

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVIII  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXXV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUNEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS: <i>Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil</i> ... ..	331
FÉLIX FERNÁNDEZ SHAW: <i>Derecho de autor y derechos conexos en la radiodifusión española</i> ... ..	337
JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ: <i>Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)</i> ... ..	423
ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: <i>La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil</i> ... ..	437

**Vida jurídica**

Noticias ... ..	459
THE INTERNATIONAL SOCIETY ON FAMILY LAW, por Gabriel García Cantero.	

**Bibliografía**

<b>Libros</b> .....	461
Libros recibidos, por R.—LACRUZ VERDEJO, JOSE LUIS: <i>Elementos de Derecho civil</i> , por Angel M. López y López.—LACRUZ VERDEJO, JOSE LUIS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASIS: <i>Derecho de familia</i> , por Martín Liria Lafarga.—PEREZ PASCUAL, EDUARDO: <i>El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica</i> , por Vicente Torralba Soriano.—SANCHEZ MEDAL, RAMON: <i>De los contratos civiles</i> , por R.—VELEZ TORRES, JOSE RAMON: <i>Derecho de sucesiones</i> , por Eduardo Vázquez Bote.	

**Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

A cargo de José M. Chico Ortiz ... ..	473
---------------------------------------	-----

**Jurisprudencia**

Sentencias anotadas: <i>Reconocimiento forzoso de filiación natural escrito indubitado del padre</i> , por Jesús Díez del Corral ... ..	515
---	-----

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 128 — 1954

## IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVIII  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXXV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

## Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil

GUILLERMO G. VALDECASAS

Catedrático de Derecho civil

Nuestro Código civil, siguiendo el ejemplo de otros Códigos (1), indicaba al Juez, para suplir las lagunas jurídicas, la aplicación de los principios generales del Derecho. Esta, y no otra, era la significación del segundo apartado del artículo 6.º, según el cual «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Pero la doctrina, interpretando desorbitadamente este artículo, entendió que en él se establecían las fuentes de nuestro Derecho, jerarquizándolas en el siguiente orden: ley, costumbre del lugar y principios generales del Derecho. En consecuencia, los tratadistas de Derecho civil han venido estudiando, en la parte de fuentes, los principios generales del Derecho, a continuación de la ley y la costumbre, como la tercera y última fuente de nuestro Derecho.

Con este precedente doctrinal no es de extrañar que el artículo 1.º, n. 1 del nuevo Título preliminar declare abiertamente: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Según explica la Exposición de Motivos, «el Título preliminar del Código civil se inicia, por comprensibles razones de importancia y prioridad, con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significación, en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales, como lo hacía el precedente artículo 6.º. Con el carácter de fuentes se

---

(1) El primero fue el Código civil austriaco de 1811, que en su artículo 7.º dispone la utilización de la analogía y «si resultase aún dudoso el caso, se decidirá según los principios del Derecho natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas». En Italia le sigue el Código Albertino de 1837, cuyo artículo 15 era una transcripción, casi literal, del citado anteriormente, con la salvedad de sustituir la fórmula «principios del Derecho natural» («natürliche Rechtsgrudvátge») por la de «principi generali di Diritto», que adoptaría después el Código civil italiano de 1865 (art. 3), precedente directo de nuestro Código, así como de numerosos códigos hispano americanos.

enuncian, *de manera jerárquica*, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación, aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones. La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado, como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior».

Por lo que se refiere concretamente a los principios generales del Derecho, el núm. 4 del artículo 1.º dispone que «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio* de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Como se ve, les asigna el mismo papel de medio para suplir las lagunas jurídicas que tenían en el antiguo artículo 6.º: pero, a diferencia de éste, alude expresamente a «su carácter informador del ordenamiento jurídico», carácter que, sin embargo, aparece desconectado y, como en oposición, a aquella función, según denota la expresión adverbial «sin perjuicio». La Exposición de Motivos confirma que los principios generales actúan como fuente subsidiaria respecto de la ley y de la costumbre: «pero además de desempeñar ese cometido, *único en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho*, pueden tener un significado informador de la ley y de la costumbre».

A nuestro juicio, la inclusión de los principios generales entre las fuentes del Derecho, al lado de la ley y de la costumbre, supone una confusión que no debería haber trascendido a nuestro primer cuerpo legal, máxime cuando los redactores del nuevo Título preliminar no ignoraban el particularísimo sentido en el que son «fuente» dichos principios. Como es sabido, la expresión «fuente del Derecho» es una de las más ambiguas de la terminología jurídica, por la variedad de acepciones de que es susceptible. Pero dentro de esta variedad destaca la acepción o sentido técnico que mira a las distintas formas de creación o positivación de las normas jurídicas. En este aspecto, la cuestión que se plantea la teoría de las fuentes es la siguiente: ¿quiénes y cómo establecen en una sociedad las normas jurídicas por las que ésta ha de regirse? Partiendo de este planteamiento, la doctrina llega a la conclusión, prácticamente unánime, de que las fuentes del Derecho pueden reducirse fundamentalmente a dos: la ley y la costumbre. La primera establecida por el Estado que la exterioriza en un texto fijo de palabras; la segunda establecida por la sociedad a través del uso, que es su forma de exteriorización.

Cualquiera que sea el concepto que se tenga de los principios generales del Derecho, es evidente que no son una forma de positivarse las normas jurídicas, es decir, fuente del Derecho en sentido técnico o formal, como lo son la ley y la costumbre. Si de ellos se puede decir que son fuente del Derecho, es dándole a este término una significación completamente distinta: como raíz o fundamento de donde deriva su validez intrínseca (racional) el contenido de las normas jurídicas particulares. Así, por ejemplo, cuando se dice que el Derecho natural (con

el que cierta doctrina identifica los principios generales) es fuente del Derecho positivo; o que los principios generales del ordenamiento jurídico positivo (como los concibe la llamada teoría positivista), son «fuente» de las normas jurídicas particulares que los desenvuelven y aplican a situaciones específicas. Un sentido semejante tiene la expresión cuando se afirma que los principios generales son fuente subsidiaria de la ley y de la costumbre, pues esto quiere decir que, en defecto de normas establecidas por la ley o por la costumbre, el Juez habrá de fundar su decisión en los principios generales del Derecho que, de este modo, vienen a ser la fuente de la decisión judicial. Son, pues, fuente de aplicación, no de producción.

Sin duda, los principios generales del Derecho, en la medida en que efectivamente informan el ordenamiento jurídico, son principios positivados (2). Pero sus fuentes de positivación no son distintas de las que originan las demás normas jurídicas; lo que sucede es que la positivación de los principios, en la mayoría de los casos, se verifica a través de la positivación de las normas jurídicas particulares que los aplican y especifican. Por consiguiente, la positividad de los principios se infiere o induce de la positividad de las normas generales (leyes, costumbres) e individuales (sentencias) que los aplican a las relaciones por ellas reguladas.

Pero esto no impide que algunos principios aparezcan formulados en la ley (p. ej., C. c., arts. 1.101, 1.255, 1.258, 1902 y —en el nuevo Título preliminar— arts. 2.º, n. 3, 3.º, n. 2 y 7.º, ns. 1 y 2), lo cual no sólo no les quita su carácter de principios, sino que lo reafirma; sólo que, al aplicarlos el Juez, formalmente aplicará la ley que los proclama. Otros principios están tan arraigados en la conciencia colectiva, que resultan evidentes por sí mismos, no siendo necesario esforzarse en inducirlos del conjunto de las normas legales y consuetudinarias.

Así, pues, los principios están implícitos en el ordenamiento jurídico como su base o fundamento. Y es precisamente su característica generalidad y abstracción, muy superior a la de las normas legales y consuetudinarias, la que hace posible que, bajo su esfera de aplicación, caigan multitud de supuestos o casos para los que no existe ley o costumbre aplicables. Esta virtud o fuerza expansiva de los principios, gracias a la cual pueden servir para llenar las lagunas jurídicas, es la que tuvo en cuenta el legislador español al indicar al Juez su aplicación en defecto de ley y costumbre. Pero no hay que engañarse: los principios generales del Derecho sólo proporcionan al Juez una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un funda-

---

(2) Sobre la positivación del Derecho en general, vid. nuestro estudio sobre «La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la ciencia jurídica» (Universidad de Granada, Curso MCMLXXI-MCMLXXII, Discurso de Apertura; esp. págs. 20 a 26); y sobre la positivación de los principios generales, nuestra comunicación sobre «La naturaleza de los principios generales del Derecho», presentada al VI Congreso internacional de Derecho comparado, Hamburgo, 1962 (Ponencias Españolas - Instituto de Derecho comparado, Barcelona, 1962, páginas 46 y s.).

mento último en que apoyarla; fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción, los principios no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual, en gran medida, habrá de ser obra de la actividad creadora del Juez.

Indudablemente, de esta función que el Código asigna a los principios no puede deducirse que sean una forma o tipo de creación del Derecho como lo son la ley y la costumbre. Sin embargo, el artículo 1.º del nuevo Título preliminar, al comprender bajo la misma denominación o etiqueta de «fuentes del Derecho» a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, induce a pensar que éstos son fuente en el mismo sentido que aquéllas. Confusión que seguramente es el origen de otros dos errores en que ha incurrido la reforma: considerar que los principios ocupan el último escalón en la jerarquía de las fuentes; y —como consecuencia de ello— creer que existe contradicción entre la función que desempeñan como medio de suplir las lagunas jurídicas y su carácter de principios informadores del ordenamiento jurídico.

Según confiesa la Exposición de Motivos, «con el carácter de fuente se enuncian, de manera jerárquica, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Como, por otro lado, se reconoce en los principios «su carácter informador del ordenamiento jurídico», resulta un contrasentido subordinarlos a las leyes y costumbres por ellos informadas. Esta consecuencia no se habría producido si se hubiera tenido plena conciencia de que los principios generales son fuente en un sentido radicalmente distinto de la ley y la costumbre; pero, además de esto, ha sido posible porque se ha confundido el tema de la jerarquía de las fuentes con el de la función supletoria que desempeñan los principios.

La jerarquía de las fuentes del Derecho tiene por finalidad resolver el posible conflicto entre normas contradictorias dentro del ordenamiento jurídico. A este efecto se establece una jerarquía entre las normas, con arreglo a la cual la norma de rango superior deroga o priva de eficacia a la norma contradictoria de rango inferior. Uno de los criterios que pueden adoptarse para la ordenación jerárquica de las normas es el que toma en consideración el tipo de fuente que las ha originado (jerarquía de las fuentes). Tal es el criterio que sigue nuestro Código civil al proclamar la supremacía de la ley sobre la costumbre (antiguo art. 5 y nuevo art. 1, n. 3) y el que se aplica al fijar el orden jerárquico de las disposiciones estatales (Leyes fundamentales, Leyes ordinarias, Decretos-leyes, Decretos, etc.) (3).

Ni que decir tiene que los principios generales del Derecho quedan fuera de la jerarquía de las fuentes por la sencilla razón de que no son fuente de producción o creación. Pero, además, porque, en buena lógica, no puede, o no debe existir contradicción entre los principios

(3) Otro criterio es, por ejemplo, el que para resolver la contradicción entre normas cuyas fuentes son del mismo rango, atiende al tiempo de su aparición, dando la preferencia a la más reciente: «lex posterior derogat priori».

informadores del ordenamiento jurídico y las normas particulares (leyes y costumbres) por ellos informadas. Y, si tal contradicción existiera, es decir, si una ley o una costumbre infringiera un principio de Derecho natural, u otro principio básico del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o fuerza intrínseca.

Tampoco se debe confundir la jerarquía de las fuentes con la función supletoria de ciertas normas jurídicas y, concretamente, con la que se asigna a los principios generales para suplir las lagunas jurídicas. Que ciertas normas sean supletorias de otras (p. ej., el Derecho general respecto del Derecho especial), no significa que sean de rango inferior; la jerarquía depende del tipo de fuente en que se manifiestan las normas y, en este aspecto, la norma supletoria puede ser de igual, superior o inferior rango a la norma suplida (4). Pero los principios generales están fuera de la jerarquía de las fuentes, y el hecho de que se apliquen, como Derecho supletorio en defecto de ley o costumbre, no supone subordinarlos jerárquicamente a estas últimas. La función supletoria de los principios se basa en su condición de principios fundamentales, informadores del ordenamiento jurídico, que los coloca virtualmente por encima de las normas particulares legales o consuetudinarias. Lejos de existir oposición entre la aplicación supletoria de los principios y su carácter informador del ordenamiento jurídico, aquélla es la lógica consecuencia de este carácter. Lamentablemente el artículo 1, n. 4 dice lo contrario: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, *sin perjuicio* de su carácter informador del ordenamiento jurídico.»

La consideración de los principios generales como una fuente autónoma del Derecho es también, probablemente, la causa de una imperfección sistemática del nuevo Título preliminar, en la que no incurrió el Título derogado. Nos referimos a la ausencia de un tratamiento unitario de los distintos medios que se proponen para suplir las lagunas jurídicas y, sobre todo, a la falta de determinación del orden en que han de aplicarse dichos medios. El antiguo artículo 6.<sup>o</sup>, que no mencionaba la jurisprudencia ni la analogía, era consecuente al remitir al Juez directamente a los principios generales, en defecto de ley o costumbre. Pero el nuevo Título, además de disponer expresamente la aplicación analógica de las normas jurídicas (art. 4, n. 1), reconoce que la jurisprudencia (esto es, la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo) *complementará* el ordenamiento jurídico (art. 1, n. 6). Ante estas posibilidades que se abren para suplir las lagunas jurídicas, es evidente que el Juez, antes de acudir a los principios gene-

---

(4) Sin embargo, por lo que respecta a la costumbre, el Código, en principio, le reconoce validez sólo como supletoria de la ley (antiguo art. 6 y nuevo art. 1, n. 3), de donde se sigue que en ella concurren simultáneamente su carácter supletorio de la ley y su inferioridad jerárquica respecto de la misma. Pero este principio no deja de tener excepciones, pues hay preceptos legales que son supletorios de la costumbre (p. ej. C. c., arts. 591, 1.496 y 1.599).

rales del Derecho —superlativamente abstractos—, tratará de ver si existe doctrina jurisprudencial aplicable al caso controvertido y, si no la hay, intentará todavía la aplicación analógica de otra norma jurídica que regule un caso semejante. Es decir, que el orden de aplicación de las normas jurídicas, en lugar de ser el que se desprende del art. 1.<sup>o</sup>, ns. 3 y 4 (ley, costumbre, principios generales), debería ser el siguiente: ley, costumbre, doctrina jurisprudencial, analogía, principios generales del Derecho (5).

---

(5) Todos los Códigos que proponen la analogía, además de los principios, para llenar las lagunas jurídicas, remiten a ella antes que a los principios. Como ejemplo más reciente tenemos el art. 12 (ap. 2) de las Disposiciones preliminares del vigente Código civil italiano: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Fórmula esta última que ha sustituido a la tradicional de «principi generali di Diritto».

# Derecho de autor y derechos conexos en la radiodifusión española

FELIX FERNANDEZ-SHAW  
Consejero de Embajada. Doctor en Derecho

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—1. *Derecho de autor*. 2. *Imprenta y ondas radioeléctricas*. 3. *Radiodifusión "versus" derecho de autor*. 4. *La piratería, ¿fuente del derecho?* 5. *Relaciones Derecho Internacional-derecho interno*.—II. CONTENIDO Y AMBITO INTERNACIONAL.—1. *Derecho de autor*. 1.1. Análisis del contenido. 1.2. Convenios internacionales. 1.3. Convenciones regionales. 1.4. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Estocolmo, 1967). 2. *Derechos conexos o vecinos*. 2.1. Análisis del contenido. 2.2. Convenios internacionales. 2.3. Artistas intérpretes o ejecutantes. 2.4. Productores de fonogramas. 2.5. Organismos de radiodifusión. 3. *Radioafusión*. 3.1. Análisis del contenido. 3.2. Fines de la radiodifusión. 3.3. Nuevas técnicas de la radiodifusión. 3.4. Marco jurídico internacional de la radiodifusión. 4. *Evolución histórica*. 4.1. Derecho de autor. 4.2. Derechos conexos. 4.3. Radiodifusión.—III. LEGISLACION ESPAÑOLA.—1. *Radiodifusión y derecho de autor*. 1.1. Alcance del derecho de autor. 1.2. Primeros tiempos. 1.3. Regulación de la radiodifusión. 1.4. Problemas surgidos. 1.5. Acuerdos RTVE-SGAE. 1.6. Cine y televisión. 1.7. Derecho de rectificación y derecho de réplica. 2. *Radiodifusión y derechos conexos*. 2.1. Artistas intérpretes o ejecutantes. 2.2. Industria fonográfica. 2.3. Relaciones con otros organismos de radiodifusión. 3. *Radio y televisión por cable. Videogramas*.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

### 1. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

El tema objeto del presente trabajo pone en conjunción dos aspectos que, en su regulación jurídica, se llevan muchos años de diferencia: el derecho de autor y la radiodifusión. Aquél mucho más viejo: ésta de menor tradición. Pero cualquiera que sea el recorrido realizado por uno y otra, es indudable que han de ordenarse a las necesidades de



nuestro tiempo (del derecho de autor a los derechos conexos y desde la radio sonora a la radiodifusión directa por satélite), con las modalidades propias de cada momento histórico. El mismo título que encabeza este estudio sería herético hace unos años, y, tal vez, aún hoy mismo, pues parece se otorga la misma carta de naturaleza a ambos derechos. Sería puro espejismo. Lo que quiere significarse es que a la radiodifusión de hoy tanto preocupa la protección del derecho de autor, cuanto necesita tener resueltos los problemas que a ella plantean los llamados derechos conexos o vecinos. Sin perjuicio de lo que más adelante se escribe, parece conveniente avanzar que para el ejecutivo de la radiodifusión existen dos grandes mundos: el del derecho de autor y el de una serie de derechos de no-autor, que fueron calificados, en su momento, más o menos acertadamente, como conexos o vecinos. Como siempre acaece cuando una nueva regla jurídica viene a normalizar una situación, se parte de lo ya existente. Con la perspectiva que otorgan los años transcurridos se observa ahora cómo hubo que distorsionar las nuevas situaciones que se querían proteger, buscando el amparo del derecho de autor (o su vecindad) en lugar de buscar la protección por sí mismos. La historia ya está escrita y no puede cambiarse; pero hoy, sí se percibe con claridad que se trata de dos bosques diferentes y que la protección que necesitan los artistas intérpretes o ejecutantes, la industria fonográfica o los organismos de radiodifusión es bien independiente del ámbito de creación propio del derecho de autor, aunque la propia protección de aquéllos haya tomado vida, en definitiva, como consecuencia de la existencia de un acto creador (porque existe algo escrito por un autor, se interpreta, se graba y se difunde).

Es absurdo confundir el derecho de autor con aquellos derechos que tengan por objeto la protección de las personas intérpretes que no pueden salirse del estrecho cauce previsto por el autor: o confundirlos, asimismo, con el soporte material en el que está incorporada la creación intelectual. La obra del ingenio humano no puede identificarse con las «cosas» que, en cada caso, la fijan o la incorporan. La protección que necesita el artista intérprete o ejecutante parecería mejor encuadrada dentro del campo del derecho laboral, sin olvidar que, por su contenido artístico, es factor decisivo el de la oferta y la demanda. El artista está más severamente obligado por las condiciones de su contrato de actuación, que por la protección que luego pueda otorgársele como consecuencia de éste, y bien sabido es en los medios del espectáculo que si es figura o estrella impondrá sus condiciones y, en el caso contrario, se las impondrán. La protección que la industria fonográfica necesita entra más bien dentro del campo de la propiedad industrial y de la lucha contra la competencia desleal (piratería del disco, etc.). El disco siempre será un producto industrial y nunca una creación del ingenio. Parca protección hubiera encontrado esta industria si hubiera tratado de hacerlo a la sombra del derecho de autor. El disco es a la obra dramático-musical lo que el libro es al escritor: y bien

diferenciados están los derechos de autor y de editor. Por otro lado, absolutamente nada tiene que ver la actividad del derecho de autor con la protección que el organismo de radiodifusión reclama. Por obvio, no es necesario insistir en ello.

Hechas estas aclaraciones, el jurista práctico se encuentra con unas situaciones a las que es necesario hacer frente y hasta que una nueva terminología aflore, ha de emplear, con los riesgos que ello comporta, para entenderse, expresiones que, de por sí, sirven para centrar el tema.

## 2. IMPRENTA Y ONDAS RADIOELÉCTRICAS

Para una cabal comprensión del problema, es preciso partir del enfrentamiento surgido entre el derecho y el medio. Se manifiesta, en buena parte, del hecho de que durante muchos años ha existido y reinado sólo el derecho de autor y de que ha sido precisamente el desarrollo de la radiodifusión el que ha propiciado la configuración de unos derechos conexos o vecinos, presentados en sus comienzos como derechos anti-autor o atentatorios de su soberanía, por lo menos. Quedan ya, por fortuna, muy atrás aquellos períodos históricos en que el librero o el editor detentaban el poder, y la protección al autor era inexistente. Lo cual en sus inicios pudo ser válido al confundirse el libro escrito por el autor con el libro publicado por el impresor, quien poseedor después de la técnica más avanzada, siempre de difícil financiación, ponía en situación hartamente comprometida al simple creador, cuyo máximo deseo, era el de ver estampada su propia creación. Pero la gran revolución aportada por la imprenta fue la de facilitar que un mismo texto llegara no sólo al vecino, sino que recorriera tierras y surcara mares, haciendo posible que su mensaje se extendiera hasta lugares insospechados y hasta donde ciertamente el autor, en cuanto tal, nunca hubiera podido llegar. No basta con escribir un libro (autor), ni con que se estampe veces contadas (incunables): para que la comunicación sea válida es necesario que llegue al mayor número de personas (reproducción o tirada), ayudando a salvar, en cierto modo, uno de los talones de Aquiles de toda expresión humana: la interpretación, *strictu sensu*, que si puede ser válida para un *hic et nunc* (la intervención del *él*, entre el *yo* y el *tú*), resulta insuficiente cuando el adelanto técnico hace desbordar, con su mercancía, los propios límites de la «civitas». Cuando se brindan las posibilidades de tener en las manos un volumen procedente de tierras remotas —y no escuchar un simple comentario de quien oyó o leyó, y luego cuenta— y se vierte un juicio sobre el mismo se está dando nacimiento a algo de tanta importancia en la historia de la cultura como es la aparición de la hermenéutica, «ciencia y arte de interpretar textos», para Ortega y Gasset (1). A

---

(1) JOSÉ ORTEGA Y GASSET: *Introducción a Velázquez*, 1947. Obras completas. Tomo VIII. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1962. pág. 562.

nadie puede extrañar, que al tiempo que nacía el *ius communicationis* vitoriano que comportaba, en el fondo, dentro de la comunidad, la comunicación, en sentido amplio, de hombres y de bienes, surgiera igualmente la posibilidad de la comunicación espiritual a través de la imprenta, la otra gran conquista de fines del siglo xv, facilitada por el desdoblamiento geográfico del momento. El derecho de autor se moldeará con el devenir del tiempo. La existencia de un mercado potencial que va del brazo de unas grandes tiradas de su libro irá dando vida a sus derechos morales y patrimoniales.

La aparición de los modernos instrumentos de comunicación social —radio y televisión— trajo de la mano la necesidad de perfilar el derecho de autor en relación con el medio, lo que fue posible tan pronto como se supo del alcance del nuevo medio técnico, y uno y otro comprendieron que ambos se necesitaban para seguir subsistiendo. Pero el medio llevaba consigo la intervención de una serie de personas, necesarias para la existencia de una emisión, viéndose obligado el legislador a regular nuevas situaciones y teniendo que echar mano de fórmulas jurídicas existentes para amparar a quienes se veían atropellados en la defensa de sus legítimos derechos. En sus comienzos, los artistas o ejecutantes no plantearon mayores problemas; pero fue la aparición de medios técnicos (discos, cinta magnetofónica, *videotape*, etcétera) capaces de recoger su actuación, de fijarla y después de reproducirla lo que cambió la contextura del ambiente. Empieza a hacerse común el uso de las comunicaciones inalámbricas, por lo que aquella actuación no sólo se escuchará en el radio de acción de la ciudad o país donde se grabó, sino que podrá extenderse a cientos o miles de kilómetros. Para ello será necesario que los grupos que intervienen en los diferentes procesos productores y reproductores sean justamente protegidos en sus intereses por la sociedad a que pertenecen. Será la radio difusión, con su vasto mundo a cubrir, la que facilite el desarrollo de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas o de los propios organismos de radiodifusión, derechos todos ellos que aparecen englobados bajo el nombre genérico de derechos conexos o vecinos. Derechos conexos o vecinos al derecho de autor, en el sentido de que si un día hubo que proteger al autor, hoy es necesario hacerlo con otros estamentos también dignos de protección: pero no en el sentido de derechos adquiridos en detrimento de un derecho de autor anterior y diferente y con los que, por supuesto, no tienen otro cordón umbilical que el de tratarse de derechos que son necesarios proteger —cada uno con su rango y su alcance— en la sociedad de nuestros días y que seguramente habrá que ir extendiendo en la misma medida que evolucione la técnica. La radiodifusión (radio y televisión, según se verá) está jugando y ha de jugar un papel del mayor relieve en la historia de las comunicaciones, análogo, *mutatis mutandis*, al que en su día jugara la aparición de la imprenta. Cada desafío técnico tuvo su adecuada respuesta. Tanto el descubrimiento de la imprenta como la utilización de las ondas hertzianas —cada uno con

sus medios— aportan a la historia de la humanidad, precisamente, la capacidad de la reproducción (2) y de la difusión para lo que es necesario no sólo una técnica que de ello se ocupe, sino una regulación jurídica que lo proteja. Si el desarrollo del derecho de autor se vio favorecido por la existencia de la imprenta, parece obvio que el mayor uso de las ondas radioeléctricas ha facilitado, igualmente, la existencia de los derechos conexos o vecinos. A nadie puede extrañar, siendo todos seres humanos que, salvada la distancia, problemas que se plantearon en la Galaxia Gutenberg surjan otra vez, con matices distintos, al enfrentarse con la Galaxia Marconi.

### 3. RADIODIFUSIÓN «VERSUS» DERECHO DE AUTOR

Indudablemente, la aparición de unos derechos conexos complica la situación en que se encontraba, en un comienzo, el derecho de autor. De un lado, porque ahora, si se desea reproducir una grabación, no basta con obtener el derecho de autor correspondiente, sino que es necesario, además, contar con los del intérprete, etc. Y también es obvio que, eventualmente, puede la retribución económica del derecho de autor verse algo disminuida como consecuencia de que con la cantidad aportada por el futuro usuario han de satisfacerse núcleos de intereses mayores. Por muy alta que sea la cantidad ofrecida, son más a percibir; el cociente, por fuerza, ha de ser menor. Pero sería pueril, a mi juicio, plantear tan simplemente la cuestión. Y, de ahí, transplantar la lucha, en un tiempo planteada (derecho de autor-derechos conexos) al medio que nos ocupa (la radiodifusión) sobre todo teniendo en cuenta, según se ha dicho, que ésta ha sido uno de los «causantes» definitivos de la implantación de los derechos conexos. Este planteamiento, en todo caso, hubiera llevado a una situación de antagonismo del derecho de autor contra la radiodifusión. Mas obsérvese que el epígrafe de este párrafo se titula al revés, porque a mi entender el problema no es tan superficial. Las aguas corren a mayor profundidad.

Quien estudie en su conjunto la evolución del derecho de autor, desde la aparición del Estatuto de la Reina Ana, el 10 de abril de 1710, primer instrumento legal que en el mundo reconoce el derecho de autor, pasando por la *Copyright Act* norteamericana de mayo de 1790 y las disposiciones francesas de 1791 y 1793, hasta nuestros días, ha de comprender el distinto carácter con que se implanta el derecho de autor en aquellos países de orientación sajona y aquellos otros que pudieran calificarse de cultura latina. Con los matices que la doctrina iusprivatista aporta, puede afirmarse, en términos generales, que en los países de orientación latina el derecho de autor se

(2) El gran éxito de la fotografía consiste en poder obtener varias copias de un mismo negativo. La industria cinematográfica subsiste, porque de un mismo negativo o internegativo pueden obtenerse varios positivos. Las grandes tiradas de los periódicos es muestra de cuanto se dice.

considera como una forma de derecho de propiedad, con todas las variantes del caso, que ha dado lugar a una legislación nacional y a diversas convenciones internacionales. El sistema anglosajón, por el contrario, restringió el campo del derecho de autor al considerarlo desde el campo práctico del *copyright* —literalmente, derecho de copia— que lleva consigo la especial protección que se concede a las obras publicadas, siempre que sus autores se hayan preocupado de así consignarlo en todos los ejemplares, solicitarlo, registrarlo, depositarlo, etcétera... Por lo que muy acertadamente puede Forns decir que en el sistema anglosajón el derecho de autor tiene una doble concepción jurídica: la de una especie de derecho natural privado que reconoce y ampara el *common law*, mientras la obra no se ha convertido en objeto de público comercio, precisamente por medio de la existencia de *copies*, que hay que considerar exclusivamente como edición impresa; y la de un derecho puramente estatutario que concede el legislador como protección de *copyright*, en cuanto por medio de la difusión pública de *copies* entran las obras en el área del interés público (3).

Esta idea del interés público (4) se convertirá en gozne fundamental de la protección en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, en donde la protección se concede al autor por el tiempo que se estime conveniente para estimular la creación y promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles. Dentro de la filosofía general del legislador norteamericano preocupa si la protección al autor beneficiará el interés público, que éste se vea perjudicado porque el monopolio concedido a aquél pueda poner en sus manos individuales un freno al desarrollo cultural colectivo. Con este enfoque, puedan tal vez comprenderse los problemas surgidos, a lo largo de los años, con las «licencias obligatorias», las traducciones, etc. No sólo a niveles literarios o artísticos, sino, sobre todo, a niveles científicos, han sido y son los países más desarrollados los mayores exportadores de ingenio y, por tanto, de protección intelectual, y quienes primero se unieron —Unión de Berna— para la protección de sus derechos. Y los países menos desarrollados se han visto situados entre la espada y la pared: de un lado, teniendo que aprehender las formas de vida y tecnología de otros: pero, de otro lado, imposibilitados de hacer frente, económica-

---

(3) JOSÉ FORNS: Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura. *Anuario de Derecho Civil*, tomo IV, fascículo III, julio-septiembre 1951, págs. 997-998, y *El copyright americano y la protección de las obras españolas. Nuevo régimen de registro. Revista de Derecho Privado*, núm. 402. Madrid, septiembre 1950.

(4) Cf. el art. 1, sección 8 de la Constitución federal norteamericana. Confróntese estos razonamientos con los expuestos en mi discurso como Académico correspondiente de la Real Academia Hispano-Americana de Cádiz (recogido con el título de Consideraciones sobre la radiodifusión y las relaciones iberoamericanas. *Revista de Política Internacional*, núm. 126. Madrid, marzo-abril 1973), al observar que en Europa la radiodifusión es considerada como un *servicio público*, mientras que en América se la considera como *servicio de interés público*.

mente, a todos los pagos y requisitos que legalmente para ello se establece. En otros términos, como en tantos otros campos, la cuestión se ha politizado de manera radical.

Pero al llegar esta etapa, la radiodifusión aparece, en el horizonte de nuestros días, como el gran medio de difusión capaz de servir de comunicación a las masas y, por tanto, como transmisora de cultura, cumpliendo un servicio público trascendente, tanto en lo interno como en lo internacional. A la radiodifusión se le pide a voces por sociólogos y políticos que cumpla una función extremadamente difícil en el tiempo más corto posible, y como siempre sucede con todo nuevo descubrimiento técnico, se piensa haber encontrado ya una auténtica panacea. Y en esos comienzos en que la radiodifusión y, sobre todo, la televisión surge en muchos países del brazo de su independencia política, había de producirse inevitablemente su choque frontal con el derecho de autor, que en sus comienzos llevará a un endurecimiento de las respectivas posiciones y que luego transcurrirá por vías más lógicas de compromiso, por comprensión, lógica también, de ambas partes. Muestra de ello será, tras la Conferencia de Estocolmo de 1967, el Anexo al Acta de París, de 1971, dedicado a los países en vías de desarrollo.

#### 4. LA PIRATERÍA, ¿FUENTE DEL DERECHO?

En ningún Código civil, ni en instrumento internacional alguno, podría leerse que la piratería sea considerada como una fuente del derecho. Ni tampoco va a intentarse su demostración aquí. Pero sí será bueno dejar anotado cómo su actuación de anti-cuerpo ha servido a lo largo de la historia para que la norma vaya perfilándose y se sancione en la misma todos aquellos actos que la piratería ha puesto al descubierto como vulnerables. Piratería fue la de los ingleses en el Caribe en los siglos del imperio español; piratería es la de la editorial mejicana que publica un libro en aquel país sin la autorización de su autor español; piratería es la reproducción de un disco sin conocimiento de la casa matriz; piratería es captar la señal de TVE, de retransmisión de un partido de fútbol, enviada por satélite y utilizada con destino distinto al previsto, etc., etc. Pero es indudable que todos estos actos sirvieron para que aumentara la cooperación internacional y de que a la vista de las necesidades vayan surgiendo una serie de convenios internacionales que luego, por fuerza, han de tener repercusión interna.

En las páginas que siguen se observará como, por ejemplo, la piratería del disco ha dado lugar a la Convención de Ginebra de 1971 y cómo proteger la señal transmitida por satélite contra el uso indebido de la misma fue la causa de la existencia de la Convención de Bruselas de 1974. Sin olvidar el Acuerdo Europeo de Estrasburgo de 1965 para luchar contra las emisiones piratas.

## 5. RELACIONES DERECHO INTERNACIONAL-DERECHO INTERNO.

Si las lenguas y, por ende, los libros y la imprenta en que se editan tienen fronteras, las ondas hertzianas, en cambio, carecen de ellas; son de por sí, podría asegurarse, internacionales. Un libro o un escrito que sale de un país tiene un destinatario concreto; el embrujo del éter lleva aparejado la inconcreción del destinatario. ¡Cuántas veces, inopinadamente, puede sintonizarse una emisión de radio o de televisión extranjera, en frecuencias no habituales! La observación atenta de esta realidad unida a los razonamientos más arriba expresados, pueden desembocar en una conclusión, fruto asimismo de los parámetros manejados. Si en materia de derecho de autor la línea de interacción fue derecho interno-Derecho internacional (antes de la creación de la Unión de Berna, los tratados bilaterales sobre esta materia eran muy numerosos; sólo Francia tenía firmados veintiocho con veinticinco Estados), dato fácilmente comprobable, en la formulación de los derechos conexos o vecinos ha sido más bien el sentido Derecho internacional-derecho interno el que ha prevalecido. La propia configuración del medio favoreció el desarrollo de los derechos conexos, facilitó, asimismo, que las medidas que para su protección se dictaran tuvieran vigencia, en líneas generales, en normas multilateralmente establecidas que luego habrían de tener su proyección en las legislaciones de cada país. Lo cual trae de la mano la aparición de unos criterios de mayor uniformidad nacional en el momento de definir tales derechos, incluso en países separados por muchos kilómetros, auténticos esfuerzos por conseguir la mayor unificación posible de actitudes. A este deseo responde, sin duda, la floración de unos cuantos convenios internacionales que descartan la posibilidad de ratificación con cualquier tipo de reserva: por ejemplo, la Convención Universal sobre Derecho de Autor en su versión de París (1971) (art. XX), el Convenio para la protección de los productores de fonogramas (1971) (artículo 10), el Convenio creador de la OMPI (1967) (art. 16)...

Por eso, hoy, en esta materia, ningún estudioso podría exponer ni comprender su legislación nacional sin un conocimiento cierto de lo alcanzado en los ámbitos internacionales. Por razón de método, ha parecido más conveniente analizar los conceptos de derecho de autor, derechos conexos y radiodifusión sobre el telón de la internacionalidad, y sólo después descender a la realidad nacional. España, se verá más adelante, es parte de la mayoría de los convenios internacionales sobre la materia y el legislador a ellos habrá de atenerse cuando quiera poner al día la legislación española.

## II. CONTENIDO Y AMBITO INTERNACIONAL

Por razones de exposición metodológica, ha parecido oportuno considerar separadamente el derecho de autor, los derechos conexos y la radiodifusión, pero estudiados los dos primeros, en razón precisamente de la radiodifusión, habiéndose estimado más pertinente —por menos conocidos—, un análisis más detenido de los derechos conexos. Dentro de éstos se incluyen —por las mismas razones positivas— a los organismos de radiodifusión, sin perjuicio de que más adelante se trate de la radiodifusión. Ciertamente, podía haberse operado al revés, pero la propia cronología de su desarrollo aconsejó hacerlo en la forma indicada.

### 1. DERECHO DE AUTOR

#### 1.1. *Análisis de su contenido*

Parece obligado llamar la atención, de entrada, sobre cómo las legislaciones nacionales y las convenciones internacionales han repartido sus preferencias en lo que a terminología se refiere: una corriente de influencia germánica prefiere hablar de *Derecho de Autor*. Así, Italia, el Código penal español y la Convención Universal de Ginebra. Otros muchos prefieren la expresión *Propiedad Intelectual* por considerar que ésta es el todo y lo genérico, mientras el derecho de autor hace más bien referencia a una parte, a lo específico. Esta terminología también se emplea en España, Portugal, Francia, en la Unión de Berna y en las Convenciones Interamericanas, a excepción de la de Washington. Y ha sido adoptada por un organismo internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Pero las dudas terminológicas que pudieran subsistir han quedado totalmente despejadas desde que el convenio creador de la OMPI (artículo 2, VIII), no dudó en adoptar el término *propiedad intelectual*, en sentido muy lato, pues en él se incluyen todos los derechos relativos: *a*) a las obras literarias, artísticas o científicas; *b*) a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; *c*) a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; *d*) a los descubrimientos científicos; *e*) a los dibujos y modelos industriales; *f*) a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; *g*) a la protección contra la competencia desleal, y *h*) a todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico y literario y artístico. Lo que es congruente con los propios fines de la OMPI que pretende «modernizar y hacer más eficaz» tanto la Unión de París



como a la Unión de Berna. Y podrá observarse que en la relación anterior prefiere hablarse de *obras literarias, científicas o artísticas* que de derecho de autor, expresión que tampoco aparece a lo largo del texto creador de la OMPI, siendo aquélla también la que es utilizada en el artículo 2 de la Convención de Berna (Acta de París, 1971) al advertir que los términos *obras literarias y artísticas* comprenden: a) todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como libros, folletos y otros escritos; b) las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) las obras dramáticas o dramático-musicales; d) las obras coreográficas y las pantomimas; e) las composiciones musicales, con o sin letra; f) las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; g) las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; h) las obras fotográficas, a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a las fotografías; i) las obras de artes aplicadas; j) las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Es en la Convención Universal de Ginebra (1952) donde realmente se emplea la terminología de *derecho de autor (droit d'auteur, copyright)*. En ella se trata de asegurar una protección suficiente y efectiva (art. 1) sobre las obras literarias, científicas y artísticas, tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura. Aunque en el título de la Convención aparece la expresión *derecho de autor*, en singular, ello no es ostáculo para que en su articulado pueda leerse también los *derechos de los autores* (5). Curiosamente, la tercera Convención internacional en importancia, en esta materia, la de Washington de 1946, surgida seis años antes que la de Ginebra, adoptaría un título que más bien parece una síntesis entre los adoptados en Berna y Ginebra: Convención interamericana sobre el *derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas*.

Desde nuestro punto de vista, parece que la expresión más acertada, que responde ya a una práctica establecida, es la de *derecho de autor*, en singular, dentro de la cual, lógicamente, se incluye la serie de derechos parciales que constituyen la protección de estas esferas de la creación humana. El *derecho de autor* cabe, pues, dentro de la denominación más genérica de *propiedad intelectual*.

---

(5) En los textos españoles oficiales que se han manejado, tanto en el publicado por la UNESCO como en el recogido en el *Boletín Oficial del Estado*, en los tres primeros párrafos de la Convención puede leerse "derecho de autor", "derechos de autor", "derechos de los autores". No debe ser indiferente utilizar el singular o el plural. Para François Hepp (*Radiodiffusion, Télévision et droit d'auteur*. Les éditions internationales. París, 1958, pág. 17), "le droit d'auteur est la théorie juridique qui consacre en la personne de l'auteur le privilège tiré du droit naturel... Les droits d'auteur sont les redevances pécuniaires que le publicateur doit payer à l'auteur pour prix de son autorisation: ils naissent du contrat".

No existe bibliografía específica abundante española sobre la materia (6), pero entrar en la descripción del derecho de autor desbordaría los límites del presente trabajo. En los tratados generales de derecho civil, ya citados, se encontrará información sobre las posturas de la doctrina patria e internacional sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor (7). Para quien tenga interés en conocer la génesis y la evolución de la noción de la propiedad intelectual, a nivel nacional, remito al estudio de Marie Claude Dock, así como al de Valerio de Sanctis para apreciar el desarrollo y la consagración internacional del derecho de autor (8).

## 1.2. Convenios internacionales

Ya ha quedado escrito en otro lugar (9), que ha sido precisamente en el campo de las comunicaciones internacionales donde primero demostró su eficacia la idea de la cooperación internacional. Muchos años antes de que surgiera la Sociedad de Naciones o la Organización de las Naciones Unidas, representantes de nueve países se reunieron en París, hace más de un siglo, en 1865, para dar vida a la Unión Telegráfica Internacional (UTI) (10). Pocos años después, en 1874, nacería la Unión Postal Universal (UPU), y sucesivamente, en las materias que nos ocupan, en París, 1883, la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (11) y en Berna, en 1886, la Unión

---

(6) Puede consultarse la bibliografía española recogida por JUAN GIMÉNEZ BAYO y LLNO RODRÍGUEZ-ARIAS: *La propiedad intelectual*. Ed. Reus. Madrid, 1949, págs. 358-369; JOSÉ M. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo segundo. Volumen primero. 10.<sup>a</sup> edic. Edit. Reus, Madrid, 1964, páginas 420 1; JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen II. 2.<sup>a</sup> edic. Ed. Bosch. Barcelona, 1973, págs. 199-200.

(7) Puede verse también FRANCISCO BONET: Derecho radiofónico. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1941, págs. 21 a 27.

(8) En *Révue Internationale du Droit d'Auteur*. LXXIX, París, Janvier, 1974.

(9) FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: Las comunicaciones internacionales en un mundo de satélites. *Revista de Política Internacional*, núm. 113. Madrid, enero-febrero 1971, pág. 57. Versión italiana en *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*. Gennaio-aprile, 1971. ERI. Roma.

(10) LA UTI, a partir de la reunión de Madrid (1932), queda ya convertida en la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), hoy organismo especializado en materia de telecomunicaciones de las Naciones Unidas. Sobre su historia son imprescindibles: *Del semáforo al satélite*. UIT. 1865-1965. Ginebra, 1965, y GEORGE ARTHUR CODDING, JR.: *The International Telecommunication Union. An experiment in international cooperation*. Arno Press. New York, 1972. Para datos más próximos, FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: Pasado, presente y futuro de la UIT. *Revista de Política Internacional*, núm. 125, Madrid, enero-febrero 1973, y la Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT de Málaga-Torremolinos (1973). *Revista de Política Internacional*, núm. 131, Madrid, enero-febrero 1974. (De ambos artículos existen versiones en francés e inglés en la *Révue UER/EBU Review* que se edita en Ginebra.)

(11) Cf. ANTONIO AMOR FERNÁNDEZ: *La propiedad industrial en el Derecho Internacional*. Ed. Nauta. Barcelona. 1965.

Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, más comunmente conocida como la Unión de Berna, de la que España sería una de sus fundadoras. El avance dado en el campo internacional en materia de derecho de autor es indudable; la reunión de París, de 1971, revisando, al mismo tiempo, los textos de la Unión de Berna, y de la Convención de Ginebra, es buena prueba de ello. Pero para que no quede en saco roto los buenos propósitos, el art. 28, párrafo 2 a) del Acta de París (de la Unión de Berna) afirma que para que su texto sea obligatorio, se necesita que España, Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña hayan ratificado primero la Convención Universal sobre Derecho de Autor, tal como revisada en París el 24 de julio de 1971 (12). Dicho de otra forma: la suerte de una Convención se hace depender de la otra. La razón estriba en que el punto de partida de la revisiones coordinadas en París fue la suspensión de la cláusula de salvaguardia que figura en el artículo XVII y en la Declaración Anexa de la Convención Universal. ¿Es, pues, un derecho de veto el que se concede a estos cuatro países en esta materia? Sí y no. Lo que sucede es que tal y como está enfocada el Acta de París (publicaciones, traducciones, países en desarrollo, etc....), de nada servirían las ratificaciones de otros muchos países, si no estuvieran de acuerdo con la letra y el espíritu del Acta de París, cuatro países que son claves por el influjo de su idioma y su cultura. Esto quiere decir que España es uno de los países que pesa y pisa fuerte en materia de derecho de autor: lo que habla muy en favor de su tradición de país cultural y de utilizador de una de las lenguas oficiales y de trabajo, no sólo en muchos organismos internacionales —gubernamentales y no gubernamentales—, sino en la vida práctica e importante de los negocios de cada día.

- a) Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Berna, 1886).

En el curso de un Congreso organizado en Roma (1882) por la *Association Littéraire Internationale* surgió la idea de crear una unión internacional que se ocupara de la protección de los derechos de autor. Un par de reuniones más y en 1886 se inauguraría en la capital de Suiza (Berna) una Conferencia Diplomática de la que saldría el Convenio para la protección de las obras literarias y artísticas, suscrito por diez países (Alemania, Bélgica, España, Francia, Gran Bretaña, Haití, Italia, Liberia, Suiza y Túnez) fundadores, por tanto, de la llamada Unión de Berna. El Convenio, que constaba de veintiún artículos, un artículo adicional y un Protocolo, fue completado en París (1896), en Berlín (1908) y en Berna (1914). Entre las dos grandes guerras europeas sólo se celebró una reunión en Roma (1928): después de la se-

---

(12) Los cuatro países citados han ratificado la Convención Universal en su versión de París (1971), encontrándose obligados con fecha 10 de julio de 1974.

gunda conflagración tres han tenido lugar: Bruselas (1948), Estocolmo (1967) y París (1971).

A los efectos de la radiodifusión, que son los que aquí particularmente interesan, adquieren un especial relieve la Conferencia de Roma de 1928 (13) que incluyó un artículo 11 bis, reconociendo al autor el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de su obra por medio de la radiodifusión (14), y la de Bruselas, de 1948, extendiendo a la televisión los derechos de radio (15). Pero en este extremo, varias legislaciones nacionales se adelantaron al convenio internacional: en la ley argentina de 1933 ya aparece la palabra televisión, así como en la ley uruguaya de 1937, en la italiana de 1941, en la de la República Dominicana de 1947... (16) e incluso, según se verá, la Convención de Washington de 1946.

El Convenio de Berna (1971) (último texto aprobado en París y compuesto por 38 artículos y un Anexo dividido en VI artículos, consagrado a los países en vías de desarrollo) admite, para efectuar la protección de los autores, tanto el criterio de la nacionalidad, como el de primera publicación o el de residencia habitual. Quedan debidamente reconocidos tanto los derechos patrimoniales del autor, cuanto los derechos morales, expresión ésta tan poco afortunada a los ojos de Pérez Serrano (17). La protección que concede el Convenio se extiende durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, salvo que las disposiciones del país de origen dispongan otra cosa (18). Extremos todos ellos en los que es imposible detenerse pues es menester analizar las muchas referencias existentes a la radiodifusión: «Toda grabación, sonora o visual, será considerada como una reproducción» (art. 9), mas la transmisión o radiodifusión de una obra literaria o ar-

---

(13) En 1925 tres Congresos Internacionales se pronunciaron a favor del derecho de los autores respecto de la radiodifusión: el Congreso Jurídico Internacional de Telegrafía y Telefonía sin Hilos, el Congreso Internacional de Radiofonía y el Congreso de la Asociación Literaria y Artística Internacional. (Cf. J. MOLAS VALVERDE: *Propiedad intelectual*. Ed. Nauta. Barcelona, 1962, pág. 99.)

(14) Una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 16 de febrero de 1929 declaró que la cesión, aunque sea completa, de una obra literaria a un editor, no supone la del derecho de radiodifusión que queda reservado al autor, a menos que esta cesión se hubiese hecho constar expresamente.

(15) En Bruselas la delegación española se abstuvo en la votación del artículo 11 bis. Interesantes las razones de J. FORNS: Comentarios sobre la conferencia diplomática celebrada en Bruselas en junio de 1948, para la revisión de la Convención de Berna. *Revista de Derecho Privado*, núm. 388-9, julio-agosto 1949, págs. 690-705.

(16) JOSÉ FORNS: La televisión ante el derecho de autor. *Revista de Derecho Privado*, núm. 368, noviembre 1947, especialmente, págs. 847-854.

(17) Cf. NICOLÁS PÉREZ SERRANO: El derecho moral de los autores. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo II, fascículo I, enero-marzo 1949, páginas 7-27.

(18) Puede ser interesante consultar, ANTONIO CIAMPI: *La durée du droit d'auteur dans le cadre de l'intégration européenne*. Casa editrice Dr. F. Vallardi. Milano. 1974.

tística no constituye publicación (art. 3, 3). Todos los momentos de la radiodifusión: la emisión, la retransmisión y la ejecución pública mediante un aparato aparecen debidamente recogidos; el autor tiene el derecho exclusivo (art. 11 bis, 1) de autorizar: *a*) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilos los signos, los sonidos o las imágenes; *b*) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; *c*) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida. Salvo estipulación en contrario, ninguna de estas autorizaciones llevará incluida la autorización para grabar la obra radiodifundida por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes (art. 11 bis, 3). A las legislaciones de los países miembros de la Unión se les permite fijar las condiciones: *a*) en que las conferencias y alocuciones puedan ser radiodifundidas o transmitidas por hilo público (art. 2 bis, 2); *b*) en que los artículos de actualidad de discusión económica, política o religión puedan ser radiodifundidos (art. 10 bis, 1); *c*) en que los acontecimientos de actualidad, por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidos y hechos accesibles al público (art. 10 bis, 2); *d*) en que tengan lugar las autorizaciones previstas en el artículo 11 bis, 1 no teniendo más eficacia que en los límites de cada país y no pudiendo afectar, en caso alguno, al derecho moral del autor, ni a su remuneración equitativa (art. 11 bis, 2); *e*) en que las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones puedan tener lugar (art. 11 bis, 3); *f*) en lo relativo al derecho exclusivo del autor de una obra musical y del autor de la letra, cuya grabación con la obra musical haya sido ya autorizada por este último, para autorizar la grabación sonora de dicha obra musical, con la letra, en su caso (art. 13, 1); *g*) en que en contrato escrito o acto escrito equivalente, puedan los autores de las contribuciones aportadas a la realización de una obra cinematográfica oponerse a su transmisión por hilo al público, radiodifusión y comunicación al público (art. 14 bis, 2 b y c).

La Unión de Berna funciona a través de una Asamblea compuesta por los países de la Unión, en la que cada miembro dispondrá de un voto, y que se reunirá una vez cada tres años en sesión ordinaria, mediante convocatoria del director general. Para que se reúna en sesión extraordinaria se necesita la petición de una cuarta parte de los países miembros de la Asamblea o del Comité Ejecutivo, que está compuesto precisamente por la cuarta parte del número de los países miembros de la Asamblea. En este Comité, cada miembro dispondrá de un voto. Las tareas administrativas están desempeñadas por la Oficina Internacional, que sucede a la Oficina de la Unión, reunida con la Oficina de la Unión instituida por el Convenio Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial. El presupuesto de la Unión se conforma con

las contribuciones de los países, quienes fijarán su cuota de acuerdo con las clases y número de unidades establecidas en el Convenio.

Un gran número de países de todos los continentes son miembros de la Unión de Berna (en enero de 1975, un total de 63 Estados), a la que no pertenecen, sin embargo, Estados Unidos ni Rusia. España, tras haber participado en la fundación, ha ido ratificando las sucesivas revisiones (19).

b) Convención Universal sobre Derecho de Autor (Ginebra, 1952)

Concluida la segunda guerra mundial, es necesario anotar algunos hechos de importancia en el campo del derecho de autor. En primer lugar, el nacimiento de la propia UNESCO (heredera moral del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual) como organismo especializado de la Naciones Unidas en materia de cultura y educación, y la creación de una División de derecho de autor en su organigrama. Después, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), cuyo artículo 27, 2 afirma que «cada uno tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales emanados de toda producción científica, literaria o artística, de la que sea autor» (20). Y en el continente americano, la Convención de Washington de 1946, a que se alude más adelante.

Todas estas iniciativas sirvieron para universalizar la idea de la protección de los derechos de autor, hasta entonces restringidos a los países de la Unión de Berna y a las convenciones americanas. Por eso, desde un principio, la UNESCO apoyó la idea de una Convención Universal, menos rigurosa en su planteamiento que la Unión de Berna, que pudiera ser complementaria, incluso de ésta, pero que sirviera a las necesidades de los países desarrollados y de los países en vías de desarrollo. Tras las sucesivas reuniones de varios Comités de Expertos, pudo el 6 de septiembre de 1952 firmarse en Ginebra, tras la Confe-

---

(19) El Convenio de Berna (1886) fue publicado en la *Gaceta de Madrid* del 18 de marzo de 1888. El Acta de París (1896) en la *Gaceta de Madrid* de 19 de diciembre de 1896. El Convenio de Berlín (1908) fue ratificado por España el 9 de septiembre de 1910. (*Gaceta de Madrid*, de 9 de octubre de 1910). Al Protocolo de Berna (1914), España se unió el 20 de abril de 1915 (*Gaceta de Madrid*, el 27 de marzo de 1915). El Convenio de Roma (1928) fue ratificado por Ley de 21 de julio de 1932, con vigencia de 23 de abril de 1933 (*Gaceta de Madrid*, del 25 de abril). A la revisión de Bruselas (1948), España se adhirió el 1 de agosto de 1951 (*Boletín Oficial del Estado*, de 9 de agosto de 1951). El instrumento de ratificación del Acta de París (1971) fue depositado por España el 14 de noviembre de 1973 (*Boletín Oficial del Estado*, de 4 de abril de 1974). Obsérvese que sólo se publican los artículos 22 a 38, pues los artículos 1 a 21 y el anexo entraron en vigor al cumplirse las dos condiciones requeridas por el artículo 28, 2 a) del Convenio de París: primera, la ratificación por cinco países, al menos, del Acta de París, y segunda, la ratificación, ya indicada, por los cuatro grandes de la Convención Universal en su versión de París (1971).

(20) Unos meses antes, parecida afirmación se incluía en la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

rencia diplomática convocada por la Unesco (21), la Convención Universal sobre Derecho de Autor, que entró en vigor el 16 de septiembre de 1955, que sería revisada en París (1971) y cuyo texto actualmente vigente se compone de XXI artículos, de una Declaración Anexa relativa al artículo XVII, de una Resolución relativa al artículo XI y de dos Protocolos; uno relativo a la aplicación de la Convención a las obras de apátridas y refugiados, y otro relativo a su aplicación a las obras de ciertas organizaciones internacionales (la Organización de los Estados Americanos —OEA—, por ejemplo). Para lograr el mayor número de adhesiones a la Convención Universal se estipula que una vez que entre en vigor la versión de París, la adhesión y ratificación por cualquier Estado de ella supone automáticamente la adhesión o ratificación de la Convención de 1952.

La Convención se aplica no sólo a las obras publicadas en el territorio de uno de los países contratantes —criterio real—, sino también a los de los naturales de uno de ellos, cualesquiera que haya sido el lugar de su primera publicación —criterio personal—. Se protegen tanto las obras no publicadas como las publicadas, que deben ir acompañadas del símbolo ©, simplificando las formalidades a cumplir. La duración de la protección no será inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte (en lugar de los cincuenta de la Unión de Berna). Se examinan todos los problemas de las traducciones. No existen muchas referencias a la radiodifusión. En París se incluyó el artículo IV bis que incluye entre los derechos fundamentales que aseguran la protección de los intereses patrimoniales del autor «el derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio, la representación y la ejecución pública y la radiodifusión». Ciertamente, se deja a cada Estado contratante (art. IV bis, 2) en libertad de establecer en su legislación nacional alguna excepción, pero éstas no pueden ser contrarias al espíritu o las disposiciones de la Convención Universal. El tema que más a fondo se estudia es el de las traducciones en su conexión con la radiodifusión, el artículo V ter, 8 (a) dice que «se podrá conceder una licencia para la traducción de una obra... para ser utilizada por un organismo de radiodifusión que tenga su sede en el territorio de un Estado contratante» siempre que la traducción tenga fines docentes o científicos, «incluyendo grabaciones visuales o sonoras realizadas lícita y exclusivamente para su emisión», y en el entendimiento de que «las grabaciones sonoras o visuales de la traducción sólo pueden ser objeto de intercambio entre organismos de radiodifusión».

---

(21) Textos nacionales e internacionales sobre derecho de autor pueden encontrarse en *Lois et traités sur le droit d'auteur*. Recueil établi par l'UNESCO et les BIRPI. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1962. Vol. I. Afganistan-Estados Unidos. Vol. II, Etiopía-Perú. Vol. III, Filipinas-Yugoslavia y Convenciones. Y suplementos adicionales. En español. *Repertorio Universal de Legislación y Convenios sobre Derecho de Autor* (RUDA). Ediciones Aguilar, Madrid, 1960. Vol. I, Afganistan-Italia. Vol. II, Japón-Yugoslavia y Convenciones.

que tengan su sede social en el territorio del Estado contratante que hubiere otorgado una licencia de este género». En el artículo V ter, 8 (b) también se advierte que cuando se hayan cumplido los anteriores requisitos «se podrá conceder asimismo una licencia a un organismo de radiodifusión para la traducción de cualquier texto incorporado o integrado en fijaciones audiovisuales preparadas y publicadas con la única finalidad de dedicarlas a fines escolares y universitarios». La inclusión, pues, de disposiciones especiales en la Convención que permitan que los países en vías de desarrollo publiquen determinadas obras y traducciones en virtud de licencias obligatorias significa, a *sensu contrario*, que los países desarrollados no podrán establecer ningún régimen general de licencia obligatoria (22) relativo a la publicación de obras literarias, científicas y artísticas, e igualmente de que no todos los tipos de obras sean sometidos a una licencia obligatoria en materia de radiodifusión en los países en vías de desarrollo (23). El régimen para traducciones y licencias para ciertas obras, establecido en el artículo V quater «se aplicará también a la reproducción en forma audiovisual de fijaciones lícitas audiovisuales que incluyan obras protegidas por la Convención... a condición de que tales fijaciones audiovisuales hayan sido concebidas y publicadas con el exclusivo objeto de utilizarlas para los fines escolares y universitarios».

Para el mejor cumplimiento de los fines de la Convención, se establece un Comité Intergubernamental, compuesto por representantes de dieciocho Estados, escogidos, en justo equilibrio, entre los intereses nacionales sobre la base de la situación geográfica, población, idiomas y grado de desarrollo. El Comité será el encargado de convocar las conferencias de revisión cuando así lo estime oportuno, o cuando lo soliciten, por lo menos, diez Estados parte de la Convención. El Comité celebrará una reunión ordinaria, por lo menos, una vez cada dos años, eligiendo para su funcionamiento un presidente y dos vicepresidentes. La UNESCO se encargará de la Secretaría General del Comité.

Tanto Estados Unidos como Rusia son miembros de la Convención (Rusia desde febrero de 1973), a la que pertenecen un total de 67 países. España, que fue signataria en Ginebra, ya ha ratificado el Acta de París (24). El hecho de que todos los países ratificantes hayan de-

(22) En la terminología del derecho de autor se conoce por "licencia obligatoria" la autorización legal para determinadas utilizations de obras científicas, literarias o artísticas, sin necesidad de contar con la autorización expresa del autor, generalmente reconocida como imprescindible.

(23) Cf. HENRI DESBOIS: L'évolution du droit d'auteur dans les relations internationales depuis la Conférence de Bruxelles (1948). *Revue internationale du droit d'auteur*, LXXIX, Janvier, 1974, pág. 363.

(24) España depositó el instrumento de ratificación el 27 de octubre de 1954 (*Boletín Oficial del Estado*, de 25 de agosto de 1955), pero sólo por el texto y el Protocolo 2; no ratificó, por tanto, ni el Protocolo 1 (aplicación de la Convención a las obras de apátridas y refugiados), ni el Protocolo 3 (fecha efectiva de los instrumentos de ratificación, aceptación o adhesión a la Convención). La revisión de París (1971) y el Protocolo 2 fueron ratificados el 10 de abril de 1974 (*Boletín Oficial del Estado* de 15 de enero de



hacerlo sin ningún tipo de reserva (art. XX) otorga más fuerza a la Convención, que no pretende afectar en nada a la Unión de Berna (artículo XVII) ni a otras convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales (arts. XVIII y XIX).

### 1.3. Convenciones regionales

#### 1.3.1. América

Como siempre que se hace referencia al continente americano, es menester no perderse en el dédalo de conferencias y de organizaciones que convocan reuniones sobre esta materia. Una relación cronológica de asambleas y de resultados puede llevar a confusiones. Es preciso distinguir las iniciativas de las Conferencias Internacionales Americanas (vulgo Conferencias Panamericanas), de aquellas otras que prosperaron entre grupos de países iberoamericanos, de alcance y significado bien distinto, según tuve ocasión de demostrar en mi libro sobre la Organización de los Estados Americanos.

##### a) Convención sobre Propiedad Literaria y Artística (Montevideo, 1889).

Antes de que comenzaran a reunirse las que, en la historia del continente americano, habrían de conocerse como Conferencias Internacionales Americanas (la I en Washington, 1889-1890) tuvo lugar en Montevideo (1888-1889) el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, de importancia relevante, por ser la primera vez en que «Brasil se sienta en mesa redonda con los demás países hispanoamericanos» (25). El éxito de Berna debió pesar en los asambleístas americanos. «América, dirá Fornis, más bien imitaba el movimiento que en pro de tal derecho había iniciado brillantemente Europa, y a la vez tendía un puente para una rápida y posible fusión de ambos continentes en común compromiso y puntos de vista unificados» (26). Entre los convenios fruto de la reunión, figura uno sobre Propiedad Literaria y Artística, suscrito el 11 de enero de 1889 entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Brasil y Chile (y un Protocolo adicional de 13 de febrero de 1889), Convención que sólo fue ratificada por los

---

1975); y, en esta ocasión también se ratificó el Protocolo 1. el 6 de octubre de 1974, pero haciendo saber que su ratificación "no significa en modo alguno la aceptación de la definición de refugiado establecida en la constitución de la O. I. R. y mantenida en el art. 1, ap. A. 1 del Convenio sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951, y el art. 1 del Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967" (*Boletín Oficial del Estado*, de 10 de enero de 1975).

(25) FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: *La Organización de los Estados Americanos (OEA): Una nueva visión de América*. Edic. Cultura Hispánica. 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1963, págs. 120-123.

(26) JOSÉ FORNIS: *Legislación internacional americana sobre derecho de autor*. *Revista de Derecho Privado*. Julio-agosto. 1974. pág. 575.

cinco primeros países: (Al Congreso acudieron también Colombia y Ecuador). El éxito de la Convención fue tal que varios países europeos, haciendo uso del último artículo del Convenio, fueron adhiriéndose a ella: Francia (1896), España (1899), Italia (1900), Bélgica (1903), Austria (1923), Alemania (1927) y Hungría (1931). Dicha Convención, dejada sin efecto en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en Montevideo (1939-1940) fue sustituida por otro Tratado sobre Propiedad Intelectual (4 de agosto de 1939) suscrito entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado solamente por Paraguay y Uruguay (27).

b) Convención sobre Propiedad Literaria y Artística (Buenos Aires, 1910)

«El Convenio Sudamericano, juzga con razón Forns, fue el único intento posible de fusión entre los autores de Europa y América» (28). Después sólo se piensa en resolver los problemas entre los países del continente, alentados por la filosofía del panamericanismo. La II Conferencia Internacional Americana (Méjico, 1902) adoptó una Convención para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, pero con esta diferencia fundamental: si en Montevideo se inclinaron por un criterio proteccionista basado en la *lex loci* que acuerda al autor los derechos que concedan las leyes nacionales del país de origen, en Méjico todo se supeditó a la *lex fori* que aplica la ley del país donde la protección se reclama, obligando a registrar la obra y a depositar los ejemplares que exija la ley nacional. La Convención sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica y comercio y propiedad literaria y artística (Río de Janeiro, 1906 - III Conferencia Internacional Americana) determinó la creación de dos oficinas (Río de Janeiro y La Habana) para el registro internacional de las obras intelectuales. Pero será la Convención sobre propiedad literaria y artística de Buenos Aires, 1910 (IV Conferencia Internacional Americana) la que definitivamente abandone la idea de constituir una Unión —al estilo de Berna—, sustituyéndola por un compromiso plurilateral de protección, basado en la publicación en América, y en el domicilio americano de los autores, si son extranjeros, criterio en el que late la filosofía del *copyright* americano. La Convención de Buenos Aires, que obtuvo gran número de ratificaciones, aclara la expresión obras literarias y artísticas, define la extensión del derecho de propiedad literaria y artística, criterios en materias de traducciones y reproducciones, posibilidad de secuestrar toda obra falsificada, etc. En La Habana, 1928 (VI Conferencia Internacional Americana) se revisa el texto de Buenos

---

(27) Cf. *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado*. (Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940). Actas y documentos seleccionados. Secretaría General de la Organización de los Estatutos Americanos. Washington, 1974.

(28) *Art. cit.*, pág. 576.

Aires, dando entrada a algunas de las innovaciones del Convenio de Berna, en su revisión de Roma de la misma fecha, incluyendo ya entre las obras literarias y artísticas a las obras cinematográficas y las reproducciones por medio de instrumentos mecánicos destinados a la audición de sonidos y determinando que la duración de la protección otorgada al autor comprende toda su vida y 50 años después de su muerte.

c) Acuerdos Centroamericano y Bolivariano

Antes de considerar el Convenio de Washington, 1946, es conveniente hacer referencia a dos acuerdos de carácter mucho más localista, pero que deben citarse para tener una idea completa del desarrollo de esta materia en el continente americano.

En la Conferencia Centroamericana de Paz (Washington, 1907) se firmó un Tratado de Paz y Amistad entre los cinco países centroamericanos: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, y varias convenciones, unas de las cuales, la dedicada a la Oficina Internacional Centroamericana, tenía como objetivo conseguir la uniformidad en esta materia.

Con motivo de primer centenario de la independencia de Venezuela, se celebró en Caracas (1917) un Congreso Bolivariano al que concurrieron las repúblicas que habían sido emancipadas por la acción de Bolívar (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela). Se firmaron varios acuerdos, uno de ellos sobre propiedad literaria y artística, ratificado en mayor o menor lapsus de tiempo por todos ellos.

Al considerar en su conjunto todos los acuerdos suscritos en materia de derecho de autor en América, Satanowsky piensa que el éxito de la Convención de Buenos Aires, 1910, se debió a que, entre los diversos criterios proteccionistas, encontró una fórmula sencilla y razonable: «el reconocimiento de los derechos de autor, obtenido en uno de los Estados de conformidad con sus leyes, surte efecto de pleno derecho en los demás; aunque no puede exceder el término de protección acordado en el país de origen» (29).

d) Convención Interamericana sobre Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas (Washington, 1946).

Estados Unidos sí ratificó la Convención de Buenos Aires, mas tan sólo suscribió la revisión de La Habana; seguía sin ser miembro de la Unión de Berna y todavía faltaban unos años para que sus esfuerzos tomaran cuerpo en la Convención de Ginebra. No se veía, por otra parte, la posible armonización de los sistemas Berna-Roma con el de Buenos Aires-La Habana. Como tampoco en esas fechas había surgido, como tal O.E.A., fue la Unión Panamericana la que convocó en Was-

(29) ISIDRO SATANOWSKY: *Derecho Intelectual*. Vol. I. TEA. Buenos Aires, 1954, pág. 91.

hington, 1946, una Conferencia Interamericana de Expertos para la protección de los derechos de autor (no fue una Conferencia de las llamadas panamericanas, y por tanto, distinta, en su carácter a la de Buenos Aires y La Habana). Resultado fue la firma de una Convención Interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, que cuenta con catorce ratificaciones de los veintidós Estados signatarios. Está destinada a reemplazar a todas las convenciones interamericanas sobre la materia, pero no afecta a los derechos adquiridos durante la vigencia de esas convenciones (art. 17). Por primera vez en una convención americana, se reconoce el derecho de autor sobre la difusión de su obra por... «televisión, radiodifusión o por cualquier otro medio actualmente conocido o que se invente en lo sucesivo y que sirva para la reproducción de los signos, sonidos o las imágenes» (art. 2, e). Respecto a la duración de la protección se estará a lo que disponga la «Ley del Estado contratante en el cual se haya obtenido originariamente la protección, pero no excederá del plazo fijado por la Ley del Estado contratante en el cual se reclame la protección» (art. 8) (30).

Todavía se celebraría en Washington, 1952, otra reunión de expertos con objeto de cohesionar los puntos de vista americanos con el proyecto que repartía la UNESCO con vistas a la Conferencia de Ginebra, en donde sometieron una cláusula que, admitida, se convertiría en el artículo XVIII de la Convención Universal sobre Derecho de Autor que advierte que, en ningún caso, se derogan «las convenciones o acuerdos multilaterales o bilaterales sobre derecho de autor que se hallan o puedan hallarse en vigor exclusivamente entre dos o más repúblicas americanas. En caso de divergencia... prevalecerá entre las partes la convención o acuerdo redactado más recientemente».

### 1.3.2. Africa

En el continente africano no existe, en esta materia, convención regional alguna. Están, sin embargo, muy adelantados los trabajos para elaborar una ley-tipo africana sobre derecho de autor que favorezca en todos los países en vías de desarrollo, de un lado, el reconocimiento del derecho de autor y, de otro, las necesidades de desarrollo científico y cultural de estos mismos países. Dos intentos se han realizado ya. En Brazzaville, en agosto de 1963, convocada por las BIRPI y la UNESCO, tuvo lugar una reunión en la que se creó un Comité de expertos africanos que celebró una asamblea en Ginebra (diciembre, 1964) que estudió un proyecto de ley-tipo de 33 artículos. Hubo ciertas reservas. Por eso en Abdiján, en octubre de 1973, se celebró otra reunión de expertos. El proyecto elaborado ha sido remitido por el Comité Inter-gubernamental de la Convención Universal sobre el Derecho de Autor

---

(30) Cf. JOSÉ FORNS: La Conferencia Interamericana para la protección de los derechos de autor. *Bibliografía Hispana*, núm. 11, noviembre 1946.

y por el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna a los Gobiernos de los países miembros de una u otra organización solicitándoles su opinión al respecto para, a la vista de las contestaciones recibidas, elaborar un proyecto definitivo que sería presentado a una conferencia diplomática, a celebrar en 1975, convocada conjuntamente por la UNESCO y la OMPI. Si se llegara a cierto acuerdo, en los principios, por las partes interesadas, indudablemente se habría dado un gran paso hacia adelante en la aplicación del derecho de autor en el continente africano.

### 1.3.3. Asia

Dentro de la preocupación existente por extender de manera eficaz y real el derecho de autor, haciéndolo compatible con las necesidades de los países, deben inscribirse las labores del «Seminario sobre derecho de autor en Asia Oriental» que ya ha celebrado dos reuniones: Nueva Delhi, 1967, y Tokio, 1973.

### 1.4. *La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Estocolmo, 1967)*

La verdad es que el Acta de Estocolmo (1967) a la Convención de Berna fue un poco lejos, por lo que hacía sentirse la necesidad de otra reunión que es la que había de celebrarse cuatro años más tarde en París. Pero la reunión de Estocolmo —organizada por las «Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle» (BIRPI) y el Gobierno de Suecia —resultaría histórica, pues, aparte de otros resultados (31), allí se firmó el 14 de julio de 1967 la Convención que instituye la «Organización Mundial de la Propiedad Intelectual» (OMPI), que fija su sede en Ginebra y que trata de reunir a todos los países y convenios procedentes de la Unión de París y de la Unión de Berna, con la particularidad de que su artículo 16 advierte que no se admiten reservas al Convenio. El instrumento creador consta de 21 artículos, siendo sus fines no sólo fomentar la protección de la propiedad intelectual, sino también asegurar la cooperación administrativa entre las viejas Uniones de París (creada en 1883, para la Protección de la Propiedad Intelectual) y de Berna (creada en 1886, para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas). Es curiosa la

(31) Acta de Estocolmo de la Convención de París para la protección de la propiedad industrial.

Acta de Estocolmo del "Arreglo de Madrid" referente al registro internacional de marcas.

Acta adicional al "Arreglo de Madrid" sobre la represión de las falsas indicaciones de procedencia.

Acta complementaria del "Arreglo de la Haya" referente al depósito internacional de dibujos y modelos industriales.

Acta de Estocolmo del "Arreglo de Niza" referente a la clasificación internacional de productos y servicios a los fines de registro de marcas, y

Acta de Estocolmo del "Arreglo de Lisboa" sobre la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional.

distinción que se establece entre la Asamblea General y la Conferencia: la Asamblea General estará formada por los Estados parte del Convenio constitutivo que sean miembros, al menos, de una de las Uniones; la Conferencia acogerá a todos los Estados parte del Convenio, sean o no miembros de una de las Uniones. Asimismo, se establece un Comité de Coordinación formado por los Estados parte del Convenio que sean miembros del Comité Ejecutivo de la Unión de París, o del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna, o de ambos Comités Ejecutivos. En el Comité de Coordinación, cada Estado estará representado por un delegado asistido por suplentes, asesores y expertos. La Oficina Internacional constituye la Secretaría de la OMPI, y estará gobernada por un director general asistido por dos o varios directores generales adjuntos. La OMPI será la sucesora de las Oficinas Internacionales Reunidas (BIRPI), que tenían vida desde hacía tantos años, oficinas que seguirán existiendo —transitoriamente— para atender a los países que todavía no son miembros de la OMPI, y que trabajarán hasta que todos los miembros de las diferentes uniones hayan llegado a serlo de la OMPI.

La importancia y alcance de la OMPI ha quedado de manifiesto en la Asamblea General de Naciones Unidas de 1974 al sancionarse el Acuerdo entre ambas Organizaciones, en virtud del cual, las Naciones Unidas reconocen a la OMPI (art. 1) «como un organismo especializado encargado de adoptar, de acuerdo con su instrumento básico, así como los tratados y acuerdos que administra, las medidas apropiadas para promover, entre otras cosas, la actividad intelectual creadora y facilitar la transmisión de tecnología relativa a propiedad industrial a los países en desarrollo, con el fin de acelerar el desarrollo económico, social y cultura». La Organización y sus siglas entra, pues, en el gran coto de las organizaciones intergubernamentales de Naciones Unidas. Habrá que desearla para su asentamiento, que su trabajo no se vea politizado.

En enero de 1975, son 48 Estados los miembros de la OMPI. España depositó su instrumento de ratificación con fecha 16 de junio de 1969 (32), por lo que su texto es ya ley nacional. Y ello obligará ya a adoptar la terminología «propiedad intelectual» en el sentido empleado en el instrumento creador del organismo internacional. Ciertamente, tanto la doctrina patria general (Guasp, García Noblejas, Raya) como especializada (33) utilizaban ya la terminología «propiedad intelectual».

---

(32) Cf. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de enero de 1974.

(33) MANUEL DÁVILA Y COLLADO: *La Propiedad Intelectual*. Madrid, 1882; JULIO LÓPEZ QUIROGA: *La propiedad intelectual en España*. Madrid, 1918; GIMÉNEZ BAYO Y RODRÍGUEZ ARIAS: *op. cit.*; VICENTE CORTÉS GIRÓ: *Derecho de propiedad intelectual*. Ed. Mañil, Alcoy, 1957; J. MOLAS VALVERDE: *Op. cit.*; CARLOS ALVAREZ ROMERO: *La propiedad intelectual*. Dirección General de Archivos y Bibliotecas. Madrid, 1967; J. MOLAS VALVERDE: *Normas procesales de especialización en propiedad intelectual*. Ed. Nauta. Barcelona, 1968; CARLOS ALVAREZ ROMERO: *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 1969.

pero indudablemente con un criterio más restrictivo que el utilizado en la OMPI. Es la misma terminología que sigue nuestro ordenamiento legislativo: Código Civil (capítulo III del Título IV, artículos 428 y 429), Ley específica de 1874, Ley vigente de 1879 y Reglamento para su aplicación de 1880. En el futuro, pues, tratadistas y leyes habrán de adaptar la terminología española a la que internacionalmente parece terminará por imponerse.

## 2. DERECHOS CONEXOS.

### 2.1. *Análisis del contenido.*

Hoy en día, en muchos países no puede hablarse ya solamente de derechos de autor, sin tener presente la existencia de unos llamados derechos conexos o vecinos, que según muchos tratadistas [entre nosotros Molas Valverde, por ejemplo (34) poco o nada tienen que ver, sobre todo, algunos de ellos, con la creación intelectual. Y es cierto porque, a su vez, los derechos que vienen siendo agrupados como derechos conexos nada tienen que ver entre sí, salvo que todos ellos están recogidos en el mismo instrumento jurídico internacional. El vínculo es, pues, más aparente que real. Ya se dijo más arriba que fue la aparición de nuevos medios de comunicación social y de grabación técnica lo que llevan consigo la necesidad de regular situaciones que, de facto, estaban ya dándose en el mundo nacional o internacional. No es fácil, sin embargo, encontrar en los instrumentos jurídicos internacionales una definición de los derechos que nos ocupan. Ni el Acta de París (1971) de la Unión de Berna (1886), ni el Acta de París (1971) de la Convención Universal (1952) se refieren a ellos. Paradójicamente, en «su» Convención de Roma (1961) tampoco existe una descripción que a todos los englobe y la Convención de creación de la OMPI (1967) se limita, según se ha dicho, a incluirlos (art. 2, VIII) dentro de los derechos de la propiedad intelectual. El Convenio para la protección de los productores de fonogramas (1971) sí parece referirse a ellos —aún cuando no los defina— al hablar (art. 3) de otro *derecho específico* (35).

En la legislación nacional especializada varían las actitudes. La ley de derecho de autor de Africa del Sur (1965), que los recoge, no los identifica de manera especial, así como tampoco la reciente Ley de Luxemburgo (1972). De *droits apparentés* aparecen, en cambio, calificados en las leyes de Austria de 1953 y de la República Federal Alemana (1965).

(34) *Op. cit.*, 1962, págs. 159-160; *Op. cit.*, 1968, pág. 288.

(35) En el Acuerdo europeo para la protección de las emisiones de televisión (Estrasburgo, 1960) puede leerse, en su último considerando: "que mientras no se concluya un convenio, de alcance prácticamente mundial, relativo a los derechos llamados *vecinos* que en la actualidad se proyecta...". (Se refiere a los trabajos preparativos de lo que luego habría de ser Convención de Roma, 1961).

En Italia, la ley de 1946 sí habla claramente de *derechos conexos* al ejercicio del derecho de autor. La legislación japonesa (1970) prefiere referirse a *derechos vecinos*, así como la ley brasileña de 1973. La legislación española parece inclinarse por la calificación de *afin* o *conexos*, en la Orden de 10 de julio de 1942 que concede a la obra fonográfica la consideración de obra protegida por la ley de la propiedad intelectual. Es aconsejable reproducir un párrafo de la Exposición de motivos de dicha Orden, sin que esta reproducción signifique conformidad a lo que en ella se expresa: «Las vacilaciones de la doctrina y de la técnica jurídica al intentar la definición y la clasificación del naciente derecho, no son de este lugar... Es para la mayoría de los tratadistas un derecho *afin* o *conexo* al que gozan los autores sobre sus obras, lo que otros llaman vagamente un derecho *sui generis*, y también un «derecho menor» o un «cuasi derecho de autor». Léase lo que se dice al respecto más adelante (III. 2.2.).

## 2.2. *Convenios internacionales.*

Por lo que se escribió más arriba, no debe extrañar, que concluida la Segunda Guerra Mundial, surgiera un movimiento importante preocupándose por recoger en un Convenio Internacional los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, o los que reclamaba la industria fonográfica e, incluso, los que necesitaban los organismos de radiodifusión para su desarrollo. Estudiosos en estas materias se lanzaron con decisión a ello y algunos, como Georges Straschnov, no dudaron en echar el peso de su magisterio para la consecución de los objetivos (36). Para los artistas intérpretes o ejecutantes solicitaba: 1.º Derecho a una remuneración justa, *a*) por la radiodifusión de la ejecución, *b*) por el registro de la ejecución, *c*) por la comunicación al público de la ejecución, por altavoz o instrumento análogo; 2.º Derecho moral, *a*) de reivindicar la paternidad de la ejecución, *b*) de oponerse a la utilización de grabaciones, que a causa de sus imperfecciones técnicas pudieran perjudicar la reputación del ejecutante. Para los fabricantes de fonogramas demandaba: *a*) Derecho exclusivo de autorizar la reproducción del fonograma cualquiera que fuera el procedimiento de grabación; *b*) Derecho a una remuneración justa por la radiodifusión y por cualquier otra comunicación pública del fonograma. Los organismos de radiodifusión han de tener, por su parte, el derecho exclusivo de autorizar: *a*) la reemisión, por hilo o sin hilo, de la emisión; *b*) la grabación de la emisión o de la reemisión cualquiera que sea el método empleado para la reproducción (37).

(36) GEORGES STRASCHNOV: *Le Droit d'auteur et les Droits connexes en Radiodiffusion*. Etablissements E. Bruylant. Bruxelles, 1948; idem: *Nouveaux aspects du Droit d'auteur et des Droits connexes en Radiodiffusion*. Etablissements E. Bruylant. Bruxelles, 1950; idem (en colaboración con Svante Bergström y Paolo Greco): *Protection internationale des Droits voisins*. Etablissements E. Bruylant. Bruxelles, 1958.

(37) *Op. cit.*, 1950, pág. 70-71.



Hasta llegar a la convocatoria de la Conferencia de Roma (10 a 26 de octubre de 1961) la protección internacional de los derechos conexos ha pasado por las siguientes etapas: *a*) una primera que va desde 1928 a 1939, que comienza con la Conferencia de revisión de la Convención de Berna en la propia Roma, en 1928. Si no se modificó el texto de Berna, sí, al menos, se adoptó una resolución para que los miembros de la Unión «estudien la posibilidad de adoptar medidas destinadas a salvaguardar los derechos de los artistas ejecutantes», lo que tanto eco halló en la propia OIT. Por otra parte, la Oficina de la Unión de Berna y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado avanzaron unos estudios, recomendados por un Comité de expertos, que elaboró dos proyectos de convenciones anexas al Convenio de Berna, dedicados una a los artistas ejecutantes y a los productores de fonogramas y la otra a los organismos de radiodifusión; *b*) la guerra impuso su silencio, que sólo fue roto al celebrarse en Bruselas, 1948, la Conferencia de revisión de la Unión de Berna. El tema no estaba todavía maduro y sólo se obtuvieron tres resoluciones invitando a los Gobiernos a que estudiaran la protección de los artistas, de los productores de fonogramas, y de los organismos de radiodifusión. En Ginebra se puso en marcha un nuevo proyecto de Convenio que reunía la protección de todas las partes interesadas y que fue estudiado en Roma, por iniciativa de la Oficina de Berna, por un Comité de expertos en el que participaron la UNESCO y la OIT. Pero fueron tan vivas las reacciones, sobre todo, por parte de los artistas ejecutantes y de los autores que hubo que abandonarlo; *c*) en 1956 puede decirse que comienza la etapa decisiva con un proyecto de Convenio elaborado por la OIT. En 1957 apareció otro, llamado de Mónaco apadrinado por la UNESCO y la Oficina de Berna. Por fin, en 1960, la OIT, la UNESCO y la Oficina de Berna —coautores de los proyectos de Ginebra, de 1951 y de Mónaco de 1957— convocaron una reunión en La Haya, de la que salió un proyecto definitivo que sería el discutido en la Conferencia Diplomática de Roma (38).

En Roma, 1961, se firmó la Convención de Roma de los derechos conexos o vecinos y a partir de esa fecha los tres lustros siguientes serán testigos de las luchas por obtener o por evitar su ratificación, y todo lo que en este campo quiera obtenerse será partiendo de Roma, o con los ojos puestos en Roma. Sólo así puede entenderse cómo la validez de un convenio regional promovido por el Consejo de Europa —Protocolo al Acuerdo Europeo para la protección de las emisiones de Televisión, Estrasburgo, 1965— sea subordinado a la ratificación de la Convención de Roma. Mas después de 1965, la situación irá evolucionando y se suscitarán dos nuevos convenios internacionales específicos cuya protección ya estaba prevista por la Convención de Roma: el

(38) Cf. ANDRÉ FRANÇON: La protection internationale des droits voisins. *Révue internationale du droit d'auteur*, núm. LXXIX, janvier 1974, páginas 416-420. Los proyectos de texto de Ginebra, 1951, de 1956 y de Mónaco, 1957, en G. STRASCHNOV: *Op. cit.*, 1958, págs. 187-208.

Convenio de Ginebra, de 1971, de protección a los productores de fonogramas y el Convenio de Bruselas, de 1974, de protección a la señal de televisión distribuida por satélite, siendo la aparición de ambos Convenios interpretada de distinta manera; quienes están convencidos de la eficacia de la Convención de Roma los consideran como un desarrollo acertado del convenio-madre (por algo, en ambos se dice expresamente que no pretenden menoscabar la Convención de Roma); quienes mantienen los inconvenientes de Roma esgrimen la tesis de que precisamente la dificultad de la aplicación de sus preceptos es la que ha provocado la aparición de estos Convenios específicos, que se presentan con más aires de universalidad que la propia Convención de Roma, ya que según sus artículos 23 y 24 sólo pueden ser parte de ella los países miembros de la Unión de Berna o de la Convención Universal, restricciones éstas que no aparecen en los Convenios de Ginebra, de 1971 y de Bruselas, de 1974.

a) Convención de Roma, 1961.

La «Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión» firmada en Roma el 26 de octubre de 1961 y más conocida como Convención de Roma, consta de 34 artículos. No obstante la redacción terminante del art. 1 que advierte que «la protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas», la Convención de Roma contó siempre con la enemiga de los autores (39) que no alcanzaron a comprender por qué si los titulares de los derechos conexos no son sino auxiliares de la creación literaria, habían obtenido en Roma, algunos de ellos, derechos más fuertes que los de los propios autores. Basta comparar el art. 10 de la Convención de Roma (los productores de fonogramas tienen derecho absoluto para autorizar o prohibir la reproducción de sus grabaciones) con el art. 13, párrafo 2 de la Convención de Berna (reemplazo del derecho exclusivo de grabación que pertenece al autor por un simple régimen de licencia legal). O el art. 13 de Roma (los organismos de radiodifusión pueden autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones) con el art. 11 bis, párrafo 2 de Berna (aparición igualmente de un régimen de licencia legal). También los organismos de radiodifusión mostraron su repulsa a la Convención de Roma. La redacción de su art. 12 (la remuneración a artistas o a productores de fonogramas o a ambos cada vez que se utilice un fonograma por la radiodifusión) se consideró altamente lesiva a los intereses de los radiodifusores. Por otra parte, la Convención de Roma no afrontaba los problemas que actualmente les preocupan: transmisión por satélite y televisión por cable. Su beligerancia contra

---

(39) No me parece suficiente afirmar que la Convención de Roma venía a romper, prácticamente, el monopolio de los autores en la protección de sus derechos. Sería un razonamiento miope y desfasado con la realidad de nuestro tiempo.

la ratificación de Roma les llevó a plantear la cuestión tanto en la I Conferencia Internacional de las Uniones de Radiodifusión sobre los Satélites de Telecomunicación (Roma, marzo 1972), como en la II Conferencia Mundial de Organismos de Radiodifusión (Río de Janeiro, noviembre, 1973). En ellas la Unión Europea de Radiodifusión (UER) llevó la voz cantante, lo que puedo atestiguar por haber participado en ambas Conferencias.

