no implica ya una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión sin pérdida por la Administración de la titularidad última. La reserva de una consolidación final de esta titularidad contribuye a la conformación de la institución concesional como un *praecarium*, en el sentido de que el concesionario no puede oponer un Derecho absoluto a la Administración concedente. De aquí la posibilidad de convertir estas daciones regalísticas, de meros beneficios personales de los concesionarios, en instrumento al servicio de los fines públicos que la titularidad de la Administración representa.

B) *La imprescriptibilidad del dominio público.*—El tema no puede ser más sugestivo, y el autor le da las vivencias que un caso concreto ofreció la oportunidad de ocuparse del mismo en el Consejo de Estado, quien en su consulta 5.127, de 15 de diciembre de 1949, sostuvo... la posibilidad de prescribir el dominio público. El autor abre el estudio, aparte del caso práctico citado, con las precisiones históricas, que obligan a reconocer cómo por influjo del Derecho canónico la prescripción inmemorial se aplicó a las cosas públicas en los mismos términos que a las cosas eclesiásticas, produciendo, por ende, a favor del príncipe (y de las villas y de los pueblos) los mismos resultados beneficiosos.

Partiendo de la afirmación de que la institución de la imprescriptibilidad de los bienes demaniales o de dominio público gira, como es sabido, sobre el criterio de la llamada afectación, destinación, destino de las cosas particulares que integran sus dependencias, llega en un recorrido histórico a la admisión de una afectación expresa y otra tácita y, como consecuencia, a una desafectación también tácita. Admitiendo como válido el hecho de que un particular pueda fundar su posesión exclusiva sobre una dependencia del dominio público, apartándola de su función propia y que dicha situación se prolongue en el tiempo, puede esa situación ser determinante de una desafectación tácita, lo cual hace viable la cosa para la prescripción, ya que la desafectación la ha convertido en cosa patrimonial sometida al comercio ordinario. De esa forma sería perfectamente admisible el principio de la prescriptibilidad del dominio público. Ello, como es natural, tiene como límite el de aquellos bienes que «por naturaleza» son de dominio público (aguas, zonas maritimoterrestres, riberas, etc.).

En los últimos estudios que sobre este punto hace llega a sus conclusiones y considera que el principio de imprescriptibilidad de los bienes demaniales no debe ser abandonado, pero sí corregido o depurado. Basta exponer que el dominio público es instrumento y contenido de una función pública para obtener la consecuencia de su inaccesibilidad a los particulares; de otra parte, es erróneo extender la imprescriptibilidad a las dependencias materiales, perfectamente eventuales, sobre las que en concreto el dominio demanial se asienta en un momento dado. Igualmente, la protección del dominio público no puede hacerse más que a través del dogma de la imprescriptibilidad, por los caminos oblicuos que exigieran plazos de prescripción muy amplios y por otra serie de medidas, como es la superación de los efectos jurídicos de la posesión de un año y la legitimación de inscripciones en el Registro de la Propiedad. Es una pena que la limpia trayectoria del estudio se empañe a lo último con un ataque poco feliz contra la institución registral.

En los dos apéndices que completan el texto, el primero se refiere al doble concepto de la prescripción inmemorial («vetustas») y al de afectación, y en el segundo se transcribe parte del dictamen del Consejo de Estado de 1949 que sirve de iniciación al primer estudio.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

ORTEGA GARCÍA, ANGEL: *Los deberes o cargas en la legislación urbanística*. Editorial Montecorvo, 293 págs.

ANGEL ORTEGA, profesional serio, profundo conocedor de la legislación urbanística, ha vertido en esta nueva obra toda su erudición sobre un tema que, globalmente considerado, aparece apenas tratado.

En el libro aborda, en primer término, los conceptos de limitaciones,

obligaciones, deberes y cargas en relación con la normativa urbanística. Hace hincapié en la falta de una adecuada distinción legal y jurisprudencial de los conceptos referidos, y tal vez arraigado por el influjo de esta débil precisión conceptual justifica una amplitud de criterio en lo tocante a las nociones de «deberes» y de «cargas», que él mismo utiliza empleando una expresión de carácter disyuntivo, que levanta los recelos de ciertos juristas, especialmente de los que nos movemos en el ámbito del Derecho hipotecario, en que el concepto de «carga» ocupa un específico y no ambiguo sector entre los derechos reales limitativos del dominio.

No basta el hecho de que la doctrina, que pudiéramos denominar urbanística, al tratar del tema lo haga reiteradamente de una manera ambigua y sin pretensiones de descender al campo de las claras delimitaciones jurídicas para rehuir un deseable rigor científico, que en materia indicada se nos presenta como ineludible al incidir en dos caras fundamentales del Derecho civil: la de lo puramente personal u obligacional y la de lo real.

Hecha esta salvedad, la sistemática del libro nos parece acertada. En tres grandes epígrafes estudia el autor la *cesión gratuita de terrenos*, el *pago de las obras de urbanización* y la *edificación forzosa de solares*, acompañando este examen con el pormenorizado de la *cesión onerosa y reserva de terrenos* y de la *conservación de obras* como complementos, respectivamente, de la cesión gratuita y de la ejecución de las obras.

El esquema central del libro se precisa y completa con el tratamiento de tres cuestiones más: *Primera*, el *fomento del cumplimiento de las cargas* a través del beneficio de contribución territorial urbana. *Segunda*, la problemática de las *cargas en relación con las urbanizaciones particulares*. *Tercera*, las *cargas complementarias y voluntarias* en el seno del *Urbanismo Concertado*.

Por último, hace una referencia al proyecto de reforma de la Ley del Suelo desde la perspectiva de las materias referidas: cesión gratuita de terrenos, pago de las obras de urbanización, reducción y ampliación de dichos deberes, edificación forzosa de solares, conservación de viales y zonas verdes, los proyectos de Actuación Urbanística y las cargas complementarias y la cesión de terrenos edificables en el suelo programado.

Apuntamos, para terminar, una consideración más: Dado el riguroso casuismo que reviste la obra, nos parece que hubiera sido conveniente la inserción literal del texto de ciertos artículos de la legislación tratada a continuación de los epígrafes o subepígrafes correspondientes, y la presentación de los términos de singular importancia en letra de tipo diferente a fin de facilitar la lectura y retención.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

PÉREZ PASCUAL, EDUARDO: *El Derecho de Propiedad Horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1974, 378 págs.

La obra que tenemos entre las manos es un libro de actualidad, como de actualidad es la materia de que trata. La concentración de la población en las ciudades, con el consiguiente abandono del campo, unido a las altas cotizaciones que alcanzan los solares como consecuencia de la especulación del suelo, hace que la verticalidad de los edificios destinados a habi-

tación humana sea cada vez más acusada. Proporcionalmente hay cada vez menos tierra para pisar y para construir sobre ella, y esto determina que si antes un solar soportaba casas de cinco o seis pisos a lo sumo, hace cuarenta años, hoy ha de soportar en muchos casos hasta veinte o más alturas. Esta situación de verticalidad constructiva ha venido a desarrollarse, entre otras razones, la que paradójicamente llamamos Propiedad Horizontal, en cuya importancia social se funda la importancia jurídica de la obra que glosamos.

Dotado su autor de una visión práctica del problema, lograda a través de largos años de especializado ejercicio profesional (es vicepresidente mundial de la Federación Internacional de Profesiones Inmobiliarias) y de una formación científica diariamente contrastada en sus funciones de profesor adjunto de Derecho civil, proyecta en su obra estas dos vertientes de su personalidad profesional.

Dedica una primera parte al estudio de los que llamamos elementos fácticos: partes privativas, partes comunes y organización. Interesa destacar su afirmación de que no hay una propiedad única sobre el edificio, sino una suma de derechos de Propiedad Horizontal cuyos objetos son los respectivos elementos privativos. El derecho de propiedad sobre los elementos comunes no existe con sustantividad propia, sino que es una proyección de derecho único, el de Propiedad Horizontal, de forma que las facultades sobre aquéllos son las mismas que se tienen sobre la parte privativa, puesto que el elemento común es el realizador de una función de servicio a la parte privativa.