La Convención de Roma entró en seguida (1964) en vigor habiendo conseguido, pues, en poco tiempo las seis primeras ratificaciones (artículo 25). Pero cuando se escriben estas líneas, diez años después, no son sino quince los países ratificantes, lo que no debe extrañar si se valoran las reflexiones del párrafo anterior (40). Los detractores de la Convención de Roma no dudan en considerar muy parco el número de ratificaciones, aunque entre ellas se encuentren las de Gran Bretaña, y República Federal de Alemania. Los defensores aducen que el número es suficiente ya que se trata de unos derechos relativamente nuevos y recuerdan cómo el Convenio de Berna había sido ratificado por diez países al cabo de diez años, por once países al cabo de quince años y por quince países al cabo de veinticinco años. Argumento que echan por tierra los primeros recordando cómo la Convención Universal adoptada diez años antes que la de Roma reúne ya un considerable número de países (sesenta y siete comparados con los sesenta y tres de la Unión de Berna).

Desde mi punto de vista, el verdadero talón de Aquiles de la Convención de Roma estriba —así se describió al comienzo de este trabajo— en la falta de homogeneidad de los derechos protegidos, con necesidades y medios de subsistencia distintos. Y si esto es cierto a nivel internacional, es aún más diáfano a nivel nacional: no todos los países tienen los mismos problemas. Existe unanimidad en la necesidad de la protección, pero no de realizarla en la forma expresada en Roma. Muchos Estados, desarrollados o en vías de desarrollo, se comprometerían demasiado, interna e internacionalmente, ratificando Roma. Roma es un cajón de sastre que en el momento más inoportuno puede causar alguna contrariedad seria. Por otra parte, la Convención de Roma cuenta con serios inconvenientes: *a*) si se ha firmado un instrumento internacional, ¿por qué se dejan tantas iniciativas a las legislaciones nacionales? (artículo 15, párrafo segundo). ¿Para hacerse perdonar?; *b*) es una Convención cerrada (art. 23 y 24); *c*) todo Estado puede ratificar o adherirse con reservas, facilitado el trabajo por la propia Convención (art. 16, párrafos 1 y 2).

El estudio, por separado, de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas o de los organismos de radiodifusión se hará desde la Convención de Roma, en cuya virtud, cualquier Estado contratante otorgará el «mismo trato que a los nacio-

(40) En *Europa*: República Federal de Alemania, Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Gran Bretaña y Suecia. En *América*: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Méjico, Paraguay. En otros *Continentes*: Congo, Fidji, Niger.

nales» en el país en que se pida la protección. Ello cada día será más factible, porque la nueva legislación internacional sobre propiedad intelectual o derecho de autor (41), surgida después de Roma, ha ido dando entrada a la regulación de los derechos conexos. He aquí, un éxito indudable de la Convención de Roma, y un claro ejemplo de trasvase de normas del Derecho Internacional al derecho interno. Las nuevas leyes de derecho de autor de África del Sur, de 1965; de la República Federal de Alemania, de 1965; de Portugal, de 1966; de Japón, de 1970; de Luxemburgo, de 1972, o de Brasil de 1973 son muestras de ello; sin contar, por supuesto, con las leyes específicas sobre la materia como la de África del Sur, de 1967, sobre protección de artistas intérpretes o ejecutantes.

España fue signataria de la Convención de Roma, pero no ha depositado el instrumento de ratificación debido a la oposición mostrada por los autores, por la radiodifusión (en base sobre todo al discutido artículo 12) y por la propia doctrina. Molas Valverde ataca muy duramente la Convención de Roma y aboga por su no ratificación ya que, según él, no existen derechos conexos al derecho de autor (42). Con motivo, sin embargo, del VI Congreso (Madrid, octubre, 1974) de la Internationale Gesellschaft für Urheberrecht (INTERGU), (Sociedad Internacional para el Derecho de Autor), el Presidente del Sindicato Nacional del Espectáculo, Jaime Capmany, presentó una ponencia abogando por la ratificación española de la Convención de Roma.

#### b) Proyecto de ley-tipo.

El artículo 32 de la Convención de Roma creó un Comité Inter-gubernamental, compuesto por nueve miembros, encargado de examinar la aplicación de la Convención, así como sus posibles revisiones. Preocupados por cuanto más arriba se expresa, dicho Comité, a través de su Secretaría de la que forman parte tres organizaciones internacionales: OIT, UNESCO y OMPI convocó en Ginebra (septiembre de 1973) un Grupo de estudio no-gubernamental para el examen de un proyecto de ley-tipo relativa a la Convención de Roma, que facilitase, sea la aplicación de dicha Convención o su aceptación. Representantes de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas o de los organismos de radiodifusión estuvieron presentes en la reunión de París (diciembre, 1973) y de Ginebra (enero, 1974) convocadas con el mismo fin. Resultado fue la adopción de un texto de 13 ar-

---

(41) Cf. *Lois et Traités sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*. Recueil établi sous les auspices de OIT, UNESCO, et OMPI. Edition préparée par OMPI. Genève, 1971.

(42) J. MOLAS VALVERDE: Los llamados "derechos conexos" al derecho de autor y la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961. *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre 1963. (Este estudio fue después incluido en el libro *ult. cit.*, págs. 167-183.)

títulos que será sometido a las partes, y sobre cuya utilidad se duda de antemano, pues de antemano la ley-tipo renunció a tocar aspectos, que aun existiendo en algunas legislaciones nacionales, no estuvieran recogidas en la Convención de Roma. Es prematuro juzgar la utilidad de esta ley-tipo en relación con el texto de Roma. Más beneficiosa sin duda será, como síntesis de la problemática actualmente existente en el mundo de los derechos conexos.

### 2.3. *Artistas intérpretes o ejecutantes.*

#### 2.3.1. Titulares de la protección. Tratamiento nacional. Derecho convencional.

Para la Convención de Roma (art. 3, a) artista intérprete o ejecutante es «todo actor, cantante, músico, bailarín, u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística». Estos son los titulares de la protección. La referencia a una obra literaria y artística supone una cierta subordinación al derecho de autor, puesto que esas actuaciones están basadas sobre obras dramáticas, musicales, o dramático-musicales, aunque entre aquéllos quedan incluidos, obviamente, los artistas de variedades o de circo que muchas veces no interpretan obras en la esfera del derecho de autor, pero cuyas actuaciones necesitan igualmente protección.

Corresponde a cada legislador nacional, en virtud de su derecho interno, otorgar la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de un Estado contratante, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones realizadas, fijadas por primera vez o radiodifundidas en el territorio del otro Estado contratante (art. 2, a). Obsérvese, cómo contrariamente a lo que sucede en las Convenciones sobre derecho de autor se ha descartado el criterio de la nacionalidad, tal vez por las dificultades que su adopción llevaba consigo. Y cada Estado contratante se compromete a dar «el mismo trato que a sus nacionales» a) cuando la ejecución se realice en otro Estado contratante; b) cuando ésta se fije en un fonograma (art. 5), o sea radiodifundida (art. 6).

El Derecho convencional difiere en su tratamiento. Así como a los productores de fonogramas o a los organismos de radiodifusión —más adelante se verá— les otorga un derecho exclusivo, no sucede lo mismo con los artistas, lo cual resulta totalmente paradójico si se tienen en cuenta que son éstos quienes más impronta dejan de su personalidad en sus actuaciones. El artista tiene la facultad de *impedir* (art. 7) (*autorizar* o *prohibir* son los verbos que se usan para los fonogramas y para la radiodifusión):

a) la radiodifusión o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubiere dado su consentimiento. Esta facultad no existe cuando la interpretación sea ya de por sí una ejecución radiodifundida o hecha a partir de una grabación;

b) la fijación sobre una base material (disco, cinta magnetofónica, *videotape*), sin su consentimiento, de su ejecución no fijada o grabación;

c) la reproducción de tal grabación siempre que se den los siguientes supuestos: 1, que la fijación original se hiciera sin su consentimiento; 2, que la reproducción se realizara para fines distintos a los autorizados; 3, que la fijación original se hiciera para fines distintos a los de la reproducción (una grabación hecha con fines didácticos, empleada después en otros usos).

Para facilitar la interpretación diaria de este artículo, el artículo 19 advierte que una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido (no se dice cómo) en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el art. 7.

Desde el punto de vista del organismo de radiodifusión el problema puede plantearse cuando estos artistas intérpretes o ejecutantes forman parte de la nómina mensual del ente radiotelevisivo. En tal caso, ¿hasta dónde será válido todo lo anterior? ¿Cualquier contrato puede invalidar las protecciones arriba expresadas?

El mínimo de protección establecido es el de veinte años, quedando en libertad cada legislador nacional de aumentar este plazo. Este tiempo se contará a partir del final del año de la fijación cuando las interpretaciones o ejecuciones estén grabadas en fonogramas (art. 14, a); y a partir del final del año en que se haya realizado la actuación, cuando tales interpretaciones no estén grabadas en un fonograma (art. 14, b).

La gran dificultad de proteger a los artistas intérpretes o ejecutantes en el sentido indicado, estriba en que su protección ha de surgir, precisamente, cuando su prestación —ya realizada— intenta ser explotada por terceros.

### 2.3.2. Derecho de arena.

Aunque los redactores de la Convención de Roma pusieron especial atención en la descripción de los titulares de la protección, un nuevo derecho ha surgido procedente de una legislación nacional, constituyendo una excepción a la regla más arriba anotada de que en esta materia de derechos conexos, la legislación específica de cada país ha bebido en las fuentes de los instrumentos internacionales. En la ley brasileña de derechos de autor de 1973 y en su Título V (derechos vecinos) se recoge, por primera vez en una legislación nacional o internacional el llamado *direito de arena* (derecho de arena) (art. 100) que protege al atleta (futbolista, etc...) que actúa en espectáculo público, con pago de entrada, y del que se prevé una grabación, transmisión o retransmisión, salvo (art. 101) que tales tomas no excedan de tres minutos (43)

(43) A efectos informativos, la FIFA permite tomar, sin pago de cantidad alguna, hasta nueve minutos de los partidos de fútbol de que es responsable. En otros deportes suele permitirse hasta siete minutos. En los últimos Juegos Olímpicos de Munich se permitió realizar hasta tres tomas de tres minutos.

y estén dedicadas a la información de la prensa, cine y televisión. No es de extrañar que esta disposición haya surgido en la patria de Pelé, quien tanto luchó por una protección de este tipo. En el I Seminario Internacional de Legislación de Radiodifusión (Río de Janeiro, noviembre, 1973) al que acudí en mi calidad de Presidente de la Comisión Jurídica de la OTI, se tuvo oportunidad de conocer el proyecto de Ley brasileño. Los radiodifusores unánimemente señalaron el peligro que una norma como esta pudiera significar para la futura retransmisión internacional de eventos deportivos (Juegos Olímpicos, campeonatos mundiales de fútbol, ciclismo, etc...). No obstante, la ley fue sancionada..

#### 2.4. *Productores de fonogramas.*

##### 2.4.1. Titulares de la protección. Tratamiento nacional. Derecho convencional.

*Fonograma* es «toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos», y *productor de fonogramas* «la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos» (art. 3 b, c, de la Convención de Roma, y art. 1 a, b, del Convenio de Ginebra). La Convención de Roma aclara otras dos técnicas: *publicación*, «el hecho de poner a disposición del público, en cantidad suficiente, ejemplares de un fonograma» (art. 3, d), y *reproducción* «la realización de uno o más ejemplares de una fijación» (art. 3, e). A los que añade el Convenio de Ginebra: *copia*, «el soporte que contiene sonidos tomados directamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho fonograma» (art. 1, c), y *distribución al público* «cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o a una parte del mismo» (art. 1, d).

Al igual que ocurre con los artistas intérpretes o ejecutantes, cada Estado contratante se compromete a dar «el mismo trato que a los nacionales», a los productores de fonogramas —titulares de la protección— que sean nacionales de un Estado contratante, con respecto a los fonogramas publicados o fijados por primera vez en su territorio (art. 2, b). El derecho convencional es muy flexible en la adopción de sistemas que permiten a los productores de fonogramas beneficiarse del tratamiento nacional. En el artículo 5 de la Convención de Roma se fijan los tres criterios aceptados para que un Estado conceda a los nacionales de otro la protección en este tema: *a)* criterio de la nacionalidad: que el productor del fonograma sea nacional de otro Estado contratante; *b)* criterio de la fijación: que la primera fijación sonora se hubiere efectuado en otro Estado contratante; *c)* criterio de la publicación: que el fonograma se hubiere publicado por primera vez en otro Estado contratante. Cuando un fonograma hubiere sido publi-

cado por primera vez en un Estado no contratante, pero lo hubiere sido también dentro de los 30 días subsiguientes en un Estado contratante (publicación simultánea), se considerará como publicado por primera vez en el Estado contratante (art. 5, párrafo 2). De los tres criterios señalados, el de nacionalidad es sin duda el más importante, ya que los otros dos pueden rechazarse por cualquier Estado en el momento de depositar el instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier otro momento posterior, pero en tal caso sólo surtirá efecto a partir de los seis meses de la fecha de la comunicación (art. 5, párrafo 3).

El derecho de los productores de fonogramas es absoluto: podrán (art. 10) autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. Una serie de formalidades se consideran necesarias para que pueda llevarse a efecto la protección, previstas en el artículo 11. Se deja a las legislaciones nacionales el establecimiento del límite máximo de la duración de la protección. Se establecen, en cambio, un mínimo de veinte años, contados a partir del final del año de la fijación del fonograma.

#### 2.4.2. Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Ginebra, 1971).

Un fonograma es el resultado de una serie de actuaciones. En su realización caben distinguirse tres etapas: *a*) la de grabación, actividad eminentemente coordinadora, con ribetes artísticos, consistente en escoger la obra, adaptarla, buscar intérpretes, los ensayos en estudio, la grabación, etc...; *b*) la reproducción de la primera grabación, competencia de la técnica, y *c*) la puesta a disposición del público de estas reproducciones que es operación eminentemente comercial. En términos generales la piratería del disco suprime la primera etapa, ejecuta la segunda (a veces con técnica imperfecta) y, sobre todo, realiza la tercera con gran beneficio comercial. Pero la Convención de Roma —un gran cajón de sastre, repito— no previó esta situación. Por eso, en mayo de 1970, en la reunión del Comité preparatorio *ad hoc* para la revisión de la Convención universal del derecho de autor, se planteó, con toda crudeza, el problema de la piratería del disco. Pronto se vio que esta cuestión no tenía cabida en la Convención de Roma. Y se convocó un año después (mayo 1971) un Comité de expertos: que, tras estudiar el tema, elaboró un proyecto considerado en la Conferencia diplomática de Ginebra, y el 29 de octubre de 1971, veintitrés Estados firmaban, en la capital suiza, el «Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas». El Convenio, que entró en vigor el 18 de abril de 1973 (art. 11, 1), no es muy extenso, pues consta tan sólo de 13 artículos, con una cláusula importante (art. 10); no se admitirá ninguna reserva al Convenio. En realidad, el Convenio viene



a remediar un mal —el de la piratería— existente tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, siendo preciso reconocer que la terapéutica propuesta parece acertada por la sencillez de los remedios a aplicar. Si en el artículo 5 de la Convención de Roma se fijan los tres criterios para que un Estado conceda a los nacionales de otro la protección, en el Convenio de Ginebra el único criterio que en principio se toma en cuenta es el de la nacionalidad del productor (art. 2), aunque el artículo 7, párrafo 4, reserve un pequeño lugar al criterio de la primera fijación. En el artículo 2 se recogen los supuestos en que, de acuerdo con la Convención, todo Estado contratante se compromete a proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales (44) de los otros Estados contratantes: *a*) contra la producción de copias sin el consentimiento del productor (reproducción ilícita) (45); *b*) contra la importación de tales copias (cuando la producción o la importación se haga con miras a una distribución al público), y *c*) contra la distribución nacional de fonogramas fabricados ilícitamente, y con destino al público. Por todo ello se invita a que cada Gobierno (art. 3) acepte, según sus necesidades, una de las siguientes alternativas: *a*) incluir la protección dentro de la legislación del derecho de autor (idea seguida por la *Copyright Act* de Gran Bretaña de 1956 y otros países de la Commonwealth); *b*) hacerlo a través de un derecho específico, o regulación especial a tal fin (más de cincuenta países se encuentran en este caso); *c*) protección mediante la legislación relativa a la competencia desleal, y *d*) protección mediante sanciones penales. Parece que las diferentes legislaciones se inclinan por las soluciones primera y segunda, cuyos textos podrán prever limitaciones de la misma naturaleza de las previstas para la protección de los autores de obras literarias y artísticas, y sólo podrán verse licencias obligatorias si se cumplen las condiciones expresadas en el artículo 6.

La duración de esta protección será determinada por la legislación nacional, pero no deberá ser inferior a los veinte años, matizando el artículo 4 la contabilización del artículo 14 de la Convención de Roma: se contará a partir del final del año, *a*) en que se fijaron por primera vez los sonidos incorporados al fonograma, o *b*) en que se publicó el fonograma por primera vez. Para el mejor control se exigirá en las copias autorizadas del fonograma el símbolo  $\textcircled{P}$ , acompañado de la indicación del año de la primera publicación. Extremos todos estos en los que el Convenio de Ginebra no hace sino ratificar la Convención de Roma.

El Convenio de Ginebra nació con la preocupación de no atentar

---

(44) Se prefirió adoptar la nacionalidad del productor como único criterio, frente al de la publicación que se sostenía como criterio suplementario.

(45) La palabra *copia* (en inglés *duplicate*) se prefirió a *ejemplar* (*copy*) utilizada en la Convención de Roma (art. 3 e) a causa de los problemas surgidos en los Estados Unidos en los asuntos Sears y Compco (cf. Stephen M. Stewart: *La Convention de Genève pour la protection des phonogrammes. Le Droit d'auteur*, juin 1973, pág. 117).

ni al derecho de autor ni a los otros derechos conexos. De entrada, en el preámbulo, se afirmaba que la reproducción no autorizada de fonogramas perjudica tanto los intereses de los autores como los de los artistas (párrafo 1), y que la protección de los productores de los fonogramas beneficiará no sólo a los artistas, sino a los autores cuyas interpretaciones y obras, respectivamente, están grabadas en dichos fonogramas (párrafo 2). Por si fuera poco, el párrafo 4 deja constancia del deseo de «no menoscabar en modo alguno los convenios internacionales en vigor», y en particular de «no poner trabas a una aceptación más amplia de la Convención de Roma». Todo lo cual es cierto, pero también lo es que la aparición de nuevos derechos exclusivos, en favor de un tercero, pueden perjudicar a los titulares de los derechos exclusivos preexistentes (léase derecho de autor), máxime si se tiene en cuenta que cualquier país puede ser parte del Convenio de Ginebra, sin tener que haber ratificado ninguna de las Convenciones sobre derecho de autor (a *sensu contrario* de lo que ocurre con la Convención de Roma, arts. 23 y 24). El tiempo dirá, por lo demás, si el Convenio de Ginebra resultará perjudicial para la Convención de Roma (Stewart no lo cree así) (46). En cierto sentido, el Convenio de Ginebra podría considerarse como uno de los acuerdos especiales a que hace referencia y que están previstos por el artículo 22 de la Convención de Roma. Françon (47), por su parte, no deja de señalar que al país que, por razones que no hacen al caso, le interese proteger a los productores de fonogramas y tenga sus dudas respecto a los demás derechos conexos, ratificará Ginebra en lugar de Roma. Además Ginebra no permite ningún tipo de reserva (art. 10), lo que le distancia de Roma, y ya se ha hablado de su carácter *abierto* a cualquier país del mundo, frente al criterio *cerrado* de la Convención de Roma, accesible sólo a los Estados parte de la Unión de Berna o de la Convención Universal sobre Derecho de Autor. En lo que respecta en sí mismo a los productores de fonogramas, los derechos acordados por el Convenio de Ginebra son a la vez más extensos y más restringidos que los de la Convención de Roma, dirá Stewart (48). Más restringidos porque el Convenio de Ginebra no se ocupa de los derechos de ejecución en materia de fonogramas previstos por la Convención de Roma (art. 12): más extensos porque se concede al productor, junto con el derecho de distribución, el derecho a impedir la importación de fonogramas fabricados ilícitamente lo que la Convención de Roma (art. 10) juzga como simple derecho de reproducción.

El Convenio de Ginebra sólo exige (art. 11) el depósito de cinco instrumentos de ratificación, a diferencia de la Convención de Roma que exigía seis (art. 25). Antes de que transcurrieran dos años de su firma entró en vigor (abril 1973), demostración del éxito obtenido.

---

(46) *Art. cit.*, pág. 118.

(47) *Art. cit.*, pág. 464.

(48) *Art. cit.*, pág. 118.

España ha ratificado el Convenio de Ginebra (49) y está en vigor desde el 24 de agosto de 1974, continuando su tradición legislativa en esta materia, a la que se hará mención más adelante.

## 2.5. Organismos de radiodifusión.

### 2.5.1. Titulares de la protección. Tratamiento nacional. Derecho Convencional.

El alcance jurídico de organismo de radiodifusión tal vez, por obvio, no se recoge en ninguno de los textos internacionales arriba citados. Sí, en cambio, se define la *emisión* como «la difusión inalámbrica de sonidos o imágenes y sonidos para su recepción al público», y *retransmisión*, «la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión» (artículo 3, f, g, de la Convención de Roma). Existe, sin embargo, un convenio regional del Consejo de Europa (Acuerdo para la protección de las emisiones de televisión), en donde se dice (art. 1) que los *organismos de radiodifusión* «constituidos en el territorio de una Parte del Acuerdo, con arreglo a las leyes de la misma, o que efectúen emisiones en dicho territorio, disfrutarán, etc...», con lo que, a través de la alternativa expresada, se perfila un concepto altamente sugestivo. Fuera de Europa, por supuesto, pero incluso ya en el Continente, existen responsables de emisiones de radiodifusión que más que organismos son simplemente *empresas o sociedades de radiodifusión*. Quizá por ello luego, simplificando, el Convenio de Bruselas, 1974, al que luego me referiré, prefiere hablar (art. 1, VI) de *organismo de origen* como de «la persona física o moral que decide sobre qué programa las señales emitidas serán portadoras».

Al igual que con los artistas, intérpretes o ejecutantes o los productores de fonogramas, la Convención de Roma otorga el «mismo trato que a los nacionales», a los organismos de radiodifusión que tengan su domicilio legal en el territorio de dicho Estado, con respecto a las emisiones difundidas desde emisoras situadas en su territorio (art. 2, c). Para que puedan beneficiarse de este tratamiento nacional, la Convención (art. 6) selecciona dos criterios: *a*) que el domicilio legal del organismo de radiodifusión esté situado en el territorio de un Estado contratante, y *b*) que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio de un Estado contratante. Se deja, sin embargo, a cada Estado (art. 6, párrafo 2) la posibilidad de fusionar ambos aspectos con tal de que lo haga saber en el momento de la ratificación o adhesión; aunque también pueda comunicarlo pos-

(49) Cf. *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de septiembre de 1974. En enero de 1975 el Convenio contaba con 15 ratificaciones o adhesiones: en *Europa*, República Federal de Alemania, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Mónaco, Suecia; en *América*, Argentina, Ecuador, Estados Unidos, Méjico, Panamá; en otros *Continentes*, Australia, Fidji, India.

teriormente, en cuyo caso hay que dejar pasar seis meses para que la notificación tenga validez.

Para poder cumplir sus fines, los organismos de radiodifusión (artículo 13 de la Convención de Roma) gozarán del derecho de autorizar o prohibir: *a*) la retransmisión de sus emisiones; *b*) la fijación sobre una base material de sus emisiones; *c*) la reproducción de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento, o con fines distintos a los previstos; *d*) la comunicación al público cuando se efectúe en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. En otras palabras, el organismo de radiodifusión tiene el derecho sobre la imagen que genera, que no puede ser utilizada para fines distintos a los previstos por el organismo de origen. Por eso, salvo con fines netamente privados, nadie —sin autorización— puede obtener fotografías de la pequeña pantalla y menos aún comercializarlas (50).

Salvo que la ley nacional estime otra cosa, la duración de la protección no podrá ser inferior a los veinte años, contados a partir del final del año en que se haya realizado la emisión (art. 14, c).

La propia emisión sonora o imagen televisiva puede afectar, a veces, al honor de las personas o instituciones y entrar en el campo del derecho de la persona, derecho a la imagen, etc. Para tales casos, en las leyes de prensa, es común recoger la existencia del derecho de rectificación y el derecho de réplica o de respuesta; las empresas radiofónicas suelen aceptar el primero, mas no el segundo y los organismos de televisión ninguno de ellos, aunque parece existir, en los últimos tiempos, cierta tendencia (Francia, por ejemplo) a su admisión.

### 2.5.2. Relaciones con otros derechos conexos.

Teniendo en cuenta el caballo de batalla que para los organismos de radiodifusión ha supuesto la redacción del artículo 12 de la Convención de Roma, ha parecido más oportuno tratarlo aquí que al hablar de la llamada utilización secundaria de los fonogramas. En definitiva, este artículo dice que si un fonograma (publicado con fines comerciales) o su reproducción son utilizados por la radiodifusión (o por cualquier otra forma de comunicación al público), este organismo deberá abonar una remuneración (equitativa y única): *a*) a los artistas intérpretes o ejecutantes; *b*) a los productores de fonogramas, o *c*) a unos y a otros. Se fijan pues, varias alternativas, dejando a cada legislación nacional determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de la remuneración. Fácil es comprender las complicaciones que surgen, en el terreno jurídico, con la existencia de diferentes categorías de titulares de derechos conexos con quien el organismo de radiodifusión ha de tratar, lo que en la práctica ha llevado en algunos países a que sea el productor de fonogramas el

(50) Puede verse, LUIS MARTÍN-BALLESTERO: La propiedad intelectual ante el cine, la radio y otras posibilidades de la técnica moderna. *Temis*, número 9 (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), 1961, pág. 107.

que actúa en representación del artista, con lo que siempre surge la duda de si, al fin, el artista es remunerado debidamente. Difícil problema para la práctica diaria el que la remuneración sea única, siendo, en cambio, dos los beneficiarios. Por otro lado, es patente el interés del productor del fonograma (a mayor abundamiento del autor y del artista) en que su grabación se transmita cuantas más veces para lograr una popularidad con su disco que incide, definitivamente, en su venta. Este interés parece reñido con el hecho de que el organismo de radiodifusión tenga además que remunerar unas audiciones que sólo favorecen al productor de fonogramas (así como al autor y artista). Parecería que debiera hacerse al revés, y así sucede en algunos países, en donde las casas discográficas, conscientes de la importancia de la difusión por radio y televisión de sus novedades, no dudan en llegar a ciertos acuerdos con las plantas de radiodifusión a los efectos indicados.

Ciertamente, la Convención de Roma permite la ratificación o adhesión con reservas, e incluso previendo las complicaciones que acarrearía el artículo 12, existe una disposición (art. 16) que permite a los Estados en relación con el discutido artículo: *a)* no aplicarlo; *b)* no aplicarlo con respecto a determinadas utilizaciones; *c)* no aplicarlo con respecto a los fonogramas, cuyo productor no sea nacional de un Estado contratante, y *d)* cuando lo sea, aplicar la reciprocidad en la medida en que lo haga ese Estado contratante con respecto a los fonogramas fijados por primera vez por un nacional del Estado que haga la declaración. También el artículo 16 prevé una reserva sobre el artículo 13, d, ya que un Estado contratante puede no aplicar dicha disposición, aunque en tal caso los demás no están obligados a conceder el derecho previsto al organismo de radiodifusión, cuya sede se halle en el primer Estado.

Para todos los derechos conexos (art. 15, párrafo 2) los Estados podrán establecer unas limitaciones análogas a las existentes a la protección del derecho de autor. Cualquiera que éstas sean deberán respetar las anotadas por la propia Convención (art. 15, párrafo 1) como excepciones cuando: *a)* se trate de una utilización para uso privado; *b)* se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; *c)* se trate de una fijación efímera o fugaz realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios, y para sus propias emisiones; *d)* se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.

El desarrollo cada día mayor de la televisión exigió a los organismos de radiodifusión la consecución, de los poderes públicos e internacionales, de una serie de preceptos que protegieran debidamente su labor. Y en este campo el Continente europeo será pionero.

### 2.5.3. Acuerdos regionales.

En Europa, por la propia configuración política del Continente, surgieron una serie de convenios alentados por el Consejo de Europa,

preocupado por encauzar debidamente las relaciones entre los organismos de radiodifusión.

- a) Acuerdo Europeo sobre el intercambio de programas por medio de filmes de televisión (París, 1958).

Para facilitar el intercambio de programas por medio de filmes de televisión, el Acuerdo de París de 1958 estableció una presunción en provecho del organismo de radiodifusión: salvo estipulación en contrario o particular el organismo de radiodifusión de un país parte (art. 1) tendrá derecho a autorizar en los demás países parte del Acuerdo la explotación en televisión de filmes de televisión, y de los cuales sea productor, facilitando dos definiciones del mayor interés. (art. 2): *filme de televisión* será «todo registro visual, o sonoro y visual, destinado a la televisión» y *productor* el «organismo de radiodifusión que haya tomado la iniciativa y la responsabilidad de la realización del filme de televisión». Saliendo al paso de las suspicacias al uso, el artículo 8 señala que no se verán afectados, quedando, por tanto, totalmente reservados: a) el derecho moral reconocido del filme; b) los derechos de autores de obras literarias, dramáticas o artísticas de los cuales se haya sacado el filme de televisión; c) los derechos de autor de la obra musical, con o sin letra, que acompañe al filme de televisión; d) los derechos de autor inherentes a filmes distintos de los filmes de televisión; e) los derechos de autor correspondientes a la explotación de los filmes de televisión de manera distinta a la de la televisión.

No todos los países de la zona europea han ratificado el Acuerdo. España depositó el instrumento de ratificación el 5 de diciembre de 1973 (51), uniéndolo a los ya depositados por Bérgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Suecia, Túnez y Turquía.

- b) Acuerdo Europeo para la protección de las emisiones de televisión (Estrasburgo, 1960). Protocolos (Estrasburgo, 1965 y 1974).

A los efectos de la radiodifusión no era suficiente proteger el intercambio de programas: era necesario proteger las propias emisiones. De ahí la existencia del Acuerdo Europeo firmado en Estrasburgo, en 1960, y cuyo artículo 1, en la protección de los organismos de radiodifusión, va más allá que el artículo 13 de la Convención de Roma (que fue suscrita un año después), pues sobre los extremos ya citados recoge el derecho para autorizar o prohibir la distribución al público de las emisiones por cable. Pero fue precisamente por la firma de la Convención de Roma, por lo que fue necesario retocar algunos de los artículos del Acuerdo de 1960 que se encuentran recogidos en el Protocolo relativo al Acuerdo Europeo para la protección de las.

(51) Cf. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de enero de 1974.

emisiones de televisión (Estrasburgo, 1965). En plena euforia, post-Roma se advierte que si bien el Acuerdo Europeo continuará en vigor sin limitación de duración, «sin embargo, a partir de primero de enero de 1975 ningún Estado podrá continuar siendo o llegar a ser parte del Protocolo, si no es asimismo parte de la Convención Internacional para la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, firmada en Roma el 26 de octubre de 1961». Al aproximarse aquella fecha y considerar de un lado que muchos de los países miembros del Acuerdo y el Protocolo de Estrasburgo (Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España (52), Francia, Gran Bretaña, Noruega y Suecia), seguían sin ratificar la Convención de Roma y que, de otro lado, para los países miembros era interesante mantener la eficacia del Acuerdo y del Protocolo de Estrasburgo que recogía el tema de la distribución por cable, que precisamente en Europa empezaba a dar al fin dolor de cabeza, el Consejo de Europa convocó al Comité Jurídico de Radiodifusión y Televisión y tras muchas discusiones, en las que hubo de intervenir, analizando una serie de alternativas, muy largas de expresar, se acordó firmar un Protocolo adicional al Protocolo al Acuerdo Europeo para la protección de las emisiones de televisión (Estrasburgo, 1974), en donde con solución salomónica (art. 1), y para dar nuevas oportunidades a los países para la ratificación de la Convención de Roma, se decidió prolongar diez años más la relación de dependencia entre ambos Convenios internacionales y leer 1 de enero de 1985, donde constaba 1 de enero de 1975. Todos los Estados miembros (53) del Acuerdo y el Protocolo firmaron o ratificaron, según los casos, el Protocolo de 1974, por lo que la familia europea se ha dado un nuevo cómputo de espera en este tema.

- c) Acuerdo Europeo para la represión de las emisiones de radiodifusión efectuadas por estaciones fuera de los territorios nacionales (Estrasburgo, 1965).

Dentro de la línea de protección a los organismos de radiodifusión debe situarse el «Acuerdo Europeo para la represión de las emisiones de radiodifusión efectuadas por estaciones fuera de los territorios nacionales» (Estrasburgo, 1965), en el que (art. 1) las estaciones de radiodifusión instaladas o en servicio a bordo de una nave, de una aeronave o de cualquier objeto flotante o aerotransportado y que fuera de los territorios nacionales transmita emisiones destinadas a ser recibidas en cualquier Estado contratante, o que causen interferencia perjudicial a cualquier servicio de radiocomunicación; serán perseguidas por los Estados que ratifiquen el Acuerdo. Bien cono-

(52) El instrumento de adhesión de España fue depositado en Estrasburgo el 22 de septiembre de 1971. (*Boletín Oficial del Estado*, de 13 de febrero de 1974.)

(53) España lo hizo en virtud del acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de marzo de 1974.

cidos son de los profesionales del medio los dolores de cabeza causados sobre todo en Mar del Norte por *Radio Norsdsee International*, *Radio Verónica* o *Radio Carolina*.

El Acuerdo está en vigor entre Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia. Muchas presiones se han realizado (54) para ampliar el número de ratificaciones. En España, el Consejo de Ministros, en 11 de enero de 1974, aprobó la adhesión al Acuerdo, pero parece ser que para la preceptiva audiencia de las Cortes convendría previamente retocar algunos artículos del vigente Código Penal Español.

#### 2.5.4. Convenios internacionales.

Si en las regiones que así lo necesitaban —Europa, por ejemplo— apareció una normativa capaz de ir protegiendo paulatinamente al organismo de radiodifusión, la aparición del satélite y su uso derivado de su comercialidad, comenzó a plantear a los organismos de origen problemas diversos —a nivel internacional— de los que no estaban ausentes, según se verá, el derecho de autor y los derechos conexos.

El organismo de radiodifusión que transmite una emisión a través del satélite sólo puede responsabilizarse del uso que va a hacerse de ella, si previamente se ha definido el área geográfica de utilización, etcétera... La Reunión de Expertos Gubernamentales sobre las Disposiciones Internacionales en la Esfera de las Comunicaciones Espaciales que convocó la UNESCO en París (2 a 9 de diciembre de 1969) reconoció «la necesidad y urgencia de conceder a la señal de radiodifusión transmitida por satélite una protección eficaz y legal contra la utilización no autorizada». Y en la misma reunión se estudiaron, a tal fin, estas tres posibilidades (55): *a*) la aplicación de la Convención de Roma, 1961, con las modificaciones que fueran necesarias; *b*) o la aplicación del Convenio Internacional de Telecomunicaciones (CIT) y su Reglamento de Radiocomunicaciones, y *c*) o la firma de un instrumento específico. Para considerar estos extremos, la UNESCO y la OMPI reunieron en Lausanne (21-30 de abril de 1971) un Comité de Expertos gubernamentales sobre los problemas que se plantean en la esfera del derecho de autor y de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en las transmisiones mediante satélites espaciales, Comité que se reuniría después dos veces más (París, 9-17 de mayo de 1972 y Nairobi, 2-11 de julio de 1973), tras la que saldría la convocatoria por parte del Gobierno belga de una Conferencia Di-

(54) Existe una resolución de la Conferencia de Ministros Europeos de Correos y Telecomunicaciones (CEPT) celebrada en Viena, abril 1972, recomendando a los países miembros la ratificación del Acuerdo de Estrasburgo.

(55) Cf. FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: Las comunicaciones internacionales en un mundo de satélites. *Revista de Política Internacional*, núm. 113, Madrid, enero-febrero 1971, págs. 57 a 76. Versión italiana en *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni*. Gennaio-aprile, 1971. ERI. Roma.



plomática, la Conferencia Internacional de Estados sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite. Tanto de Lausanne, como de París y Nairobi surgieron sendos proyectos de Convención, siendo el último el que con ligeras modificaciones fue firmado en Bruselas y bastará comprobar el título con que se convocaron las tres Reuniones de expertos y la Conferencia Diplomática para apreciar el camino recorrido. La elaboración fue lenta, pues debido al título de la convocatoria del Comité, los elementos citados aparte de los organismos de radiodifusión quisieron aprovechar la oportunidad para mantener o ganar algunas posiciones en la defensa de sus derechos. Los representantes de los organismos de radiodifusión tuvieron que explicar una y otra vez cuáles eran sus propósitos y cómo la obtención del Convenio era algo muy importante para sus fines, sin que atentara a ninguno de los otros grupos interesados. Lógicamente este tema fue objeto de consideración en la I Reunión interuniones de radiodifusión de Roma (marzo, 1972) (56).

— Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (Bruselas, 1974).

Tal fue el título del Convenio adoptado en Bruselas (20 de mayo de 1974). Pero puede ser útil dejar anotado, por la evolución de pensamiento que supone, que el de Nairobi fue el de «Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas y distribuidas mediante satélite», y que en uno de los anteriores borradores se hablaba de «Convenio para prohibir la distribución no autorizada de señales portadoras de programas comunicadas por medio de satélites». De la preocupación por prohibir la distribución no autorizada de la señal se pasó a proteger la distribución de la señal portadora de programas. Si en los proyectos de Lausanne y París se prevenían unas sanciones internacionales para que el organismo emisor estuviera debidamente protegido, en el proyecto de Nairobi —adoptado en Bruselas— se acordaba que serán los Estados contratantes quienes se obliguen a preocuparse de que la señal enviada por satélite no sea distribuida por unos distribuidores que no están autorizados para ello por el organismo emisor. Mientras que en un primer caso se hablaba de una protección general de todo cuanto tuviera que ver con la imagen que el satélite transporta, la filosofía aceptada en Bruselas es que cada Estado, con las medidas penales o simplemente de policía administrativa que estime oportuno, deberá señalar aquellos casos de mal empleo de la señal. En una palabra: serán los Estados quienes se harán responsables de la buena distribución y no el organismo emisor u organismos de origen que sólo tendrán que contar con las autorizaciones habituales.

El Convenio de Bruselas, que consta de 12 artículos, es consciente «de que la utilización de satélites para la distribución de señales porta-

(56) En el punto 2 del orden del día de la Comisión Jurídica.

doras de programas aumenta rápidamente, tanto en volumen como en extensión geográfica» y advierte que su firma no pretende debilitar la Convención de Roma, de 1961, ni a ninguno de los derechos en ella recogidos (art. 6). En su art. 1 se señalan aparte de las ya citadas, algunas definiciones de interés; *señal*, «todo vector producido electrónicamente y apto para transmitir programas»; *programa*, «todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporado a señales destinadas a la distribución»; *satélite*, «todo dispositivo situado en el espacio extraterrestre y apto para transmitir señales»; *señal emitida*, «toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite y pasa a través de él»; *señal derivada*, «toda señal obtenida por modificación de las características técnicas de la señal emitida, haya tenido o no una o varias fijaciones intermedias»; *distribuidor*, «la persona física o moral que decide que se efectúe la transmisión de señales al público en general o cualquier parte de él»; *distribución*, «toda operación con la que un distribuidor transmite señales al público en general o a cualquier parte de él». Si el proyecto de París preveía más bien un derecho exclusivo de autorización en favor del organismo de origen, la filosofía que triunfó en Nairobi y, por tanto, en Bruselas, fue la del receptor, es decir que todo Estado contratante se obliga (art. 2) «a tomar las medidas adecuadas para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o pasada a través de un satélite». El art. 3 advierte, lo que es de importancia relevante, que el Convenio no se aplica a los casos de radiodifusión directa por satélite; ésta fue una de las innovaciones importantes de Bruselas, dado que el proyecto de Nairobi aunque no fuera de manera clara sí preveía también esta posibilidad. Al haber triunfado la tesis final de Bruselas, si de una parte se facilita la cuestión de endosar al Estado receptor la posibilidad de tomar todo tipo de decisiones (sin excluir las penales), es indudable que algún problema puede plantearse a ciertos países en vías de desarrollo, cuyo aparato jurídico puede no estar en condiciones de afrontar la protección solicitada por Bruselas.

Es de esperar que, en un plazo breve, el Convenio de Bruselas cuente con las ratificaciones requeridas para entrar en vigor. Conclusión lógica, si se tiene en cuenta que en Bruselas, ni el Consejo Internacional de autores (CISAC), ni las Federaciones de artistas (FIM), ni la industria fonográfica (IFPI) se opusieron a su texto que fue adoptado por unanimidad por los 47 Estados votantes y suscrito en la propia Bruselas por quince Estados: Alemania, Bélgica, Brasil, Costa de Marfil, Chipre, España, Estados Unidos, Israel, Italia, Kenia, Líbano, Marruecos, Méjico, Senegal y Suiza. Y estará abierto a la firma en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, hasta el 31 de marzo de 1975. El Consejo de Ministros español dio la correspondiente autorización para la firma en su reunión de 3 de mayo de 1974, consecuentemente con la política española en este tema. España es el mayor utilizador televisivo

de los satélites del Atlántico de INTELSAT, siendo el primer país del mundo que unió su territorio metropolitano televisivamente (Península Ibérica e Islas Canarias) a través de un satélite (57).

### 3. RADIODIFUSIÓN.

La radiodifusión es más joven que el derecho de autor y prácticamente contemporánea de los derechos conexos de quien ya se dijo fue, en buena parte, su propulsora. En 1973, se celebró en toda Europa (58) el cincuentenario de la radio, porque fueron cincuenta los años que hacía que, en la Gran Bretaña, la BBC comenzara unas emisiones utilizando los geniales descubrimientos de Marconi. La televisión es todavía más reciente; no es necesario, tan siquiera, volver la página atrás, la tenemos delante de nosotros. Tras sus comienzos en los Estados Unidos, en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial empiezan tímidamente las emisiones en Gran Bretaña y es de nuestros días la emoción de recibir por primera vez una imagen entre Gran Bretaña y Francia, de poder ver la coronación de la Reina Isabel II de Inglaterra, de que nos llegue en directo la imagen del Papa Pío XII, de ser testigos del recibimiento triunfal de Eisenhower en Madrid, o de una final de fútbol de la Copa de Europa.

#### 3.1. *Análisis de su contenido.*

Aunque otra cosa parezca no es fácil dar una buena definición de radiodifusión, pues hay quien sólo repara en su aspecto técnico y existe a quien sólo interesa su indudable influjo social. Rivero, por citar un comentarista español, la define como «el servicio de radiocomunicación mediante el cual, y con una regulación jurídica compleja, se instrumenta el ejercicio de la libertad de expresión y de información mediante las emisiones, además de realizarse por mediación de ésta una serie de actividades tendentes a la satisfacción de necesidades individuales y

---

(57) A raíz de la inauguración el 25 de abril de 1971 de la estación terrena de Agüimes, en las Islas Canarias, y como consecuencia del contrato firmado entre la Compañía Telefónica Nacional de España y la Radiotelevisión Española de utilización por esta última de los sectores televisivos de las estaciones terrenas de Buitrago (I y II) y de Agüimes. (El segundo país fue Canadá con el lanzamiento del satélite doméstico "ANIK", en noviembre de 1972). Cf. FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: Los satélites de telecomunicación. *Futuro-Presente*, núm. 16, Madrid, febrero 1973, págs. 52-59.

(58) En España, a fines de 1973, se organizó en Madrid, en el Palacio Nacional de Congresos y Exposiciones, una Exposición "50 años de la radio en España, 1923-1973". En noviembre de 1974, en Barcelona, se celebraron grandes festejos con motivo del 50 aniversario de Radio Barcelona, 1924-1974, concediéndose 50 medallas a los profesionales más destacados (Cf. *Diario de Barcelona*, 10 y 15 de noviembre de 1974, y *Ondas*, núm. 522, noviembre 1974); y ANGEL FONS BELAU: Radiodifusión Española: horizonte de un cincuentenario. *Nuestro Tiempo*, núm. 245, noviembre 1974.

sociales» (59). Se hace gracia, por lo demás, de la serie de definiciones de tipo sociológico que es fácil encontrar en cualquier libro sobre la materia.

Existen tres conceptos que en el mundo internacional técnico es preciso distinguir: telecomunicación, radiocomunicación y radiodifusión. Así lo hace el Convenio Internacional de Telecomunicaciones (CIT) de Málaga-Torremolinos (1973) actualmente vigente (60). En su anexo 2 se dice que *telecomunicación* es «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos»; que *radiocomunicación* es «toda telecomunicación transmitida por medio de ondas radioeléctricas» y que el servicio de *radiodifusión* es todo «servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género». Queda, pues, bien claro que el servicio de radiodifusión comprende bien las emisiones sonoras (comúnmente radio), bien las emisiones sonoras y visuales (comúnmente televisión), bien las emisiones de otros géneros (facsimilar, etc.). Lo que sucede es que en el lenguaje cotidiano el término radiodifusión se identifica a veces solamente con radio. Se observará, por ende, que en el presente trabajo se emplea la palabra radiodifusión englobando tanto a la radio como a la televisión, y se utiliza estos dos modos corrientes de expresarse cuando a ellos específicamente quiera hacerse referencia. Sería interesante desmenuzar el contenido de la definición de radiodifusión, mas como ya se ha hecho, *in extenso*, en otro lugar, a él me remito (61). Conviene anotar, no obstante, que de acuerdo con esta definición, para nosotros, la radiodifusión es un servicio público, abstracción hecha de la estructura jurídica del organismo estatal o paraestatal o de la empresa privada que de ella se ocupe, y de sus diversas fuentes de financiación.

En un sentido lato, puede afirmarse que en la legislación española, en el R. D. de 24 de enero de 1908, ya se hacía referencia a la radiodifusión

---

(59) ENRIQUE RIVERO YSERN: *Consideraciones en torno a la radiodifusión en el Derecho Español*. Instituto "García Oviedo". Universidad de Sevilla, 1968, pág. 44.

(60) Hasta la fecha, existe la práctica de en todas las Conferencias de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones revisar el Convenio Internacional de Telecomunicaciones (CIT). La de Málaga-Torremolinos no fue excepción, sustituyendo el nuevo CIT allí aprobado al anterior Convenio de Montreux (1965). Existe el proyecto de, en el futuro, retocar periódicamente sólo aquellos puntos que se consideran más adjetivos, recogiendo en una Carta constitutiva los que tienen carácter fundamental, lo que habrá de decidirse en la Conferencia de Plenipotenciarios de Nairobi, de 1978. El nuevo CIT de Málaga-Torremolinos (1973) todavía no ha sido ratificado por España. El texto del de Montreux puede encontrarse en el *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de octubre de 1967.

(61) Cf. Consideraciones sobre la radiodifusión y las relaciones ibero-americanas. *Revista de Política Internacional*, núm. 126, marzo-abril 1973, páginas 122 y ss.

sión, pues al recoger en el art. 1 los servicios que se considerarán monopolio del Estado (62), tras referirse a la «telegrafía hertziana», «telegrafía etérica» y «radiotelegrafía», incluía los demás procedimientos similares ya inventados o que puedan inventarse en el porvenir (63). Pero habrá que esperar hasta 1923 para encontrar una disposición (R. O. de 26 de mayo) en la que se incluya la palabra radiodifusión (art. 3) y hasta 1960 (Decreto de 29 de diciembre) para ver la palabra televisión incluida en la denominación de un centro directivo, la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, incurriendo en un error terminológico que hubiera sido fácil de salvar, si se tiene en cuenta lo dicho más arriba. En el orden jurídico, el año 1924 fue testigo de la primera regulación específica para la radiodifusión, ya desgajada del tronco menor de las radiocomunicaciones y del mayor de las telecomunicaciones, al promulgarse, tras los acuerdos finales de la Conferencia Nacional de Telegrafía sin Hilos de fines de 1923, el Reglamento para el establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas particulares (R. O. de 14 de junio de 1924) (64). Después, en la normativa española irán apareciendo sucesivas definiciones, más o menos precisas del medio. La Real Orden Comunicada de 13 de julio de 1927 considera la radiodifusión como «medio de comunicación, instrumento de seguridad pública, organismo propulsor de la cultura y auxiliar de los intereses económicos del país». El Decreto de 8 de abril de 1932 la define en su Exposición de motivos, como «elemento indispensable de la civilización que abarca todos los aspectos de la vida humana, tanto en lo educativo o pedagógico como en los de tipo económico, y como sistema inapreciable para la propagación del pensamiento». El art. 1 de la Ley de 26 de junio de 1934 asegura que «el servicio de radiodifusión es una función esencial y privativa del Estado y al Gobierno corresponde desarrollar el servicio». En el art. 1 del Decreto de 4 de agosto de 1944 se entiende por radiodifusión «la producción de emisiones radioeléctricas destinadas, mediata o inmediatamente, al público en general, o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, de mero recreo y publicitarios».

Toda legislación sobre radiodifusión en nuestro país se encuentra

---

(62) Basado en este R. D., Villar Palasí presenta esta disposición como modelo de técnica de la *publicatio ad cautelam* al reservar al Estado, como dice Luis Ezcurra, "una actividad futura no real ni presente, a cuyo amparo nació la radiodifusión española, dieciséis años más tarde, con las mismas peculiaridades jurídicas y administrativas que las demás radiocomunicaciones" (Cf. LUIS EZCURRA: *Historia de la radiodifusión española. Los primeros años*. Editora Nacional, Madrid, 1974, pág. 26). En el mismo sentido, CARLOS SORIA: *Orígenes del derecho de radiodifusión en España, 1907-1936*. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1974, pág. 16.

(63) Como sucede con tantas otras disposiciones españolas, el R. D. de 1908 recoge el espíritu de la ley francesa de 2 de mayo de 1837, que reservaba para el Estado francés no sólo el monopolio telegráfico, sino cualquier tipo de comunicación *par tout autre moyen*.

(64) Cf. LUIS EZCURRA: *Op. cit.*, pág. 139.

un tanto dispersa y necesita de una Ley que refunda los preceptos existentes y los adapte a las necesidades de nuestros días. La primera —y única— norma de este rango que existe en España es la Ley de 26 de junio de 1934, actualmente vigente, «en todo aquello que no ha sido modificado por las normas fundamentales del nuevo Régimen español» (Exposición de motivos del Decreto de 14 de noviembre de 1952). Aunque su promulgación supuso un gran avance en la historia de la radiodifusión española (65), es evidente que esta Ley, verdadero Estatuto de nuestro medio, al decir de Ezcurra (66), no puede dar hoy respuesta efectiva a los problemas cada día más complejos que plantea el mundo de las comunicaciones nacionales e internacionales.

### 3.2. Fines de la radiodifusión

A la radiodifusión y, sobre todo, a la televisión vienen adjudicándoseles generalmente tres cometidos: informar, formar y entretener, que responden, respectivamente, a los contenidos sobre los que se basa la programación de la pequeña pantalla. Y estos fines suelen a veces incluirse en los textos legales. Por citar el más reciente: la ley francesa de radio y televisión de 28 de julio de 1974 (que suprime la ORTF) afirma en su art. 1 que «el servicio público nacional de la radiodifusión televisión francesa asume, dentro del cuadro de su competencia, la misión de responder a las necesidades y a las aspiraciones del público, en lo que respecta a la información, comunicación, cultura, educación, entretenimiento y todo el conjunto de valores de la civilización».

Para que la producción de programas con destino nacional o internacional cumpla los fines previstos es necesario que se tenga en cuenta toda aquella legislación que, de una forma o de otra, puede incidir en el éxito de aquélla. Por ello, puede comprenderse cómo el conocimiento de la legislación internacional sobre derecho de autor y sobre

---

(65) Cf. RIVERO YSERN: *Op. cit.*, pág. 80; C. SORIA: *Op. cit.*, págs. 134 y siguientes; V. SORIA: Orientaciones radiofónicas. *Comentarios al Plan Nacional de Radiodifusión*. Imp. Martosa, Madrid, 1936, pág. 83-84; J. BENEYTO: *Ordenamiento jurídico de la información*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, pág. 132.

(66) EZCURRA (*op. cit.*, pág. 239) señala como características más sobresalientes de la ley: "a) definición pública del servicio de radiodifusión como función esencial y privativa del Estado, correspondiendo al Gobierno su desarrollo; b) planificación de la radiodifusión para asegurar la cobertura de todo el territorio nacional, a través de emisoras propiedad del Estado, sin que éstas puedan enajenarse o ser objeto de concesión alguna; c) establecimiento de limitaciones al derecho de radiodifusión de los particulares; d) ordenación jurídica de la radiodifusión con criterio europeo, pero con soluciones *sui generis*, concordes con el panorama político español y con la historia de la radiodifusión nacional, inclinándose, en algunos sectores y actividades, hacia ordenaciones de tipo liberal, y, en otras, hacia el más acusado ejercicio del poder por el Estado". Son muy interesantes sus consideraciones (página 250.1) sobre la transferencia de las competencias en materia de radiodifusión a la Generalidad de Cataluña, en 1934.

derechos conexos es inexcusable, pues es internacional el principio de la sumisión de la radiodifusión al derecho de autor. Ciertos tratadistas, al estudiar el derecho de autor, no dudan en incluir secciones especiales consagradas a su efecto en la radiodifusión: un ejemplo a citar sería el del magnífico libro de Henri Desbois (67). No es posible detenerse en tantos aspectos importantes, pero un tanto casuísticos; mas siguiendo a Debbasch (68) sí podría hablarse de problemas generales y de problemas específicos. Entre los primeros deben citarse: *a*) las comunicaciones surgidas como consecuencia de una emisión inicial, ya sea ésta simultánea o a través de un relé. En este caso habría que considerar asimismo la radiodistribución; *b*) la radiodifusión de una ejecución pública; *c*) la recepción pública de las emisiones; *d*) el derecho de adaptación; *e*) las grabaciones con su distinta consideración, según sean durables o efímeras; *f*) la utilización por los organismos de radiodifusión de los discos de comercio, y *g*) la proyección de largometrajes (*features*) en la pequeña pantalla. Entre los problemas específicos: *a*) la delimitación de lo que es la obra radiofónica o televisiva (¿ésta última tributaria de la obra cinematográfica?); *b*) consideración de la obra hecha especialmente para televisión, pero con la posibilidad de realizar después un *special* para su explotación cinematográfica; *c*) la diferencia entre el autor asalariado y el no asalariado (aquél es el que pertenece a la nómina del organismo de radiodifusión); *d*) la diferencia en las prestaciones con respecto a otros medios: en televisión, más localista, puede pagarse por pieza vendida; en cine, en cambio, se abona de una vez para siempre. Todo ello como consecuencia de lo compleja que es la obra radiofónica o televisiva; obra original, guión de adaptación, guión técnico, música ambiental, música especialmente compuesta para la obra realizada, etc., etc. Defendiendo los intereses de la radiodifusión, Straschnov no duda en hacer ver cómo no es posible que en este medio se otorgue igual tratamiento al derecho de autor o a los derechos conexos, ya que no es lo mismo el autor, artista o editor musical que trabaja para un solo caso concreto (teatro o cine) que aquél que lo hace para varios programas en catarata (televisión). Punto de vista cierto, pero también lo es el contrario: por las distintas características de los medios, una misma obra en teatro o cine se repite muchas veces, mientras que en la televisión el mismo esfuerzo de creación sirve tan sólo para un pase. Satanowsky analiza el proceso antes, en y después de la emisión (69). Las operaciones previas a la emisión propiamente dicha están integradas por la representación, ejecución o recitación en el

---

(67) HENRI DESBOIS: *Le Droit d'auteur en France*. Deuxième édition. Dalloz, París, 1966, especialmente págs. 174-179, 299-310, 744-752.

(68) CHARLES DEBBASCH: *Traité du droit de la radiodiffusion. Radio et Télévision*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1967, páginas 375-443.

(69) ISIDRO SATANOWSKY: *op. cit.*, págs. 392-395, y GEORGES STRASCHNOV: *op. cit.*, 1948, págs. 29-78.

estudio (70). Para llevarlas a cabo es necesario haber obtenido ya la autorización de los autores y el consenso de los intérpretes, etc. de la obra. La variedad de la forma de emisión (directa o diferida) no afecta al fondo de la cuestión, siempre que la grabación, en el segundo caso, sea efímera y no tenga utilización posterior. Ni afecta tampoco cuando existe una retransmisión en cadena, si las diversas emisoras son del mismo ente; otra cosa sucede cuando existe una conexión con empresa u organismo distinto, pues se considera como una nueva comunicación dando nacimiento a un nuevo ejercicio del derecho de autor. La recepción no plantea problemas cuando es privada; pero cuando es pública (bares etc.) surge un nuevo derecho de autor, por el carácter lucrativo del establecimiento. Si la recepción se recibe por cable, como un simple medio técnico de apoyatura, no parece surjan exacción de nuevos derechos; no así cuando la emisión es recibida por un grupo de personas a quien se les brinda unos tipos de programas especialmente confeccionados (filodifusión).

Los artistas intérpretes o ejecutantes juegan lógicamente un papel relevante en cualquier producción radiofónica o televisiva. Mas no sólo ellos, los coros, los músicos, los coreógrafos, etc... Problema que se agudiza cuando la producción cruza las fronteras y se exhibe en país extranjero. Es bien conocido el «affaire Fürtwängler» en el que el juez reconoció el derecho de intérprete: se trataba de discos confeccionados utilizando las bandas magnéticas de un organismo de radiodifusión sin la previa autorización del director de orquesta Fürtwängler.

En los procesos anteriormente descritos inciden también los derechos de los editores de música o de los productores de discos de comercio. Si el organismo de televisión, en lugar de producir su propio programa, prefiere emitir un filme, es lógico que abone los derechos de autor correspondientes a toda obra cinematográfica (71) aunque el productor sea quien otorgue la correspondiente autorización, previa compensación económica, al organismo de televisión. A veces, es la radio la que adapta (serial) un gran éxito cinematográfico; el productor es el que debe también, en este caso, conceder la autorización, sin perjuicio de que haya que solucionar también los derechos de autor o del guionista del filme.

### 3.3. Nuevas técnicas de la radiodifusión

La década de los años 60 cambió por completo la faz de las comunicaciones internacionales. Satélites internacionales fueron surgiendo en el espacio, cada uno con cometidos concretos y usos múltiples, y nuestro

(70) Como recoge LUIGI SORDELLI (*L'opera dell'ingegno. Interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*. Giuffrè. Ed. Milano, 1954, página 200), la cuestión se complica cuando la radiodifusión tiene lugar desde un teatro o lugar público, en cuyo caso es necesario la oportuna autorización del propietario o del empresario del teatro.

(71) Cf. *Le cinema dans la Convention de Berne*. BIRPI. Genève, 1960.



planeta ha ido poblándose de estaciones terrenas, aflorando una nueva geografía internacional de alcance ilimitado. En la Conferencia Administrativa Mundial de Telecomunicaciones Espaciales (CAMTE), de Ginebra, 1971, el *satélite* quedó definido como un cuerpo que gira alrededor de otro cuerpo de masa preponderante y cuyo movimiento está principalmente determinado, de una forma permanente, por la fuerza de atracción de este último. El 26 de abril de 1965 es, a mi modo de ver, la fecha en que termina la prehistoria de las comunicaciones por satélite (72) y se entra de lleno en su historia: el lanzamiento del «Pájaro madrugador» o *Early Bird*, primer satélite comercial de comunicaciones del mundo, es el progenitor de la serie que con el nombre de INTELSAT permitirá no sólo racionalizar y planificar los lanzamientos de estos satélites, sino sobre todo dar vida al sistema comercial mundial de telecomunicaciones, surgido a raíz de los acuerdos internacionales de Washington de 1971 creadores de la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite (INTELSAT) (73). Esta Organización no es universal puesto que existe el Sistema Internacional de Telecomunicaciones mediante Satélites Artificiales de la Tierra (INTERSPUTNIK) acordado en Moscú, 1971, que utiliza los satélites del tipo Molnya y al que pertenecen, encabezados por Rusia, los países del este europeo, y otros simpatizantes como Cuba, etc.

Nuestra propia generación está siendo testigo de la evolución sufrida por los satélites de telecomunicaciones. En un principio, la comunicación se celebraba entre dos puntos, emisor y receptor; de ahí que se hablara de satélites de comunicación de *punto a punto*. A éstos les sustituyeron los satélites de *distribución* que cuentan con estaciones terrenas emisoras-receptoras; en realidad, en el caso de la televisión, estos últimos sustituyen a los enlaces hertzianos de una manera más ágil y a veces con repercusiones económicas menos onerosas. Cuando entren en funcionamiento los satélites de *radiodifusión directa*, las formas de utilización serán bien distintas. En tal caso, los programas de televisión (o de radiodifusión sonora) transmitidos desde su estación terrena al satélite no tendrán que pasar a través de una estación terrena receptora, sino que a partir del propio satélite llegará la señal a los receptores individuales o comunales de cada lugar.

Estas innovaciones técnicas están alumbrando nuevos conceptos. Hasta el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones en su versión de 1968 no aparece descrito el *servicio de radiodifusión por satélite*, que queda configurado (art. 1, párrafo 84 AP) como «un servicio

---

(72) El 4 de diciembre de 1957 tuvo lugar, por parte de Rusia, el lanzamiento del Sputnik-1, primer satélite internacional para el estudio de la ionosfera. El 31 de enero de 1958 lanzaron los Estados Unidos al Explorer-1 y desde entonces fueron sucediéndose la serie de Vanguard, Pioneer, Lunik, Discoverer, Tiros, Transit, Echo, Mariner, etc.

(73) Cf. FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: INTELSAT: Los Acuerdos de Washington de 1964 y de 1971. *Revista de Política Internacional*, núm. 118, noviembre-diciembre 1971.

espacial en el cual las señales emitidas o retransmitidas por estaciones espaciales, o transmitidas por reflexión en objetos situados en órbita alrededor de la Tierra, están destinadas a la recepción directa por el público en general». La Conferencia Administrativa Mundial de Telecomunicaciones Espaciales (CAMTE), Ginebra, 1971, no dudó en establecer una diferencia entre la recepción individual y la recepción comunal en el servicio de radiodifusión por satélite, añadiendo los siguientes párrafos: 84 APA, *recepción individual* es «la recepción de emisiones de una estación espacial de radiodifusión por satélite por medio de instalaciones domésticas sencillas y, en particular, mediante antenas de débil dimensión»; 84 APB, *recepción comunal* es «la recepción de emisiones de una estación espacial de radiodifusión por satélite, por medio de instalaciones receptoras que, en ciertos casos, pueden ser complejas y comprender antenas de mayores dimensiones que las utilizadas para la recepción individual y destinadas a ser utilizadas por un grupo de público, en general, en un mismo lugar o mediante un sistema de distribución que sirva una zona limitada» (74).

¿En qué medida estas nuevas técnicas presentes (satélites de punto a punto y de distribución) y futuras (la radiodifusión directa por satélite puede ser un hecho en el decenio de los 80) afectan al derecho de autor y a los derechos conexos? A mi modo de ver, por muy importantes que sean los descubrimientos realizados, los satélites de telecomunicación no constituyen por sí un nuevo medio de comunicación, aunque, sin duda, favorecen un desarrollo extraordinariamente potente de las telecomunicaciones. Como afirma Wilbur Schramm «representan no tanto un nuevo punto de partida en el campo de las comunicaciones humanas, sino más bien una nueva fase de la ofensiva en curso desde hace quinientos años contra el tiempo y el espacio» (75). Por ello, los problemas planteados en los campos del derecho de autor y de los

---

(74) En este trabajo de clarificación de conceptos mucho ha hecho el Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite (INTELSAT) (Washington, 1971) al establecer una distinción entre servicios públicos de telecomunicaciones y servicios especializados de telecomunicaciones. El artículo I, k) define como *servicios públicos de telecomunicaciones* «los servicios de telecomunicaciones fijos o móviles que puedan prestarse por medio de satélite y que estén disponibles para su uso por el público, tales como telefonía, telegrafía, télex, transmisión de facsímil, transmisión de datos, transmisión de programas de radiodifusión y televisión, entre estaciones terrenas aprobadas para tener acceso al segmento espacial de INTELSAT, para su posterior transmisión al público, así como circuitos arrendados para cualquiera de estos propósitos, pero excluyendo...». El artículo I, l) designa los *servicios especializados de telecomunicaciones* como «los servicios de telecomunicaciones distintos de aquellos definidos en el párrafo k) del presente artículo, que pueden prestarse por medio de satélite, incluyendo, aunque sin limitarse a ello, servicios de radionavegación, de radiodifusión por satélite para recepción por el público en general, de investigación espacial, meteorológicos y los relativos a recursos terrestres».

(75) WILBUR SCHRAMM: Conséquences sociales prévisibles de la généralisation des communications spatiales en *L'information à l'ère spatiale. Le rôle des satellites de communication*. UNESCO, París, 1968, pág. 12.

derechos conexos por la utilización de los satélites de telecomunicación para la transmisión de programas de televisión son en realidad problemas de aplicación práctica que no tocan al fondo de los respectivos derechos. Ciertamente, que los contratos que se concluyan con los organismos de radiodifusión ahora —que funcionan los satélites de distribución— y el día de mañana —cuando sean una realidad los satélites de radiodifusión directa— tendrán que ser modificados y adaptados, en el sentido que más abajo se señala, pero sin que ello afecte para nada a los principios sobre los cuales se basa actualmente la protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos. Si ahora la adquisición del derecho de radiodifusión y el pago de los derechos correspondientes incumben al organismo que difunde (o lo que es lo mismo al organismo retransmisor), para cuyo cálculo es básico conocer la determinación y la evaluación del público, es indudable que el día que sea un hecho la radiodifusión directa por satélite, no será fácil saber quién recibe la emisión o quién la escucha. Quizá entonces habrá que abandonar la vieja noción de difusión a la llegada —o sea de la comunicación al público— y sustituirla por el criterio de la autorización concedida en el punto de partida, de una vez para siempre, y cualquiera que sea la parte del mundo en donde pueda captarse la emisión. Piénsese en la práctica cinematográfica. Salta a la vista que lo que alterará, pues, será la aplicación mas no el contenido del derecho. La protección del derecho no puede ser la misma en la «época de los manuscritos, en la de la imprenta, en la de las ondas hertzianas o en la era electrónica y espacial», concluirá Desantes (76). Lo que, en definitiva, vendría a solucionar de alguna manera, los problemas existentes entre las legislaciones de algunos países europeos y los Estados Unidos, pues sabido es que hoy puede reivindicarse el derecho de autor en el país de importación, aún no estando eventualmente investido de este derecho en el país de producción, ya que la protección de la obra sigue el régimen del país en que se solicita la protección independiente de la existencia o no de protección en el país de origen. Lo que sí podría ocurrir a autores y a artistas intérpretes o ejecutantes es que, como dice Cocca, la «emisión en radiodifusión directa disminuya sensiblemente sus posibilidades de retribución» (77) aunque con la ventaja, añadido por mi parte, de que unos y otros tendrán un solo interlocutor válido (el productor o el organismo de radiodifusión de origen) y lógicamente su retribución vendrá percibida prácticamente al contado. Las nuevas técnicas de la radiodifusión, pues, afectarán más a las retribuciones y a sus formas de percepción que al ejercicio, en sí, de los derechos.

---

(76) JOSÉ MARÍA DESANTES: *La información como derecho*. Editora Nacional. Madrid, 1974. pág. 349.

(77) ALDO ARMANDO COCCA: *Consolidación del derecho espacial. Contribución del pensamiento argentino a la codificación del espacio*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1971, pág. 248.

### 3.4. Marco jurídico internacional de la radiodifusión.

El soporte técnico de la radiodifusión son las ondas electromagnéticas y las ondas, por su propia constitución, no conocen fronteras, desbordan los límites nacionales, son internacionales por su propia naturaleza. Por ello surgen problemas en el derecho respectivo, el Derecho Internacional, y, como consecuencia, en las propias relaciones internacionales, dificultades derivadas, unas veces, de la propia técnica y, otras, de la acción voluntaria o involuntaria del hombre (interferencias). Si la radiodifusión, por naturaleza, es internacional quiere ello decir que el derecho que debería aplicársele sería Derecho Internacional. Mas ello no es así: en sus comienzos, a la radiofonía no se le concedió mayor importancia que la de ser un aspecto de las radiocomunicaciones, por lo que se le aplicaron unos moldes, luego extensivos también a la televisión a todas luces insuficientes y basados en la soberanía del Estado. El principio del «derecho soberano de cada país de reglamentar sus telecomunicaciones» (Preámbulo del Convenio Internacional de Telecomunicaciones. Málaga-Torremolinos, 1973), actualmente vigente, ha ido pasando de Convenio en Convenio. Por lo que hoy, la radiodifusión de cada país reposa, en general, sobre la infraestructura técnica de las telecomunicaciones que están construidas sobre base nacional. Pero, por otro lado, las nuevas técnicas espaciales, por su complejidad y estructura, cada día necesitan, en mayor grado, de la cooperación internacional. Por eso, en más de una ocasión he empleado el símil de que el mundo internacional de las telecomunicaciones se mueve como el equilibrista entre dos polos: el de la soberanía nacional y el de la cooperación internacional y que el hilo que une ambos extremos hay que recorrerlo de acá para allá y de allá para acá, como si fuera una simple lanzadera. Con este matiz: si el derecho espacial tiene su acta de nacimiento en 1957, año del lanzamiento del primer Sputnik, el acta de bautismo del nuevo Derecho Internacional de la radiodifusión coincide con la puesta en órbita del Telstar en 1962 y el acta de confirmación coincidirá con el lanzamiento del *Early Bird* en 1965. Hasta 1962 en la radiodifusión, no obstante la naturaleza de sus ondas, privaba el aspecto nacional sobre el internacional. La aparición de los satélites artificiales ha supuesto un giro casi copernicano: por fuerza, cada vez será más fuerte la presión internacional a costa de las legislaciones nacionales. Por eso, en la asignatura «Problemática internacional de la radio y televisión» que desde el año escolar 1968-69 vengo impartiendo en el curso de Estudios Especiales de la Escuela Oficial de Radiodifusión y Televisión, dedico especial atención a diferenciar debidamente tres ramas del orden jurídico internacional que cada día van acentuando sus propios perfiles: el Derecho Espacial, el Derecho Internacional de las Telecomunicaciones, y el Derecho Internacional de la Radiodifusión. No parece ser este el lugar adecuado para profundizar en el tema, pero sí era necesario, cuando menos, avanzar un punto de vista personal sobre los condicionamientos en que

ha de moverse el Derecho de la Radiodifusión, tanto a escala nacional como internacional.

### 3.4.1. Derecho Espacial.

El Derecho Espacial —según algunos autores, Derecho Internacional Cósmico— tiene por objeto regular la actividad humana derivada del uso pacífico del espacio en función terrestre; debe incumbir al Derecho Espacial el estudio de los problemas en la zona existente entre lo que es competencia del Derecho Aeronáutico (espacio aéreo) y la propia del Derecho Interplanetario (espacio sideral y otros cuerpos celestes). Desde hace ya tiempo las Naciones Unidas vienen preocupándose de los problemas espaciales (78) y fruto de ello fue una «Declaración de principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre» (1963) que en su conjunto han sido incorporados al *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes*, firmado simultáneamente en Londres, Moscú y Wáshington el 27 de enero de 1967; completado, por el momento, por el *Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de cosmonautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre*, de 1968 y el *Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales*, de 1971. Debe tenerse presente que el satélite que utiliza la radiodifusión está ubicado precisamente en la zona que cubre el Derecho Espacial.

Ya se escribió que las dos organizaciones mundiales, en materia espacial, son INTELSAT e INTERSPUTNIK, aunque también existan otras a nivel regional (79).

### 3.4.2. Derecho Internacional de Telecomunicaciones.

El Derecho Internacional de Telecomunicaciones tiene su base en los principios recogidos en el *Convenio Internacional de Telecomunicaciones* (CIT) aprobado en Málaga-Torremolinos, 1973, y vigente desde 1 de enero de 1975; y completado por los siguientes reglamentos administrativos:

- Reglamento Telegráfico.
- Reglamento Telefónico.
- Reglamento de Radiocomunicaciones.
- Reglamento Adicional de Radiocomunicaciones.

(78) Cf. FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: art. cit., núm. 113 de la *Revista de Política Internacional*, febrero-enero 1971.

(79) Por ejemplo, la Organización Europea para la Construcción y Lanzamiento de Vehículos Espaciales (Londres, 1962), más conocida por las siglas inglesas de ELDO, y la Organización Europea de Investigaciones Espaciales (París, 1962), más conocida por ESRO.

todos los cuales han sido objeto de retoques en las últimas Conferencias Administrativas Mundiales: la encargada de elaborar un plan revisado de adjudicación para el Servicio Móvil Aeronáutico (Ginebra, 1966); la de Telecomunicaciones Espaciales (Ginebra, 1971) continuadora, en cierta medida, de la de Ginebra de 1963 encargada de atribuir bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones espaciales; y la encargada de cuestiones relativas al Servicio Móvil Marítimo (Ginebra, 1974) continuadora de la de Ginebra de 1967. Ya ha sido convocada para 1979, la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones (Resolución 88 de la Conferencia de Plenipotenciarios de Málaga-Torremolinos) que habrá de revisar el Reglamento de Radiocomunicaciones y el Reglamento Adicional de Radiocomunicaciones.

La *Unión Internacional de Telecomunicaciones* (UIT), heredera de la Unión Telegráfica Internacional (UTI), organismo especializado de las Naciones Unidas para las telecomunicaciones, tiene su sede en Ginebra. Su estructura cuenta con la Conferencia de Plenipotenciarios, las Conferencias Administrativas y el Consejo de Administración. Entre sus órganos permanentes están la Secretaría General, la Junta Internacional de Registro de Frecuencias (IFRB) y el Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones (CCIR) y el Comité Consultivo Internacional Telegráfico y Telefónico (CCITT) (80).

### 3.4.3. Derecho Internacional de la Radiodifusión.

Si el Derecho de la Radiodifusión es aquel que se ocupa de la reglamentación de todo lo concerniente a los servicios de radiocomunicación, cuyas emisiones, destinadas a ser recibidas por el público en general a través de los medios técnicos definidos, tienen el propósito de elevar la cultura de su audiencia por medio de la información, la formación (o educación) y el entretenimiento, el Derecho Internacional de la Radiodifusión será el que se ocupe, a tales niveles, de reglamentar todo aquello que de un lado, afecta a la internacionalidad de las ondas (reglamentación de frecuencias, reparto de frecuencias, planes...), y de otro, a la internacionalidad de aquellos aspectos (técnicos o artísticos) que es preciso tener en cuenta para proceder a la producción de programas. El día en que sea una realidad la radiodifusión directa por satélite alcanzará un gran desarrollo esta rama del derecho. Hoy en el Derecho de la Radiodifusión inciden una serie de normas internacionales que es preciso tener muy en cuenta al planificar la programación de una planta. Pero a veces, estas normas no son de fácil aplicación; de ahí los problemas. Por ello no cabe confundir —y no es mero juego de palabras— el Derecho Internacional de la Radiodifusión con el Derecho de la Radiodifusión Internacional. Dentro de aquél deben caber las normas.

(80) A nivel regional existen otras organizaciones. En Europa, la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT). En América, la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL). En África, la Unión Africana de Telecomunicaciones. Los países de la Commonwealth también tienen su Oficina de Telecomunicaciones.

de derecho de autor y derechos conexos en cuanto aplicables al medio concreto.

Existen múltiples uniones internacionales de radiodifusión pero todas ellas de carácter no gubernamental. A ellas se hará referencia más adelante.

#### 4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Será interesante observar la evolución histórica de los derechos tratados páginas atrás y de los medios arbitrados para su defensa.

##### 4.1. *Derecho de autor.*

En los comienzos, en el pasado siglo, el tema del derecho de autor tuvo un tratamiento nacional. Antes de la conclusión de convenciones internacionales multilaterales, y aparte de algunos convenios esporádicos bilaterales, la protección de la obra extranjera se confiaba a las disposiciones contenidas en las diferentes leyes nacionales y aplicables, en tanto que derecho interno, a las obras extranjeras. Francia (1852) y Bélgica (1886) seguían el principio de la asimilación del extranjero al nacional: Alemania (1871), Suecia (1877), Suiza (1883), Hungría (1884) aplicaban el principio de la territorialidad, o el del estatuto personal: España (1879) e Italia (1865-1882) preferían el principio de la reciprocidad legislativa. Este desarrollo legislativo es, en definitiva, el efecto de la labor efectuada por las organizaciones de autores que se fueron creando en cada país. En Francia, 1829, se creó la *Sociedad de Autores y Compositores Dramáticos*, más conocida con el nombre de «Dramatique», dedicada a los hombres del teatro. En 1837, para combatir la piratería de la prensa y salvaguardar la reproducción y traducción de artículos surge la *Société de Gens de Lettres de France* que organizará en 1878 un Congreso literario internacional en París —por iniciativa de Victor Hugo— y que daría lugar al nacimiento de la *Association Littéraire Internationale* convertida en 1844, en *Association Littéraire et Artistique Internationale*. En 1851 aparece la *Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música*, «Sacem» a la que debe su vida el derecho de ejecución musical. En 1896, surgiría el *Syndicat de la Propriété Artistique*, asociación de defensa profesional de los artistas plásticos.

En España, a lo largo del siglo XIX, irán apareciendo diversas asociaciones literarias. En 1835, lo haría el *Ateneo Científico y Literario*; en 1837, el *Liceo Artístico y Literario*; en 1873, la *Asociación de Escritores y Artistas Españoles*, pero todas ellas eran más bien lugares de reunión y de tertulia que centros de protección de derechos. Los autores continuaban sometidos a los editores. En 1892, por influjo de la francesa, surgió la *Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música* que presidió el Maestro Chapí. Por aquellas fechas, existía también la *Asociación Lírico-Dramática*, de la que fue nombrado secretario, en 1899, Sinesio Delgado, quien consiguió, en el propio año, crear la *Sociedad de Autores Españoles*. Todavía en 1900 tomó vida

una *Asociación de Autores, Compositores y Propietarios de Obras Teatrales*, que dejó de existir a los dos años de creada. En esas fechas es preciso anotar el interés con que se defendieron los derechos de autor en las ex colonias de Cuba, Puerto Rico y Filipinas. El art. 13 del Tratado de Paz, de 11 de abril de 1899, entre España y Estados Unidos, disponía que los *copyrights* y patentes adquiridas por los españoles en esos territorios serían respetados y que las obras españolas científicas, literarias y artísticas serían admitidas durante diez años (81).

La Sociedad General de Autores Españoles vivió hasta 1932, fecha en que surgió la actual *Sociedad General de Autores de España* (SGAE) instituida oficialmente por Ley de 24 de junio de 1941, como (art. 1) «entidad única que asume la representación y gestión de los derechos de autor en España y en el extranjero» (82). Se rige por los Estatutos aprobados por Decreto de 16 de mayo de 1963, en donde se reafirma que fue creada (art. 1) «para la representación, la recaudación, el reparto y la defensa de los derechos de autor producidos en España y generados mediante la utilización, por cualquier medio, de obras de autores nacionales o extranjeros, indistintamente. Análoga misión le corresponde en el exterior...» (83).

En todos los países fueron apareciendo florecientes sociedades de Autores, con las que hoy en día nuestra SGAE tiene firmados pactos de representación recíproca. Pero estas Sociedades nacionales pronto se percataron de que debía existir una asociación internacional que les sirviera de defensa y estímulo, a la vez, en la protección de sus intereses. Así surgió, en 1927, en Roma, la *Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores* (CISAC) que reemplazó, extendiendo sus competencias, a la Confederación Internacional de Sociedades Dramáticas, creada, en París, en año anterior. La CISAC es una organización internacional no gubernamental, sin fin lucrativo, con sede en París; sus Estatutos vigentes fueron aprobados en la reunión de Viena, 1968. En sus órganos profesionales está el Congreso Mundial de Autores y Compositores, constituido por los siguientes Consejos Internacionales: a) el Consejo internacional de autores y compositores dramáticos, b) el Consejo internacional de autores y compositores de música, c) el Consejo internacional de autores literarios, d) el Consejo internacional de autores de Cine. Sus órganos sociales son: la Asamblea

(81) Por un Acuerdo de julio de 1895 se protegió, por primera vez, las obras españolas en los Estados Unidos. Tras la guerra del 98 y el Tratado de Paz, un canje de notas de 1902 (*Gaceta de Madrid*, de 7 de diciembre) restableció la validez del Acuerdo de 1895 (Cf. J. FORNS: art. cit. *Revista de Derecho Privado*, núm. 402, Madrid, septiembre 1950).

(82) Quedaron disueltas (art. 1) las Asociaciones conocidas por la denominación de *Sociedad de Autores Dramáticos de España*, *Sociedad de Autores de Variedades*, *Sociedad Española del Derecho de Ejecución*, *Sociedad Española de Asuntos Líricos*, *Sociedad Española del Derecho de Reproducción* y *Sociedad de Autores Cinematográficos*.

(83) La SGAE nada tiene que ver con la *Agrupación Nacional de Escritores Españoles*, cuyos Estatutos fueron aprobados por Orden de 14 de diciembre de 1962 de la Delegación Nacional de Sindicatos.



General, el Consejo de Administración, el Bureau Ejecutivo y el Secretario General. La fuerza internacional de la CISAC es notable. En los propios Estatutos de la SGAE se hace referencia a ella (art. 2, k) y art. 20) (84). Entre las muchas decisiones y resoluciones adoptadas en sus reuniones, destaca, con mucho, la llamada *Carta del derecho de autor*, aprobada en Hamburgo (septiembre, 1956) de valor doctrinal e internacional indudable, no obstante haber sido suscrita en una Conferencia no-gubernamental. La Carta está dividida en cinco partes: De la función social de los autores, de la naturaleza jurídica y del contenido del derecho de autor, sobre el ejercicio y la duración del derecho de autor, sobre la función de las sociedades de autores, sobre la protección internacional del derecho de autor. «Es preciso evitar confundir la idea de la protección de los intereses generales, que implica la libre difusión de la cultura y de la información, con la idea de la protección de los intereses industriales y comerciales que se derivan de la explotación de las obras de espíritu» (punto 3). «Los intereses legítimos de los artistas intérpretes o ejecutantes, y de los de las industrias que aseguran la difusión de las obras del espíritu, no pueden reglamentarse legalmente sino en su propio dominio» (punto 4). «Una persona moral no puede nunca ser considerada como el titular original del derecho de autor en una obra del espíritu» (punto 6). «La obra del espíritu no puede ser considerada como una mercancía, cuya venta agota todos los derechos del vendedor» (punto 9, 1). «Los diferentes derechos exclusivos del autor en lo que concierne a las utilizaciones económicas de sus obras, tales como: la reproducción gráfica o la reproducción por cualquier otro medio, la grabación mecánica, la adaptación cinematográfica, la representación, el recitado y la ejecución pública y la radiodifusión y la televisión, la adaptación a otra forma de expresión, son prerrogativas independientes la una de la otra, cuya transmisión a terceros sólo puede depender de manifestaciones expresas y distintas de la voluntad del autor» (punto 9, 2). «Perpetuidad del derecho moral» (punto 12). Las sociedades de autores son «organismos indispensables para la determinación, el control, la percepción y el reparto de los derechos de representación y de ejecución públicas, de radiodifusión, de televisión y de reproducción mecánica» (punto 14). El ejercicio del derecho de autor no debe estar sujeto a la doble imposición (punto 20). A nivel regional, en el Continente americano, existe la *Federación Interamericana de Sociedades de Autores y Compositores* (FISAC), nacida en 1942, con sede en La Habana.

Una serie de publicaciones existen en la materia: el *Boletín de derecho de autor*, editado, trimestralmente, por la División de derecho de autor de la UNESCO; *Le droit d'auteur*, revista mensual de la

---

(84) La *Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs* (CISAC) no debe confundirse con la *Confédération internationale des travailleurs intellectuels* (CITI), con la *International Copyright Society* (INTERGU), con la *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI), ni con la *International Writers Guild* (IWG).

OMPI, quien también publica, trimestralmente, la revista *La Propiedad intelectual*; la *Révue internationale du droit d'auteur* (RIDA), revista trimestral francesa que se edita en París; *Il diritto di Autore*, la revista italiana que dirige Valerio de Sanctis; *Interauteurs*, la revista anual de la CISAC, y de otras muchas revistas que, en diferentes lenguas, publican ciertas Sociedades de Autores extranjeros.

En el futuro, el derecho de autor puede beneficiarse, en alto grado, de la utilización de ordenadores y de la informática (85).

#### 4.2. *Derechos conexos*

Por su parte, los destinatarios de los derechos conexos han ido también agrupando sus intereses, y sobre las organizaciones nacionales han ido surgiendo otras internacionales, presentes en los foros internacionales cada vez que se discute algún convenio multilateral que, de alguna forma, puede afectarles. Así, deben anotarse, la *Federación Internacional de Actores* (FIA), la *Federación Internacional de Músicos* (FIM), la *Federación Internacional de Artistas de Variedades* (IFVA), así como en otro marco, la *Federación Internacional de Asociaciones de Productores de Filmes* (FIAPF) y la *Unión Internacional de Explotación Cinematográfica* (UIEC). La industria fonográfica actúa a través de la *Federación Internacional de la Industria Fonográfica* (IFPI), y de 1907 data la creación de la *Société Générale Internationale d'Édition Phonographique* (EDIFO), hoy sustituida por el *Bureau International des Sociétés gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique* (BIEM) (86), con sede en París, y cuyos últimos Estatutos datan de 1968. La SGAE forma parte del BIEM, cuyos intereses representa.

#### 4.3. *Radiodifusión.*

La radiodifusión ha seguido un proceso análogo. Los organismos de radiodifusión, que en la zona europea actúan en la mayoría de los casos con carácter de monopolio, a diferencia de lo que ocurre en el continente americano, han ido creando sus Uniones internacionales. No existe, como en el caso de los autores, una Unión internacional, sino que existen varias regionales que acogen a los entes que, en las respectivas áreas, militan. De 1925 data la primera: la *Unión Internacional de Radiodifusión* (UIR) con sede en Ginebra y a partir de 1929 en Praga, que dejó de existir con la Segunda Guerra Mundial. Después de

---

(85) Cf. JAVIER LASSO DE LA VEGA JIMÉNEZ-PLACER: *La documentación y la electrónica en el campo del Derecho. Una revolución*. Dirección General de Archivos y Bibliotecas. Madrid, 1969, págs. 60-62.

(86) Se mantuvieron las mismas siglas que antes correspondían a *Bureau International de l'Édition Mécanique*. Todas las siglas que se incluyen en este apartado son las habituales por las que son conocidas en el mundo internacional.

esas fechas en los distintos continentes surgieron las siguientes Uniones, todas ellas internacionales, y de carácter no gubernamental (87).

1. Continentales.

a) *Europa.*

*Unión Europea de Radiodifusión* (UER), que agrupa a los organismos de radiodifusión de la llamada zona europea de radiodifusión. Tiene su sede en Ginebra y su Centro Técnico en Bruselas. Es, sin duda alguna, la Unión más importante de las existentes.

*Organización Internacional de Radiodifusión y Televisión* (OIRT), que une los países de Europa Oriental. Tiene su sede en Praga, donde también está su Centro Técnico.

b) *Asia.*

*Asian Broadcasting Union* (ABU), a la que pertenecen los organismos de radiodifusión de los países situados en Asia o en el Pacífico entre los 30 grados Este y los 170 grados Oeste. Tiene su sede en Tokio y quedó formalmente establecida en 1964.

c) *Africa.*

*Union des Radiodiffusions et Télévisions Nationales d'Afrique* (URTI-NA) nació en Rabat, en 1962, y agrupa a los organismos de radiodifusión africanos. Tiene su sede en Dakar.

d) *América.*

*Asociación Interamericana de Radiodifusión* (AIR), fundada en 1946 y compuesta por las Asociaciones Nacionales de todo el Continente. Su sede está actualmente en Montevideo.

*Caribbean Broadcasting Union* (CBU), nacida en 1970 con su domicilio social en Port of Spain, cuyos miembros son los de los países del Caribe.