Trata la segunda parte de la obra del derecho de Propiedad Horizontal (aspecto jurídico), estudiando su estructura y destacando el contenido del derecho en su consideración estática y dinámica. Párrafo aparte merecen los capítulos dedicados a la Junta de Propietarios, de la que dice, con opinión muy personal, que es un sujeto de derecho en tanto en cuanto actúe en el campo jurídico que le es propio y dentro del cual debe serle reconocida personalidad jurídica.

La personalidad jurídica de la Junta de Propietarios debe ser reconocida siempre que actúe en cumplimiento del fin que le ha sido asignado, y deberá serlo, por tanto, en todo lo concerniente a la utilización del elemento privativo, y en todo lo relativo a la utilización de los elementos comunes, pudiendo ser demandada a estos efectos por cualquiera de los propietarios en los acuerdos que requieran unanimidad, y por la minoría en los que exijan simple mayoría.

Estudia, por último, el Derecho español dividiéndolo en tres fases. La primera, bajo el imperio legal del primitivo artículo 396 del Código civil; la segunda, bajo la Ley de 26 de octubre de 1939, y la tercera, bajo la de 21 de julio de 1960.

Termina la obra con unas amplias conclusiones y un completo índice bibliográfico.

Se trata, en suma, de una obra que debe ser tenida en cuenta por cualquier jurista que pretenda estar al día en tan importante materia.

C. CANO TELLO

REMIRO BROTONS, ANTONIO: *Ejecución de sentencias extranjeras en España (La jurisprudencia del Tribunal Supremo)*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

Un total de 488 páginas, distribuidas en dos partes, subdivididas a su vez en capítulos, con un apéndice documental dedicado a los autos dictados por la Sala Primera del Tribunal Supremo y una introducción previa, integran la totalidad de la obra.

Como el mismo autor destaca, el libro se titula *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, y se subtitula *La jurisdicción del Tribunal Supremo*. El subtítulo pone de relieve la importancia vertebral de la jurisprudencia en el desarrollo de la obra. En cuanto al título reconoce que, desde el punto de vista doctrinal, tal vez hubiese sido más exacto hablar de homologación de decisiones en lugar de ejecución de sentencias, toda vez que sentencias son el mayor número de resoluciones extranjeras que se someten al trámite del *exequatur*, pero no las únicas. La expresión utilizada, a pesar de todo, tiene, a su juicio, una ventaja sobre cualquier otra: es la empleada por la Ley de Enjuiciamiento como cabecera de la sección que recoge los artículos 951 a 958. Su valor legal positivo la hace idónea para cumplir la finalidad que de un título puede esperarse: localizar a primera vista un contenido. De ahí su elección.

El plan del libro lo articula el autor sobre un doble eje. La primera parte versa sobre los regímenes del *exequatur*. La segunda, sobre el ámbito, condiciones y procedimiento; siguiendo a esta segunda parte una breve conclusión, en la que el autor trata de asentar los principios que, en su opinión, deberían inspirar en el futuro a nuestro sistema.

Entrando en la primera parte de la obra, concerniente a los regímenes del *exequatur*, nos encontramos con tres capítulos dedicados a los regímenes o cauces de los que se hace depender el otorgamiento del *exequatur*: el convencional, el régimen de la reciprocidad de hecho y el de control interno independiente.

El convencional es el que encuentra sus riberas delimitadas por los tratados internacionales suscritos por nuestro país, teniendo primacía formal sobre los otros dos regímenes, como ya se previó en el proyecto de GARCÍA GOYENA de Código civil de 1851 y lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, aunque no haya podido acompañarse de una abundante aplicación debido al escaso número de tratados bilaterales, concertados esporádicamente por el Gobierno español para regular específicamente el recíproco cumplimiento de decisiones judiciales.

Tratados suscritos por España y vigentes en la actualidad son, en el plano bilateral, los que nos obligan con Italia, Suiza, Colombia, Checoslovaquia y Francia, lo que constata la escasez de convenios internacionales en la materia vigentes en nuestro país, la negociación esporádica de tales convenios y la falta de equilibrio y homogeneidad de los Estados con los que esos convenios se han concertado.

Ante el corto número de tratados suscritos por España, algunos comentaristas han estimado que la mejor forma de suplir las carencias del ejecutivo consiste en añadir a los convenios citados algún otro inexistente. Concretamente, se refiere el autor a esos tratados fantasma concluidos por España con Suecia y Perú, que incluso han llegado a hacer su aparición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Los tratados bilaterales no agotan el entramado de reglas convencionales vinculantes para nuestro país. En el plano multilateral, España es parte en el Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje, concluido en Ginebra el 24 de septiembre de 1823, y en el Convenio relativo a la Ejecución de

Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en la misma ciudad el 26 de septiembre de 1927.

Además de los tratados bi o multilaterales ya aludidos, que tienen un elemento común: consistir en tratados *ad hoc*, cuyo objetivo es precisamente la regulación del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, existen también tratados bi o multilaterales que contienen disposiciones aisladas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, tales como: el convenio entre España y Grecia de 6 de marzo de 1919, «fijando reglas que sean de aplicar a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y en España, respectivamente», y el Concordato entre España y la Santa Sede.

Atención especial han merecido los problemas de Derecho transitorio o intertemporal. El impacto del factor tiempo es especialmente intenso en materia de *exequatur* debido a la solución de continuidad que puede existir entre el momento en que se produce la decisión extranjera y aquel en que se presenta la solicitud para su cumplimiento.

Proclamada la primacía del régimen convencional sobre los otros regímenes previstos por la L. E. C. y destacada su autonomía e imperatividad, es de reconocer que en la práctica no ha sido este régimen objeto de una amplia e intensa aplicación por los Tribunales.

Expuesto el primero de los regímenes previstos por la L. E. C. para ordenar el reconocimiento y ejecución en España de las decisiones extranjeras, llega el momento de afrontar el segundo régimen, el de la reciprocidad de hecho, aplicable en defecto de régimen convencional.

REMIRO BROTONS considera necesario detenerse en el estudio de las características de la reciprocidad examinando en qué medida la práctica de nuestro más alto órgano jurisdiccional la ha reconocido, respetado o modificado.

La configuración de la reciprocidad, a la que se remite nuestra Ley de Enjuiciamiento, puede concretarse a partir de los siguientes rasgos: es especial, es bilateral, es actual. Es especial porque pretende moldear la conducta de nuestro Tribunal Supremo sobre la huella misma de la conducta seguida por el legislador o Tribunal extranjero. Es bilateral—continúa diciendo—porque lo que importa es verificar la actitud extranjera hacia las sentencias españolas, sea cual sea la que adopte respecto de las procedentes de otros países. Es actual porque no importa la conducta pasada, pretérita, de ese legislador o de esos Tribunales, sino la presente.

El contenido se fija por remisión a un sistema extranjero individualizado en cada caso concreto, siendo presupuestos de su funcionamiento el ámbito de aplicación previsto y el procedimiento articulado por el sistema. A través de la reciprocidad, el Juez del *exequatur* buscará únicamente los criterios, condiciones y circunstancias que deben inspirar su decisión.

La reciprocidad, en pocas palabras, no puede desbordar los límites que la ley marca a su campo de acción.

Insatisfecho con el régimen de reciprocidad y remitiéndose a las palabras de W. GOLDSCHMIDT, se considera que su manejo técnico es difícil, su rendimiento práctico dudoso y su justificación moral precaria. Por ello, a juicio del autor, dicho régimen debe ser eliminado, sustituido por otro en el que la decisión extranjera sea aceptada o no, atendiendo exclusivamente a su valor intrínseco.