2. Extracontinentales.

a) De expresión árabe: *Arab States Broadcasting Union* (ASBU), nació en 1955 y une a los Estados de la Liga Árabe. La sede se encuentra en El Cairo y el Centro Técnico en Jartum.

b) Lengua española y portuguesa: *Organización de la Televisión Iberoamericana* (OTI), surgida en Méjico en 1971, en donde por el momento tiene su sede. Sus miembros son todos los de expresión his-

---

(87) Muy ampliamente en FÉLIX FERNÁNDEZ-SHAW: Uniones internacionales de radiodifusión. *Revista de Política Internacional*, número 128, julio-agosto 1973, págs. 57-82; y específicamente: *La Organización de la Televisión Iberoamericana (OTI): Orígenes y situación actual* (en prensa).

pano-portuguesa, principalmente los iberoamericanos (y cadenas de los Estados Unidos que emiten en Español) y los iberoeuropeos. La OTI se distingue de todas las demás Uniones citadas en que sus miembros son sólo de televisión y no de radio. Su creación se ha debido a la existencia y utilización de los satélites.

c) Lengua inglesa: *Commonwealth Broadcasting Association* (CBA), creada en Malta, en 1974, al concluir la Décima Conferencia de los organismos de radiodifusión de los países de la Commonwealth, cuya primera conferencia se celebró en Londres, en 1945. La CBA tiene su sede en Londres. Por supuesto, los Estados Unidos no pertenecen a esta Asociación.

Llevados sin duda, por la complejidad de los temas que cada día han de afrontar las Uniones de Radiodifusión, todas ellas han celebrado ya dos Reuniones inter-Uniones de auténtico carácter y proyección internacional: la primera en Roma (1972) y la segunda en Río de Janeiro (1973). La tercera se celebrará en Teherán, 1978. Mas no parece probable que, no obstante estos contactos, las uniones existentes formen una superunión, con estatutos propios, etc. En la reunión de Roma, los radiodifusores suscribieron una *Declaración de principios* de once puntos, fijando sus responsabilidades en los campos de la información, de la educación y del entretenimiento y ratificando el deseo de cooperación y colaboración internacional para el intercambio de programas. En la reunión de Río de Janeiro también quisieron adoptar los *Principios que han de regir la televisión por satélite de recepción directa*, mas fue necesario que un Grupo de Trabajo de dicha Conferencia se reuniera en Madrid (enero, 1974) para perfilarlos (88). Algunas de las Uniones internacionales (UER, OTI...) los apoyaron, mas como no se obtuvo la unanimidad, habrá que esperar a que los problemas de la radiodifusión directa por satélite sean más acuciantes.

Diversas publicaciones se preocupan de estas materias aparte del *Boletín de las Telecomunicaciones* que mensualmente publica la UIT. Casi todas las Uniones citadas tienen sus revistas periódicas de información, con artículos doctrinales, etc...; de entre ellas, destaca la *Révue UER/EBU Review* que dedica seis números al año a problemas técnicos y otros seis a temas generales y jurídicos. Por su especialización también merece citarse *Il Diritto delle Radiodiffusioni e delle Telecomunicazioni* que edita la Radiotelevisión Italiana (RAI).

Esta breve disquisición histórico-organizativa fue necesaria para comprender el porqué, a veces, de las tensiones existentes entre quienes se ocupan de la defensa del derecho de autor y de los derechos conexos y quienes se encuentran abocados a mantener con carácter ejecutivo y profesional, a diario, unas emisiones que necesitan cumplir rabiosamente con una actualidad palpitante al tiempo que se encuentran con una legislación frondosa y de no claro alcance. Es cierto que no todos los proble-

---

(88) La Presidencia del Grupo me permitió comprobar hasta qué punto estaban encontradas las posiciones.

mas se plantean con igual acritud en todos los meridianos. Los problemas de los organismos de radiodifusión de los países en vías de desarrollo o del tercer mundo merecen que el autor o sus herederos sean comprensivos con estas realidades de nuestro tiempo, sin que con ello pretenda abrirse un escotillón por el que los países que no se encuentran en aquella condición quieran, tal vez, aprovecharse de unas disposiciones que para ellos no fueron dictadas. Y debe comprenderse que si el derecho de autor, y todo lo con él relacionado, es materia con perfiles bastante clarificados, la radiodifusión, más joven, tiene todavía muchos problemas que afrontar y resolver.

### III. LEGISLACION ESPAÑOLA

Con los antecedentes anotados, a nadie puede extrañar de que en España, desde un principio, la fuerza del derecho de autor haya sido la derivada de su proceso de existencia; aunque, por otro lado, se echa de menos que el legislador español (89), al igual que se ha hecho en otros tantos países, no haya puesto su reloj en hora para adaptar a las necesidades de hoy, la Ley y el Reglamento de la Propiedad Intelectual del pasado siglo y la serie de disposiciones que han ido dictándose en lo que va de siglo en materia de derechos conexos. Jurídicamente, en España, la interpretación del derecho de autor y de los derechos conexos en relación con los instrumentos de comunicación social ha de hacerse por vía extensiva y supliendo las lagunas que surgen en el quehacer de la emisión radiofónica o televisiva diaria.

#### 1. RADIODIFUSIÓN Y DERECHO DE AUTOR.

##### 1.1. *Alcance del derecho de autor.*

España —se ha visto— fue miembro fundador de la Unión de Berna, cuyos Estatutos ha ratificado en todas sus versiones, así como es parte de la Convención Universal de Ginebra y miembro de la OMPI. Los ligámenes internacionales de España en esta materia son, pues, muy profundos. Antes de que apareciera la segunda ley de Protección Intelectual de 1879, España tenía firmados una serie de Convenios de propiedad literaria con Francia, Inglaterra, Bélgica, Cerdeña, Portugal y los Países Bajos, que fueron denunciados (art. 51) para adaptarlos a las nuevas exigencias. Fruto de éstas fueron los nuevos

---

(89) Muchos han sido los intentos de remozar el Derecho de propiedad intelectual. Pueden citarse, entre otros, el Proyecto de ley sobre propiedad intelectual preparado por la Comisión que creó la O. M. de 24 de febrero de 1934: la Orden de 7 de octubre de 1938 que formó una Comisión con análogo fin... El intento más reciente se hizo en 1966, cuando por iniciativa del Ministerio de Educación Nacional se creó una Comisión de expertos, altamente calificados, que debía elaborar un anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.

Convenios con Francia (1880), Italia (1880), Portugal (1880), El Salvador (1884), Colombia (1885), Guatemala (1893), Costa Rica (1893), Ecuador (1900), Panamá (1912), Perú (1924), Paraguay (1925), República Dominicana (1930), Nicaragua (1934), Bolivia (1936), etc. España se adhirió a la Convención de Montevideo sobre derecho de autor (1889), por la que se encuentra ligada a Argentina y Paraguay (90). El derecho de autor goza, pues, en España de un sólido soporte legal, tanto en su derecho patrimonial como en su derecho moral, con una amplia duración de esta protección (ochenta años a partir de la muerte del autor, o de la muerte del último de los autores, si la obra fue escrita en colaboración) (91). El autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad (art. 428 del Código civil). Los derechos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial son hipotecables dirá el art. 45 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que establece la Hipoteca Mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Y se apreciará la importancia que las obras del espíritu tienen en la legislación española tanto que el

---

(90) Vid. textos en RUDA, ya cit.

(91) Con razón dice CARLOS ALVAREZ ROMERO (El Derecho de propiedad intelectual; su temporalidad. *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán*. Volumen V. Ed. Universidad de Navarra. Pamplona, 1969), que al enfrentarse con el tema de la duración del derecho de autor, existen "dos grandes campos, el de los defensores de la perpetuidad y el de los partidarios de la limitación, aunque este último grupo carece de uniformidad en cuanto a la duración del plazo, cómputo del mismo y ejercicio de los derechos en razón del tiempo transcurrido". Quienes justifican la limitación basan su postura en la participación que la sociedad tiene en la obra, al haber transmitido al autor sus conocimientos y que, por lo tanto, es justo que transcurrido un cierto tiempo y fallecido el autor, retornen esos derechos a la sociedad de la que se forma parte. Punto de vista cierto, pero si los predios rústicos y los inmuebles se transmiten de padres a hijos, ¿por qué hacer una discriminación con las obras de creación del ingenio humano? Cuando éstas son auténticas los herederos se encuentran más cerca de ellas, que pudieran estarlo de una tierra... que a lo mejor en su vida han pisado. Porque son conscientes de lo que supusieron para el autor. La propia experiencia familiar ahorra otras explicaciones: tras mi hermana mayor, a todos los hermanos en el acto del bautismo se nos dejó constancia del éxito de las zarzuelas de nuestro padre. Mi hermano se llama también Francisco porque nació un año después del estreno de *Doña Francisquita* (1923). A mí mismo se impusieron también el nombre de Juan Pedro, personaje principal de *La Rosa del Azafrán* (1930). Mi hermana menor es contemporánea de *Luisa Fernanda* (1932), de ahí que lleve también este nombre.

A pesar de lo escrito, me parece justificable que el hombre devuelva a la sociedad lo que ésta le proporcionó, a condición de que se utilice el mismo parámetro para otras obras del ingenio humano, de las que la propia sociedad debe disfrutar y que no pueden quedar a la total disposición de un heredero no escrupuloso o de un especulador. Por eso, estoy de acuerdo con la tesis sustentada por JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ (*La transmisión de obras de arte*. Ed. Revista de Derecho Primado, Madrid, 1975, pág. 256), cuando dice que "el propietario de la obra de arte, edificio u objeto no debe ser un propietario absoluto de ella, con derecho de uso exclusivo, y mucho menos de destrucción". El valor social de la propiedad adquiere cada día más fuerza. El particular podrá disfrutar de tales objetos de arte, pero la sociedad ha de preocuparse del buen fin de los mismos.

derecho de autor no tiene carácter de bien ganancial, considerándose un bien patrimonial, precisamente por su procedencia que no es otra que: la creación intelectual o individual. En la legislación española vigente, tanto el autor, como el traductor como el guionista, como el compilador, el refundidor, etc., o sus causahabientes están amparados por la ley y para que la radiodifusión española haga uso o utilice cualquiera de sus producciones, se necesita la autorización previa de quienes puedan darla, salvo el caso de que la obra en cuestión hubiera caído en el dominio público. Todo ello acorde, por extensión, con la legislación vigente, porque el art. 1 de la Ley de 1879 y el art. 1 del Reglamento de 1880 (92) al referirse «a los medios de impresión que se inventen en lo sucesivo» estaba dejando ya la puerta abierta para que la radio y la televisión pudieran acogerse a esta normativa.

La doctrina española es unánime al respecto. Ya en 1933, escribía Joaquín Guichot que la protección abarca todos los momentos de la radiodifusión: la emisión, la retransmisión y la ejecución mediante un aparato; «sin permiso del autor, una obra no puede radiarse, ni transmitirse, ni recogerse en un altavoz público, permiso que se cambia, como es lógico, por una pequeña cantidad que es lo que se llama derecho de autor» (93). Giménez Bayo y Rodríguez Arias afirmarán rotundamente, que «las emisoras radiofónicas no pueden lícitamente transmitir obras de propiedad privada sin el correspondiente permiso de sus autores o propietarios» (94). Francisco Bonet concluirá que, en España «puede configurarse la difusión radiofónica ante el espíritu de la ley y la elasticidad de los textos, sin ninguna violencia, dentro del derecho de representación, pues la emisión por ondas hertzianas envuelve ella misma los caracteres de publicidad exigidos por la ley» (95).

## 1.2. *Primeros tiempos.*

Pero lo cierto fue que cuando la radio empezó a popularizarse en España, comenzó el conflicto por la percepción de los derechos corres-

(92) Antecedentes españoles: una ley de Carlos III de 1792, señaló que el privilegio de imprimir una obra corresponde a quien la ha compuesto, privilegio que se extendía a sus herederos, salvo en el caso de que éstos no lo solicitaran (RR. OO. de 22 de marzo de 1763, de 20 de octubre de 1764, y de 14 de junio de 1778), en cuyo caso podía imprimirse la obra. Las Cortes de Cádiz, por Decreto de 10 de junio de 1813, reconocen al autor el derecho sobre sus escritos, concediéndoselo con carácter exclusivo, durante su vida y la de sus herederos, por diez años. La Ley de 5 de agosto de 1823 cambió los criterios de duración: reconoció la perpetuidad del derecho del autor. El Reglamento sobre imprentas de 1834 volvió a temporalizar el derecho de autor fijando en los límites de su vida para el autor, y en diez años para sus causahabientes. Estos plazos se alteran en la primera Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de junio de 1847, según la cual, el autor será el propietario de su obra mientras viva, y cincuenta años para los herederos, existiendo otros plazos, según los casos.

(93) JOAQUÍN GUICHOT: *El derecho de autor en el cine y en la radio*. Sociedad General de Autores de España. Madrid, 1933, pág. 16.

(94) *Op. cit.*, pág. 204.

(95) *Artículo cit.* enero 1942, pág. 155.

pondientes. Luis Ezcurra relata las retransmisiones efectuadas por Radio Ibérica, en 1924, pero cómo enseguida el Teatro Real, la Banda Municipal de Madrid y la Sociedad de Autores «empezaron a exigir unos ingresos, que ellos estimaban razonables, por las transmisiones de los espectáculos, conciertos y obras». El tema de la Banda Municipal, no obstante la oposición de su director, el Maestro Villa, que representaba asimismo a treinta músicos, no se arregló hasta 1925, por intervención personal del Alcalde, Conde de Vellellano. La retransmisión de las óperas del Real no pudo llevarse a cabo por las exigencias dispares: tanto del Empresario del Real, como de Radio Ibérica, lo que causó no poca indignación entre los aficionados madrileños sobre todo después de que tuvieron conocimiento del acuerdo a que había llegado Radio Barcelona con el Gran Teatro del Liceo. La Sociedad de Autores, por su parte, decidió estudiar a fondo el tema, siguiendo la pauta de otras Sociedades extranjeras; pero la aparición de una nueva emisora, eminentemente comercial, Radio España, reforzó su postura y acordó retirar el repertorio a las empresas radiodifusoras si éstas no abonaban los correspondientes derechos de ejecución. Radio Ibérica, a la que se uniría Radio España, rechazó el acuerdo de la Sociedad de Autores. Y si bien es cierto que a fines de 1924 los empresarios de los Teatros Maravillas (señor Campúa) y Fontalba (Marqués de Fontalba y Tirso Escudero) autorizaron algunas retransmisiones, éstas fueron denegadas en febrero de 1925, situación que se prolongó hasta 1927, pues la Sociedad de Autores mantuvo la prohibición de programar obras de su repertorio, interpretadas en estudio o retransmitidas, salvo el abono de los respectivos derechos. Radio Ibérica y Radio España permanecieron en su actitud, mas no las nuevas Unión Radio y Radio Castilla que se mostraron propicias a negociar, mediante acuerdos directos con la Sociedad de Autores, unos convenios globales. Este régimen, concluye Ezcurra, el del convenio global iba a ser el que definitivamente marcaría las relaciones entre la Sociedad de Autores y las emisoras españolas (96). Esta actitud loable de la Sociedad de Autores contradecía,

---

(96) LUIZ EZCURRA: *Op. cit.* págs. 49-53, 144-147 y 179-180. En esta última se recoge el acuerdo de la Sociedad de Autores de 7 de diciembre de 1925: «*Primero.* No se podrá radiar obra completa ninguna de cinco y media de la tarde a doce de la noche.—*Segundo.* Las Compañías de Radiodifusión abonarán por cada acto o cuadro de verso o zarzuela que transmitan el doble de la tarifa del teatro que más pague en la localidad, más 30 pesetas por cada día en que se utilice el archivo de la Sociedad de Autores, si se tratase de una zarzuela.—*Tercero.* Las Empresas de los teatros en cuyos escenarios se instalen micrófonos durante la representación de una obra, abonarán por dichas representaciones el doble de la tarifa que les corresponda independientemente de las que satisfaga la Compañía de Radiodifusión.—*Cuarto.* La radiación de un acto o de un cuadro de una obra de más de uno, se abonará como si se tratase de la obra completa. Igual tarifa se cobrará cuando se trate de ejecutar más de la tercera parte de la partitura de una obra lírica.—*Quinto.* No se podrá radiar ninguna obra completa sin previo permiso de la Sociedad de Autores Españoles. Estos permisos habrán de solicitarse con una semana de anticipación.—*Sexto.* En el plazo de quince días, las empresas emisoras constituirán una fianza de mil pesetas cada una para responder exclusivamen-



en alguna manera, ciertos intereses de autores y empresarios quienes se percataban de que la radiación de las obras era una buena publicidad y a quienes interesaba, por tanto, su difusión. Más arriba se dejó escrito la actitud de conocidos empresarios. E incluso en el Teatro Fontalba, se retransmitió gratuitamente, el primer acto del estreno de «La verdad sospechosa», de Benavente. En los propios archivos familiares se han encontrado recibos de retransmisiones indicativos de las vicisitudes apuntadas (97).

Era indispensable mencionar estos antecedentes para comprender mejor el alcance de la Orden de 1 de agosto de 1934 que declara la falta de jurisdicción del Ministerio de Comunicaciones para entender en reclamaciones contra el cobro de derechos de autor y procedimientos empleados por la Sociedad de Autores para el percibo de los mismos (por lo que, *a sensu contrario*, se reconocía a la Sociedad General de Autores el derecho a percibir las cuotas correspondientes a la ejecución pública de obras literarias y musicales), y, sobre todo, de algunos artículos del Reglamento de 22 de noviembre de 1935 que desarrollaba la Ley Nacional de Radiodifusión de 26 de junio de 1934. El capítulo XIV se dedica a los derechos de autor, y en su artículo único, el 77, se incluye la siguiente declaración, fundamental para el pago del derecho de autor por la radiodifusión española: «Se respetarán y cumplirán fielmente las disposiciones legales y reglamentarias que regulen el derecho de autor en materia de radiodifusión, tanto por las emisoras como por los auditores a quienes aquellas disposiciones afecten». Y la realidad de estas relaciones tendrán una muestra en el art. 60, pues al crearse la Junta Nacional de Radiodifusión, entre sus miembros, se cuenta con un representante de la Sociedad de Autores Españoles.

La guerra de los tres años (1936-1939) produjo, como en tantos campos, efectos perturbadores en materia de derecho de autor en la radiodifusión. Para paliar las dificultades económicas del momento, una Orden de 17 de junio de 1937 (de la Presidencia de la Junta Técnica del Estado) al tiempo que instruye a los Gobernadores Civiles y Alcaldes para que apoyen debidamente en sus funciones a los delegados de SGAE, dispone (art. 4) que el 50 por 100 de los derechos que por concepto de administración corresponde cobrar a la SGAE deberán in-

---

te del abono de los derechos antes fijados.—*Séptimo*. Queda prohibido en absoluto toda radiación de obra completa los domingos y días festivos.—*Octavo*. No podrá radiarse ninguna obra más de una vez”.

(97) Archivo Fernández-Shaw (G. XX-131): “Hemos recibido de don Guillermo Fernández-Shaw, la cantidad de pesetas quinientas cuarenta y siete con 65 céntimos, en concepto de reintegro de los derechos abonados por esta empresa a la Sociedad de Autores por la retransmisión de “La Rosa del Azafrán” desde el Teatro Calderón. Madrid, 2 de junio de 1930. Firma ilegible. Jefe Artístico de Unión Radio, S. A.”, y G. XX-132: “Hemos recibido del señor Fernández-Shaw la cantidad de pesetas cien, mitad de los derechos abonados por Unión Radio Barcelona por la retransmisión en dicha ciudad de “La Rosa del Azafrán” como convenido. Madrid, 14 de junio de 1930. Por Unión Radio, S. A. Firma ilegible. Jefe Artístico”.

gresarse en la suscripción nacional creada al efecto, a cuyo fondo también se destinarán las recaudaciones que correspondan a obras de dominio público o de autores extranjeros cuya representación no ostente legítimamente la SGAE. Fue difícil, no obstante, durante este período, la percepción de derechos de autor en materia de radiodifusión. Por ello para arreglar la situación fue necesario que, una vez concluida la contienda, el Ministerio de la Gobernación dictara la Orden de 7 de marzo de 1941, a partir de cuya publicación (art. 1) «todas las emisoras, tanto oficiales como de empresa o particulares, vienen obligadas a satisfacer a la Sociedad General de Autores de España, los derechos de autor por ejecución y reproducción de las obras radiadas, de acuerdo con las vigentes disposiciones en materia de propiedad intelectual». Para el cobro de los atrasos devengados hasta el 28 de febrero de 1941 se establecieron las siguientes normas, según el tiempo transcurrido:

a) Del 18 de julio de 1936 al 1 de abril de 1939: condonación de todos los derechos de autor, no satisfechos, originados por las emisiones efectuadas tanto por las emisoras oficiales como por las de empresas o particulares.

b) Del 1 de abril a 31 de diciembre de 1939: se fija una bonificación del 30 por 100 en el canon fijado, en los contratos suscritos por las emisoras de empresa o particulares.

c) Del 1 de enero de 1940 al 28 de febrero de 1941: todos los derechos de autor devengados serán abonados en su totalidad por las emisoras de empresa o particulares a la Sociedad General de Autores de España.

d) Sin perjuicio de la obligación de pago descrita, se consideran caducados todos los contratos firmados, con anterioridad a la Orden entre las emisoras de empresa o particulares y la SGAE, debiendo formalizarse otros nuevos «estipulándose las tarifas a que hayan de someterse aquéllas para pago de los derechos de autor».

El art. 3 de la citada Orden al decir que «la emisora Radio Nacional de España, así como cualquier otra oficial que dependa directamente de la Sección de Radiodifusión de la Dirección General de Propaganda, se atendrán a las instrucciones que para ellas se dicten», sería el origen, más adelante, de las posiciones encontradas que se agudizaron con la aparición de la televisión.

### 1.3. *Regulación de la radiodifusión.*

La Radio estatal, prevista en la Ley de 1934, surgiría en momentos difíciles. Radio Nacional de España nació el 19 de enero de 1937, dependiendo (Ley de 30 de enero de 1938) de la Subsecretaría de Prensa, Propaganda y Turismo, en el Ministerio del Interior. Después (Ley de 20 de mayo de 1941) pasaría a la Vicesecretaría de Educación Popular, en la Secretaría General del Movimiento, hasta que el Decreto-Ley de 27 de julio de 1945, integraría todos los órganos de Educación Popu-

lar en el Ministerio de Educación Nacional. Al crearse el Ministerio de Información y Turismo (Decreto-Ley de 19 de julio de 1951) se establece la Dirección General de Radiodifusión encargada (Decreto de 15 de febrero de 1952) de «desarrollar administrativamente las funciones del Ministerio en orden a las empresas radiofónicas y estaciones radioemisoras en todos sus aspectos, como el técnico, informativo, político, cultural, religioso, educativo, artístico, económico, publicitario o jurídico, así como los medios técnicos por los que los usuarios se benefician de las emisiones». También se propone estudiar la organización más adecuada para televisión (art. 17). El 28 de octubre de 1956 fue transmitida la primera emisión regular de Televisión Española desde los pequeños estudios de Paseo de la Habana; pero ya se indicó cómo hasta 1960 (Decreto de 29 de diciembre) no surgirá la Dirección General de Radiodifusión y Televisión. TVE empieza a caminar con paso firme y a partir de 1965 empieza a hablarse de Radiotelevisión Española como ente de gestión cada día más diferenciado de la Dirección General. Pero no será hasta 1973 (Decreto de 11 de octubre) cuando se conforma la Radiotelevisión Española (RTVE) dentro de la Dirección General, como Servicio Público Centralizado que se regirá, sobre todo, por la ley de 26 de diciembre de 1958 (98). En este servicio público centralizado se integrarán las redes de RNE y TVE y estará regido por un Consejo Rector, cuyo Director General lo será el de Radiodifusión y Televisión. Vencidos ciertos trámites internos, desde 1 de febrero de 1975, toda la radiodifusión estatal se presenta al público con el indicativo Radiotelevisión Española (RTVE) seguido, según los casos, de Red de Televisión Española o Red de Radio Nacional. La RTVE, con el nuevo régimen (99), sin tener personalidad jurídica, ha adquirido

---

(98) La Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 prevé: a) organismos autónomos; b) servicios públicos centralizados, y c) empresas nacionales.

(99) Si quisiera esquematizarse la evolución de la radiodifusión estatal, podría decirse que, tras la existencia de REDERA (Red Española de Radiodifusión), creada por la Vicesecretaría de Educación Popular en 1942 y que prácticamente sólo pudo conceptuarse como una caja autónoma de las entonces existentes, se ha pasado por las siguientes etapas:

1.º Se trata de dar vida a un *organismo autónomo*. En el Decreto de 15 de febrero de 1952, se crea la Administración Radiodifusora Española (ARE) con la misión de aglutinar las cajas hasta entonces existentes, como la de REDERA. El Decreto de 3 de octubre de 1957 perfila la ARE como organismo autónomo de los servicios nacionales de radiodifusión y televisión, quedando, por ello, fuera de su ámbito la radio privada, con una doble dependencia: se someterá a las normas que regulan el funcionamiento de los organismos y continuarán bajo la dependencia de la Dirección General de Radiodifusión. Le corresponde la gestión de todos los programas de las emisoras nacionales. Este primer intento de autonomía no prosperó, de un lado, porque no se libraron los créditos correspondientes, y de otro, porque su nombre no fue incluido en la lista del Decreto de 14 de junio de 1962 que enumeraba y clasificaba los organismos autónomos existentes (según solicitaba la Ley de 26 de diciembre de 1958).

2.º Se opta por la *gestión estatal*. En el Decreto de 29 de diciembre de 1960, al reafirmar las competencias de la Dirección General de Radiodifusión

a efectos internos una configuración definida en la legislación española, una autonomía interna y posibilidad de gestión empresarial que los medios demandan. En su aspecto estructural la fórmula arbitrada procura una nitidez en su reorganización que aparece como un conjunto definido y coherente, diferenciado respecto a la Unidad de la Administración Central, y con un repertorio bien delimitado de tareas y competencias propias, sin perjuicio de las funciones que en todos los países del mundo compete al Estado en materia de radiodifusión sonora y de imágenes. El Decreto de 20 de marzo de 1975, aprueba —gran aspiración de los hombres del medio— el Estatuto de profesionales de radio y televisión que son quienes figuren inscritos en el Registro Oficial de Técnicos de Radio y Televisión creado por Orden del Ministerio de Información y Turismo de 17 de enero de 1964. El carnet oficial es el documento acreditativo del ejercicio de la profesión y es expedido por la Agrupación Sindical Nacional de Radio y Televisión.

#### 1.4. *Problemas surgidos.*

En España, en el campo de la televisión y, al profesionalizarse, surgieron muchas dudas de si en su vertiente jurídica sería conveniente asimilarla al cine o a la radio. Al final, lógicamente, se incluyó su legislación con esta última, pero prueba del desconcierto que en sus comienzos produjo, fue la Resolución del Gobernador Civil de Barcelona de 24 de abril de 1959, por la que «dada la especial vaguedad de determinados preceptos, legales no aclarados y definidos en normal consonancia con los adelantos de la técnica (...), y que el tenedor de un

y Televisión, se le adjudican todas las atribuidas anteriormente, a la "nonnata" ARE. Desde esa fecha —y cerrado el proceso de creación de un ente autónomo— la gestión de la radiotelevisión estatal permanecerá como tarea indiferenciada en el seno de la Dirección General y, por lo tanto, aparecerá como directamente explotada por el Estado a través de su Administración Central.

Aunque se cambien estructuras y se vayan perfilando funciones, nada se altera en este punto, a través de las diferentes reestructuraciones del Ministerio de Información y Turismo: Decreto de 11 de octubre de 1962, Decreto de 18 de enero de 1968, Decreto de 21 de marzo de 1970. En el período, pues que se extenderá desde 1960 a 1973, el servicio de radio y televisión estatal carecerá de personalidad jurídica, así como de autonomía de gestión y financiera, siendo explotado directamente por la Administración Central del Estado.

3.º *Servicio público centralizado.* A la vista de las dificultades de actuación y de gestión en el período anterior, puestas de manifiesto repetidas veces por los altos ejecutivos de la radiotelevisión estatal, el legislador español (Decreto de 11 de octubre de 1973) se inclina por conceder a RTVE la consideración de servicio público centralizado, diferenciando sus competencias de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión. Así aparece RTVE como órgano diferenciado de la Administración Central, sometido al principio de jerarquía y de las disposiciones aplicables al Estado, pero con determinadas excepciones en su aspecto patrimonial y de personal, que le permiten una mayor capacidad en el desarrollo de sus actividades industriales. Ha desaparecido, pues, el problema de la calificación jurídica de RTVE, que posee un marco normativo mínimo, a cuyo amparo deberán dictarse, en lo sucesivo, las normas que desarrolla el funcionamiento de este servicio público centralizado.

El Decreto de 9 de agosto de 1974 no ha alterado, en este punto, la decisión del de 11 de octubre de 1973.

aparato no ejecuta ni produce ninguna composición dramática ni musical, sino que se limita a recoger en su receptor la reproducción que realiza la estación emisora (...), lo que puede crear y de hecho crea, no ya una duplicidad, sino en muchos casos de multiplicidad de tributación o de derechos por un solo acto», etc., suspendió en toda su provincia la exacción de las tarifas de la Sociedad General de Autores de España, respecto a los tenedores de aparatos de televisión y ordenó a la Delegación de dicha Sociedad de abstenerse de formular ningún requerimiento en lo sucesivo en tal sentido y de recibir cantidad alguna por dicho concepto. Es cierto que en esta Resolución se apuntaba a un aspecto muy concreto del derecho de autor en materia de radiodifusión, pero como tantas veces sucede, ello dio ocasión a que el legislador tuviera que emitir un juicio definitivo sobre la cuestión y que de las pocas normas que, específicamente, se refieren a esta materia sean recogidas en la Orden de 15 de junio de 1959. En dicha Orden se aclara textualmente «que la protección dispensada a las obras de protección intelectual en cuanto a su publicación, ejecución o difusión» están reguladas por los artículos 7 y 19 de la Ley de 1879 y 5 y 62 del Reglamento de 1880 (100). Y se trae a colación el Convenio de Berna revisado en Bruselas en 1948 y ratificado por España, en donde de modo indudable se establece la existencia de tres derechos perfectamente diferenciados (101). En la propia Orden se citan otros antecedentes del derecho positivo español y de la jurisprudencia administrativa que vienen a avalar la decisión de esta normativa (102). Pero es en el párrafo

---

(100) Artículo 7: "Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición, pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesaria al objeto".

Artículo 19: "No se podrá ejecutar en teatro ni sitio público alguno, en todo ni en parte, ninguna composición dramática o musical sin previo permiso del propietario".

Artículo 5: "Para refundir, copiar, extractar, compendiar o reproducir obras originales españolas, se necesitará acreditar que se obtuvo por escrito el permiso de autores o propietarios, cuyo derecho de propiedad no haya prescrito con arreglo a la Ley".

Artículo 62: "No podrá ser representada, cantada ni leída en público obra alguna manuscrita o impresa, aunque ya lo haya sido en otro teatro o sala de espectáculos, sin previo permiso del propietario...".

(101) Artículo 11 bis: "1) Los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de autorizar: 1.º La radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilos los himnos, los sonidos o las imágenes. 2.º Toda comunicación pública sea con hilo, sea sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación es hecha por otro organismo que no sea el de origen. 3.º La comunicación pública por altavoz o por cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida".

(102) Principalmente: a) Resolución del Ministerio de Educación Nacional de 28 de agosto de 1946 en consulta formulada por el Gobernador Civil de Guipúzcoa (Se "declara la obligación de pago de los derechos de autor por los establecimientos públicos que utilicen aparatos receptores de

tercero de la citada Orden en donde se afrontan, en pocas palabras, pero con gran claridad, un tema de vital importancia para la compensación económica a los autores por concepto de radiodifusión.

No sólo es el organismo de radiodifusión quien debe hacer frente a la contribución económica (se da por descontado los demás derechos del autor ante el organismo de radiodifusión); se considera que también quien obtiene beneficios por estas prestaciones deberá asimismo coadyuvar a estos pagos. El texto legal de manera rotunda establece que en el caso que nos ocupa no se trata de una «duplicidad o multiplicidad de pago del derecho de autor, puesto que se trata de supuestos de hecho completamente diferenciados que el legislador contempla con independencia, cuales son la radiodifusión, la retransmisión y la comunicación por altavoz o instrumento transmisor de sonidos o imágenes» y que, por tanto, no sería equitativo tampoco «hacer pesar únicamente sobre la emisora de radio o televisión la relación económica con los titulares de la Propiedad Intelectual utilizada, prescindiendo del hecho de su retransmisión en cadena a otras emisoras o de su utilización pública por medio de receptores, cada uno de cuyos actos produce por sí mismo una propia difusión o publicación de la obra intelectual de distinta naturaleza.»

Queda, pues, claro que el derecho de autor en la radiodifusión española se contempla, antes de la grabación, como una relación entre el organismo y el autor a efectos de autorizaciones, etc., pero que una vez emitido el programa la parte que el autor percibe como retribución proviene del pago que hace el organismo de radiodifusión, en este caso RTVE a la SGAE, y de los pagos concertados que por la utilización de la obra intelectual tiene la SGAE con otros propietarios o tenedores de aparatos receptores de televisión en locales públicos.

En la propia disposición se recuerda que es la SGAE como entidad oficial integrada en el Ministerio de Educación y Ciencia (103) a la que corresponde la representación y gestión de los derechos de autor en España y en el extranjero, la defensa de sus intereses morales y económicos, la recaudación de sus derechos y la aplicación de sus propias tarifas, de acuerdo con el principio generalmente admitido de que la obra intelectual sólo puede ser publicada previa autorización de su autor o herederos y con las condiciones estipuladas por los mismos.

En el primer aspecto arriba citado, las relaciones entre la RTVE y la SGAE aparecen ahora muy claras como consecuencia de la existencia de la Orden de 15 de junio de 1959, en donde se dice categóricamente que están obligados a solicitar autorización de los autores para toda clase de obras, película, música, etc., «todas las empresas de espectáculos

---

radio”); b) Orden circular del Ministerio de la Gobernación de 12 de mayo de 1953; c) Resolución del Ministerio de Educación Nacional de 22 de julio de 1957 sobre petición del Sindicato Nacional de Hostelería. (Cf. *Propiedad Intelectual*. Colección Textos legales, núm. 56. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1970).

(103) El Ministerio de Educación Nacional cambió su nombre por el de Ministerio de Educación y Ciencia.

públicos, teatros, circos, cinematográficos (...), emisoras de radio y televisión (...), y en general toda entidad, corporación o particular que represente, ejecute, interprete o exhiba (...), por cualquier procedimiento o medio, incluso mecánico (gramola, fonógrafo, pianolas, pianos de manubrio, aparatos de radio y televisión, etc.) cuyos usuarios tienen el deber de probar de modo indubitado que están en posesión del permiso» para evitar caer en daños morales y materiales que puedan irrogárseles por transgredir el contenido de los artículos 24 y 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y 525 y 527 del Código penal.

Si una emisión radiofónica o un programa televisivo fuera reproducido indebidamente, la empresa u organismo de origen podría, tanto en la vía gubernativa como en la judicial, solicitar el precinto de tales reproducciones, en virtud de la Real Orden de 23 de marzo de 1928. Si el reproductor careciera de todo tipo de autorizaciones, parece obvio que todos los perjudicados (autor, artista, productor fonográfico, organismo de radiodifusión) debieran presentar conjuntamente la oportuna demanda.

#### 1.5. *Acuerdos RTVE-SGAE.*

El ya citado art. 3 de la Orden de 7 de marzo de 1941 invitaba al diálogo a las emisoras oficiales y a la SGAE. Pero el transcurso del tiempo sin obtener este acuerdo, impacientó justamente a los autores españoles, quienes, por otra parte, no podían hacer uso del contenido de la Orden Circular del Gobernador General del Estado, de 21 de diciembre de 1937, que autorizaba a los Gobernadores Civiles y, en su caso, a los Alcaldes, incluso «a la incautación de la taquilla de los espectáculos que están en descubierto por el pago de derechos de autor». Es muy difícil, por no decir absurdo que cualquiera de ellos pudiera demandar a la propia radiodifusión estatal. Había que obtener otro tipo de conclusiones, y la cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 19 de enero de 1963, reconoció el derecho que amparaba a los autores en materia de radiodifusión («el derecho de autor por estar ya establecido por la ley no necesita de declaración alguna»), reconociendo al mismo tiempo que «las emisiones de Radio Nacional y de Televisión Española tienen un carácter oficial, y cumplen finalidades de servicio público y carácter cultural de gran trascendencia» y recomendando se llegaran a «convenios en los que se ponderen y conjuguen justamente los respectivos intereses y derechos».

El primer arreglo (104) entre RTVE y SGAE data de 9 de marzo

(104) Para MOLAS VALVERDE (*Propiedad Intelectual*, cit. págs. 182-3) un contrato de difusión por medio de la radio o de la televisión ha de tener estas particularidades: a) el contrato-permiso se entiende para el estudio de la Emisora; para reproducir, radiar o transmitir en o desde otro local o lugar, es necesario permiso previo; b) normas especiales para las transmisiones en cadena; c) para obras de pequeño derecho establecimiento de un porcentaje sobre el total de los ingresos por publicidad efectuados por la Emisora; d) tarifas por difusión de obras de gran derecho (comedias, zarzuelas, óperas...); de obras escritas expresamente para la radio o la televisión; de nove-

de 1963 (firmado por el Director General de la primera, Roque Pro Alonso, y el Presidente de la segunda, Joaquín Calvo Sotelo) con una vigencia de tres años. El 11 de enero de 1966 se firmó un nuevo acuerdo (Jesús Aparicio Bernal y Joaquín Calvo Sotelo) por otros tres años, al tiempo que se suscribía uno adicional regulando las emisiones de TVE en la segunda cadena (UHF). Los mismos signatarios serían los que suscribirían el nuevo acuerdo de 2 de enero de 1969 con validez de un año. Adolfo Suárez González y Víctor Ruiz Iriarte, respectivamente, firmarían el acuerdo de 23 de diciembre de 1969, válido dos años, que ellos mismos sustituirían, por el de 30 de diciembre de 1971 válido por otros dos años. El acuerdo actualmente vigente fue suscrito (Juan José Rosón y Federico Moreno Torroba, respectivamente) el 15 de enero de 1974; con la innovación de que el plazo de duración previsto es el de cinco años, quinquenio 1974-1978.

Las relaciones entre RTVE y la SGAE quedan, pues, establecidas como sigue:

a) La SGAE concede a la RTVE el uso de su repertorio en los programas de las emisoras de RNE y TVE, incluida la Orquesta Sinfónica de la Radiotelevisión Española, por una cantidad acordada pagadera por trimestres y siempre que estas actuaciones sean sin taquilla abierta al público.

b) En materia de gran derecho, la RTVE podrá interpretar las obras nacionales o extranjeras de gran derecho, pero siempre previa autorización de sus autores o causahabientes que recabará, en cada caso, por conducto de la SGAE.

c) En materia de pequeño derecho, la RTVE podrá interpretar todas las obras incluidas en el repertorio musical del pequeño derecho.

d) Cesiones. La RTVE no podrá realizar cesiones a título oneroso o lucrativo, ni la comercialización, por cualquier medio, de los programas o parte de ellos que comprendan obras del ingenio, cualesquiera que sean los procedimientos o medios técnicos utilizados, sin la expresa autorización de los autores o causahabientes de las obras, a través de la SGAE, y ello tanto en el ámbito nacional como respecto a cualquier país extranjero.

e) Derecho moral del autor. La RTVE respetará la autenticidad de las obras retransmitidas, comprometiéndose a no realizar modificación alguna de las mismas, sin el previo y expreso permiso de sus autores

---

las o seriales; por difusión desde un teatro o lugar distinto del estudio; por retransmisiones en cadena y por difusión de películas desde los cines; e) obligación por parte de la Emisora, de facilitar programas mensuales, de las obras difundidas; f) obligación, también de la emisora, de declarar, cada mes, los ingresos obtenidos por publicidad durante el mismo; g) tolerancia respecto a las llamadas grabaciones efímeras, por corto tiempo, salvo pacto especial y expreso; h) prohibición, a la Emisora, de adoptar letras o música de obras del repertorio de la Sociedad representante, a anuncios publicitarios, sin previo permiso de ésta; i) prohibición a la Emisora, de hacer, encargar o difundir arreglos o adaptaciones de obras sin previo permiso, lo que constituye defraudación de la propiedad intelectual.



y causahabientes, obligándose a mencionar el título de las obras y el nombre de sus autores.

f) Derecho patrimonial del autor. La RTVE abonará a la SGAE, periódicamente, cantidades globales, previamente concertadas, en concepto de derecho de autor, por las autorizaciones genéricas concedidas por la SGAE. Dichas cantidades se incrementarán en un 5 por 100 con destino al Montepío de Autores Españoles.

g) Cuadernos de programas. Tanto RNE como TVE facilitarán mensualmente a la SGAE (que tiene una Sección especialmente consagrada a estos asuntos) los programas de sus emisiones diarias, con el debido detalle, sobre los que la SGAE, de acuerdo con sus normas de actuación interna, efectuará al autor el correspondiente pago.

h) Programas para el exterior. La RTVE deberá informar, previa y mensualmente, a la SGAE de la relación de programas que, por uno u otro medio de difusión, tenga el proyecto de promocionar en cualquier país extranjero, para poder recabar, en cada caso, de los autores o causahabientes, las oportunas autorizaciones.

i) Índices de valoración. A petición de la RTVE, la SGAE se compromete a facilitar, en todo momento, los índices de valoración que aplique en la distribución de los ingresos procedentes de radio y televisión, así como del estado de las liquidaciones llevadas a cabo como consecuencia de la aplicación de dichos índices de valoración. Estos índices de valoración varían mucho de año en año, según el tipo de transmisiones que hayan sido más frecuentes. Cuando existen acontecimientos deportivos (campeonatos del mundo de fútbol, Olimpiadas, etc.) el índice suele subir. Durante el año 1974, el índice ha oscilado en algo más de las 700 pts./minuto, en la primera cadena.

j) Comisión Mixta. Con igual número de miembros de la SGAE y de la RTVE se crea una Comisión Mixta que se ocupará de zanjar cualquier cuestión que pueda derivarse de la interpretación o cumplimiento del acuerdo existente. Esta Comisión es la que ha hecho que, por encima de los acuerdos existentes, una decidida voluntad de cooperación haya prevalecido siempre.

k) Comisión de Trabajo. Se prevé asimismo la existencia de una Comisión de Trabajo, compuesta por tres representantes de cada una de las partes, y que se reunirá, por lo menos, una vez al trimestre. Se ocupará de vigilar y ordenar el cumplimiento de las normas establecidas.

Los pagos concertados que la SGAE establece con los lugares públicos de ejecución no afecta a la RTVE, aunque sin duda suponen unas cantidades muy apreciables para los autores en sus derechos a percibir como consecuencia de la radiodifusión de cualquiera de sus obras. De todo este conjunto de cantidades percibidas, la SGAE aplica al autor (coautor, guionista...) una serie de descuentos muy variados: por administración el 20 por 100, y un 10 por 100 por rendimiento de trabajo personal (si la obra es dominio del autor) o un 20 por 100 en concepto de renta capital (cuando la obra no está bajo el dominio del autor).

### 1.6. Cine y televisión

Por ser aspectos que inciden en la televisión y por ser normas que pueden afectar a las relaciones entre el derecho de autor y la radiodifusión, deberá tenerse presente ciertas disposiciones legales en materia cinematográfica. No en balde son muchas las horas que TVE dedica al pase de largometrajes españoles y extranjeros. La Orden de 22 de febrero de 1965 declara cómo los principios vigentes del derecho de autor son aplicables, igualmente (art. 1) «cuando deban protegerse los derechos de autor de películas cinematográficas o aquellos otros devenidos por el autor de los originales de que fuesen adaptación o que de los mismos formaran parte». Pero será la Ley de 31 de mayo de 1966 sobre derecho de propiedad intelectual en las obras cinematográficas la que distingue claramente las figuras del productor y del autor. El *productor* de la obra cinematográfica (art. 1) será la «persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la realización de aquélla. Se presume como tal al titular del permiso de rodaje». A él o a sus cesionarios o causahabientes corresponde el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica. Tendrán, por el contrario, la consideración de *autores* de una obra cinematográfica (art. 3): *a*) quienes lo fueran del argumento, adaptación, guión, diálogos o comentarios; *b*) los autores de las composiciones musicales y, en su caso, de la letra; *c*) el director-realizador. Esta consideración supone el derecho (art. 4, 1.º) a percibir un porcentaje de los ingresos procedentes de la exhibición pública de la obra cinematográfica, descontados los tributos que graven específicamente la misma. El cumplimiento de este precepto dio mucho que hablar, en su momento, porque cierto grupo de exhibidores cinematográficos no querían reconocer un aspecto del derecho de autor de exhibición. La discusión quedó zanjada con el Decreto de 16 de febrero de 1967 (sobre fijación de porcentajes y compensaciones a los autores cinematográficos) en donde se fijaba el 1,55 por 100 sobre los ingresos reales de las empresas de exhibición cinematográficas (105) como porcentaje global a satisfacer a los autores de obras cinematográficas.

Hoy, por lo tanto, los autores cinematográficos perciben su derecho correspondiente cada vez que un filme es pasado por las antenas de TVE. Un caso curioso se planteó, por primera vez, sin embargo, cuando TVE acometió la filmación, en 35 mm., de la serie «Teatro Lírico Español» (zarzuelas). Al director de la misma, Juan de Orduña, se le contrató, a tanto alzado, por su trabajo, no figurando, lógicamente, cuando la cinta se pasó por TVE en el estadillo del reparto a autores de la SGAE. Pero fue tanto el éxito alcanzado por estos programas que se pensó en la explotación cinematográfica comercial de los filmes

---

(105) Estos ingresos reales se apreciarían a través del control de taquilla regulado por las OO. de 22 de diciembre de 1964 y de 9 de mayo de 1967.

(106), por lo que hubo que cumplimentar una nueva ficha para que, según las disposiciones cinematográficas vigentes, el director pudiese percibir lo que como autor cinematográfico le correspondía (un 5 por 100 del total correspondiente a autores). Esta situación no se habría planeado si la película hubiera sido producida por una empresa cinematográfica que, tras haberse estrenado en los locales comerciales, hubiera sido emitida por la pequeña pantalla. Un aspecto, pues, concreto que diferencia a ambos medios: cine y televisión.

### 1.7. *Derecho de rectificación y derecho de réplica*

Aunque sea materia tangencial al tema que nos ocupa, por tratarse de derechos de la personalidad (derecho al honor, derecho a la imagen...), conviene dejar anotado que, si bien como consecuencia de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de marzo de 1966, se admitieron para la prensa escrita, tanto el derecho de rectificación como el derecho de réplica (Decretos 744 y 745 de 31 de marzo de 1966), en materia de radiodifusión sonora tan sólo existe en nuestro país el derecho de rectificación (Decreto de 11 de septiembre de 1955). Para la pequeña pantalla no está previsto, por el momento, la utilización de ninguno de estos derechos (107), aunque ya en 1971 se planteó, públicamente, este asunto, a iniciativa de las Asociaciones de la Prensa de España. Pero es muy interesante destacar que en los Principios éticos de la profesión de Técnicos de Radio y Televisión que como anexo se recogen en el Decreto de 20 de marzo de 1975, se incluye uno del mayor relieve. El punto IV afirma que «el profesional debe actuar respetando siempre al máximo la esfera de los derechos individuales y muy especialmente los derechos de la personalidad y la intimidad y derecho al honor de las personas»; muy ligado al punto II que declara que debe «presidir la actividad profesional el sentido de libertad responsable en el ejercicio de la crítica y de colaboración al bien común». Las transgresiones a estos principios serán juzgadas por un Jurado de Ética Profesional y, en recurso, por un Jurado de Apelación, según lo previsto en el artículo 37 del referido Decreto.

---

(106) Como consecuencia de esta decisión de TVE, se suscitaron ciertos problemas con el cine nacional, que llegaron hasta los Tribunales. La Sentencia del T. S. no entró en el fondo del asunto.

(107) Puede verse, ENRIQUE RIVERO YSERN: Los derechos de rectificación y réplica en la Prensa, la radio y la televisión. Reflexiones a la luz de nuestro Derecho positivo. *Revista de Administración Pública*, núm. 57. Madrid, 1968; págs. 141-179.

## 2. RADIODIFUSIÓN Y DERECHOS CONEXOS.

### 2.1. *Artistas intérpretes o ejecutantes.*

Tiene razón Hernández Martín al decir que en nuestro Derecho no existe «un concepto válido, con carácter general, de lo que el artista sea y, en consecuencia, de quienes puedan ser reputados de tales». Y recoge, de entrada, hasta tres nociones que reflejan el confusionismo existente: *a)* un concepto legal de artista a efectos fiscales (Decreto de 14 de agosto de 1965 sobre el Régimen Tributario de los Artistas); *b)* otro concepto a efectos de la protección de la propiedad intelectual, literaria y artística, y *c)* y otro relativo al trabajo de extranjeros en España (Decreto de 27 de julio de 1968 sobre el Régimen de empleo, trabajo y establecimiento de extranjeros en España y Orden de 31 de enero de 1970 sobre el trabajo de extranjeros en espectáculos públicos) (108). Sin duda, por eso, Juan José Rosón, siendo Presidente del Sindicato Nacional del Espectáculo, encabezó, con su firma, la lista de los cincuenta Procuradores que apoyaban una proposición de ley sobre derechos del intérprete o ejecutante. Esta proposición de ley no era muy extensa, constaba de doce artículos y aunque, lógicamente, sus líneas fundamentales estaban basadas en la Convención de Roma, de 1961, soslayaba todos los problemas tan debatidos del instrumento internacional. El art. 10 decía que «los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes serán reclamados por una organización mixta de productores y ejecutantes cuyas normas reguladoras serán aprobadas conjuntamente por los Ministros de Educación y Ciencia, Información y Turismo y Relaciones Sindicales...». A los efectos de esta Ley los artistas intérpretes o ejecutantes quedarían encuadrados dentro del Sindicato Nacional del Espectáculo. Artículo más complicado era el 11 que preveía que serían los Ministros de los tres Departamentos citados quienes fijarían «la cuantía o porcentaje que, según las distintas modalidades de reproducción, las diferentes clases de interpretación o ejecución, y las circunstancias de la reproducción o del uso de las mismas en público, resulten procedentes». La única referencia al Convenio de Roma era la del artículo 12: «Los derechos que la presente Ley reconoce a los artistas intérpretes y ejecutantes españoles son también reconocidos para los de todos aquellos artistas intérpretes o ejecutantes que por haber ratificado (*sic*) el Convenio de Roma, hayan establecido el principio de reciprocidad». Esta proposición de Ley estaba bien enfocada, desde un punto de vista jurídico de nuestros días, pues para justificar la necesidad de la protección de los artistas no acudía a la existencia de los derechos conexos, concepto que no aparecía recogido ni en la exposición de motivos, ni en el articulado. Y dejando debidamente

---

(108) DARÍO HERNÁNDEZ MARTÍN: Régimen especial de los artistas en *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social*. Sección de Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. 1970, págs. 447-448.

aclarados el campo de actuación del derecho de autor, y el «hondo contenido social» que supone el «reconocimiento de los derechos de los intérpretes y ejecutantes y el establecimiento de normas reguladoras para la protección de tales derechos». Desde el punto de vista de la radiodifusión, debe anotarse el art. 4 que afirmaba que «los artistas intérpretes o ejecutantes tienen facultad plena para regular, mediante contrato, sus relaciones con los organismos de radiodifusión y televisión».

En la actualidad, la RTVE suscribe contratos con los artistas intérpretes o ejecutantes, que son visados por el Sindicato Nacional del Espectáculo, obligación ésta que incumbe a la RTVE, pudiendo el actor no comenzar a grabar hasta que no obre en su poder el correspondiente ejemplar debidamente visado. En el contrato, muy extenso, se prevén una serie de situaciones, de índole varia. Se establece la cantidad a abonar, bien entendido que esta cantidad queda expresada por un solo pase. Se aclara que no se considera, a estos efectos, como segunda exhibición, ni la primera efectuada en las Islas Canarias, ni la segunda de aquellos programas que presentados por TVE a concurso o festivales internacionales hayan obtenido alguna de las menciones establecidas en los mismos. El actor cede todos los derechos que pudieran corresponderle como consecuencia de su actuación a TVE, pero ésta, por su parte, se compromete a abonarle un veinticinco por ciento, de la cantidad objeto del contrato, si el programa se transmite una segunda vez, por el mismo o diferente canal, y un quince por ciento por cada una de las posibles exhibiciones posteriores. Si el programa fuera cedido o vendido a un canal de Televisión extranjera, se le abonará el diez por ciento de la cantidad estipulada. Estas cláusulas pueden alterarse en razón del programa a efectuar; a veces, por acuerdo mutuo, se prefiere fijar una cantidad alzada que cubra todo tipo de actuación. Así se hizo, por ejemplo, cuando se contrataron las voces que habían de cantar la serie «Teatro Lírico Español», de cuya banda sonora fueron después obtenidos los discos correspondientes.

En la Ordenanza Laboral de Radio Nacional de España y en la Ordenanza Laboral de Televisión Española, instituidas ambas, por Ordenes separadas, de 14 de julio de 1971 (que vinieron a sustituir a las antiguas Reglamentaciones de Trabajo de 1959) en los respectivos artículos 2.b) se dice que quedan excluidas de las mismas «los actores de cuadros artísticos, músicos, cantantes, componentes de orquestas y agrupaciones musicales» (109). Idea en que, asimismo, abunda el ar-

(109) Análogo precepto se encuentra en la Ordenanza Laboral para las Entidades de Radiodifusión (emisoras privadas) aprobada por Orden de 31 de enero de 1972.

En alguna ocasión, sin embargo, sí se aplicó la Ordenanza. En la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, de Madrid, de 20 de julio de 1972, se considera «que el artículo 65 de la Ordenanza prohíbe al personal de TVE recibir gratificación alguna de entidad o persona ajena a TVE; en cuya falta incurrieron los actores, al aceptar y permitir que entidad extraña a TVE les abone gastos de hospedaje motivados por el Servicio, cuando tenían percibidas las correspondientes dietas...».

título 11 del Estatuto de Profesionales de Radio y Televisión (Decreto de 20 de marzo de 1975): «la contratación de artistas en sus distintas especialidades para actuar en la radio o en la televisión, no estará sujeta a las prescripciones del presente Estatuto». En cambio, sí estarán sujetos a la Ordenanza Laboral de RNE los profesores instrumentistas de la Orquesta Sinfónica de la Radiotelevisión Española (110) (Orden de 27 de julio de 1973), de acuerdo con la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de julio de 1969; e igualmente los cantores del Coro de la Radiotelevisión Española (Orden de 13 de noviembre de 1973). Tanto en la Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore (Orden de 28 de julio de 1972), como en la Reglamentación Nacional de Trabajo de Profesionales de la Música (Orden de 25 de junio de 1963) se establece que sus preceptos afectarán a cuantos artistas de Teatro, Circo, Variedades y Folklore y Profesionales de la Música, respectivamente, presten sus servicios en radio y en televisión. En el art. 51 de la Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore se prevé un aumento de la retribución por retransmisión de los espectáculos.

Y ya que se habla de espectáculos conviene anotar que TVE retransmite para España en temporada, todos los domingos, un partido de fútbol en directo. Para ello toma contacto con los clubs respectivos; los partidos que son televisados se juegan a horas distintas de los demás del Campeonato para no restar una eventual asistencia de público. Cuando llega la temporada taurina, RTVE firma un contrato con el Sindicato Nacional del Espectáculo, en que se determinan las poblaciones y corridas, con intervención de diestros, que serán objeto de retransmisión. Para las retransmisiones al extranjero de los partidos de fútbol, si se trata de campeonatos internacionales o europeos, es preciso contar con las oportunas autorizaciones, además, de la FIFA o de la UEFA. Las retransmisiones, por satélite, al extranjero, de corridas de toros han sido mucho más complicadas por la cantidad de elementos que en los mismos juegan: desde el torero, cuadrilla, etc., hasta el ganadero, pasando por el empresario de la plaza, etc. Algunas de las que se han realizado fue mediante la contratación «a forfait» (111).

---

(110) La Orquesta Sinfónica de la RTVE fue creada por Orden de 18 de junio de 1964. Tiene una plantilla propia.

(111) Para la "pequeña historia" de la tauromaquia, la primera corrida que desde España se retransmitió al extranjero, vía satélite, fue la enviada a Méjico desde Madrid (Feria de San Isidro) el 22 de mayo de 1970, en la que intervinieron El Viti, Palomo Linares y el mejicano Manuel Martínez. La segunda fue la llamada "corrida del siglo", que desde Jaén (13 de junio de 1971) llegó prácticamente a los cinco continentes, y en la que torearon El Viti, El Cordobés y José Fuentes. Esta corrida se vio en pantalla grande en el Madison Square Garden. Fue la primera vez que este sistema se ensayó en España en el Palacio de Congresos y Exposiciones de Madrid (esta corrida destacada por Timothy Green: *The Universal Eye; World Television in the Seventies*. The Bodley Head, London, 1972, pág. 156).

El primer partido de fútbol internacional que se retransmitió fue el amistoso España-Méjico (23 abril 1969). El primer equipo de Club que viajó

## 2.2. *Industria fonográfica.*

La industria fonográfica ha tenido un gran desarrollo en nuestro país. Y la competencia existente en la radio entre emisoras oficiales y privadas ha llevado al productor fonográfico a luchar, con los medios a su alcance, para que las novedades de su sello discográfico, sean escuchadas una y otra vez. A la industria fonográfica el legislador español le ha prestado la mayor atención, aunque, sin duda, por las razones que se expresaban al comienzo de este estudio, distorsionando un tanto el encaje de esta protección. La Orden de 14 de febrero de 1942 sobre ejecución de obras en discos y, sobre todo, la Orden de 10 de julio de 1942 concede a la obra fonográfica la consideración de obra protegida por la Ley de Propiedad Intelectual, reconociéndose (artículo 2) que «tanto el autor de la obra original como la entidad fonográfica que la impresiona, tiene cada uno respecto de su obra los derechos que a los propietarios de las obras musicales les reconocen los artículos 19 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual». Los titulares de aquellos derechos podrán impedir «que sin previo convenio se utilicen discos u otros objetos análogos derivados de la impresión fonográfica original para la reproducción o comunicación del sonido, con fines lucrativos, tanto por medio de los sistemas conocidos de la radiodifusión, la cinematografía, la televisión...». Por su parte, la Orden de 1 de diciembre de 1942 garantiza tales derechos a las entidades fonográficas, obligándoles al depósito legal de los discos, tal como se viene haciendo con sus libros. La aparición de estos textos causó serias preocupaciones, tanto que su vigencia fue suspendida por Orden de 27 de abril de 1944, aunque un año más tarde (Orden de 24 de abril de 1945) fueron puestos otra vez en vigor.

En realidad, la legislación española va, en este punto, mucho más lejos de lo que luego conseguiría el Convenio de Roma, 1961. Y ello tras hacer algunas afirmaciones tan gratuitas como «su asimilación al derecho de autor ya no se discute entre los autores contemporáneos y en las modernas legislaciones» (exposición de motivos de la Orden de 10 de julio de 1942). Su referencia a las modernas legislaciones es harto dudosa pues autor tan poco sospechoso en esta materia como G. Straschnov no duda en escribir: «en cette matière, le législateur espagnol a pris une position qui dépasse de loin celle que l'on trouve dans la plupart des textes les plus favorables au fabricant, promulgués dans d'autres pays unionistes. Alors que les législateurs allemand et suisse, par exemple, se contentent d'admettre une cession tacite, en faveur du producteur de phonogrammes, du droit reconnu à l'artiste-exécutant et que le législateur italien n'accorde au fabricant qu'un droit industriel, le gouvernement espagnol confère par le décret de 10 juillet

---

por satélite fue el Real Madrid, en su partido contra el Standard de Lieja (3 de diciembre de 1969), que fue visto en Puerto Rico, Méjico, Panamá y Perú.

1942, à l'oeuvre phonographique le caractère d'une oeuvre artistique et la protège comme telle» (112). Lo que llevado a sus últimas consecuencias puede significar que tanto el autor de la obra original como la empresa fonográfica que graba la obra pueden oponerse a que el disco sea utilizado para la reproducción con fines lucrativos, para su emisión por radio y televisión... Para el día en que se publique la nueva ley de Propiedad Industrial en nuestro país, habrá que replantearse esta cuestión, pues la industria fonográfica saldría mejor parada si se sustituyera este derecho de autor de que goza actualmente la empresa fonográfica por un «derecho sobre la matriz original» con todo lo que ello significa (113). Los intereses legítimos de los industriales del disco «pueden muy bien ser protegidos sin confundirlos, ni mezclarlos con el derecho de autor, ni invadir el terreno de éste», concluirá Forn, cuyos juicios en esta materia serían a tener en cuenta el día que se afronte la redacción de la nueva ley (114). En este punto, no estará de más recordar cómo España ha luchado desde un comienzo contra todo lo que pudiera significar piratería del disco y, por eso, desde un principio con buenos ojos que se protegiera a la industria fonográfica (Convención de Ginebra, 1971). El tema de la piratería es uno de los que preocupan más actualmente a la Industria Fonográfica Española (IFE), la entidad que agrupa a las compañías de mayor relieve de España. La IFE forma parte de la IFPI internacional. Las empresas fonográficas españolas están encuadradas en el Sindicato del Metal.

La RTVE no parece haber firmado todavía un contrato con el BIEM, pero no deben existir problemas por ser la SGAE la representante del BIEM en España. Sobre el tema de los derechos mecánicos y de los editores de música son muy esclarecedores los criterios de J. Forn en los que abunda G. Straschnov (115).

En algunos países los propios organismos de radiodifusión son editores de discos; son notables los presentados, por ejemplo, por la RAI italiana o la Bayerischer Rundfunk, de Munich. RTVE, aunque editó algunos, cuando llegó el momento de comercializar su importante serie de zarzuelas, prefirió salir al mercado del brazo de EMI-ODEON, SOCIEDAD ANONIMA. RTVE facilitó las bandas sonoras, libre de gastos, y EMI-ODEON corrió con todos los demás gastos de estampación, distribución, venta, etc. RTVE percibió un tanto por ciento sobre ejemplar vendido. La coordinación entre la emisión en la pequeña pan-

(112) *Op. cit.* 1948, pág. 130.

(113) Cf. GEORGES STRASCHNOV, *op. cit.*, 1948, pág. 132.

(114) Cf. JOSÉ FORNS: La teoría de los derechos conexos y la protección a los fabricantes de discos. *Revista de Derecho de la Universidad de Madrid*. Tomo III, 1943, pág. 263.

(115) Cf. GEORGES STRASCHNOV. *Op. cit.* 1950, págs. 74-76, en donde glosa un estudio de JOSÉ FORNS, aparecido en *Le Droit d'auteur*, febrero, 1950.

El tema es algo más académico y pudiera en alguna ocasión afectar a RTVE. Todos los derechos de reproducción mecánica en todas sus formas (disco, cine, radio y televisión) de *La vida breve*, por ejemplo, pertenecen a Editions Max Eschig, de París, desde que Manuel de Falla lo conviniera en 1912.



talla y la salida al mercado del disco correspondiente, supuso una gran venta de estas obras líricas que sobrepasaron, con mucho, los cálculos más optimistas (116).

### 2.3. *Relaciones con otros organismos de radiodifusión.*

La radio española estuvo presente desde sus comienzos en la Unión Internacional de Radiodifusión (UIR), surgida en Ginebra, en 1925. Después de la segunda guerra mundial y desaparecida la UIR, la Radiotelevisión española mantiene diversos contactos con organismos de radiodifusión, unos de carácter bilateral (con Francia, Italia, Marruecos...) y otros de carácter multilateral a través de las uniones internacionales de radiodifusión existentes. Aunque por razones políticas, en su momento España no fuera invitada (117) por Gran Bretaña a la reunión de Torquay (1950) en la que surgiría, como heredera de la UIR, la Unión Europea de Radiodifusión (UER), desde 1958 es miembro activo de ella. La RTVE fue asimismo fundadora y es igualmente miembro activo de la Organización de la Televisión Iberoamericana (OTI) creada en Méjico (marzo, 1971). Y fue admitida como miembro asociado de la Arab States Broadcasting Union (ASBU) en la reunión de Al-Ain (Emiratos Arabes Unidos) de febrero de 1973. Estas Asociaciones le permiten participar en los programas y actividades comunes de estas uniones en la forma que se establece por los respectivos órganos directivos.

En los casos de retransmisiones de la UER (vulgo Eurovisión), o en los que intervienen los organismos de radiodifusión miembros, salvo estipulación en contrario, cuando un organismo de un país de la zona europea de radiodifusión pasa un programa radiofónico de otro, los artistas que intervienen en el mismo tendrán derecho a cobrar unos suplementos sobre su cantidad estipulada, que será del 10 por 100 cuando es un organismo el que conecta, 20 por 100 cuando son dos, 30 por 100 cuando son tres, 40 por 100 cuando son cuatro y pueden llegar hasta el 50 por 100 cuando son cinco o más de cinco. Estos porcentajes lógicamente varían cuando se trata de programas de televisión habiéndose llegado a unos acuerdos entre la UER y la FIM, la FIA y la FIAV (118).

(116) "Las zarzuelas de TVE baten todas las marcas de ventas discográficas". *Teleradio*, núm. 606, Madrid, 4 a 10 de agosto de 1969. El éxito alcanzado motivó que en el estudio "El público del teatro lírico", llevado a cabo por el IMDT, de Viena (Institut International de Musique, Danse et Théâtre dans les Moyens Audiovisuels), se le prestara gran atención (Cf. *Teleradio*, núm. 658, Madrid, 3 a 9 agosto 1970).

(117) Tampoco lo fue la República Federal Alemana.

(118) Estos serán los suplementos que tendrán que abonar los organismos de radiodifusión: Argelia, 2 por 100; Austria, 5 por 100; Bélgica, 6 por 100; Chipre, 1 por 100; Dinamarca, 5 por 100; España, 8 por 100; Finlandia, 4 por 100; Francia, 27,5 por 100; Gran Bretaña, 40 por 100; Grecia, 2 por 100; Irlanda, 2 por 100; Islandia, 1 por 100; Israel, 2 por 100; Italia, 27,5 por 100; Jordania, 2 por 100; Luxemburgo, 4 por 100; Malta, 1 por 100; Marruecos, 2 por 100; Mónaco, 2 por 100; Noruega, 4 por 100; Países Bajos, 7 por 100; Portugal, 2 por 100; República Federal de Alemania, 40

Como consecuencia de los contratos suscritos con la Compañía Telefónica Nacional de España, a los efectos de las transmisiones de televisión por satélite, RTVE es la explotadora de la utilización televisiva de las estaciones terrenas de Buitrago (Madrid) y de Agüimes (Islas Canarias). Tras una lucha de políticas tarifarias para TV entre las estaciones terrenas europeas y americanas, y tras las últimas devaluaciones del dólar, RTVE aplica las siguientes: *a*) en sus relaciones con organismos europeos sigue la política de las cinco estaciones terrenas europeas (Francia, Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Italia y España) previstas por la CEPT: 2.800 francos oro por diez primeros minutos, y 85 francos oro por cada minuto adicional; *b*) en sus relaciones con los organismos iberoamericanos que pertenecen a la OTI, y de acuerdo con la política de reciprocidad seguida por aquellas estaciones terrenas aplica la tarifa de 890 dólares para los diez primeros minutos y 29 dólares para cada minuto adicional; *c*) para los organismos de los países de la OTI que participan en el intercambio de noticias por satélite (cinco días por semana y diez minutos por día, ambos como mínimo) a través del Servicio Iberoamericano de Noticias (SIN) ha establecido, al igual que las demás estaciones terrenas de aquellos países, 450 dólares para los diez primeros minutos y 18 dólares cada minuto adicional.

Para la asistencia a los cursos de extranjeros, y opción a la eventual concesión de becas, que la Escuela Oficial de Radiodifusión y Televisión organiza anualmente, se otorga una prioridad a aquellos candidatos que pertenezcan a organismos de radiodifusión miembros de algunas de las uniones internacionales a las que pertenece RTVE.

Dentro de sus contactos con otros organismos de radiodifusión europeos la RTVE forma parte de Sport TV, S. A., a la que también pertenecen organismos de Luxemburgo, Francia, Italia, Austria, Alemania (Bayerischer Rundfunk, de Munich), Yugoslavia, Holanda, Hungría y Gran Bretaña (Televisión Independiente). La Sociedad fue creada en Bruselas, en 1969, donde tiene su sede. Su objeto es evitar todo tipo de publicidad clandestina, en los eventos transmitidos multilateralmente y coordinar en los mismos casos, la publicidad estática así como todo lo derivado de la explotación publicitaria del evento que se transmite.

La radiodifusión estatal se ocupa, por lo demás, de la puesta en práctica de los convenios culturales suscritos por España en lo que tenga relación con radio y televisión. A título de muestra, y por incluir uno de los más recientes, puede citarse el Convenio Cultural entre España y Jordania, firmado en Madrid, el 8 de febrero de 1971 (119).

---

por 100; Suecia, 7 por 100; Suiza, 4 por 100; Túnez, 1 por 100; Turquía, 2 por 100, y Yugoslavia, 5 por 100.

Para los organismos de la OIRT, no miembros de la UER: Alemania del Este, 8 por 100; Bulgaria, 3 por 100; Checoslovaquia, 7 por 100; Hungría, 5 por 100; Polonia, 8 por 100; Rumania, 4 por 100, y Rusia, 40 por 100.

(119) Cf. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de julio de 1972.

### 3. RADIO Y TELEVISIÓN POR CABLE. VIDEOGRAMAS.

La cada día mayor aglomeración en las urbes supone un aumento de las interferencias en el momento de sintonizar una emisora de radio o televisión. De ahí el éxito alcanzado en todo el mundo, por estas nuevas técnicas de distribución que no emplean el éter, sino simplemente un hilo conductor. Aunque dentro de la definición de radiodifusión no suele incluirse la radio y televisión por cable (120), debe reconocerse que en muchos países por haber sido explotados estos sistemas por los propios organismos de radiodifusión, se entienden, por extensión, incluidos.

La radio por cable está ya funcionando en España con el nombre de Hilo Musical. Una Orden de 23 de septiembre de 1969 autorizó a RNE a su establecimiento. Para convertirlo en realidad, se llegó a un acuerdo entre RNE y la Compañía Telefónica Nacional de España, en virtud del cual una empresa especializada en medios de comunicación, filial de la Telefónica, COSESA, se ocupará de todo lo referente a la gestión y explotación del Hilo Musical. Por su parte, RNE sería responsable de la programación.

Esta experiencia trajo de la mano la colaboración entre TVE y la CTNE (acuerdo de 10 de agosto de 1972), a través de COSESA, para llevar a cabo la televisión por cable. Ciertamente que esto último fue posible gracias a la Orden de 13 de marzo de 1970 que aclaraba, si ello fuera necesario, que era competencia de la Dirección General de Radiodifusión y Televisión (121), la explotación de todo sistema para distribuir la señal de televisión por cable, al mismo tiempo que fijaba el procedimiento de sintonizaciones, de instalaciones, de redes de televisión en circuito cerrado, válidas para la difusión de imágenes, con indicación de la naturaleza del candidato (122).

El problema que se planteó en España en cuanto al derecho de autor, no es extraño al que se dio en otros países, según que la televisión por cable se considere como simple extensión técnica o, por el contrario, como un nuevo servicio para cierto tipo de público, incidiendo en la resolución del tema la existencia o no de publicidad en los programas, y la propia producción de programas con ese fin específico (123). Es lógico que si existe una distribución simultánea de una misma emisión a través de ondas herzianas y por cable, no sufra variación el pago del derecho de autor, ya que, en este caso, el cable actúa como simple medio técnico de distribución. La cuestión varía cuando las emisiones

(120) Cf. GEORGES STRASCHNOV: *Op. cit.* 1948, pág. 16.

(121) Cf. LUIS EZCURRA: La télévision par cable, réalité immédiate en Espagne. *Revue de l'UER*. Genève, janvier, 1973.

(122) Puede verse: ENRIQUE G. HURTADO: TV por cable en España, *Revista Española de Electrónica*, núm. 215. Barcelona, octubre 1972.

(123) Cf. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ FRAGUAS: La télévision par cable et en circuit fermé en Espagne. *Revue de l'UER*, núm. 125 B. Genève, Janvier, 1971.

están destinadas a un público de abonados y a través de diversos canales especializados en razón del contenido de los programas emitidos. En este último caso, para el pago del derecho de autor, se presenta esta alternativa: o pagar una cantidad complementaria a tanto alzado, o establecer un tanto por ciento, para derecho de autor, por cada abonado. La radio y la televisión por cable se han configurado, en España, más bien, como nuevos servicios que como simple medio de distribución. Si ciertamente uno de los canales de Hilo Musical es la onda media de RNE y otros son programas netamente educativos (idiomas) los otros cuatro se componen específicamente. Igual ocurrirá con la televisión por cable que aun cuando pueda captar el primero y segundo programa de TVE, podrá dedicar otros varios, selectos, al público que se abone al sistema. Hilo Musical ha optado por pagar a la SGAE una cantidad global en concepto de derecho de autor. Parece lógico que cuando superadas las dificultades existentes (124) sea una realidad en nuestro país la televisión por cable, se adopte en esta materia decisión análoga, en materia de derecho de autor, a la del Hilo Musical.

La llamada «cassette» se ha extendido mucho en el mercado como alternativa del disco, no representando problemas, respecto a los derechos que nos ocupan, ya que son sus productores las propias casas de discos. Por el momento no se emplean en la radiodifusión. Otra cosa podría suceder con los videogramas, vocable aceptado tras muchas sesiones de trabajo, en la Comisión Jurídica de la UER para identificar, globalmente (125), lo que en mercado internacional se conoce con el nombre de videocassette. La palabra videograma quiere expresar que se trata de un programa de naturaleza audiovisual, diferente de los filmes cinematográficos, de una parte, y de los programas de radio y televisión, de otra parte. Su aparición removió a los posibles interesados: los editores los consideraron como una prolongación de los libros, los productores de fonogramas como una variedad del disco y los medios cinematográficos como filmes. Si bien en el futuro no parece difícil la producción de videogramas, serios obstáculos se oponen a su aparición

---

(124) Hasta 1974 (por Decreto de 2 de mayo) no se reguló la instalación en inmuebles de sistemas de distribución de señal de TV por cable, autorizando a inquilinos y propietarios de inmuebles, a través de empresas autorizadas para ello, tras la observación de los reglamentos administrativos vigentes. Esta disposición no debe confundirse con la Ley de 23 de julio de 1966, que exigía la existencia de antenas colectivas en aquellos inmuebles de más de cuatro pisos o de más de diez apartamentos.

(125) En líneas generales, las novedades que aparecieron en el mercado podían clasificarse en tres categorías, según el soporte empleado: 1) *Film*: a) Film especial de 8,75 mm empleado por el sistema EVR (Electronic Video Recording) utilizada por CBS; asimismo el SelectaVisión (banda de 12,7 mm en vinilo transparente) de la RCA; b) Super 8, empleado por Colorvisión de la Nordmende y por Vidicord; 2) *Banda magnética*: soporte empleado por Instanvideo de Ampex, Cartrivisión de Avco y VCR de Philips (los tres empleando bandas de 12,7 mm) y Videocassette de Sony (que emplea banda de 19 mm); 3) *Disco*: el Videodisc de Teldec (Telefunken-Decca) utiliza un disco de plástico.

en el mercado con programas anteriormente grabados, pues habría que contar con: *a)* el derecho de autor sobre la música; *b)* el derecho de autor sobre obras literarias; *c)* el derecho de autor sobre la película cinematográfica; *d)* derechos de los artistas o ejecutantes; *e)* derechos de los productores de fonogramas; y *f)* derechos del propio organismo de radiodifusión propietario de la grabación. Pensando precisamente en la producción futura, algunos países como Francia, han creado una empresa a tal fin consagrada: la Société Française de Vidéogrammes, constituida al 50 por 100 por la ORTF y la Librería Hachette. En todo caso, parece que la posición jurídica del productor de un videoprograma es comparable a la del productor de una obra cinematográfica, por lo que sería aplicable esta legislación. Resta por saber, si, al fin, los videoprogramas serán vendidos, o si serán alquilados —dado su eventual alto costo de venta— extremos que pueden hacer variar la retribución de los correspondientes derechos. En España, existe ya una cierta normativa al respecto. El Decreto de 21 de enero de 1971 y la Orden de 27 de febrero de 1973 regulan el visado y autorización previa a la producción y difusión del material audiovisual, encargando a las Direcciones Generales de Radiodifusión y Televisión, y de Espectáculos que se ocupen, dentro de sus respectivas competencias, de este tema.

# Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés\*)

JOSE LUIS MERINO Y HERNANDEZ  
Notario

## I. RECAPITULANDO

Hace ya algún tiempo, en las Jornadas de Derecho Aragonés, celebradas en Jaca en el verano de 1972, en comunicación que presentábamos bajo el título "Extensión del Derecho de viudedad aragonés" (1), nos ocupábamos, entre otros, del doble problema que el cambio de regionalidad podía presentar en relación con el citado derecho de viudedad previsto en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón.

A modo de recapitulación, he aquí esa doble problemática a que nos referíamos:

A) Matrimonio aragonés que adquiere regionalidad castellana, falleciendo después uno de los cónyuges.

"Se suscita aquí —decíamos— el problema de la doble atribución de derechos viudales al supérstite. De una parte, conserva el usufructo de viudedad aragonés, por considerarse éste integrante de las instituciones propias del Derecho de familia, y no propiamente del de sucesiones, pero adquiere también los derechos usufructuarios que como legitimario le concede el Código civil, ya que éstos son de Derecho sucesorio, por el que ahora se regirá la sucesión del fallecido, y ya no por el Derecho aragonés" (2).

B) Matrimonio castellano que adquiere regionalidad civil aragonesa, falleciendo en esta situación uno de los cónyuges.

"Al ser —comentábamos— la viudedad aragonesa de Derecho familiar —inmutable, según criterio general—, y al regirse la sucesión del cónyuge fallecido por el Derecho aragonés, que no prevé derecho sucesorio alguno a favor del supérstite, éste queda absoluta-

---

\* El presente trabajo ha sido presentado en calidad de comunicación a las Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Zaragoza, los días 23 a 26 de abril de 1975, y dedicadas precisamente al estudio de nuevo Título Preliminar del Código civil.

(1) Publicado después como artículo en "Revista Derecho Notarial", número LXXIX, enero-marzo 1973, págs. 117 y sigs.

(2) Vid. *op. cit.* en la nota anterior, pág. 146.

mente desamparado y sin derecho alguno sobre los bienes del premuerto" (3).

Exponíamos nuestro criterio de que semejantes situaciones deberían ser tenidas en cuenta por el legislador, con la finalidad de encontrar una solución a los absurdos legales que las mismas podían y suelen plantear.

"Creemos que para llegar a solventar estos problemas habría que acometer una reforma legal a fondo", afirmábamos entonces (4).

Ahora bien, preocupados siempre por el mantenimiento de las soluciones a adoptar dentro del marco de las estructuras jurídicas informadoras de nuestros sistemas legales, propugnábamos una de estas dos alternativas:

"a) O declaración expresa legal de la mutabilidad del régimen matrimonial con el cambio de regionalidad;

b) O expresa afirmación de que la viudedad no es de Derecho de familia, sino de Derecho sucesorio" (5).

Sin embargo, el legislador de nuestros días, más preocupado (el signo de los tiempos) de las soluciones prácticas que de los citados esquemas jurídicos, ha encontrado la solución y expresamente la ha plasmado en la reciente reforma del Título preliminar del Código civil. Veámosla:

## II. EL TITULO PRELIMINAR REFORMADO DEL CODIGO CIVIL

El Decreto del Ministerio de Justicia 1.836/1974, de 31 de mayo, desarrollando la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil, después de ocuparse de una serie de materias de gran trascendencia para nuestro Ordenamiento jurídico, en su artículo 16, apartado 2, se ocupa del Derecho de viudedad aragonés en los siguientes términos:

"El Derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria."

"El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte."

Estos dos párrafos, primero y tercero del citado apartado 2 del artículo 16 del Código civil reformado, vienen a resolver, como decíamos, el doble problema a que antes nos referíamos.

Antes de entrar en el breve examen de los mismos, queremos hacer notar con satisfacción que, una vez más, el legislador español

(3) Id. pág. 146.

(4) Id. pág. 147.

(5) Id. pág. 147.

ha sido consciente de la necesidad de afrontar con decisión todos y cada uno de los problemas que la aplicación de las leyes suelen plantear en nuestro Ordenamiento.

En nuestros despachos profesionales solíamos asistir, casi como espectadores pasivos e impotentes ante la situación creada por la colisión de dos diferentes legislaciones hispanas, la común y la aragonesa, a la manifiesta injusticia que especialmente el segundo de los problemas enunciados —el de matrimonio castellano que adquiere luego vecindad aragonesa— solía plantear con no poca frecuencia.

De la gran trascendencia de estas cuestiones da clara idea el hecho de que el legislador se haya ocupado de las mismas en un momento —el de la reforma del Título preliminar del Código civil— en el que, si bien no puede decirse que fuera una “extravagancia” legal el hablar de ellas, sí al menos ha supuesto una gran novedad, al introducir un artículo totalmente nuevo en nuestro tradicional Ordenamiento civil.

Alabamos, en definitiva, la decisión del legislador que ha sabido resolver de una vez y por todas unos problemas que comenzaban a ser ya casi podríamos decir que dramáticos.

### III. COMENTARIO

De los dos problemas enumerados, el primero —el de los cónyuges aragoneses que adquieren posteriormente regionalidad civil de Derecho común— queda resuelto a través del párrafo primero del apartado 2 del citado artículo 16 del Código civil reformado.

A partir de ahora, y si en un matrimonio de origen aragonés avecinado en territorio de Derecho común, fallece uno de los cónyuges, la acumulación de derechos que antes se daba —la viudedad aragonesa por Derecho familiar y la legítima usufructuaria del Código civil por Derecho sucesorio—, se resuelve ahora con la supresión de esta última, con mantenimiento y respeto del usufructo aragonés.

El legislador, ante esta acumulación de derechos usufructuarios, se ha decidido por suprimir el cuantitativamente inferior y mantener el superior. En efecto, mientras que con arreglo a las normas sucesorias del Código civil, la legítima del cónyuge superviviente sólo recaía en el usufructo como máximo de dos tercios de los bienes relictos (en el caso de no concurrir ni con descendientes ni con ascendientes del causante), por el contrario, el usufructo de viudedad aragonés tiene actualmente carácter universal, es decir, recae sobre todos y cada uno de los bienes hereditarios.

Desconocemos cuál haya sido el criterio y ánimo del legislador al decidirse por la forma indicada. Quizá haya sido una respuesta a este sentir general actualmente en vigor de tratar de aplicar a la Legislación castellana el usufructo universal de viudedad de nuestra Compilación aragonesa.



Por nuestra parte estimamos que la solución hubiera de haber sido la contraria. Siempre hemos pensado que el usufructo universal de viudedad aragonés no es en modo alguno beneficioso, especialmente en relación con los herederos nudo propietarios que se ven así imposibilitados a toda actuación económicamente ventajosa en relación con las fincas heredadas, mientras el usufructuario viva, y siempre, por supuesto, que no exista acuerdo entre ambos para la actuación concreta de que se trate (lo cual suele ser muy común) (6).

En cualquier caso, la solución está dada, que era de lo que se trataba esencialmente, y no puede negarse que a nadie perjudica en posibles derechos adquiridos, ya que lo que se ha venido a hacer ha sido conceder lo más en un supuesto en el que la Ley concedía inadecuadamente lo más y lo menos. En el caso contrario sí que hubiera habido que plantearse el problema de unos posibles derechos adquiridos, si al cónyuge superviviente de origen aragonés se le reducían sus derechos usufructuarios.

Por supuesto, la citada disposición del artículo 16 del Código civil reformado habrá que ponerla en conexión con los artículos 834 y siguientes del mismo Cuerpo legal, los cuales, en definitiva, y para el supuesto planteado, quedan radicalmente inaplicables.

En definitiva, y para concluir este punto, en lo sucesivo cualquier viudo o viuda vecindado en territorio de Derecho común, o en cualquier otro, que hubiere contraído matrimonio bajo el régimen de Derecho aragonés, mantendrá el usufructo de viudedad que con carácter universal le concede la legislación aragonesa.

En cuanto al segundo punto planteado —el matrimonio de origen castellano en el que fallece uno de los cónyuges habiendo determina expresamente que “el usufructo viudal (se refiere al aragonesa— queda también resuelto por el comentado artículo 16, apartado 2, del Código civil recientemente reformado. Su párrafo tercero determina expresamente que “el usufructo viuda (se refiere al aragonés) corresponde también al cónyuge superviviente cuando el pre-muerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte”.

De esta suerte, y ante la supresión absoluta que de todo derecho usufructuario viudal se daba antes en el puesto planteado, y por consecuencia de la colisión de las normas civiles comunes y las forales aragonesas, el legislador resuelve la cuestión inclinándose de nuevo

---

6) Alguna vez hemos pensado que una extraordinaria solución a los problemas que el usufructo de viudedad universal plantea en Aragón sería la aplicación en esta región foral del criterio de conmutación de usufructo que establece el Código civil en su artículo 839. Con ello, los herederos nudo-propietarios podrían hacerse con el pleno dominio de todos o gran parte de los bienes hereditarios, garantizando al cónyuge viudo superviviente su valor usufructuario en alguna de las formas que dicho artículo del Código establece.

La situación actual de la legislación aragonesa hace, desde luego, bastante dudosa la aplicación de estos criterios, por consecuencia, especialmente, de ser considerado el usufructo de viudedad un derecho familiar y no sucesorio, y ser la disposición del artículo 839 del Código civil de carácter eminentemente sucesoria.

por la mayor ampliación de derechos viudales, concediendo al supérstite el mismo derecho de viudedad universal aragonés que tendría caso de haber contraído matrimonio bajo el régimen de la Compilación aragonesa. Es decir, le hace adquirir unos derechos que, de acuerdo con dicha Compilación, no le corresponderían.

Aquí, y a diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior, sí que se produce una sustancial alteración del Sistema jurídico existente, con posible lesión de derechos adquiridos.

El efecto, si bien con arreglo a la legislación anterior el cónyuge supérstite carecía en estas circunstancias de todo derecho de viudedad en los bienes del premuerto, ello por el contrario favorecía sustancialmente a los herederos que se veían así en plena posesión y dominio de los bienes hereditarios, con tal exclusión del cónyuge supérstite.

Sea lo injusto que ello pueda parecer, lo cierto es, sin embargo, que el nuevo criterio legal viene a afectar de forma esencial esos derechos más amplios que hasta ahora tenían tal clase de herederos.

Estimo que al entrar en vigor la nueva disposición del artículo 16 del Código civil reformado, se producirán —se habrán ya producido seguramente— algunos problemas de Derecho intertemporal o transitorio, para cuya resolución habrá que acudir a las normas generales en esta materia.

En la Compilación aragonesa no se prevé, en sus disposiciones transitorias, ningún supuesto en cuyo marco pueda encuadrarse el problema planteado. Habrá que acudir, por ello, y dado su carácter supletorio, a las propias del Código civil.

Es primordial a este respecto la disposición transitoria primera, a cuyo tenor, “se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen”.

En el primer apartado de esta disposición se recoge una clara aplicación del principio de irretroactividad de las leyes. Estas, en principio, no deben aplicarse a situaciones jurídicas nacidas de hechos o actos realizados con arreglo a la legislación anterior.

Por ello, partiendo del criterio de que en el supuesto que ahora tenemos planteado, el hecho originador de la situación jurídica controvertida es precisamente el fallecimiento del cónyuge que va a provocar o no el nacimiento del usufructo de viudedad a favor del supérstite, si tal hecho ha sucedido antes de entrar en vigor la nueva disposición del artículo 16 del Código civil, entiendo que el problema de la viudedad deberá plantearse y ser resuelto con arreglo a los criterios de la legislación anterior. Y éstos, por injustos que nos parezcan (y siempre nos lo han parecido), son precisamente

los de carencia absoluta de todo derecho de viudedad usufructuaria —ni universal ni limitada— a favor del cónyuge supéstitute de quien, originariamente castellano (o de cualquier otra región), y casado bajo este régimen, fallece después de haber adquirido regionalidad aragonesa.

Por el contrario, si el fallecimiento se ha producido después de la entrada en vigor del nuevo artículo 16 del Código, parece que entonces no existe ninguna duda para la aplicación del mismo en los términos que prevé.