Los regímenes hasta ahora examinados, el convencional y el de la reciprocidad, fijan por remisión, bien a un tratado internacional, bien a un ordenamiento jurídico extranjero, las condiciones de las que dependerá el otorgamiento del *exequatur*.

El régimen establecido por el artículo 954, por el contrario, las determina directa y unilateralmente.

De ahí que se denomine de «control interno independiente». Se diferen-

cia, pues, del primero en su origen unilateral, y del segundo, en la fijación autónoma de las condiciones de las que se hace depender el *exequatur*.

Las relaciones que estos tres regímenes guardan entre sí, sobre todo el segundo con el tercero, han sido discutidas en el pasado, lo son en el presente y tal vez lo sigan siendo en el futuro. De ahí que esta cuestión y la apreciación del papel que cada uno juega y debería jugar en el sistema español de *exequatur* son las que centran la atención del autor en esta primera parte de su obra.

En la segunda parte estudia el ámbito de aplicación del sistema español de *exequatur*, las condiciones para su otorgamiento y el procedimiento para conseguirlo.

Se trata, por tanto, en primer lugar, de fijar la materia prima del *exequatur*, de identificar las decisiones susceptibles de acogerse al trámite. En segundo lugar, se examinan las circunstancias y controles que gobiernan la fiscalización de la decisión extranjera susceptible de *exequatur*. Finalmente, en tercer lugar, se trata de afrontar las cuestiones procesales y las que se presentan en el hilo del procedimiento.

En cuanto al ámbito, es de indicar que la L. E. C. no determina expresamente el ámbito de aplicación del sistema de *exequatur*.

La primera aproximación al ámbito de aplicación del sistema de *exequatur* cabe realizarla atendiendo a la materia sobre la que pueden versar las decisiones que aspiran a beneficiarse de eficacia extraterritorial. La segunda atendiendo al órgano que pronuncia la decisión, estudiando dentro de ello el problema de las decisiones pronunciadas por órganos arbitrales y el de las pronunciadas por autoridades y Tribunales eclesiásticos. La tercera aproximación debe realizarse atendiendo a los efectos de la decisión extranjera cuya verificación en el foro se persigue.

Una vez reconocida la idoneidad de una decisión para someterse al trámite, es necesario examinar las circunstancias y controles que gobiernan la fiscalización de la decisión extranjera susceptible de *exequatur*. Circunstancias y controles inciden en unos casos sobre las características formales de la decisión, y en otros sobre su contenido; unas veces están motivadas esencialmente por la defensa y protección de intereses particulares—los del demandado—, mientras que otras lo están por la salvaguardia de los intereses del Estado, que no quiere ver puesta en peligro la homogeneidad de su ordenamiento jurídico ni burlado el ámbito de aplicación de sus leyes.

Es precisamente en este terreno donde cada uno de los regímenes manifiesta más acentuadamente su autonomía.

Examinadas detalladamente las condiciones para el otorgamiento del *exequatur*, entra de lleno en el estudio del procedimiento.

Puede afirmarse—dice REMIRO BROTONS—que el procedimiento es único, sea cual sea el régimen aplicable. En este punto, la reciprocidad no funciona.

La competencia atribuida y los trámites procesales previstos por la ley española no pueden estar a expensas de lo dispuesto por un ordenamiento extranjero.

En este tema, tras examinar la naturaleza del procedimiento y la autoridad competente para conocer del trámite, se refiere a la forma en que se inicia el procedimiento.

La iniciación tiene lugar mediante la pertinente solicitud del interesado, que deberá estar representado por Procurador y defendido técnicamente por un Letrado, aportando junto con la solicitud diversos documentos, siendo, sin duda, el esencial, el testimonio literal de la decisión de cuyo cumplimiento se trata.

Aparte de otros requisitos de rango menor, puede decirse—según el autor—que la autenticidad de un documento extranjero está vinculada a la verificación de una operación formal y compleja, que se conoce bajo el

nombre de legalización. En el caso de estar redactado en un idioma extranjero, el documento debe también ser traducido. Una y otra exigencia, tradicional, amplia y rigurosamente presentes dentro de nuestro ordenamiento, son, en principio, pertinentes en el procedimiento del *exequatur* respecto de cualesquiera documentos extranjeros que la parte quiera hacer valer en autos.

Importa dejar bien sentado cuál pueda ser y cuál no el *petitum* de la demanda. Una vez que la Sala admite como parte al Procurador del interesado en la ejecución y ordena tener con él las sucesivas actuaciones, hace su aparición en el procedimiento la parte contra quien se dirige la ejecutoria. Citada y emplazada esta parte y concedido un término para comparecer, puede personarse en autos o dejar de hacerlo. Si no comparece dentro de plazo, el Tribunal prosigue en el conocimiento de los autos, y si, por el contrario, comparece dentro del término, deberá hacerlo debidamente representado por Procurador, gozando a partir de la fecha de la presentación de un término para contestar a la solicitud de *exequatur*. La oposición al *exequatur* es el corolario lógico de la comparecencia del demandado. Presentado el escrito de oposición, la Sala ordena el traslado de autos al Ministerio Fiscal para que emita el preceptivo dictamen declarando si debe o no darse cumplimiento a la ejecutoria.

Finalmente, evacuada la audiencia de los interesados y del Ministerio Fiscal, el procedimiento acomete su última singladura. Los autos pasan al Magistrado ponente, y examinados por éste, la Sala declarará si debe o no darse cumplimiento a la decisión extranjera sometida a trámite. Con el fallo o auto otorgando o denegando el *exequatur* termina el proceso.

Concluyendo, el autor llega a afirmar que la impresión que se desprende del sistema español de *exequatur*, una vez analizado, es esencialmente negativa, y que la reforma del sistema es necesaria.

Como apéndice documental se recoge una serie de autos dictados por la Sala Primera del Tribunal Supremo otorgando o denegando el *exequatur* a decisiones extranjeras.

Por último, para hacer más factible el manejo de la obra, se nos ofrece índice de autores; cronológico de autos, sentencias y resoluciones; de autos del Tribunal Supremo clasificados en relación con los países de procedencia de las decisiones extranjeras sometidas a *exequatur*; de autos del Tribunal Supremo clasificados en relación con el objeto y órgano que pronunció la decisión extranjera sometida a *exequatur*, y, finalmente, por conceptos.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SÁNCHEZ-VENTURA Y PASCUAL, J. M.^a: *La Seguridad Social de la Abogacía*. Veinticinco años de mutualismo español. Madrid, 1974.

Con motivo de las bodas de plata de la institución de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía se publica esta obra, que viene precedida por el galardón del primer premio en el Concurso Internacional sobre «Seguridad Social del Abogado», convocado por la Caja de Previsión Social para Abogados de la provincia de Buenos Aires, y otorgado en la sesión de clausura del Primer Congreso Internacional de Juristas sobre dicho tema, que se celebró en la ciudad de La Plata los días 25 al 27 de abril de 1974.

El prologuista del libro—el muy ilustre JOSÉ BASTOS ANSART—me pone

muy difícil esta recensión, pues si en principio se resiste a la sugestión de presentar al autor y elogiar las virtudes que le rodean, luego cede a la tentación y termina su magnífico prólogo con estas impresionantes palabras: «Desde que le conocí jamás dejó de estar a mi lado en el trabajo, en la amistad y en la lealtad de su entrega sin regateos a las tareas para las que reclamé su valioso concurso.» Y digo que me lo ha dejado difícil, pues si BASTOS luce en su pecho la medalla de la íntima amistad con JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ-VENTURA, a mí me cabe también el honor de haber andado mucho camino de esta vida a su lado, unas veces como opositor, otras como colaborador, y siempre como amigo. Si BASTOS, que casi dobla mi edad, se deja arrebatar por la tentación, ¿qué puedo hacer yo para que esta recensión sangre objetividad?

La divertida labor que me impuse al aceptar esta tribuna de la recensión sólo tiene la gran compensación—aparte de mis buenos ratos solitarios—de que en ella puedo marchar al viejo estilo de lo que predicara RUDYARD KIPLING: *Con mi paso y con mi luz*. Aquí la amistad ofrece la gran prueba de la sinceridad. La amistad me obliga a lealtades, pero mis posibles lectores me exigen sinceridades. El acatamiento que significa el poder de la amistad es preciso siempre superarlo por el imperativo de la dignidad. Quede bien claro que éste no es el caso, pues la obra tiene tal calidad de virtudes, que aun prescindiendo de amistades habría que elogiarla.

Por supuesto, que el hecho de traer a estas páginas la obra que nos ocupa no está basado sobre el vínculo de la amistad ni menos, por descontado, en esa situación política que el autor ocupa en estos momentos. Creo que se trata de un trabajo donde se abordan temas de Derecho, se tocan puntos muy esenciales de sociología y metodología y se hacen una serie de citas de lecturas un tanto apasionadas realizadas por el autor en esas largas horas que la quietud provinciana de su Notaría le ha brindado.

Marcadamente pueden escindirse en el libro diversas partes, aparte de los anexos comprensivos de Estatutos y Reglamentos, ya que en unas resplandece la experiencia y en otras la ciencia, en algunas la creación y en otras la reflexión a través de las citas de lector minucioso y exigente. JOSÉ MARÍA lee como si estuviera «fichando» el libro que tiene entre sus manos. La disciplina de opositor marca a fuego la forma de «sacar esencias» del libro con el que uno se enfrenta, y esa técnica el autor la domina con singular privilegio. Saber «fichar» un libro es ir por delante en esa gran tarea del ser humano por adquirir conocimientos. Para mí constituye una gran sensación de pequeñez cuando, en esa batalla que contabiliza libros «fichados», mi número es alcanzado en metas por gente más ocupada, profesional y políticamente, que yo. Mi consuelo tiene el gran refugio del *Poema de los dones*, donde se dice: «Nadie rebaje a lágrimas o reproche esta declaración de la maestría de Dios, que con magnífica ironía me dio a la vez los libros y la noche.»

Y vamos con las cuatro partes en que dividimos estas notas, y que constituyen las mismas que el autor marca en su libro. La primera está constituida por una serie de conceptos en torno a la seguridad y el Derecho; la segunda aborda el tema de la Seguridad Social; la tercera es un esquema evolutivo de la esencia de la Abogacía, y la cuarta, la plasmación histórica de la institución del organismo a cuyo cargo está la ayuda mutua del Abogado. La enunciación de los temas ofrecen el justificantes de que antes hablábamos y permiten encuadrar el libro dentro de lo que podríamos llamar estudios monográficos. Mi labor de recensionista me obliga en este instante a la precisión y síntesis del contenido.

Primera parte.—En el enfoque de la busca de los fines del Derecho, los autores han tropezado siempre con el problema axiológico de la seguridad o de la justicia del Derecho. La pugna o contradicción entre esos dos gran-

des valores jurídicos—justicia y seguridad—suele salvarse con criterios eclécticos, pues no se trata más que de dos fases o caras del bien común. El autor de este trabajo se adscribe a la tesis de la seguridad. Todo el Derecho—ciencia a la que el Abogado consagra su sacrificada vocación—no es sino un sistema de seguridad. No sólo el Derecho, como sistema normativo, debe ser un sistema de seguridad en las relaciones sociales del hombre, sino que hasta en sus manifestaciones más primarias y elementales es el Derecho irremediamente un concreto sistema de seguridad.

Aparte de este concepto inicial, el autor va a llevarnos a una especie de conclusión final, en la que se afirma que «la sed de libertad conlleva a la exigencia de seguridad». La concepción de hombre como «riesgo» justifica que la sociedad, con mayor o menor conciencia—muy probablemente de forma inconsciente—, haya ido sustituyendo el ideal inasequible de la libertad por el ciertamente más cercano y posible de la seguridad.

Para llegar a esta especie de idea central, el autor afronta una serie de temas que suponen un estudio específico de cada uno de ellos, y en los que demuestra la variedad de campos de lectura realizados, la experiencia adquirida y la proyección metodológica de su estudio. Fundamentalmente son tres los temas, que expone en veintiún capítulos, que constituyen esta primera parte: la libertad, la seguridad y la solidaridad.

El primer tema—después de demostrar la necesidad actual de la seguridad—es el de la libertad. Creo que es tema apasionante. Es anhelo, meta y hasta si se quiere ideal a conseguir. El autor arranca de la tesis marxista, según la cual la falsa y artificial estructura de la sociedad hace que el hombre, que por naturaleza es bueno y libre, se convierta en un lobo competitivo para cada semejante y, por tanto, «alienado» a los demás en tanto en cuanto no sea lobo vencedor. En la realización histórica del marxismo no ha desaparecido—sigue diciendo el autor—el Estado ni, en consecuencia, el Derecho en su acepción de ordenamiento jurídico positivo de una determinada sociedad. Para destruir o refutar las tesis marxistas utiliza diversos criterios, como son el de la base falsa de una innata bondad del hombre, los gastos superfluos que origina la supresión de la ley de oferta y demanda, la falta de descentralización descarta toda iniciativa..., etc.

Capítulos sucesivos van acumulando ideas sobre este concepto de la libertad; en unos nos habla del sueño de la libertad propio del siglo XIX (mientras el XX tiene planteado el problema de la justicia) y en otros del gran mito de la libertad (ya que en el fondo el hombre es libre, con libertad tan condicionada, que prácticamente queda reducida al santuario íntimo de su conciencia y a la única opción de realizar el bien o el mal conforme al criterio subjetivo que de esa opción haya adquirido), de la definición de la libertad y su tremenda dificultad y relatividad, así como una conclusión sobre el tema: Occidente crea la libertad. Si hubiéramos de calificar lo que culturalmente significa Occidente en unas pocas notas significativas, diríamos que Occidente—legado de Grecia y de Roma—es el creador si no de la libertad, sí de la lucha por la libertad. La libertad—dice el autor—es, pues, la recreación de Occidente. Todo el actual progreso de China y Japón es consecuencia de un proceso de asimilación de los modos y talentos de la cultura occidental.

Completa el tema de la libertad una serie de capítulos destinados al examen de la biología en su repercusión de la personalidad humana y de la libertad, las posibles prohibiciones y condicionamientos a que debe quedar sometida la libertad, el aspecto religioso como posible síntoma de «alienación» humana, la ética en su doble proyección individual y social y la personalización y socialización, entendiendo esta última como una participación activa de la sociedad en el proceso de formación de la personalidad y en el perfeccionamiento del bien común a través del individual de sus miembros.

La seguridad es su gran segundo tema. Para él, el hombre, conforme a las modernas doctrinas psicoanalistas, es un «riesgo», como ser en permanente peligro. Toda la vida del hombre es, en efecto, una lucha constante contra su propia invalidez, encerrada fatal y paradójicamente en un ansia de eternidad y en un anhelo de firmeza. La concepción del hombre como «riesgo», antes se apuntó, lleva a la necesidad de la seguridad. El anhelo de seguridad es una constante en la historia del hombre. Ese afán no es sino miedo. Miedo lógico, racional, correspondiente a la misteriosa incertidumbre que es la aventura de vivir.

El autor ya demostró sus conocimientos sobre la materia en un conocido trabajo publicado en la *Revista de Derecho Notarial* («Hacia un concepto internacional y unitario del seguro», núm. 39, enero-marzo 1963), y que ahora aprovecha en su mayor parte para brindarlo de nuevo al estudioso.