Y en contra de lo expuesto no creo que pueda aducirse el párrafo segundo de la trascrita disposición transitoria primera del Código, en el sentido de que la viudedad universal que reconoce el último párrafo del artículo 16, sea un derecho que “apareciere declarado por primera vez en el Código” (como así es realmente), porque esta primera afirmación del texto legal viene luego contrarrestada y anulada por su inciso final, al salvar “a otro derecho adquirido de igual origen”. Y no dice otro derecho adquirido de igual *naturaleza*, lo cual podría dar lugar a no pocas dudas interpretativas en la colisión de los derechos hereditarios y de viudedad (familiares, según la legislación aragonesa), sino que habla bien claramente de otro derecho de igual *origen*, es decir, de otro derecho dimanado del mismo hecho originador del derecho controvertido. Y en este caso concreto ambos derechos, el de viudedad universal y el hereditario, proceden de un mismo origen, o sea, del hecho del fallecimiento de uno de los cónyuges avencidados aragoneses.

A mayor abundamiento de lo que aquí se dice puede aducirse el inciso primero de la disposición transitoria 12 del Código civil. Dice esta que “los derechos a la herencia del que hubiere fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior”.

Es decir, que los herederos del nuevamente avencidado aragónés que hubiera fallecido antes de entrar en vigor el nuevo artículo 16 del Código civil, tienen perfecto derecho a que su sucesión hereditaria se regule con arreglo a la legislación anterior. En definitiva, que podrán obtener el pleno dominio de los bienes del premuerto, con total y definitiva exclusión del viudo o viuda supéstitute.

Al margen de estas consideraciones de intertemporalidad, la nueva disposición del artículo 16 del Código civil reformado sugiere otras de no menor interés.

En general, pienso que si bien esta solución del Código era de desear, como medio de salir de un “atolladero” jurídico, originador de no pocos problemas e injusticias, según se ha expuesto, su planteamiento, sin embargo, no parece en modo alguno de lo más correcto y ortodoxo.

En primer lugar, la propia colocación sistemática de la materia en un lugar —el Título preliminar del Código— que no parece el más adecuado para ello. Hubiera sido preferible que se hubiera hecho alusión al tema en sede de los preceptos que regulan los derechos legitimarios del cónyuge viudo en Castilla. O mejor aún,

no haberse regulado en el Código civil, sino en una simultánea reforma de la Compilación aragonesa (aunque, quizá, esto último hubiera retrasado considerablemente la reforma).

Por otra parte, y esto es de mucha mayor importancia jurídica, el Preámbulo o Exposición de Motivos que precede a la nueva redacción del Título preliminar del Código, dice textualmente al referirse al nuevo artículo 16 que comentamos, que “como aclaración si no estrictamente necesaria al menos conveniente, figura la disposición dirigida a poner de manifiesto que lo establecido en las respectivas Compilaciones no resulta alterado por el nuevo título preliminar. Elaborado éste —continúa— durante y a continuación del proceso compilador abierto a partir del año mil novecientos cuarenta y siete y guardando innegable relación con el mismo la propia reforma ahora concluida, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, *sería un contrasentido pensar en cualquier cambio, regresión o falta de armonía*”.

Pues bien, será todo el contrasentido que se quiera, pero la nueva regulación del artículo 16 del Código, y especialmente en lo que se refiere a su último párrafo, encierra un notable cambio y una falta total de armonía con los criterios que inspiran la vigente legislación aragonesa, recogida en la Compilación de 1967.

En ésta, su artículo 79 determina clara y explícitamente, de tal forma que no parece que pueda dejar lugar a dudas, que “el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión”.

Responde al tradicional criterio aragonés de que el usufructo efectivo de viudedad deriva siempre (7) y necesariamente de un derecho precedente, cual es el llamado expectante de viudedad.

Este derecho expectante que se adquiere sobre los bienes del otro cónyuge en el instante de contraer matrimonio, o después, en el momento que entran en el patrimonio del consorte, se mantiene como tal expectativa mientras el matrimonio subsiste, y se consolida a su disolución por muerte de uno de los cónyuges en el efectivo derecho de usufructo sobre los indicados bienes del premuerto. Más que consolidarse, se concreta, *se realiza* (en el sentido estrictamente terminológico de este vocablo).

Pues bien, si hay que seguir manteniendo (y nada parece que se oponga a ello) que el derecho expectante de viudedad es un derecho estrictamente de régimen familiar, por otra parte y al parecer, inmutable con el cambio de regionalidad, según criterios que hoy imperan en nuestro Ordenamiento jurídico, sólo puede corresponder lógicamente a los esposos que hubieran contraído matrimonio siendo aragoneses y

---

(7) Con la excepción de los bienes muebles. Conforme al artículo 76, 3, de la Compilación aragonesa, “tratándose de los demás bienes muebles (o sea, los que no son aportados como sitios), el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

bajo el régimen de la Compilación aragonesa, no a los que se hayan avecinado con posterioridad.

Y si el usufructo de viudedad sólo corresponde, según el transcrito artículo 79 de la Compilación, "*al sobreviviente con derecho expectante*", no se ve cómo no sea un contrasentido el que en el supuesto concreto contemplado por el nuevo artículo 16 del Código civil, se conceda usufructo universal de viudedad a una persona que antes no tenía ese mismo derecho en su categoría preliminar de expectante.

Sí que es un contrasentido, y bien claro. Y sí que supone un manifiesto cambio en relación con la vigente legislación aragonesa. Ahora bien, está ahí, previsto en una normativa legal, de igual rango que la propia Compilación, y aunque sólo sea por este solo hecho, hay que respetarlo.

Por mi parte, estimo que estas contradicciones se hubieran evitado si la reforma se hubiera realizado en profundidad. Si se hubiera adoptado legalmente uno de los dos criterios que en otro lugar ya expusimos y más arriba reproducíamos (8): o bien declaración expresa de la mutabilidad del régimen matrimonial con el cambio de regionalidad; o expresa afirmación de que la viudedad aragonesa no es de Derecho de familia, sino de Derecho sucesorio.

Con la primera de ambas soluciones se conseguiría que los procedentes de otra región española que se avecinan aragoneses, una vez ya contraído matrimonio, entraran a regular sus relaciones económico-matrimoniales y todo su régimen familiar en general bajo la normativa de la legislación aragonesa. De esta forma, y desde el instante mismo de la adquisición de la nueva regionalidad, la aragonesa, ese matrimonio entraría a participar en el juego normal del expectante de viudedad aragonés, con todas sus consecuencias, incluida la normal adquisición del usufructo de viudedad por el cónyuge supérstite al fallecimiento de su consorte.

Con la otra solución se lograría una mayor unificación —pretendida unificación desde hace tiempo— de la Legislación común con las forales, en este caso la aragonesa. El usufructo de viudedad aragonés sería considerado como de régimen sucesorio, y ya no familiar. Entonces, los procedentes originariamente de otras regiones, al avecinarse aragoneses, y caso de fallecimiento de uno de los cónyuges con la nueva regionalidad, la sucesión del supérstite se regularía normalmente por la legislación aragonesa, en la que estaría normalmente previsto el usufructo universal de viudedad a favor del supérstite. Quizá entonces lo que ocurriría sería que habría que hacer desaparecer el derecho expectante de viudedad, por falta lógica de razón de existir. No sería, desde luego, una grave pérdida, como el propio legislador parece haber pensado en la comentada reforma del Título preliminar del Código civil (9).

Por último, hacer notar lo que a nuestro juicio supone una defi-

(8) Vid. nota (5) de este mismo trabajo.

(9) Vid. lo que se dice en el siguiente apartado de este trabajo.

ciente redacción del comentado párrafo último del artículo 16 del Código civil. Habla éste de que el usufructo de viudedad corresponda al cónyuge supérstite "cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte".

No parece necesario hacer referencia a la regionalidad del cónyuge premuerto, pues parece que lo normal será que ambos cónyuges tengan la misma vecindad en el momento en que uno de ellos fallece.

Porque si quien fallece primero es el marido, por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 14, número 4, del propio Código civil, al seguir la mujer la condición civil del marido, si éste era aragonés, la mujer, necesariamente, también era aragonesa.

Y si quien fallece primero es la mujer, si ésta tenía vecindad civil aragonesa sería porque también la tenía el marido, pues en otro caso, la mujer hubiera seguido la misma condición civil de su esposo.

#### IV. UN PROBLEMA QUE SE CREA

Con mejor o peor acierto, lo que es seguro es que en la materia que planteábamos anteriormente, el legislador ha venido a brindar una serie de soluciones.

Pero solución, como su propio sentido aduce manifiestamente, es eso, aclaración de problemas, esclarecimiento de posibles contradicciones, llenanza de posibles lagunas legales y resolución, en todo caso, de las injusticias que la legislación pueda determinar en algunos casos.

Ahora bien, lo que el legislador no puede, no debe en modo alguno hacer es lo contrario: la creación de nuevos problemas, y el planteamiento de nuevas circunstancias legales que puedan dar lugar al nacimiento de determinadas situaciones injustas.

Y esto, a mi modo de ver las cosas, es lo que ha hecho el reformador del Título preliminar del Código civil en su redacción del párrafo segundo del apartado 2 del comentado artículo 16 del Código.

Dice textualmente: "El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente."

Absurdo, injusto y a todas luces inaceptable.

Resulta así que un derecho, el expectante de viudedad aragonés, previsto legalmente con carácter estrictamente personal (y tan personal que es inalienable) a favor de un cónyuge, y como tal personal, independiente de todo criterio de territorialidad en relación con los bienes sobre los que recae, va en lo sucesivo a depender de circunstancias tan aleatorias, cuales son: situación territorial en donde los

bienes del otro consorte radiquen; lugar donde una posible enajenación onerosa de tales bienes se realice; buena o mala fe del cónyuge vendedor que quiera o no hacer constar su régimen aragonés; imprevisibilidad del adquirente que no se preocupe de averiguar los posibles derechos a que los bienes que adquiere puedan estar sujetos; desprecupación, por último, del notario autorizante de la escritura que no sepa estar alerta para averiguar la regionalidad del transmitente.

Creo que esta nueva disposición atenta descaradamente ya no sólo a los más elementales criterios de justicia, sino lo que es más grave, a la propia normativa legal aragonesa y a los razonables principios que rigen nuestro Ordenamiento positivo en general, y aragonés en particular.

La disposición viola abiertamente el artículo 76 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, en cuyo apartado segundo se dice textualmente que “este derecho (el expectante de viudedad aragonés) *no se extingue o menoscaba* por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior (los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios), *a menos que se renuncie expresamente*”.

La disposición aragonesa es clara y contundente: el derecho expectante de viudedad ni se extingue ni se puede menoscabar en caso de enajenación de los bienes sobre los que recae, si no es por un acto voluntario y determinante del cónyuge titular, cual es su renuncia.

Y tan fuerte y serio es este criterio que ni siquiera los Juzgados y Tribunales pueden determinar esa renuncia en lugar del cónyuge titular, cuando éste, por los motivos que fueren, se obstina en no renunciar a su derecho expectante cuando su esposo se propone la enajenación de determinados bienes suyos. Al contrario de lo que sucede con el consentimiento uxorio en caso de venta de bienes inmuebles gananciales.

La nueva disposición abre una puerta de desproporcionado tamaño al fraude de un cónyuge para con el otro. Basta que el marido, por ejemplo (luego, la mujer, cuando con arreglo a la nueva legislación que se nos avecina pueda disponer de sus bienes sin consentimiento del marido), propietario privativo de determinados bienes inmuebles, sitios fuera de Aragón, no otorgue la escritura de venta de los mismos en una Notaría aragonesa (lo que suele ser frecuente si el comprador vive en otra región) y, además, omita toda alusión a su condición de aragonés (con buena o mala fe), para que la mujer, que se ha quedado en Zaragoza cuidando de los niños, o que incluso ignora lo que su marido está haciendo en ese viaje proyectado, vea desaparecer de la noche a la mañana, y como por arte de encantamiento, un derecho que ostentaba por expresa concesión legal. Derecho, por otra parte, de indudable arraigo popular, como diariamente podemos constatar en nuestros despachos profesionales.

Y claro está, si ante una enajenación de las comentadas, el cónyuge titular del derecho expectante pierde éste (que es lo mismo

que no poder oponerlo al adquirente de los bienes), de acuerdo con lo dispuesto en el antes citado artículo 79 de la Compilación aragonesa, perderá también todo derecho de usufructo sobre los bienes vendidos, si el cónyuge transmitente llega a fallecer antes que él.

Me parece muy bien que las normas legales tiendan a la protección de los derechos de los adquirentes a título oneroso y de buena fe (a ello responde sustancialmente casi toda la legislación registral o hipotecaria), pero lo que ya no me parece tan bien es que ello haya de lograrse a costa de los derechos —derechos ya adquiridos— de otra persona. Y todo ello, además, en base de unos argumentos que me parecen desprovistos de todo sentido racional y lógico.

Pienso que esta norma supone un manifiesto relajamiento de los más elementales principios de Derecho. En lugar de promover más acentuadamente la seriedad jurídica de las relaciones contractuales, lo que se está haciendo es degradarlas hasta extremos insospechados.

¿No sería preferible que el futuro adquirente de determinados bienes consultara previamente a su adquisición la situación registral de los mismos? De ella podría deducir con bastante sencillez el especial régimen familiar y conyugal a que están afectos.

¿No sería también preferible que los notarios tuviéramos más en cuenta la variedad legislativa existente en nuestra Patria, para, ante un supuesto de enajenación, preguntar a los interesados por su condición civil?

¿No estaremos en presencia de nuevo de una “malquerencia encubierta” contra las legislaciones forales de que en otro tiempo hablaba DURÁN Y BAS?

Creo ya haber dejado sentado antes mi criterio personal no totalmente favorable al llamado derecho expectante de viudedad aragonés. Decía que ante los problemas que éste plantea con el cambio de regionalidad de los cónyuges, sería preferible declarar legalmente que el usufructo de viudedad aragonés es una institución no de Derecho de familia, sino de régimen sucesorio. Con ello, además de solventar de una forma jurídica ortodoxa el problema expuesto anteriormente, se erradicaría definitivamente de la legislación aragonesa ese derecho expectante que, indudablemente, es origen de no pocos problemas, y aun desavenencias conyugales.

Pero eso sí, la supresión de este derecho habría de ser total y para toda clase de bienes, independientemente de su situación territorial.

Lo que no me cabe la menor duda, que, aparte de lo injusto e inadecuado que es el precepto comentado, los problemas que en la práctica planteará serán numerosos y, a veces, nada fácil de resolver.

Por ejemplo, la expresión del Código “sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente” será, sin lugar a dudas, un semillero de pleitos y discordias.

Porque para que el derecho expectante pueda oponerse al adquirente, ¿será preciso que en el momento del contrato transmisivo se constate *expresamente* el régimen matrimonial aragonés del transfe-



rente, o bastará que del documento, privado o notarial, por consecuencia de otras manifestaciones hechas en él, se deduzca este régimen? Por ejemplo, haciendo constar su cualidad de aragonés, pero sin más especificación. O, simplemente, señalando como su domicilio ordinario el de un lugar del territorio aragonés.

Por otra parte, ¿quién deberá constatar ese régimen económico matrimonial del transmitente? ¿Deberá ser éste mismo? ¿Podrá ser el propio Notario autorizante de la escritura quien lo deduzca y lo exponga a la vista de las manifestaciones que en su presencia se hagan en el otorgamiento de la escritura?

Otra cuestión: el artículo 16 del Código civil habla de *contrato* sin más. ¿Quid si se realiza primero el contrato en documento privado, sin constatación expresa del régimen matrimonial del transmitente, pero luego, en el momento del otorgamiento de la escritura se advierte, por los medios que fueren, el verdadero régimen aragonés del transferente?

¿Quid también si, pese a no hacerse referencia en el contrato al régimen matrimonial del vendedor, el adquirente lo conoce y quiere ocultarlo? Parece, desde luego, que en este caso no existirá la buena fe de que habla el comentado artículo 16 del Código.

En definitiva, y a nuestro juicio, un precepto clara y rotundamente opuesto a la legislación vigente aragonesa, que, pese a la enfática manifestación de la Exposición de Motivos de la Ley, viola y contradice sin rodeos los principios básicos legales en que se funda el Ordenamiento jurídico aragonés. Un precepto que estimo hubiera debido ser más profundamente madurado y pensado por el legislador, y que, en todo caso, parece que exige una rápida revisión en orden a su supresión, o a su planteamiento adecuado en los términos ya expuestos más arriba.

Tan inaceptable y tan semillero de conflictos y problemas estimo que es el precepto comentado que, de acuerdo con lo que vamos a exponer seguidamente, existe un cierto argumento que en el futuro podrá servir para una de estas dos cosas: o bien para anular totalmente la disposición del citado artículo 16 del Código reformado, o bien para hacer surgir no pocos pleitos y muchas más dudas al juzgador.

Me refiero al argumento legal que puede extraerse del artículo 76,3, de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón.

Conforme a los dos apartados primeros de este mismo precepto, el derecho expectante de viudedad, como derecho anterior o preliminar del de usufructo efectivo sobre los bienes del cónyuge premuerto, recae siempre y necesariamente sobre los bienes inmuebles por naturaleza y sobre los muebles como sitios del número primero del artículo 39 del mismo Cuerpo legal. Y este derecho, de conformidad con el apartado 2 del citado artículo 76, y según lo dicho más arriba, no se extingue ni menoscaba si no es con la expresa renuncia de su titular.

Hay, sin embargo, en la Compilación aragonesa un supuesto

especial a este respecto: el de los demás bienes muebles. Sobre éstos sólo existe el derecho de viudedad en la medida en que estos bienes existan en poder de su titular propietario en el momento de su fallecimiento. Es decir, que se trata de un derecho expectante condicionado a la posterior existencia de tales bienes. Sobre aquellos que hayan sido legítimamente y sin fraude enajenados por su propietario, se entiende que el expectante de viudedad no ha existido (o ha desaparecido) y, en consecuencia, sobre ellos tampoco se da el derecho de usufructuarlos.

Ahora bien, si tales bienes hubieran sido vendidos en fraude del cónyuge titular del derecho expectante, de la Compilación se deduce el criterio de que el derecho expectante y el consiguiente usufructo efectivo se siguen manteniendo pese a la enajenación, y pueden ser opuestos al adquirente de tales bienes, aunque lo hubiera sido a título oneroso.

Pues bien, resulta que poniendo en conexión este precepto de la Compilación con el nuevo artículo 16 del Código civil, surge la duda de si su criterio será igualmente válido para cuando la enajenación se realice, no de bienes muebles, sino de inmuebles.

Podrá argumentarse que el apartado 3 del artículo 76 de la Compilación alude única y exclusivamente a los bienes muebles. Sin embargo, de mantener este criterio se produciría una notable escisión legal respecto de ambas clases de bienes, con tratamiento peor para los inmuebles que, normalmente, suelen ser de mucho más valor e importancia.

Por mi parte estimo que para evitar esa lamentable escisión, los criterios del indicado artículo 76 de la Compilación deberán ser también válidos para cuando la enajenación onerosa lo sea de bienes inmuebles, y, poniendo en conexión dicho precepto con el nuevo artículo 16 del Código, resultaría lo siguiente: que si la enajenación de inmuebles a título oneroso, sitios fuera de Aragón, con contrato formalizado también allende las fronteras forales aragonesas, se realizaba en fraude de los legítimos derechos expectantes de viudedad del cónyuge del transmitente, dicho cónyuge perjudicado podría oponer su derecho expectante, y posteriormente el efectivo usufructo, en todo momento, al adquirente de los bienes.

Sólo entonces, para cuando este fraude estuviera totalmente ausente del acto traslativo, podría mantenerse el criterio del nuevo artículo 16 del Código.

Concepto de fraude, por otra parte, al que debe darse un sentido muy amplio. No basta con que el adquirente, como dice el Código, lo sea a título oneroso y de buena fe, sino que será preciso que esta radical buena fe exista también por parte del cónyuge transmitente.

Esto sería partiendo de un concepto subjetivo del fraude, en cuanto equivalente a buena fe por parte de los contratantes.

Un criterio más absoluto —objetivo— del fraude podría llegar a anular totalmente la disposición del artículo 16 del Código civil.

Entendiendo entonces por fraude el hecho simple de la violación de un derecho —el expectante de viudedad aragonés— a través de un procedimiento —el de la territorialidad de los bienes y el del lugar donde se celebra el contrato— que en definitiva suponen un desviacionismo de lo legalmente establecido.

Este criterio objetivo de fraude es el que viene precisamente sancionado en el recientemente reformado Título preliminar del Código. En su artículo 6.º, 4, se dice textualmente que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

A mayor abundamiento, y acerca de la aplicación al supuesto ahora contemplado del apartado 3 del artículo 76 de la Compilación aragonesa, no se olvide tampoco que, conforme también al nuevo Título preliminar del Código civil, y de acuerdo con su artículo 3.º, 1, “las normas se interpretarán... en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, *atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”.

Y que, según el propio artículo 4.º, 1, del Código, “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Creo así, pues, y por consecuencia de todo lo dicho, que el nuevo artículo 16, 2, párrafo segundo, del Código civil está destinado, por irregular, inaceptable, contrario al Ordenamiento jurídico aragonés y fraudulento, a ser objeto de rápido olvido y de la más absoluta inaplicabilidad en las relaciones jurídicas contractuales en que inter vengan aragoneses sometidos al régimen económico matrimonial de la Compilación.

# La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil

ANDRES DE LA OLIVA SANTOS

Profesor Agregado de Derecho procesal de la Universidad Complutense

**SUMARIO:** Propósito de este trabajo.—II. Jurisprudencia y fuentes del Derecho: crítica del planteamiento común.—III. Jurisprudencia y doctrina legal.—1. La doctrina legal, ¿es fuente del Derecho?—2. La jurisprudencia, ¿es una costumbre en sentido jurídico?—IV. La “doctrina legal”.—1. Doctrina legal en casación e interpretación de la ley.—2. La doctrina legal y los principios generales del Derecho.—3. Resumen sobre el significado de la “doctrina legal”.—V. Tratamiento de la jurisprudencia en la Ley de Bases del nuevo Título Preliminar del Código civil.—VI. La jurisprudencia en el texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil.

## I. PROPOSITO DE ESTE TRABAJO

Poco menos que disparate sería estudiar aquí de manera exhaustiva el asunto de la jurisprudencia y las fuentes del Derecho: tan sólo en nuestro país son numerosos —y perfectamente conocidos de los lectores del ANUARIO— y los trabajos que han versado sobre el tema. Lo que conviene ahora es entrar con rapidez en el análisis de la novedad legislativa, haciendo preceder a dicho análisis las consideraciones estrictamente indispensables para la comprensión de la propia postura, que es ratificación de la adoptada con anterioridad a la aprobación del texto articulado (1).

## II. JURISPRUDENCIA Y FUENTES DEL DERECHO: CRITICA DEL PLANTEAMIENTO COMUN

Al abordar nuestro tema en el marco del sistema jurídico que se ha dado en llamar continental, se intenta casi siempre, como es sabido, resaltar el valor de la jurisprudencia en relación con las fuentes

---

(1) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo Título preliminar del Código civil*, en “Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana”, núm. IV, de 1973, págs. 801-826.

del Derecho objetivo *stricto sensu*, poniendo de manifiesto, las más de las veces, la insuficiencia de la norma positiva y el papel que a la jurisprudencia puede corresponder como remedio de esa insuficiencia. Es decir, que la exaltación de la jurisprudencia encuentra una primera explicación fundamental en la superación de la tesis simplista de la plenitud de la ley (2) o en el deseo de liberarse de un legalismo racionalista exacerbado. Con más o menos intensidad, esta tensión ha estado presente en movimientos científicos y metodológicos de importancia que, por notorios, no es necesario recordar aquí.

Una proclamación como, por ejemplo, la de CAPITANT, según la cual "la Jurisprudencia es, aunque se haya negado, una fuente del Derecho como la propia Ley, y esa fuente se hace más abundante a medida que la Ley envejece", parece basada, sin duda alguna, y tal como anunciábamos, en el reconocimiento de la imperfección de la Ley. Más a la jurisprudencia se la exalta por otra razón, ligada estrechamente a esta primera y de la que el propio CAPITANT da idea en las palabras que siguen a la afirmación citada: "Sin abandonar su papel de intérpretes, buscando en los textos del Código o, en su defecto, en los principios generales que les dominan, los fundamentos de sus sentencias, los Tribunales crean, poco a poco, un cuerpo de derecho, una doctrina que completa, enriquece y enmienda la obra legislativa" (3). La jurisprudencia —se viene a decir— vale porque completa, enriquece y corrige lo que es casi siempre incompleto y con frecuencia pobre y defectuoso. Y cumple esta misión porque el juzgador realiza una labor de auténtica creación jurídica, porque existe, como diría Felipe Clemente DE DIEGO, un "derecho introducido por el juez en sus sentencias, antes no formulado por el legislador ni aun por él previsto, y que aparece creado por él" (4).

Así pues, superación del legalismo y reconocimiento de la obra de creación jurídica del juez, son los dos más importantes núcleos argumentales de muchas de las afirmaciones que han reclamado para la jurisprudencia el reconocimiento, bien de que es una fuente de Derecho, bien simplemente de que su valor, en relación con éstas, es de gran relevancia.

Significa lo anterior que afirmaciones como las transcritas tienen fundamentalmente una fuerza e intención dialéctica, por oposición al legalismo o al entendimiento de la labor del juez como simple vasallo aplicador de la ley, y, por ello, es lógico que al superarse el legalismo y la deficiente comprensión de la obra juzgadora, sea llegada la hora de proceder con criterios más técnicos y de situar diversos problemas que aparecen confundidos, en los diversos planos en que deben estar.

(2) Cfr., como trabajo paradigmático en esta línea, el de BUELOW, *Gesetz und Richteramt*, Neud. der Ausg. Leipzig, 1885, 1972, *passim*.

(3) Vid. CAPITANT, *Les grandes arrêts de la Jurisprudence civile*, París, 1940, pág. VII. El subrayado es nuestro.

(4) Vid. F. C. DE DIEGO, *Derecho judicial*, Discurso del 11 de febrero de 1942 en la R. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, s. f., pág. 19.

A estos efectos clarificadores son de gran importancia las siguientes elementales precisiones:

1.<sup>a</sup> La enumeración de las fuentes del Derecho objetivo *stricto sensu* se ha de hacer teniendo en cuenta cuáles son los vehículos mediante los cuales llegan a los sujetos de derecho imperativos jurídicos que provocan deberes jurídicos insoslayables y que jurídicamente vinculan a aquellos sujetos. Este es el planteamiento adecuado y no lo es el de referir las fuentes del Derecho *sub specie* de materiales supletorios para solucionar litigios, supuesta la primacía de la ley (5).

No es admisible presentar de forma primordial las fuentes del Derecho como normas para la decisión de los litigios. El artículo 1.445 del Código civil no es primordialmente una “medida enjuiciadora” (6) dirigida al tribunal para las ocasiones en que se le presenten casos de compraventa, sino la norma que reconociendo un negocio del tráfico, de la vida real, contiene los imperativos jurídicos que obligan a entregar la cosa y a pagar el precio.

Si se procede de la forma que impugnamos nada extraño será sentir y seguir el impulso de añadir la jurisprudencia —por cierto que sin aclarar qué se debe entender por ella— al repertorio de las fuentes del Derecho, estimando que sirve al juez para resolver, para decidir los litigios. No es este el punto de vista exacto, sino el que se ha indicado al comienzo de esta precisión fundamental. Por otra parte, y

---

(5) Significa esto que, como ya ha sido puesto de relieve con frecuencia, el enfoque del antiguo art. 6 del C. c. no era acertado —en cuanto precepto definidor de las fuentes de nuestro Derecho— y de ahí las reservas que pueden merecer aquellas posiciones como la del admirado profesor D’ORS, que se apoya en dicho precepto: cfr. *Para una interpretación realista del artículo 6 del Código civil español*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. 1, págs. 119-126, Milano, 1962. Más fácil de admitir para quienes se sirven de esquemas dogmáticos tradicionales es su artículo posterior *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en “Atiántida”, núm. 45, 1970, porque, pese a este rotundo título, es la posible aprobación por los jueces lo que se presenta como indicio o síntoma de lo que es Derecho: lo que aprueben o puedan aprobar los jueces, lo que pueda pasar por un tribunal, eso es Derecho. Esta doctrina se encuentra también, que sepamos, en MARCIC, *Rechtsphilosophie (Eine Einführung)*, 1969, pág. 160: afirma el extinto profesor austriaco que la *Gerichtsfähigkeit* o *Justiziabilität* es nota esencial del Derecho. Y mucho antes, en la fundamental obra *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, pág. 227, sostuvo ya James GOLDSCHMIDT lo siguiente: “pertenece, sin duda, a la esencia del Derecho (del Derecho desarrollado) el llegar a ser aplicado por el Juez”.

(6) Vid. GOLDSCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 245 y 246: “Los preceptos jurídicos no son sólo ‘leyes de la vida’, sino también normas para la decisión de litigios. Con otras palabras: no sólo imperativos dirigidos a quienes están sometidos al Derecho, sino medida enjuiciadora (*Urteilsmaßstab*) para el juez: que ha de enjuiciar el tener y el ser de quienes están sometidos al Derecho... Si se concibe el Derecho como medida para la actividad enjuiciadora del juez, se piensa en el juez en su especial relación con el Derecho, en el juez como el poder destinado a la aplicación del Derecho. En otros términos: se piensa en el poder que no está sometido al Derecho sino al que el Derecho está sometido. De hecho, el juez no es sólo servidor, sino también señor del Derecho, al igual que el obrero es señor de su herramienta. Pues así como el albañil se guía por la maestra, así se guía el juez por el Derecho”.

como se advertirá con mayor claridad de inmediato, el legislador debe renunciar a explicar en qué consiste la labor enjuiciadora concreta de los Tribunales: podrá, a lo sumo, expresar la esencia de la función jurisdiccional del Estado en términos generales y no en un título preliminar del Código civil, por no ser la sede adecuada para ello (7).

2.<sup>a</sup> Es cierto que los jueces no sólo aplican Derecho, sino que realizan una obra de *creación* jurídica, pero proclamar el carácter creador del quehacer judicial no debe conducir a recabar para la jurisprudencia el carácter de fuente de Derecho, pues identificar creación jurídica jurisdiccional y Derecho objetivo *stricto sensu* sería equivocado.

Con apoyo en la excelente obra de LALAGUNA (8), hemos de decir que el legalismo se supera cuando se reconoce que la ley no proporciona, *mediante una aplicación automática*, ni siquiera en los casos en que la ley se considerara “exactamente” aplicable, todo lo necesario para resolver esos casos. Y la superación del legalismo es, al propio tiempo cabal entendimiento de la creación jurídica del juez cuando se advierte la especial naturaleza — *eminentemente prudencial, no presente en la norma abstracta* (9)— del juicio jurisdiccional, de la decisión sobre el caso concreto. Con otras palabras: la sentencia es un producto jurídico atribuible al juez y *sustancialmente distinto de la ley aplicada*, de manera que hay labor jurídica *creadora* por parte del juez también en los casos que puedan parecer y efectivamente sean de más respetuosa aplicación de la norma positiva: la prudencia, puente entre lo intelectual y lo agible, es un elemento esencial del enjuiciamiento de los casos concretos.

De lo dicho se desprende que no tendría sentido continuar una pugna con el positivismo o el legalismo y perpetuar la dialéctica aludida, pues nunca ha sido cierto ni lo será que los jueces apliquen automática o mecánicamente las normas positivas. No cabe aplicación mecánica o automática de las normas porque estos adjetivos no cuadran bien con la acción significada por el sustantivo.

La creación jurídica de los órganos jurisdiccionales se produce en las sentencias, siendo cada una de ellas una obra única, pues úni-

(7) Diremos nuevamente aquí lo afirmado en nuestro trabajo citado en nota 1, pág. 808: “La actividad intelectual y volitiva requerida para alcanzar el juicio jurisdiccional hay que considerarla legislativamente inefable”. Y añadiremos que expresar la relación entre la función jurisdiccional y las fuentes del Derecho es asunto propio de las normas constitucionales o de la cuasi-constitucional, que es una Ley Orgánica de la administración de justicia.

(8) Nos referimos a la monografía *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969. Además de la brevedad y concisión que conscientemente buscamos para este trabajo, la existencia de esta reciente y magnífica obra nos exonera de una indicación bibliográfica exhaustiva.

(9) Como es natural, hay otros muchos ingredientes del quehacer jurisdiccional que hacen de las sentencias algo distinto de simples conclusiones de la ley. A este respecto, cfr., por todos, RUMPF, *Gesetz und Richter*, Neud. der Ausg. Berlín 1906, 1970, págs. 113 y ss.

cos e irrepetibles son los casos reales que, mediante la acción de la prudencia, son enjuiciados con arreglo a las normas del Derecho objetivo. Si se llama jurisprudencia a un conjunto de sentencias, es evidente que éstas —por ser creaciones jurídicas irrepetibles— no pueden ser fuentes del Derecho objetivo.

Así pues, cuando se insiste en incluir a la jurisprudencia entre dichas fuentes o en aproximarla a ellas, parece claro que ya no se hace referencia a la concreta obra creadora del juez en casos irrepetibles, sino que se está pensando en una “abstracción intelectual realizada a partir de esas decisiones singulares, abstracción que no sólo ha de operar sobre los ingredientes jurídicos de la *ratio decidendi*, sino también sobre los datos fácticos de cada uno de los casos (esta abstracción provoca automáticamente la desaparición del juicio y mandato prudencial) para quedarse con un *estereotipo* de problema, que únicamente se diferenciaría del supuesto de hecho de la norma positiva por no estar explícitamente formulado. Esto, naturalmente, no es otra cosa que la doctrina legal que se recoge en sede de casación” (10).

Y llegados a este punto, hallamos el tercer argumento que, ahora ya con relación a nuestro sistema jurídico, se aduce para exaltar el valor de la jurisprudencia. Es conveniente, sin embargo, que lo relativo a la “doctrina legal”, se trate con el detenimiento proporcionado a las características de este trabajo.

### III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL

Como acabamos de decir, no es desdeñable la transformación que se produce desde la sentencia, que es creación jurídica prudencial para el caso concreto, hasta una doctrina que, como su propio nombre indica si bien se mira, es un *criterio* utilizado para resolver, que no se pone ya en relación con los casos concretos resueltos, sino con un estereotipo de esos casos, no explicitado en parte alguna. Porque existe una diferencia sustancial entre las sentencias y la doctrina legal, bueno será llamar jurisprudencia a éstas, consideradas aisladamente o en conjunto, y reservar el nombre de doctrina para designar la objetivización que, mediante la abstracción, se opera a partir de las sentencias concretas (11), (12).

(10) Cfr. *ob cit.* en nota 1, pág. 809. Los intentos de distinguir la “doctrina legal” de la “doctrina jurisprudencial” con base en el residuo histórico que aparece en el núm. 10 del art. 1.729 de la L. E. C., creemos que no pueden llegar a buen término. Cfr. sobre ello LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 52-55. En sentido contrario, ALBALADEJO, en *Instituciones de Derecho civil*, Parte general y Derecho de obligaciones, Barcelona, 1961, págs. 70 y ss.

(11) El fenómeno de la conversión de la jurisprudencia en doctrina (que se podría llamar *jurisprudencia mejor que legal*) no es distinto del que se advierte en todos los procesos de dogmatización que se han producido históricamente desde las decisiones judiciales hasta las leyes positivas.

(12) Desde su punto de vista, es muy posible que tenga razón MARÍN PÉ-



### 1. *La doctrina legal, ¿es fuente del Derecho?*

No hay inconveniente en admitir que, en sí misma, esa llamada: "doctrina legal" es materia apta para constituir Derecho objetivo. Lo que interesa es dilucidar si el sistema jurídico español atribuye a tal materia el carácter de Derecho objetivo. Y diremos ya, sin más dilación, que no es así, a reserva de exponer cuál es el sentido de los precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.691 y 1.692, especialmente) en que con tanta frecuencia se han apoyado los partidarios de incluir la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho o de relacionarla estrechamente con ellas. Es decir, entendemos que no existe fundamento alguno para sostener que a la doctrina obtenida a partir de las sentencias se otorgue hoy la virtualidad de producir imperativos jurídicos o mandatos de obligatoria observancia. Y se debe añadir que no es conveniente que semejante virtualidad se le conceda en el futuro.

### 2. *La jurisprudencia, ¿es una costumbre en sentido jurídico?*

Cabría intentar llegar a la conclusión de que la jurisprudencia—aquí conviene en verdad este término, y no el de doctrina— es fuente del Derecho por la vía de considerarla como costumbre judicial (13), esto es, como la conducta repetida de los tribunales ante casos semejantes. Lo que sucede es que al determinar si a esa práctica o conducta repetida se añade el segundo elemento esencial de la costumbre, que es la *opinio iuris seu necessitatis*, resulta obligado inclinarse sin vacilación por la respuesta negativa. Cuando contemplamos una repetida conducta de los Tribunales no estamos en presencia del fenómeno consistente en que una práctica anterior en un determinado supuesto sea capaz de teñir de juridicidad o antijuridicidad una conducta posterior ante igual supuesto, según se ajuste o no esta última a la que venía siendo usual.

La respuesta que en sentido negativo se debe dar, tanto a la cuestión de si la jurisprudencia pudiera ser costumbre como a la relativa a la naturaleza de fuente del Derecho objetivo de la doctrina legal, encuentra un fundamento especialmente sólido en el carácter no vinculante de la jurisprudencia reiterada: ni la jurisprudencia vincula.

---

REZ, en *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1974, páginas 68-70 y en su más reciente trabajo, *En torno a los términos jurisprudencia y doctrina legal*, dentro de *Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón-Miralles*, vol. I, Madrid, 1974, págs. 343 y ss., al sostener que el término *jurisprudencia* indica saber filosófico, mientras que los de *doctrina legal* significan saber técnico. Pero nosotros nos movemos aquí en un ámbito estrictamente técnico-jurídico y pretendemos construir en base a la terminología comúnmente admitida: por eso distinguimos entre *jurisprudencia* —excluida la acepción de Ciencia del Derecho— y *doctrina*, que, según acabamos de decir, tanto da que se adjetive como legal —siguiendo lo dicho por la L.E.Crim.— que como jurisprudencial.

(13) Cfr. MARÍN PÉREZ, *Introducción...* cit., pág. 69 y también LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 126 y 127.

*ope legis*, ni los jueces que reiteran una conducta estiman que con ella queden jurídicamente obligados a actuar siempre de forma similar a la anterior.

La jurisprudencia cambia, y también cambia, por consiguiente, la doctrina legal. Y si bien es cierto que esta variabilidad puede lesionar, incluso gravemente, la seguridad jurídica (14), en general es conveniente que exista y se debe conservar tenazmente, pues es preciso defender la libertad del juez ante la reiterada jurisprudencia de los tribunales superiores. No se puede aceptar como regla saludable la afirmación "realista" de D'ORS: "Todo juez procura fundar su sentencia en aquellos criterios que sabe son aceptados por los tribunales superiores ante los cuales puede su sentencia ser revisada" y, "en consecuencia, podemos decir que las normas jurídicas son aquellas que los tribunales superiores aprueban, conforme a las cuales vienen a ser revisadas las sentencias de instancia inferiores y eventualmente revocadas como derecho injusto" (15).

Catastrófico sería, a nuestro juicio, variar el sistema actualmente vigente. Abonan esta actitud de resistencia al cambio, en primer término, la conveniente variabilidad de la "doctrina legal", la existencia de doctrina "fluctuante" o, incluso, de doctrinas contradictorias y, en segundo lugar, en relación con esos datos, la necesidad de evitar, de una parte, la comodidad en el juzgar que pudiera originar una excesiva atribución de eficacia jurídica vinculante a la doctrina legal y, de otra, la conveniencia de evitar hasta el pensamiento de que además de las normas positivas, generales y abstractas, los jueces cuentan con una especie de leyes más adaptadas a los casos concretos (las "doctrinas legales"): esto último conduciría al desastroso y paradójico resultado de que, por negar a la ley la perfección absoluta y afirmar la función de creación jurídica del juez, se obstaculizase esta función, al someter al órgano jurisdiccional a leyes "judiciales" que, precisamente por ser menos abstractas, serían, en cuanto leyes, más imperfectas que las leyes positivas hoy vigentes (16).

---

(14) Un caso extremo de esta lesión lo hallamos en la contradictoria jurisprudencia acerca de la computación de los plazos a que se refieren los arts. 58;2 de la LJCA y 125 de la LPA. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, págs. 278-287.

(15) Vid. D'ORS, *Para una interpretación realista... loc. cit.*, pág. 122. Por fortuna, son numerosos los casos en que los tribunales, sin preocuparse de someterse en su decisión a los "clichés" de la *doctrina legal* del Tribunal Supremo, procuran, en expresión de PRIETO-CASTRO, "aplicar útilmente y con justicia la norma": cfr. *Meditaciones sobre la jurisprudencia*, contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Excmo. Sr. D. Ursicino Alvarez Suárez, Madrid, 1966, pág. 215 de la publicación de la propia Academia. Tanto el discurso de ingreso (*La jurisprudencia romana en la hora presente*) como la contestación del profesor PRIETO-CASTRO son dos piezas de muy recomendable lectura. Siguiendo nuestro argumento, es de notar que el propio Tribunal Supremo se guía en innumerables ocasiones por el criterio de la solución justa, sin sujeción a su propia doctrina.

(16) Más certeramente expresa LALAGUNA, *ob. cit.*, pág. 143, la misma

Cuando, pese a todo lo que venimos aduciendo, se ha insistido en el empeño de otorgar (o reconocer) valor y eficacia jurídicos como fuente del Derecho a la jurisprudencia, en base a los artículos 1.691 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se presentarían en antinomia con el antiguo artículo 6.º del Código civil, no ha sido posible evitar incurrir en dudas y ambigüedades (17).

A nuestro juicio, esos defectos provienen de una falta de inteligencia de lo que es, en estricta técnica jurídica, la “doctrina legal”, y de similar desenfoco respecto de lo que suele llamarse la *eficacia indirecta* de la jurisprudencia o, por mejor decir, de la doctrina jurisprudencial. Conviene sobremanera, por consiguiente, ocuparse de la naturaleza y función verdaderas de la “doctrina legal”.

#### IV. LA “DOCTRINA LEGAL”

##### 1. *Doctrina legal en casación e interpretación de la ley*

Es razonable que las sentencias del Tribunal Supremo, en cuanto pongan de manifiesto los criterios de interpretación de la norma jurídica que se siguen en el último grado de la actividad jurisdiccional, sean tenidas en cuenta, no sólo por los órganos inferiores, sino también por los justiciables. Existe, sin duda alguna, esa eficacia o valor indirectos, ya sea por mor de la *auctoritas* de que gocen las Salas del Tribunal Supremo, ya por otras razones o factores menos dignos de satisfacción para el jurista, como pueden ser la falta de valentía e independencia de juicio o la inercia enjuiciadora, causas de influencia que debieran ser combatidas con toda energía. Esa eficacia indirecta ni era ni debe ser una eficacia jurídica imperativa, sino tan sólo ejemplar. Así, pues, en cuanto al valor *directivo* (más que indirecto) de la doctrina jurisprudencial, es preciso sostener que depende sólo “de la *auctoritas* que quepa conceder a la Magistratura en cada momento histórico a tenor de la *prudentia iuris* y la técnica jurídica que las decisiones judiciales acrediten” (18).

---

idea: “Cuando se niega a la jurisprudencia el valor de fuente del Derecho, incluso de fuente indirecta, no se trata de ceder el prurito dogmático de que sólo las fuentes formales dicen lo que es Derecho, sino de *respetar la libertad de la jurisprudencia en el dinamismo de la interpretación*. Cuando, contrariamente, se exagera el valor vinculante de la ‘doctrina legal’ (a lo que apunta su consideración como fuente indirecta) se pone una traba a la libertad de la interpretación jurisprudencial para la necesaria renovación del sistema jurídico”.

(17) Cfr., por todos, CASTÁN, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, 1947, págs. 169 y 170 y DE LA PLAZA, *La casación civil*, Madrid, 1944, págs. 205, 207 y 208. En cambio, DE CASTRO Y BRAVO, en *Derecho civil de España*, Parte general, Madrid, 1955, págs. 564 y ss., mantiene una posición sustancialmente coincidente con la que aquí se expone.

(18) Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *loc. cit.*, pág. 815 y antes, cfr. págs. 813 y 814.