La solidaridad y el problema conexo de la convivencia lleva al autor a rematar esta primera parte de la obra. Por solidaridad debe entenderse el «saberse y sentirse integrados en un contexto social ambivalente: necesitamos de los demás, y los demás necesitan de uno, por modesta, por insignificante que pueda ser nuestra aportación». Este concepto de la solidaridad es la regla de oro del mutualismo. Finaliza el autor la materia examinando tres tipos universales de reacciones frente a la solidaridad: el carácter nacional inglés, el francés y el español. Del español dice que «la ausencia de sentido práctico, el desprecio de la razón como consecuencia del predominio de la pasión, conducen inevitablemente al 'yoísmo', al 'individualismo', a la ignorancia del sentido social de la solidaridad». Como diría ORTEGA, el español prefiere hacerse ilusiones sobre su pasado a imaginar razonablemente su futuro. De ahí—y la frase ahora cobra valor político—la tendencia al asociacionismo desproporcionadamente fragmentario, porque cada yo individual quisiera tener «su propio» partido, su propia capilla, su propio Gobierno, su propio Derecho y, en definitiva, su propia sociedad.

Segunda parte.—Está destinada al estudio de la Seguridad Social. El autor rechaza la tesis diferenciadora del concepto con el de «Seguros Sociales» basado en razones políticas de nivelación de clases, para concluir que la distinción entre «Seguros Sociales» y «Seguridad Social» está en la necesidad de ampliar la base y el ámbito de los diversos seguros que pueden calificarse de *sociales* por su especial e intrínseca significación, sino también procurar dar a estos grupos sociales el tratamiento armónico y ordenado de un auténtico «sistema» de medidas jurídicas, sociológicas y económicas que persiguen un mismo resultado: garantizar, asegurar, mejorar el bienestar social a que cada individuo tiene derecho.

Temas que inevitablemente debe estudiar el autor son los problemas de los riesgos sociales, beneficencia, previsión y justicia social, la Seguridad Social como función del Estado y la Seguridad Social en la sociedad masificada. En otros planos se estudian igualmente otros puntos de singular interés, como puede ser la Seguridad Social en su función redistributiva de rentas, la institucionalización de la Seguridad Social y su organización autónoma o centralizada, el principio de subsidiariedad, el principio de inflación y la Seguridad Social como indicador analítico de la comunidad.

Tercera parte.—Constituye el tema central de esta parte el estudio de la figura del Abogado en su triple proyección de asesor, amigable compoñedor y defensor del Derecho, para proyectar luego sobre él las ideas de libertad y seguridad expuestas en la primera parte de la obra.

En el estrecho marco de que dispongo es difícil sintetizar la serie de ideas que el autor agrupa en torno a la figura del Abogado. El Abogado es un constante colaborador de la justicia. Y la justicia es la idea rectora

y fundamental de toda sociedad. Por eso al Abogado se le exige un tan alto grado de rigor ético y la competencia profesional. El Abogado ha de ser, ante todo, un «buscador» de la verdad. El trabajo y la gloria del Abogado consisten precisamente en ayudar a los demás al desarrollo y plenitud de la persona humana, y ello no sólo con la competencia de su técnica profesional, sino, lo que es más importante, con el ejemplo de sus virtudes humanas y cívicas. . Completa el estudio un esbozo histórico del origen de la Abogacía, el carácter público de su función y la idea del Abogado como servidor de la justicia. Datos históricos de la organización y de los deberes asistenciales cierran el capítulo.

Cuarta parte.—Conociendo al autor debo destacar cómo esta parte debe ser la que él ha escrito con más cariño, porque en el fondo es su historia. Las demás han sido productos de sus lecturas, de sus reflexiones o de sus conocimientos, pero ésta es su obra. Se destina a exponer con singular claridad y sistematización todos los pasos que van desde la creación de la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía hasta el momento en que el Caudillo otorga a esta Empresa el título de «Empresa Modelo de Seguridad Social».

No es posible intentar ninguna síntesis, pues aun habiendo vivido muy de cerca los anhelos, los sacrificios y las luchas sostenidas para sacar adelante la institución, no me encuentro con fuerzas para evitar que la pluma se me vaya a «subjektivizar». Solamente quiero añadir que lo de «modelo» pudiera ser convencional en cualquier otra Empresa, pero no en ésta, pues me consta que cuantas Mutualidades se han intentado crear tomaron siempre muy buena nota de las grandes experiencias y realidades de ésta, cuya vida y evolución se relata en la parte que cierra la publicación, con el anexo de que hablamos al comienzo.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho civil*. Bosch, Casa Editorial. Segunda edición. Barcelona, 1975.

No sé si es frecuente el fenómeno de que aquellos juristas—hombres de Derecho y no hombres de leyes—que tienen en sus manos la aplicación, la interpretación y la elaboración de la normativa jurídica se paren en sus funciones y mediten seriamente en los problemas fundamentales que lleva consigo la palabra Derecho. Si el fenómeno no es frecuente, lo considero, sin embargo, necesario. En este mundo de «urgencias» y «emergencias», de improvisaciones y de soluciones provisionales, en el que la rapidez mediatiza la reflexión a décimas de segundo, hay que poner de cuando en cuando un paréntesis, hacer un apeadero, descansar, aislarse y meditar un poco. Así como en la vida espiritual del individuo es aconsejable un turno o tanda de ejercicios espirituales, en el campo del Derecho también es precisa una meditación seria de conceptos, significados y proyecciones.

Creo que éste es el gran significado que encierra la publicación que comentamos, que se viste de gala con su segunda edición corregida, pero no aumentada. Es un intento serio de meditación sobre unos conceptos tradicionales procedentes del campo del Derecho. Puede servir perfectamente como breviario de ese aislamiento que predico para todo buen jurista o para todo jurista que se precie de tal.

En el «escalofriante campo de la filosofía del Derecho» se nota, a poco que se profundice, que no todos los profesionales del Derecho se sienten

cómodos. Una encuesta con preguntas «de ingreso» daría unos resultados sorprendentes. Pero a cambio o con la promesa de no realizar esa encuesta vamos a meditar de cuando en cuando.

Para mí el libro, aparte de lo dicho, ha tenido otra proyección. La doble cualidad de funciones que al Registrador se le asignan en nuestra legislación—la de la calificación y la de la liquidación de ciertos impuestos—me llevó en cierta ocasión a plantearme el problema de hasta qué punto y medida los conceptos tradicionales del Derecho y sus construcciones dogmáticas habían penetrado en el campo fiscal y en el registral. Sobre ese punto hice unas notas y di una conferencia. Pues bien: este libro fue para mí clave y puntal de una de mis tesis. En su día habrá que utilizarlo también para ver la posible penetración de lo dicho en otros campos que se visten con el carácter de autónomos, se acogen a la palabra Derecho y se adjetivan con la categoría de administrativos.

El origen de este trabajo, se decía en la primera edición, son unas conferencias—doce en total—que el autor pronuncia en el Centro de Estudios Tributarios en el curso 1959-1960, y que posteriormente el autor reelabora. Para mí síntesis recensionista no podemos tomar como base esos doce apénderos, que constituyen otros tantos capítulos, sino que como los conceptos que se exponen en ese panorama del Derecho civil son perfectamente clasificables en las partes que desde SAVIGNY se vienen admitiendo, podemos distinguir la parte general, los derechos reales, las obligaciones y contratos, la familia y las sucesiones. Vaya por delante, y esto es otro elogio al libro, que VALLET DE GOYTISOLO no es hombre de síntesis, de resúmenes, sino que su impresionante producción se caracteriza por su extensión con esa gran mira que lleva todo investigador del Derecho de agotar materia. Pues bien: aquí se nos ofrece otra cara de este investigador, ya que en un esfuerzo gigantesco brinda al lector en unas trecientas y pico páginas los conceptos más sustanciales del Derecho civil.

A) *Parte general.*—En ella vamos a situar cuatro grandes temas, que el autor estudia separadamente: el concepto del Derecho, las fuentes, la persona humana y la jurídica.

Vale la pena arrancar en esta recensión del concepto que VALLET tiene del Derecho. Dice el autor que el concepto voluntarista del Derecho (como poder de voluntad, facultad de obrar), que tiene su origen en la escolástica franciscana de DUNS SCOTTO y GUILLERMO D'OCKAM, llevó inevitablemente al normativismo o legalismo, siendo para la escuela francesa de la exégesis equivalente el Derecho con la «norma (o conjunto de normas) positivamente impuesta por la autoridad del Estado». Pero ya la idea del positivismo fue desplazada por PHILIPP HECHK, quien citando a VON BULOW, rector de la Universidad de Tubinga, destacó cómo una ley de la que todo el mundo supiera que no tenía aplicación en los Tribunales de Justicia y de la que sociológicamente no puede predicarse que efectivamente se vive y se realiza perdería su carácter de tal.

De estas líneas deduce VALLET las tres formas de configurar el Derecho: cargar la fuerza del concepto en lo que podríamos denominar *justo* (el Derecho debe responder a una cualidad de justicia, sin la cual deberá ser rechazado como tal Derecho), en lo *ordenado positivamente* o en lo *vivido realmente*. La posible armonización de estas tres formas es insostenible cuando falta norma aplicable de carácter positivo, cuando la norma positiva es incumplida o cuando tiene vigencia una conducta social injusta. VALLET opta por aceptar sólo una de las enunciadas significaciones y se decide por la primera de ellas: *el Derecho es el arte de lo justo*. La coercibilidad y la efectividad son cualidades extrínsecas que *deben* acompañar al Derecho, pero no son características suyas, sino del *poder*, en sus diversas funciones, que éste pone al servicio de aquél.

Junto a este concepto se exponen los de justicia, sociedad, Estado y De-

recho, para terminar con la relación entre justicia y Derecho. Sociedad y Derecho son anteriores al Estado. Antes de existir el Estado, existió la sociedad, y desde que hubo sociedad, existió el Derecho. Perfilado el concepto de justicia (sentimiento de justicia y la idea universal de la misma) a través de las posiciones nominalistas, realistas y las convergentes, destaca la influencia que el Estado tiene en la formación del Derecho, para terminar con la relación justicia y Derecho, afirmando que la justicia debe realizarse en lo posible, y lo justo no sólo debe hallarse y decidirse, sino aplicarse e imponerse. Ello lleva al autor a preguntarse si el Derecho requiere alguna otra nota además de la justicia, si persigue otros fines, y a confrontar el Derecho propiamente dicho, es decir, el llamado por algunos Derecho justo, con el ordenamiento jurídico estatuido por el Estado, conocido con el nombre de Derecho positivo.

Tres temas se incluyen dentro de las fuentes del Derecho: el origen, las fuentes y el método del Derecho. Para ofrecernos la visión del origen resume teorías: la de la revelación, el racionalismo, el voluntarismo, el historicismo, el sociologismo y el iusnaturalismo. Para el autor, si no existe orden natural, tampoco por encima de la voluntad que se imponga podrá existir la justicia, a la que le faltará objeto. En las fuentes también se precisa descender a las diversas teorías: el positivismo histórico, el realismo jurídico, el positivismo legalista, la naturaleza de las cosas y la doctrina clásica del Derecho natural. Concluye con el examen de los métodos jurídicos que pueden emplearse para la interpretación e integración del Derecho o, lo que es lo mismo, los procesos mentales que deben seguirse para hallar en cada caso el Derecho que debe aplicarse. Cita entre los métodos el legalista (exegetico, conceptualista o de inversión y la jurisprudencia de intereses), el de la realización fáctica, el que sitúa el concepto del Derecho en la convicción popular o en el espíritu del pueblo y los que arrancan de la existencia objetiva de un Derecho natural o de unos principios supralegales de justicia que deben ser aplicados. Cierra el capítulo un examen de los elementos de la interpretación.

Tema especial es el referente a la persona como sujeto del Derecho. Dice el autor que tratar de la persona, tratar del sujeto del Derecho, puede servir para encuadrar el Derecho civil dentro del campo general del Derecho. El hombre y su vida social son la razón de ser del Derecho. Ahora bien: al hablar del Derecho, de hombre y de vida social se nos crea un problema de equilibrio entre el hombre individualmente considerado y la sociedad en que los hombres conviven. La pérdida de ese equilibrio nos lleva al individualismo o al socialismo. Sólo admitiendo que hay un Derecho natural o extrapositivo, con resortes metafísicos y jurídicos capaces de mantener las respectivas zonas de influencia de lo individual y lo social, apoyado en la existencia de cuerpos intermedios que puedan frenar la omnipotencia del Estado, se podrá hallar el equilibrio. No es lo mismo que haya un Derecho que imponga sus límites y su respeto, a que sea el Estado quien adueñándose del Derecho le señale unas líneas fronterizas, que podrá marcar donde él quiera. El Derecho es algo que está por encima del Estado, y que el Estado debe siempre respetar.

Con el examen de los puntos problemáticos de la distinción entre Derecho público y privado ante la persona humana, el concepto de persona (concepto metajurídico, anterior al Derecho y que éste no ha elaborado), el problema de la capacidad jurídica y de obrar, la representación, el Derecho subjetivo, los actos y los negocios jurídicos y la prueba de los mismos, da por finalizado el tema de la persona humana, pero seguidamente lo enlaza con el de la persona jurídica y su problemática doble: construcciones dogmáticas de su concepto y construcción y apariencia y realidad de las mismas. Las clases, la constitución, la responsabilidad y los órganos de las mismas cierran el estudio de esa institución.

B) *Derechos reales*.—Aunque el concepto de cosa, en general, se suele incluir en la parte general, aquí hago una excepción para que el mismo acompañe a un segundo capítulo que agrupo dentro del epígrafe: los derechos sobre las cosas (posesión, propiedad y derechos reales).

En lo referente a las cosas plantea el autor la oposición entre idealismo y realismo metódicos, que tiene gran trascendencia para la determinación del objeto del Derecho. En cuanto las cosas son directamente objeto de conocimiento y pueden captarse, nos hallamos en el terreno del realismo. Si lo único que interesa son puramente las ideas, las cosas en sí mismas son desplazadas. Diversas teorías y posiciones esgrime para exponer el concepto de objeto del Derecho subjetivo y de las cosas, pasando luego a estudiar las clases y tres importantes fenómenos considerados como posibles objetos de relaciones jurídicas: el dinero, las universalidades y el patrimonio y su fenómeno jurídico de la subrogación.

Dentro de los derechos sobre las cosas o relaciones inmediatas de persona a cosa estudia, en primer lugar, la propiedad. Al referirse al fundamento de la propiedad privada dice que «es precisamente una de las mayores garantías de la libertad y, a la inversa, la propiedad plena del Estado (más exactamente que propiedad colectiva) es la fórmula más totalitaria de dominación por el poder público». Aborda también el concepto y sus limitaciones. Al lado de la propiedad estudia también el de la copropiedad y el de la posesión, así como los derechos reales y los modos de adquisición del dominio y de los derechos reales, haciendo un alarde de simplificación y condensación de doctrinas, posturas y conclusiones.

C) *Obligaciones y contratos*.—Tres capítulos o temas pueden ser agrupados en esta parte del Derecho civil: las obligaciones, los contratos y cuasi contratos y la responsabilidad patrimonial universal.

En materia de obligaciones destaca el autor los tres grandes obstáculos con que se ha tropezado para su conceptualización (intento de abstracción, destacar solamente el aspecto activo y valoración del aspecto patrimonial por encima del personal) y cómo se ha recorrido un verdadero circuito desde SAVIGNY a GIORGIANNI, quien vuelve a acercarse al punto de partida en que el primero se hallaba, demostrándolo al reproducir todas las teorías conocidas sobre el concepto. Caracteres, estructura, fuentes, el deber de prestación, la diferenciación con los deberes de conducta y el crédito son los puntos que seguidamente estudia el autor bajo el epígrafe genérico antes dicho.

Para llegar a un concepto del contrato expone el autor la teoría de las fuentes de las obligaciones, el voluntarismo y el principio de autonomía de la voluntad, pasando luego a contemplar los elementos constitutivos del concepto (dividiéndolos en estáticos, dinámicos, internos y externos) y examinando especialmente el consentimiento, el objeto, la causa y la forma. Completan el estudio la teoría del precontrato, los caracteres del contrato (obligatoriedad, irrevocabilidad y relatividad), la patología de los mismos, su clasificación y la figura que constituye el cuasicontrato: la gestión de negocios ajenos sin mandato.

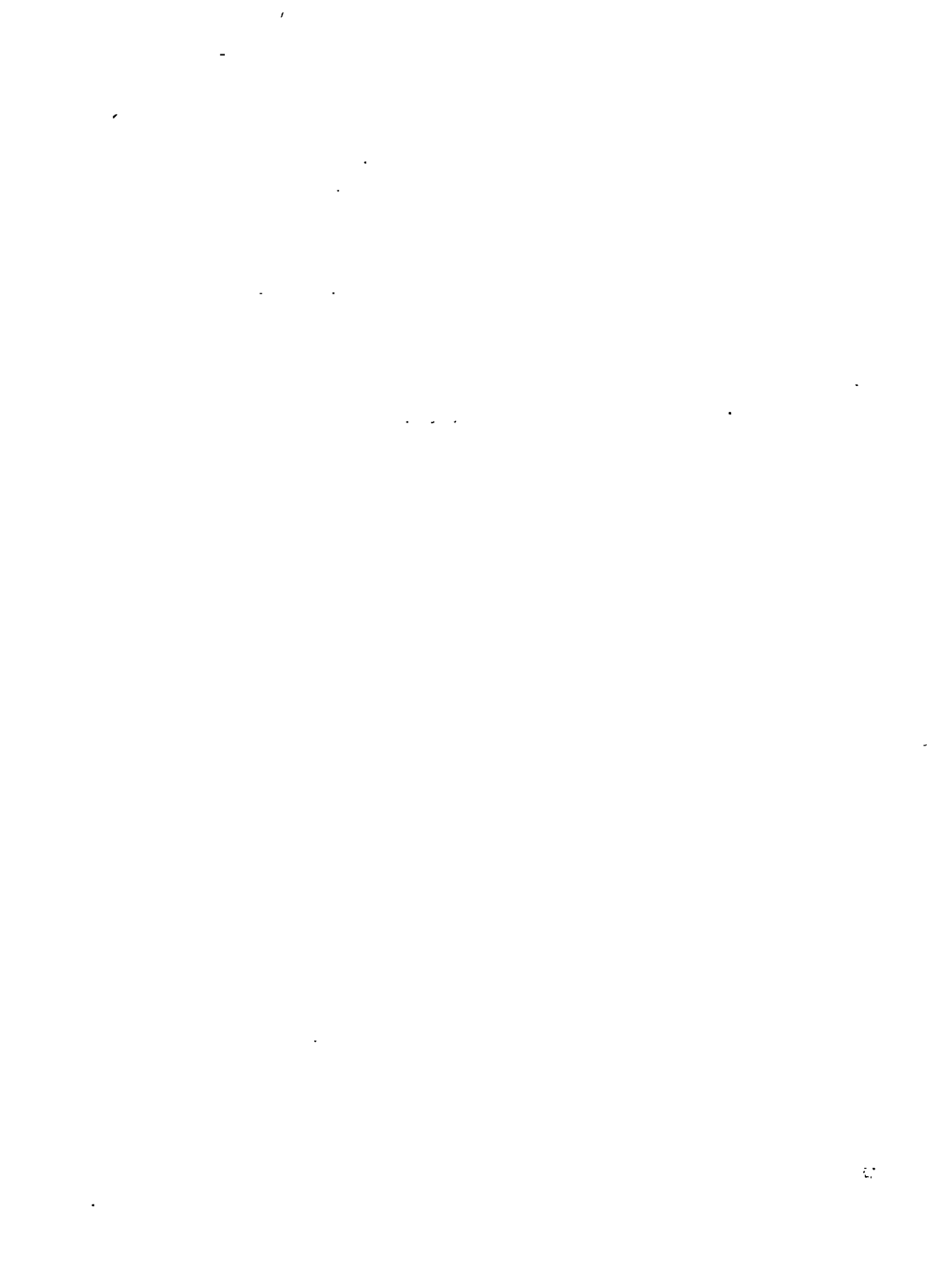
Tema especial merece el problema de la responsabilidad patrimonial universal, que estudia en dos apeaderos: la responsabilidad personal, por un lado, y su reflejo patrimonial, por otro. Incluye dentro del tema lo referente al concurso y prelación de créditos, así como el posible refuerzo que la responsabilidad en su aspecto objetivo puede tener con las garantías reales y las fiduciarias.

D) *Derecho de familia*.—Muy breve y esquemática es la referencia a esta parte del Derecho. La razón de ello puede ser la difícil etapa por la que la institución familiar está pasando. Aquí puede suceder como en los cambios de rasante: tener demasiada prisa puede ser peligroso, pero ir

demasiado despacio provoca dificultades de tráfico evolutivo... El autor ensaya alguna crítica en relación con las pretensiones actuales de la pareja, que forma la esencia de la familia, y dice que si la mayor preocupación de unos y otros llega a ser, para unos, el derecho al libre desenvolvimiento de la mujer, y para otros, el derecho del marido a la contribución económica de la mujer al mantenimiento de la familia, acabará por proclamarse el derecho de los padres a que la sociedad les eduque a los hijos, y de las madres a que el Estado se los cuide y se los guarde mientras ellas contribuyen a la producción nacional. El estudio se completa con referencias al sistema económico matrimonial.

E) *Derecho sucesorio*.—Es difícil hablar de Derecho sucesorio sin que en todas o casi todas sus instituciones aparezca la cita de VALLET. Por ello creo que aquí sólo debo citar los temas tratados: el fenómeno sucesorio, la herencia y el heredero, el legatario, fideicomisos y testamentos, legítimas, reservas, sucesión intestada y visión dinámica del fenómeno sucesorio.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ



REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

POR FERNANDO MALO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Octubre-diciembre 1973.

Sobre «El pluralismo del profesor De Castro». Comentario a un comentario, por FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO.

En el presente trabajo el profesor DE CASTRO sale al paso de la interpretación que ha dado a su pensamiento el profesor HERNÁNDEZ GIL en su *Metodología de la Ciencia del Derecho*.

Los puntos que han provocado la reacción de DE CASTRO han sido los referentes al sincretismo metódico: la política y el derecho; partidismo, política y política de derecho; el régimen político y el D. Positivo, y las razones por las que HERNÁNDEZ GIL lo califica de «pluralista».

La obligada brevedad de este comentario nos fuerza a no entrar en el debate, lo que supone un alivio para quien siente un profundo respeto por la obra de tan insignes juristas, ambos profesores de quien esto suscribe. Sin embargo, estos lenitivos para la responsabilidad del comentario no pueden eludir el hecho fundamental de que la presente exposición de FEDERICO DE CASTRO constituye una interpretación auténtica de su propio pensamiento que HERNÁNDEZ GIL deberá tener en cuenta en una próxima

edición de su *Metodología*. Si las palabras han dado lugar a confusión, las nuevas palabras de FEDERICO DE CASTRO son equiparables a los actos concluyentes, que en derecho es tanto como decir inequívocos.

Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos, por MARIANO RAJOY SOBREDO.

Después de hacer un estudio de la jurisprudencia que se ha ocupado de ambos tipos de cláusulas, resume la doctrina jurisprudencial al compás de los cambios de legislación operados.

Las cláusulas de escala móvil son generalmente admitidas si las oscilaciones en el índice que se establezcan no son rechazadas en el supuesto de disminución del precio a pagar por el arrendatario.

Las cláusulas de elevación de renta han dado lugar a una doctrina más confusa. Las que establecen un aumento fijo, periódico e indefinido de la renta han sido la mayor parte de las veces no admitidas, pero las que determinan un límite máximo sí lo han sido generalmente. Variable en la posición referente a las que establecen un aumento

condicionado y proporcional al que experimentalmente determinado índice, pues en estos casos el hecho fundamental que debe tenerse en cuenta es el de la equivalencia de las prestaciones. El autor toma aquí postura frente al criterio de rechazar la validez de cláusula en los casos en que no se prevea la disminución, como sucede en las de elevación por un índice, considerando que fue precisamente el hecho de la depreciación monetaria lo que determinó el nacimiento de las cláusulas estabilizadoras: el descenso de la vida no es previsible, y si, en último caso, «llegara a producirse, rompiendo el equilibrio de las prestaciones en perjuicio del arrendatario, al ser potestativa la prórroga, podría renunciar a ella desalojando el local si el arrendador no accediese a renunciar a la renta, en la seguridad de que no le sería difícil conseguir otro por un precio más módico».

El trabajo tiene el indudable valor de refundir una Jurisprudencia abigarrada en unas sentencias tipo, a la vez que el mérito de servir de recordatorio importante en un tema siempre escurridizo.

Coloquios sobre la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas y la industria farmacéutica española (organizadas por el Seminario de D. Mercantil de la Facultad de Derecho de Salamanca), por IGNACIO QUINTANA CARLO.

Las ponencias en que consistieron los coloquios fueron las siguientes: «Problemática jurídica de la protección de las invenciones farmacéuticas en el D. vigente» (José Banús). «Producto y procedimiento en las invenciones químicas y farmacéuticas» (Angel Vian). «Posibilidades y perspectivas de la investigación farmacéutica en España (Luis Morros). «La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas» (Alberto Bercovitz). «El ámbito de protección de las patentes de procedimiento farmacéutico» (C. Fernández Novoa). «Licencias obligatorias e invenciones farmacéuticas» (J. A. Gómez-Segade). «Las licencias contractuales de patente y la industria farmacéutica es-

pañola» (J. J. Gómez Fontecha). «Aspectos económicos vinculados a la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas» (A. López-Vivie).

El interés general que tienen estos estudios radica en que, con ocasión de las invenciones farmacéuticas, se hacen observaciones muy útiles sobre el derecho de patentes.

Es mérito del recopilador el haber dado una idea exacta, dentro de lo sucinto del comentario, de cada una de las ponencias, pues destacando la visión general de los problemas llega a los puntos claves de lo particular. Insisto, finalmente, en que la trascendencia de este trabajo y de estos coloquios radica en haberse desbordado del marco previsto por abordar problemas que interesan a todo jurista.

Estatuto personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña, por LUIS FIGA FAURA.

El estudio abarca la evolución del Derecho catalán en los aspectos mencionados, desde los orígenes hasta mediados del siglo XIX. Partiendo de una consideración dinámica sobre la interpretación de las leyes, se fija en que el trabajo del hombre sólo en la época contemporánea ha podido ser considerado como una virtud, «pero nunca llega a ser una cosa prestigiosa», por lo que es el patrimonio productor de rentas la preocupación máxima de sus titulares y del ordenamiento jurídico. Este patrimonio agrícola, perteneciente a una estirpe, cuyo principal problema es el de la transmisión a los herederos de la misma estirpe, asegurando de paso la subsistencia de la viuda, es sobre el que se establecen las peculiaridades del Derecho catalán, soluciones que lo diferencian de los demás derechos europeos, naturalmente también montados sobre el mismo esquema patrimonial.

Destaca las particulares relaciones sociales de Cataluña, especialmente su condición de zona fronteriza no soberana («la dote del marido se encuentra en todos los países de frontera, se trate de la Marca Hispánica del siglo X o del Far West del siglo XIX...», porque las

mujeres escasean»), la organización feudal de los condados y el concepto de función como modelador de unas facultades sumamente amplias para quien ostenta la titularidad de la «casa».

Estudia luego el derecho matrimonial catalán anterior a la primera recepción del D. Romano, la primera recepción y los mecanismos depuradores de la misma, que son suministrados por el

propio Derecho Romano, para entrar finalmente en el estudio de la segunda recepción y los conflictos que trajo aparejados, de manera destacada el relativo a las fuentes del Derecho (preferencia entre legislación y costumbre).

Nos hallamos ante un magnífico trabajo de elaboración histórica, que explica las instituciones jurídicas a través del contexto sociológico.

F. M.

II. NOTICIA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Mayo-junio 1974

El Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1973 sobre medidas de política económica y las nuevas modificaciones en nuestro sistema tributario, por José L. Pérez de Ayala, páginas 591 a 612.

La regulación del nuevo gravamen de las plusvalías, por Hermenegildo Rodríguez Pérez, págs. 613 a 643.

Nuevas normas sobre valoración y aplicación de los signos externos en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, por Hermenegildo Rodríguez Pérez, páginas 645 a 656.

Julio-agosto 1974

Problemas actuales que plantea la determinación del beneficio empresarial en el Derecho español, por Antonio Rodríguez Robles, páginas 921 a 942.

Regularización de balances; análisis de su problemática valorativa, por Antonio Noguero Salinas, páginas 943 a 1021.

Regularización de balances; la incorporación de activos ocultos, por

Carlos Cubillo Valverde, páginas 1023 a 1049.

La regularización de los balances de las sociedades de seguros privados y de las entidades particulares de capitalización y ahorro, por Francisco Muñoz Bonhiver, páginas 1053 a 1062.

El concepto de establecimiento permanente. Especialidades en orden a la regularización de balances, por Juan Otero Castelló, páginas 1063 a 1098.

Utilidad de un plan contable para los grupos de sociedades, por Jean Joly, págs. 1107 a 1125.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre 1974

Significación del órgano desconcentrado del Ministerio de la Vivienda, creado por Decreto-Ley número 5/1974, por Francisco Lliset Borrell, págs. 13 a 17.

El planeamiento urbanístico como tarea comunitaria, por Luciano Parejo Alfonso, págs. 19 a 44.

Base científica y mecanización del Registro, por José María Chico Ortiz, págs. 45 a 70.

REVISTA DE ESTUDIOS
AGROSOCIALES

Julio-septiembre 1974

Características y evolución de las agrupaciones para el cultivo en común de la tierra, durante el periodo 1966-74, en zonas de actuación del IRYDA, por Miguel Bueno Gómez e Isidoro Sánchez de la Nava, págs. 7 a 36.

Un ensayo de caracterización estructural de la ganadería española, por Joaquín Silvio Martínez Vicente, págs. 37 a 104.

Los métodos sintéticos de valoración, análisis y posibilidades, por Vicente Caballer Mellado, páginas 105 a 121.

La juventud rural en comarcas castellanas, por Pedro Martín Ruiz, páginas 123 a 155.

REVISTA GENERAL
DE LEGISLACIÓN
Y JURISPRUDENCIA

Noviembre 1974

Fundamento y naturaleza jurídica del derecho de réplica, por Francisco Sobrao Martínez, págs. 537 a 559.

Problemas que plantea la aplicación del párrafo tercero del artículo 344 del Código penal, por Jesús Sáez Jiménez, págs. 561 a 576.

Hacia un Derecho nuevo de la indemnización de los accidentes de circulación, por Nadre Tunc, páginas 577 a 593.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Octubre-noviembre 1974

Desarrollo jurídico y desarrollo político, por José María Martínez Val, págs. 922 a 930.