Esto sentado, entendemos que la aparente disparidad entre el antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene una explicación relativamente fácil y convincente: no se quiso convertir a la jurisprudencia (o mejor, a la doctrina legal) en fuente del Derecho objetivo y por ello, pese al enfoque “justicial-material civil” del artículo 6.º, no se mencionó ni a la jurisprudencia ni a la “doctrina” en ese precepto. Ello no impedía, sin embargo, conceder cierta “carta de naturaleza jurídica” a la doctrina jurisprudencial y éste es precisamente el significado actual de los citados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Admitida esta explicación, el proceso de investigación debería continuar inquiriendo qué es lo que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se sanciona jurídicamente y cuál es el alcance de esa sanción. Por decirlo reflejando la propia doctrina del Tribunal Supremo acerca de la “doctrina legal”: ¿qué es lo que pueden contener dos o más sentencias conformes del Tribunal Supremo que, junto a la ley, sea susceptible de infracción y de la consiguiente denuncia en el recurso de casación civil?

Estimamos que, ante todo, y en la mayoría de los casos, un conjunto de sentencias uniformes encierra el modo de interpretar —según los criterios usuales— una norma jurídica. Como regla, la “carta de naturaleza jurídica” que constituye la mención de la “doctrina legal” en los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significa el amparo legislativo de un resultado interpretativo del derecho objetivo consistente en que dicho resultado debe considerarse *en principio* como el acertado en relación con otras posibilidades de interpretación.

La llamada doctrina legal no es, por lo general, sino *doctrina interpretativa* y, consecuentemente, su infracción no constituye, con gran frecuencia, sino pura y simple “interpretación errónea”. Reiteramos aquí que al mencionar la Ley de Enjuiciamiento Civil dicha doctrina tras la referencia a la ley, no se hizo algo muy distinto de concretar, por mor de la seguridad jurídica (procesal), qué podía entenderse por interpretación errónea: *en principio*, se puede estimar errónea la interpretación cuando no sea conforme a la de las Salas del Tribunal Supremo en casos semejantes, con independencia —claro es— de la posibilidad siempre abierta de mostrar el error mediante el solo ejercicio de las facultades críticas, sin apoyo de doctrina jurisprudencial. Los preceptos tan repetidos de la Ley de Enjuiciamiento Civil suponen cierto refrendo legal de la interpretación adecuada de la norma, un refrendo que, sin embargo, no es, como veremos, ni muchos menos, absoluto.

Apoyan, a nuestro juicio, esta posición, los siguientes datos:

1.º El hecho de la experiencia de que apenas se interponen recursos de casación que se fundamenten exclusivamente en “doctrina legal”, es decir, en el criterio sustentado por varias sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: se citan casi siempre preceptos

legales en torno a los cuales se ha producido —y no *ex nihilo*— aquel criterio.

2.º El hecho de que, sin escándalo de nadie, la Sala Segunda del Tribunal Supremo invoca de continuo su propia doctrina —antes alegada por los recurrentes y los recurridos— para apoyar lo que debe ser interpretación acertada de un precepto. Comoquiera que la “doctrina legal” no aparece en sede de casación penal, se advierte con facilidad que dicha doctrina es operativa con independencia del “refrendo legal” y sólo por ser lo que es, en sí: criterio de interpretación, *en principio* acertado, del Derecho objetivo.

3.º El hecho de que, también sin asombro de nadie, de manera continua se invoque y se acoja por las distintas Salas del Tribunal Supremo su propia doctrina en materia procesal, pese a que la “doctrina legal” de los artículos 1.691 y 1.692 se refiere a aspectos sustantivos (19). Este dato permite alcanzar una conclusión igual a la anterior.

4.º Cabe asimismo concluir en idéntico sentido, es decir, en el de que la doctrina jurisprudencial puede tener y tiene valor directivo de la interpretación con independencia del refrendo legal en sede de casación civil, considerando que también alcanzan la cualidad de criterios interpretativos *en principio* acertados las doctrinas unánimes de las Salas de las Audiencias Territoriales o, en razón de la especialidad de su objeto, las del Tribunal arbitral de seguros o las de los Tribunales de Censos, por ejemplo. La bondad que es dado predicar de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y la eficacia directiva que se atribuya a ésta, cabe, a no dudarlo, que se prediquen y se atribuyan (cuando exista tal bondad, y la consiguiente eficacia) a la doctrina jurisprudencial de otros órganos jurisdiccionales que tal vez han utilizado y expresado criterios uniformes de interpretación para resolver puntos litigiosos, máxime en aquellos asuntos sobre los que no se puede pronunciar el Tribunal Supremo.

5.º Que el refrendo legal no es absoluto, esto es, que se trata de reconocer a unos criterios de interpretación como acertados, *sólo en principio*, lo que equivale a abrir la puerta al cambio si el presunto acierto no se revela como tal en el nuevo caso (20), es algo que se deriva de la existencia de muchos supuestos de doctrina fluctuante e

---

(19) No hace falta decir que la estimación o desestimación de un recurso de casación por infracción de ley depende en varios supuestos (motivos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º y, según muchos autores, también el 5.º) de la aplicación acertada o no de normas que son, como el art. 359 de la L. E. C. claramente procesales, por más que el Tribunal Supremo haya sostenido lo contrario. Cfr., además, PRIETO-CASTRO y DE LA OLIVA SANTOS, *El sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, Comunicación a la X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas, Madrid, 1974, págs., 29 y 33 y ss., en donde se aconseja un cambio de mentalidad en el sentido de conceder más importancia que hasta el presente al recurso de casación que tenga por objeto la denuncia de la infracción de normas procesales de derecho necesario.

(20) Cfr. RUMPF, *ob. cit.*, págs. 132 y 133.

incluso de doctrinas contradictorias según las escuetas definiciones de doctrina legal que el propio Tribunal Supremo ha proporcionado. Enlaza todo esto con lo que hemos dicho antes (*supra* III, 2) a propósito del carácter no vinculante de la doctrina legal.

Añadiremos a lo expuesto, insistiendo en idea ya expresada, que es deseable para la doctrina legal o jurisprudencial la mayor consideración, pero no como monstruoso Derecho objetivo, sino como lección de jurisprudencia que surte efecto por sí misma, por su valor intrínseco, sin necesidad, en sentido estricto, de reforzar más aún los imperativos legales que le prestan apoyo. Y, como resumen, diremos que el sistema legal resultante del antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni era antinómico ni mucho menos inexplicable: se reconoce en la Ley de Enjuiciamiento Civil el valor directivo de la “doctrina legal” para la interpretación de las normas positivas y no se mencionaba ni a la jurisprudencia ni a la doctrina en el precepto del Código por no otorgárseles categoría de Derecho objetivo.

## 2. La doctrina legal y los principios generales del Derecho

El lector, y sobre todo el que sea partidario de conceder más trascendencia a la jurisprudencia o a la doctrina en relación con las fuentes del Derecho, podrá pensar razonablemente que hasta el momento hemos aducido argumentos minimizadores de la jurisprudencia o de la doctrina utilizando los casos en que ésta es interpretativa. Y objetará que esos casos, si bien son cuantitativamente más importantes, resultan cualitativamente poco significativos: los que interesan más son aquellos en que la “doctrina legal” o jurisprudencial se presenta colmando lagunas legales (21) y subsanando deficiencias del Derecho positivo.

Es esta una objeción razonable a la que conviene responder sin demora. Y la respuesta —que acto seguido ilustraremos con un ejemplo especialmente próximo a nuestras preocupaciones profesionales— ha de ser la siguiente: la “doctrina legal”, cuando no es interpretativa de las normas positivas o cuando no aplica la *analogía iuris*, es el vehículo para la exposición y desarrollo de principios generales del Derecho, de manera que la juridicidad de esas soluciones para llenar lagunas o remediar defectos no proviene de la doctrina jurisprudencial misma, sino de los citados principios, que sí son fuente del Derecho y, por cierto, fuente no estrictamente supletoria (22).

(21) Sobre el tema de las lagunas jurídicas y sus diversos tipos, nos parece especialmente completa la exposición de LARENZ en *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, págs. 281 y ss.

(22) Valor superior al de la ley positiva atribuyen a los principios generales del Derecho tanto SANCHO REBULLIDA, en *Los principios generales del Derecho*, separata del “Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza”, número 9, abril de 1963, como GARCÍA VALDECASAS (aunque menos rotundamente) en *El problema de las fuentes del Derecho*, separata conteniendo conferencia con ese título pronunciada en la Universidad de Deusto, 1955, pág.

Vamos con el anunciado ejemplo, que expondremos como lo hicimos en el trabajo anterior.

Decíamos en aquel lugar que hay ahora una “doctrina legal” —la discusión sobre su amplitud, para algunos desmesurada, no interesa en este momento— según la cual los tribunales han de examinar —examinar, no decidir— el fondo de la demanda, prever si en caso de estimarla o desestimarla los efectos de la sentencia se extenderían a terceros —es decir, a personas que no han intervenido en el proceso— y, si así fuera, abstenerse de entrar en el fondo y dictar sentencia absolutoria de la instancia.

Esta doctrina —que engendra la *exceptio plurium litis consortium*, una excepción impropia— tiene, a todas luces, la apariencia de una norma procesal —para supuestos no expresamente previstos en la ley— por cuanto en su virtud se dispone la conducta a seguir por el órgano jurisdiccional ante una situación procesal concreta. Parece que se trata de uno de esos casos en que el valor de la jurisprudencia se pone más de relieve y cuya preterición en nuestra labor de análisis podría ser objeto de reproches. Pues bien, ya que lo afrontamos, interesa averiguar si efectivamente se trata de una auténtica *norma jurisprudencial* o si, como sostenemos, en esa creación jurídica de la Sala Primera del Tribunal Supremo no está presente otra fuente del Derecho objetivo que un principio general del Derecho.

Sin salirnos de nuestro asunto, se puede decir que es prácticamente pacífico “el doble significado, informador y supletorio de los principios generales del Derecho” (23), y que en virtud de la no estricta subordinación de los principios generales a las otras fuentes del Derecho, no sólo se ha de recurrir a ellos en defecto de norma positiva o consuetudinaria, sino también se deben tener en cuenta para la interpretación de la ley o para una corrección de ella e incluso, cuando se trate de principios técnicos para deducir del ordenamiento positivo conclusiones no explicitadas en él y no recogidas, por consiguiente, en preceptos concretos. Tanto estas conclusiones como la corrección de una interpretación pueden *aparecer* como normas especiales junto a la general positiva o como *normas jurisprudenciales* que colman lagunas.

Así sucede, en efecto, en el caso del ejemplo que utilizamos: *aparece* como norma especial la “doctrina legal” según la cual el tribunal debe, incluso de oficio, decidir la absolución en la instancia en caso de irregular constitución de la litis. Y, sin embargo, no hay más que una apariencia, porque, ante todo, cuando por vez primera un órgano jurisdiccional absolvió de la instancia en un supuesto de los indicados, era imposible que actuara bajo la coerción de un imperativo ju-

13. En contra, reiterada jurisprudencia del T. S., aunque más bien en *obiter dicta* y sin que se advierta verdadera oposición a lo que sostenemos en las *rationes decidendi* de las sentencias.

(23) La expresión está tomada del Anteproyecto de Ley de Bases para el nuevo Título preliminar.

rídico derivado de una “doctrina legal”: ésta, según la misma definición acuñada por el Tribunal Supremo, no existía, y tampoco, siempre según esa definición, existía la segunda vez que el órgano resolvió en idéntico sentido. El imperativo jurídico seguido por los órganos jurisdiccionales no fue otro que un principio general del Derecho que se enuncia así: “nadie debe ser condenado (y condena es verse afectado directamente por una sentencia) sin ser oído y vencido en juicio”.

Suponiendo que esa “doctrina legal” sea acertada respecto de los casos en que se quiere exigir responsabilidad por obligaciones solidarias, ¿cómo operaría el principio general? A nuestro juicio, y de forma primordial, mostrando la antijuridicidad de una interpretación del artículo 1.144 del Código civil que lo entendiera como fundamento para demandar a cualquiera de los acreedores solidarios, lo que supondría un resultado interpretativo opuesto al principio general. Resulta así evidente que éste no actúa como regla jurídica supletoria, sino como fuente de Derecho superior a la ley positiva y a la que ésta (en sí y sobre todo en su interpretación) debe subordinarse).

Podría insistirse en que la presencia de este principio general no impide la existencia de una “norma jurisprudencial” consistente en tener que absolver de la instancia si no se demandara a todos los acreedores solidarios: se reconocería incluso que tal norma podría estar fundada en el principio general referido.

Estimamos nosotros, en cambio, que cuando el tribunal, consciente de la imperatividad en el caso del principio de audiencia, principio que llamaríamos “jurídico-natural”, adoptó como solución concreta la absolución en la instancia, obró ya en base a la *prudentia iuris* y dentro de unos condicionamientos técnicos. Lo que el principio general imponía, lo vinculante para el tribunal era —y sigue siendo— evitar resultados que dicho principio revelaba como antijurídicos: en nuestro caso, descartar posibles consecuencias de los artículos 1.144 y 1.252, II, del Código civil. Lo que *aparece* como norma particular es el resultado de una decisión prudencial en el marco de los aludidos condicionamientos y se trata en verdad únicamente de una *aparición de norma objetiva*, pues si bien es cierto que quedó establecido un criterio para obrar ulteriormente ante casos semejantes, entendemos que ningún otro tribunal ha estado o está jurídicamente vinculado por esa “doctrina legal” de la absolución en la instancia si es capaz de idear otro camino para salvar el principio general (24), que es lo único a lo que en rigor se halla obligado. Como decíamos.

---

(24) Así, por ejemplo, disponer lo necesario para que puedan comparecer los litisconsortes e “integrar la litis”. Cfr. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Madrid, 1974, págs. 228 y 44, en donde se consigna el art. 409 y se alude a las razones para terminar con el instituto de la *exceptio plurium litis consortum*, respectivamente.



en el trabajo anterior sobre el tema: “los tribunales se hallarán jurídicamente impelidos a excluir determinadas interpretaciones de los citados artículos del Código civil por la fuerza del principio general y habrán de absolver de la instancia en tanto en cuanto no descubran o no se decidan a seguir un sistema diferente, superior en buenos resultados al que en la actualidad se presenta integrando la ‘doctrina legal’ que nos ha servido de ejemplo. Mas insistimos: es del principio jurídico-natural de audiencia de donde deriva la juridicidad del proceder actual, no de las sentencias en que dicha doctrina se contiene” (25).

### 3. *Resumen sobre el significado de la “doctrina legal”*

Sin ánimo alguno de exhaustividad (26), podemos decir que la doctrina legal *manifiesta*:

1.º Un resultado interpretativo de la ley, según criterios usuales de interpretación: este es el fenómeno cuantitativamente más importante.

2.º Una directriz de interpretación de las normas positivas *conforme a los principios generales del Derecho* (interpretación del artículo 1.144 del Código civil).

3.º Una rectificación de las normas positivas (interpretación del artículo 1.252, II y III) o una explicitación de soluciones técnicas (actual absolución en la instancia), *basadas en los principios generales*.

4.º Reconocimiento de la vigencia de los principios generales (27) y otras formas de operatividad de los mismos.

La conclusión, de fundamental importancia, por encima del mayor o menor acierto de esta enumeración y exposición de posibilidades ha de ser ésta: la doctrina contenida en la sentencia, o lo que es igual, la doctrina producida por la jurisprudencia *no es norma jurídica* y la juridicidad de esa doctrina proviene, no de las sentencias mismas, sino de las verdaderas fuentes del Derecho objetivo.

Esto sentado, nos hallamos en condiciones de analizar con el posible y conveniente detenimiento las innovaciones (?) legales que el Título preliminar nuevo representa en el tema que nos ocupa. Y lo razonable es empezar el análisis por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973.

(25) Vid. *ob. cit.*, en nota 1, págs. 819-820.

(26) Sobre dicho significado, cfr. LALAGUNA, *ob. cit.*, págs. 59-62.

(27) Cfr., por todas, las Sentencias del T. S. de 24 de diciembre de 1917, 12 de enero de 1927, 3 de diciembre de 1928, 7 de octubre de 1947 y 10 de junio de 1966.

## V. TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LEY DE BASES DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

En el número 4 de su base primera, la Ley de Bases citada contenía el siguiente texto: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo sobre aplicación de las fuentes*”. No debemos extendernos en exceso en el examen de esta declaración y bastará resumir los puntos más salientes de nuestras conclusiones anteriores.

a) En cuanto a la motivación de la reforma, sostuvimos:

1.º Que se trataba —y se trata— de una reforma *ocasional*, que no respondía a necesidad técnico-jurídica alguna, y ni siquiera a una simple conveniencia en ese orden, sino que se realizaba a consecuencia de la oportunidad que al legislador se le ofrecía, al poner su mano en la materia de las fuentes de derecho, de verter cierta convicción sobre el valor de la jurisprudencia (28).

2.º Que esa convicción no era una convicción clara, correspondiente a la prevalencia de alguna de las opiniones doctrinales o a haber optado por las que se hallan en litigio (29).

b) En cuanto al texto de la disposición básica, hubimos de expresar las siguientes observaciones:

1.º La jurisprudencia no se consideraba fuente del Derecho y, por tanto, no se debería hacer mención de ella al enumerar dichas fuentes, pero sí debería ser mencionada en la parte del texto articulado destinada a tratar de las fuentes del Derecho.

2.º Se diferenciaban “la jurisprudencia” y “la doctrina que establezca el Tribunal Supremo”, de forma que era posible establecer una relación entre la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de ser

---

(28) Observamos que Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1973, pág. 47, enjuician la LB del Título preliminar nuevo (dejando aparte lo referente al Derecho internacional privado) como “una reforma de pura *elegantia juris* es decir, como la adopción en el primer cuerpo legal de una serie de soluciones teóricas a problemas teóricos, que tendrán nula o muy escasa repercusión en la práctica. Mas puede considerarse también, y ello es, sin duda, peligroso, como una facilitación de un mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, lo que, sin duda, puede provocar una grave dosis de inseguridad jurídica”.

No podemos sino mostrarnos plenamente conformes con el enjuiciamiento global —tan felizmente expresado— de la reforma. Pero en cuanto a los peligros que entraña, pensamos que albergamos temores aún mayores que los de estos autores, entre otras razones porque ellos mismos, acto seguido, entienden que en la “nueva enumeración de las fuentes del Derecho... se recogen, al lado de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho... la jurisprudencia y los tratados internacionales”.

(29) Cfr. págs. 804 y 821 y ss. del trabajo citado en nota 1. En las últimas páginas se hacen ver las dudas y contradicciones de los legisladores y su relación con las diversas posiciones teóricas.

la primera el instrumento o cauce de la segunda. En rigor, lo que complementaría el ordenamiento jurídico sería la "doctrina" y la jurisprudencia se presentaría como el vehículo de esa doctrina.

3.º En estrecha relación con lo anterior, la jurisprudencia se podía entender como las decisiones judiciales, como las sentencias o el conjunto de ellas, mientras que la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sería el resultado de un proceso de objetivación o abstracción a partir de las sentencias, de acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente. Así, la disposición básica venía a decir que la jurisprudencia complementaría el ordenamiento jurídico, pero claros que no en cuanto conjunto de sentencias, sino en cuanto proporcionaba una doctrina.

4.º Ofrecía poca duda que el precepto básico intentaba que se reconociera en el Título preliminar la "doctrina legal" que hoy se estima jurídicamente eficaz en casación, aunque, naturalmente, sin plantearse el significado más exacto de dicha doctrina legal tal como aquí se ha intentado descubrir, sino más bien con la mentalidad propia de quienes han sostenido la existencia de contradicción o inadecuación entre el antiguo artículo 6.º del Código civil y los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.º Se cometió error sintáctico grave al hablar de "la doctrina que establezca el Tribunal Supremo *sobre* aplicación de las fuentes" pues, evidentemente, el legislador no quería referirse sólo ni fundamentalmente a la "doctrina legal" del Tribunal Supremo sobre el artículo 6.º del Código civil o su equivalente, y, sin embargo, esto era lo que el tenor literal expresaba. Y hacíamos notar que el legislador deseaba referirse a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo *al aplicar e interpretar* las fuentes del Derecho.

6.º Considerando hecha la anterior rectificación, y teniendo en cuenta la observación primera, resultaba claro que la juridicidad de la doctrina jurisprudencial provendría de las verdaderas fuentes del Derecho positivo.

c) En cuanto a la valoración de la novedad legislativa, sostuvimos, en síntesis, lo siguiente:

1.º Si la jurisprudencia había de seguir sin consideración de fuente del Derecho objetivo y no estaba en el ánimo del legislador conferir a la "doctrina" del Tribunal Supremo mayor eficacia jurídica que la que ya se le otorgaba en la Ley Procesal Civil, cabía incluir que nada en absoluto cambiaba en el plano técnico-jurídico y podíamos congratularnos de ello.

2.º Admitiendo que el legislador pretendiese simplemente recoger en el Título preliminar la función otorgada a la "jurisprudencia" por los tan repetidos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin innovar nada, la fórmula de la Ley de Bases no había resultado especialmente afortunada, pero tampoco particularmente desafortunada.

nada, pues, en puridad de principios, de ella difícilmente podrían deducirse conclusiones peligrosas, como las de atribuir mayor vinculación al precedente judicial, contribuir a mermar la libertad del juez, etc. No obstante, hubiera sido preferible el silencio, pues siempre estamos expuestos a que la simple mención de la jurisprudencia *en sede de fuentes del Derecho* origine la creencia de que su valor jurídico ha aumentado. En el momento histórico en que vivimos, cuando el Derecho es maltratado por doquier (30) y la falta de sindéresis en ambientes donde debería reinar es fenómeno corriente, este peligro resulta abonado (31).

3.º Que no se sabía el significado preciso, siempre en el plano técnico-jurídico, de la expresión “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico” y que tal expresión había de considerarse como fórmula inventada por el legislador, como un “hallazgo” de éste para expresar lo que ni siquiera para él mismo resultaba claro y no pasaba de ser una difusa conciencia del valor de la jurisprudencia.

4.º Que, en definitiva, la novedad sustancial estaba constituida por la *simple cita de la jurisprudencia* y que en la Ley de Bases no se pasaba de proclamar que *la jurisprudencia es importante*.

Y terminamos nuestro análisis crítico haciendo votos para que tal proclamación innecesaria y ocasionada a tergiversaciones tuviera al menos dignidad formal en el texto articulado. Veamos seguidamente si esta dignidad existe, qué reflexiones fundamentales suscita dicho texto, aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974 (“Boletín Oficial del Estado” de 9 de julio de dicho año) y cómo confirma las anteriores apreciaciones.

## VI. LA JURISPRUDENCIA EN EL TEXTO ARTICULADO DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo 6 del artículo 1.º del Código civil vigente tras el Decreto citado reza así: “*La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*”.

Respecto del texto de la Ley de Bases, se distingue éste, como es fácil advertir, por haberse corregido el error sintáctico que poníamos

---

(30) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Repetar la ley*, en *Rev. de Derecho Procesal Iberoamericano*, núm. 1 de 1974, págs. 91 y ss.

(31) Nada nos extrañaría, por ejemplo, leer en publicaciones con visos de cientificidad o en algunos “considerandos”, afirmaciones como ésta: “Que si bien es cierto que la jurisprudencia no figura expresamente entre las fuentes del Derecho en el nuevo Título preliminar, no lo es menos que su mención nueva en esa sede constituye prueba evidente del valor que, como complementaria de las fuentes, el legislador ha querido atribuirle, de lo cual se desprende...” lo que convenga.

de manifiesto, por hacerse mención expresa de la interpretación (no sólo de la aplicación), por nombrarse de modo concreto las tres fuentes del Derecho y, finalmente, por la introducción del giro relativo a la reiteración de la doctrina (la que, "de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo").

Sólo con aplausos se debe recibir la corrección aludida, por muy obligada que fuese. En cuanto a los otros *retoques*, merecen una breve alusión por separado.

En primer lugar, diremos que sin que fuera absolutamente preciso distinguir interpretación y aplicación de la ley, pues la última actividad engloba la primera, no será perjudicial que se mencione a la interpretación si con ello se comprende que, como hemos sostenido anteriormente, la doctrina jurisprudencial es, en la mayor parte de los casos, exposición de criterios interpretativos.

En segundo término, se ha de señalar que no deja de ser un avance la sustitución del término "las fuentes" por la referencia a "la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho". Tal vez sea más elegante y exacta esta segunda fórmula y ponga de relieve de forma más clara, por más insistente, que la juridicidad de la doctrina jurisprudencial proviene de las tres únicas fuentes del Derecho en sentido estricto.

En cuanto al inciso "de modo reiterado", parece que manifiesta, sin lugar a dudas, la gravitación de la "doctrina legal" de la casación civil en el tratamiento de la jurisprudencia: se quiere recoger el requisito de las dos o más sentencias que resuelvan en idéntico sentido. Podría estimarse que se ha padecido el error consistente en no advertir que es más bien la jurisprudencia la que debe ser reiterada y que no se trata de que la doctrina se establezca *de modo reiterado*, sino de que la doctrina se establezca, sin más, aunque para que se establezca es presupuesto necesario una jurisprudencia reiterada. Estaríamos, por consiguiente, ante un añadido superfluo e incluso perturbador.

En embargo, cabe una exégesis completamente diversa, que justamente nos apartaría de los planteamientos casacionales. Aunque íntimamente pensamos que, de hecho, esos planteamientos han sido decisivos al redactar el precepto, la exégesis aludida sería esta: doctrina jurisprudencial puede establecerse en una sola sentencia o, lo que es igual, puede extraerse de una sola resolución jurisdiccional, gracias a la labor de abstracción que repetidamente hemos tratado en pasajes anteriores de este trabajo. Al exigir la reiteración se estaría expresando que para que la doctrina merezca la consideración que el precepto confusamente establece no es suficiente con que el Tribunal Supremo la haya utilizado o expuesto una sola vez, sino que la garantía de que la doctrina es digna de tenerse en cuenta surge de la reiteración en la utilización de los criterios de aplicación e interpretación en que la doctrina consiste. En cualquier caso, aunque esta exégesis supusiera un concepto de doctrina jurisprudencial que no se-

ría el da la casación civil actual, conduciría a idénticos resultados, de forma que es poco útil profundizar más en este punto.

Interesa mucho, por el contrario, tras el examen concreto de las pequeñas innovaciones del párrafo 6 del artículo 1.º respecto del texto de la Ley de Bases, concluir este trabajo con un juicio valorativo general de nuestro tema. A tal fin se ha de tener en cuenta, como es lógico, el contexto amplio que representan los primeros artículos del nuevo Título preliminar.

En primer término, se advierte que el artículo 1.º del Código civil supone un cambio de enfoque considerable en el tratamiento de las fuentes del Derecho respecto de la óptica particular que, como hemos visto, fue determinante de la redacción del antiguo artículo 6.º, II, de dicho cuerpo legal.

Si dicho artículo 6.º ofrecía como *ratio iuris* fundamental la prohibición del *non liquet* y las fuentes del Derecho aparecían como los elementos suficientes para fallar y justificarlos de aquella prohibición, es decir, aparecían, según hemos dicho, *sub specie* de “medida enjuiciadora”, el nuevo Título preliminar, según nos dice la Exposición de Motivos de su Decreto aprobatorio, “se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado, en vez de aludir indirectamente a ellas, a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales, como lo hacía el precedente artículo 6». Y, como afirma posteriormente dicha Exposición, “sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse *con entidad de derecho* (32) adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver cuantos asuntos se le sometan”.

Con todo, el cambio de enfoque no es total ni se expresa con la deseable perfección el legislador, al menos según el criterio que nos parece acertado y ya expusimos (*supra*, II, 1.<sup>a</sup>). En realidad, lo que se aprecia en el nuevo Título es un cambio de orden en el planteamiento de las cuestiones y una conversión de la prohibición de no fallar en el deber inexcusable de resolver. Pero no se rompe por completo —ciertamente no era de necesidad esa ruptura— con el punto de vista anterior: si bien se mira, el párrafo 7 del artículo 1.º (33) es una regla absolutamente heterogénea respecto de las consignadas en los párrafos anteriores de ese mismo precepto y la perspectiva *justicial material*, por consiguiente, se mantiene incólume como, por lo demás, cabe también deducir de las últimas frases de la Exposición de Motivos que se han transcrito.

---

(32) El subrayado es nuestro. Digamos, de paso, que no nos convence esa expresión, que no significa algo preciso, pues *entidad de derecho* claro es que la tienen las sentencias, pero también los actos administrativos, los delitos, etcétera.

(33) Dispone dicho párrafo que “los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Otra observación fundamental, en conexión con lo que acaba de exponerse, es esta: aunque del párrafo 6 del artículo 1, considerado aisladamente, resulta indudable no sólo que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino también, según dijimos, que la juridicidad de la doctrina deriva de las fuentes en sentido estricto, hay dos elementos que pueden dar origen a interpretaciones erróneas en la línea que temíamos en otro momento de este trabajo (cfr. *supra*, V, c), segundo y nota 31). Se exponen seguidamente esos dos elementos.

En primer lugar, el que en el párrafo 7 del artículo 1.º se haga referencia a la resolución judicial de los asuntos "ateniéndose al sistema de fuentes establecido" (en paralelo con el tratamiento del tema en la Exposición de Motivos, donde también se dice lo relativo al deber de resolver tras aludir a la jurisprudencia), fácilmente podría interpretarse en el sentido de que el "sistema de fuentes" del párrafo 7 es el de las disposiciones anteriores, entre las cuales se halla la relativa a la jurisprudencia.

Y, en segundo término, que si bien se insiste en sostener que la "jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico", sin que se sepa tampoco ahora en qué consiste tal función de complementariedad (34), el párrafo de la Exposición de Motivos dedicado expresamente a la jurisprudencia puede apoyar también la peligrosa pretensión de acentuar la eficacia de la doctrina jurisprudencial. Se lee en ese párrafo lo siguiente: "A la jurisprudencia, *sin incluirla entre las fuentes*, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, *la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida* y los conflictos de intereses da lugar a *la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos*, con su reiteración, de *adquirir cierta trascendencia normativa*" (35).

Lo peligroso es, precisamente, que al amparo de esta "cierta trascendencia normativa" que, paradójicamente, no puede ser más incierta, se abra paso, con pretendido apoyo en la ley, una realidad judicial que entrañe comodidad en el juzgar, servilismo de las instancias,

(34) Cfr. págs. 822-825 del trabajo citado en nota 1. No creemos que se quiera seguir la teoría jurídico-material de la cosa juzgada para terminar ofreciendo una definición de la jurisprudencia como la de BERNATZK, en *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Neud. der Ausg. Wien 1886, 1964, página 64. Cfr. también BOETTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Neud. der Ausg. 1930, 1970.

(35) El subrayado es nuestro. Hacemos notar la extraordinaria similitud de este pasaje con otro del discurso del ministro Oriol en el Pleno de las Cortes de 14 de marzo de 1973, en que se aprobó la LB: "Indiscutiblemente, *la tarea de aplicación e interpretación de las normas en contacto con las realidades de la vida permite la formulación de criterios, que si bien no entrañan la elaboración propiamente dicha de normas nuevas y distintas, contienen matizados desarrollos que*, al proceder del órgano superior de la Administración de Justicia, *han de reputarse singularmente autorizados y dignos de alcanzar cierta eficacia normativa y orientadora*".

dejação de la libertad creadora de los tribunales, empecinamiento en los errores, etc. Que la administración de justicia, aquejada hoy de numerosos achaques y afectada por inconfesables ataques, sufriera aún más deterioros como consecuencia de esta innovación, constituiría un doloroso contrasentido, particularmente absurdo si se tienen en cuenta los acentos espiritualistas de los artículos 3.º y 4.º, entre otros, del nuevo Título preliminar y si se advierte que el principio de jerarquía normativa —cuya infracción tantas veces produce aquellos ataques— es consagrado en el párrafo 2 del artículo 1.º del susodicho título.

Aún han de exponerse dos observaciones más, de indudable importancia. Una de ellas es relativa al ámbito de la incierta trascendencia que al referirse a la jurisprudencia se pretende conceder a ésta. Nótese a este respecto que sigue otorgándose valor únicamente a la doctrina en el Tribunal Supremo, contra lo señalado en líneas anteriores, *sub IV*, 1, cuarto. Pero, sin embargo, hay un cambio trascendental en el reconocimiento del valor que con rigor y justeza cabe atribuir a la doctrina jurisprudencial y que es el de expresar criterios interpretativos *en principio* acertados y el de manifestar la vigencia y alcance de los principios generales del Derecho. Ese cambio consiste en que el texto del párrafo 6 del artículo 1.º del nuevo Título preliminar reconoce —o permite reconocer— que la doctrina jurisprudencial dotada de operatividad en el sentido que acabamos de recordar no es sólo la referente a normas sustantivas de Derecho privado, sino también la relativa a leyes y principios del mundo jurídico procesal y de otras ramas del Derecho público. ¿Significa esto último que, en un proceso inverso al que se ha producido desde la casación al Título preliminar, debe ahora consignarse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo, la infracción de “doctrina legal”, o ha de decirse algo similar en la LJCA, llevando a estas sedes las disposiciones y pensamientos del Título preliminar? A nuestro juicio, no es necesario tal “reflejo” en las leyes procesales pues, como hemos dicho e intentado demostrar, la mención de la “infracción de doctrina legal” en los artículos 1.691 y 1.692 no es hoy absolutamente necesaria.

Pero aún añadiremos que, con la representación mental de los peligros de hiperexaltación de la jurisprudencia, tantas veces puestos aquí de relieve, es fácil concluir que, no sólo las leyes procesales *no necesitan* recoger lo que dice el Título preliminar (36), sino que *no conviene* que se modifiquen en esta materia.

Para terminar, hemos de reiterar una objeción ya apuntada en nuestro trabajo anterior y a la que el texto articulado se hace más acreedor que la propia Ley de Bases. En síntesis, la objeción es esta: no es muy lógico que no se halle ninguna referencia a la doctrina ju-

(36) Escribimos “dice el Título preliminar...” para insistir una vez más en que, en rigor, *no dispone nada* nuevo ni claro y únicamente proclama, como ya hemos dicho, que la jurisprudencia es importante.



risprudencial en el capítulo II de dicho texto, que trata de la aplicación de las normas jurídicas” y de su interpretación, cuando, por otra parte, se reconoce que la doctrina jurisprudencial surge de la labor de aplicación e interpretación de las fuentes del Derecho. Más en concreto: echamos en falta una referencia a la doctrina jurisprudencial en los párrafos 1 de los artículos 3 y 4 del Título preliminar, que versan, respectivamente, sobre la interpretación y sobre la aplicación analógica. Tal referencia sería congruente con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 1.º, si es que no pudiera llegar a sostenerse que el reconocimiento del valor e importancia de la jurisprudencia debía haberse producido exclusivamente en sede de aplicación de las normas jurídicas y no en la de las fuentes del Derecho, con lo que se habría logrado el mismo resultado que ahora se debe alcanzar, podrían haberse obviado los peligros a que es ocasionado el texto actual del Título preliminar y, por último, no tendría por qué haberse consagrado en él la incomprensible fórmula de que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico”.

La conclusión final, tras todo lo expuesto, no puede ser sino confirmatoria de los juicios que vertimos a propósito del texto de la Ley de Bases. Ahora nos hallamos ante un precepto inútil desde el punto de vista técnico-jurídico, y es muy deseable que lo que es simplemente inútil no se convierta en elemento perturbador de nuestro sistema jurídico por obra de una exégesis precipitada y poco rigurosa. Que permanezca —eso esperamos— como simple proclamación, formalmente digna, de la innegable importancia del quehacer jurisdiccional.

# VIDA JURIDICA

## NOTICIAS

### **The International Society on Family Law**

Nunca como hasta ahora, probablemente, los estudios sobre el Derecho de Familia habían alcanzado en todo el mundo su apogeo, acaso impulsados por el acelerado proceso de reforma que esta rama del *Ius civile* experimenta en casi todos los países, sea cualquiera su grado de civilización y de desarrollo económico. Prueban este aserto la abundantísima bibliografía monográfica y manualística, la proliferación de revistas especializadas, tanto en los países del *civil law* como del *common law*, y la reiteración de Jornadas de Estudios, Congresos y toda clase de reuniones científicas. En tal marco hay que inscribir la Asociación Internacional de Derecho de Familia, que acaba de celebrar en Berlín su Primer Congreso Mundial durante los días 6 al 13 de abril de 1975.

Una primera característica de dicha Asociación es su inicial componente anglosajón y germánico, ya que las primeras conversaciones se tuvieron en octubre de 1970 entre los profesores Harry Krause, de la Universidad de Illinois; Olive M. Stone, de Londres; Ze'ev W. Falk, profesor en Jerusalén, aunque de origen alemán, y J. Neville Turner, profesor de la Universidad australiana de Monash. La segunda característica es su vertiente teórico-práctica y no exclusivamente jurídica, de suerte que pueden ser miembros todos los cultivadores de disciplinas afines.

En 1973 tuvo lugar en Inglaterra la constitución formal de la Asociación y la designación del primer Comité Ejecutivo. Según los Estatutos se define a la Asociación como una organización internacional de carácter voluntario que no persigue un fin lucrativo; no se comprometerá en actividades políticas ni tomará postura en asuntos políticos o religiosos de carácter nacional o internacional. Objetivo de la Asociación es el estudio y discusión del Derecho de Familia; con tal fin patrocina y promueve: a) La cooperación internacional en la investigación y reforma del Derecho de Familia; b) La celebración de Congresos Internacionales con carácter periódico—cada dos años, inicialmente—sobre temas de Derecho de Familia de interés mundial; c) La recogida y difusión de información en este campo mediante la publicación de una revista; d) La cooperación con otras asociaciones internacionales, regionales, que persigan objetivos iguales o similares; e) Los contactos e investigaciones interdisciplinarias; f) El proceso de la enseñanza del Derecho de Familia, por todos los medios prácticos, incluyendo el intercambio de profesores, estudiantes, jueces y juristas prácticos. Existen tres categorías de miembros: ordinarios, institucionales y estudiantes.

El citado Congreso de Berlín ha sido la primera manifestación pública a nivel internacional de la Asociación. Ha sido organizado por el profesor Dieter Gissen, de la Freie Universität, siendo su tema general "El niño y el Derecho". Cerca de 200 participantes de todo el mundo han asistido al apretado programa de sesiones, que ha estado centrado en cuatro cuestiones

principales: la guarda y custodia de los hijos en las familias separadas, la adopción, la filiación extramatrimonial y los Tribunales Familiares.

En el momento actual la Asociación busca su expansión mundial, para lo que fomenta la creación de fuertes secciones nacionales. La alemana, por ejemplo, contaba en su momento fundacional con los profesores Bosch, Brox, Dölle, Ferid, Giesen, Habscheid, Hauss, Heldrich, Henrich, Jayme, Mikat, Müller-Freienfels y Schwab. En la sección francesa, el 31 de diciembre de 1974, figuraban los siguientes miembros: Bertrand Ancel, Marc Ancel, Aubert, Bertrand, Carbonnier, Champenois, Colomer, Mlle. Mauricette Craffe, Jacques Foyer, Jean Foyer, Francescakis, Mme. Gebler, Mme. Guimezanes, Joubrel, Jozeau-Marigné, Mlle. Kourilsky, Mme. Labrousse-Riou, Mme. Marmier-Champenois, Mlle. Mayer, Ponsard, Remy, Tallon, Tunc, Mme. Veil y Vidal. Si los familiaristas españoles responden a la llamada que se les ha hecho, acaso podría pensarse en la constitución de una sección española dentro de la Asociación Internacional.

Gabriel GARCÍA CANTERO

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

### LIBROS RECIBIDOS (1)

- AGUILERA DE LA CIERVA (Tomás). *Actos de administración de disposición y de conservación*. Editorial Montecorvo. Madrid. 1973. 326 págs.
- ASSOCIATION INTERNATIONALE DES SCIENCES JURIDIQUES. *L'influence des structures federales sur la source legislative du droit*. Travaux du colloque de Beograd, juillet 1973. Préface de Kéba M'Maye. Beograd. Association yongoeslave du droit comparé. 1973. 143 págs.
- AVILA ALVAREZ (Pedro). *Estudios de Derecho Notarial*. Cuarta edición. Editorial Montecorvo, S. A., Madrid. 1973. 479 págs.
- BASSOLS COMA (Martín). *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812-1956)*. Prólogo del profesor Fernando Garrido Falla. Editorial Montecorvo. Madrid. 1973. 638 págs.
- BOGGIANO (Antonio). *La doble nacionalidad en Derecho Internacional Privado. (Teoría trialista del conflicto móvil)*. Prólogo de Werner Goldschmidt. Biblioteca de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, 6. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973. 150 págs.
- CARRANZA (Jorge A.). *El dolo en Derecho civil y comercial. Estudio doctrinario y jurisprudencial*. Prólogo de Augusto Mario Morello. Editorial Astrea, de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires. 1973. 109 páginas.
- CÁTEDRA DURÁN Y BAS. *Estudios sobre la legítima catalana*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Barcelona. 1973. 409 págs.
- CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. *Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*. Prólogo del excelentísimo señor Decano don Pío Cabanillas Gallas. Madrid. 1973. 311 págs.
- CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. XII. Buenos Aires, 1973. *Sociedades comerciales*. Ponencia redactada por Manuel de la Cámara Alvarez, con la colaboración de José María Prada González. Madrid. Junta de Decanos. 1973. 223 págs.
- CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. XII. Buenos Aires. *Efectos de la declaración de divorcio en el Derecho Internacional Privado*. Madrid. Junta de Decanos. 1973. 81 págs.
- DESANTES (José María). *El autocontrol de la actividad informativa*. Edición. Editorial "Cuadernos para el Diálogo, S. A.". Madrid. 1973. 380 páginas.

---

(1) En su momento se dará cuenta más detallada en la oportuna reseña.

- DÍEZ PICAZO (Luis) y GULLÓN (Antonio). *Instituciones de Derecho civil*. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. 1973. 638 págs.
- KOZOLCHIK (Dr. Boris). *El crédito documentario en el Derecho americano Un estudio comparativo*. Instituto de Cultura Hispánica. Madrid. 1973. 930 págs.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis), SANCHO REBULLIDA (Francisco de Asís). *Derecho de Sucesiones*. II. Librería Bosch. Barcelona. 1973. 474 págs.
- LUCAS FERNÁNDEZ (Francisco). *Cuentas corrientes a favor de residentes en el extranjero*. Separata de la "Revista de Derecho Privado". Madrid. 1973. 92 págs.
- FERNÁNDEZ GRANIZO (Mariano). *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*. 2.<sup>a</sup> ed., corregida, aumentada y puesta al día. Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid. 1973. 1192 págs.
- MENDES (João de Castro) con a colaboração de Nuno Espinosa Gómez da Silva, Luis Novais Lingnan da Silveira. Artigo 852º. *Compensação de obrigações com lugares diferentes de pagamento*. Comentários ao Código civil. Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 1973. 98 págs.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO (Antonio). *La reducción de capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Prólogo de Aurelio Menéndez. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza. 1973. 350 págs.
- PUIG PEÑA (Federico). *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV, Volumen II. *De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*. 2.<sup>a</sup> ed. actualizada en legislación y jurisprudencia. Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid. 1973. 710 págs.
- RAVA (Tito). *Diritto Industriale*. Volumen primo. Azienda. Segni distintivi. Concorrenza. Unione Tipografico-Editrice. Torinese. Torino. 1973. 662 págs.
- RODRÍGUEZ CARRETERO (José Alberto). *La persona adoptada (Examen de su condición jurídica después de la Ley 4/1970 de 4 julio)*. Prólogo del profesor Ignacio Serrano Serrano. Editorial Montecorvo. Madrid. 1973. 564 págs.
- RODRÍGUEZ MOLINERO (Marcelino). *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*. Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid. 1973. 454 págs.
- RUBIO (Jesús). *Derecho cambiario*. Madrid. 1973. 411 págs.
- SÁNCHEZ MEDAL (Ramón). *De los contratos civiles. Teoría general del contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad*. Segunda edición. Editorial Porrúa, S. A., México. 1973. 445 págs.
- SANTORO-PASSARELLI (Francesco). *Nozioni di Diritto del Lavoro*. Ventesiesima edizione. Napoli. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene. 1973. 283 págs.
- SPANTIGOTI (Federico). *Manual de Derecho Urbanístico*. Prólogo del profesor Ramón Martín Mateo. Editorial Montecorvo. 1973. 450 págs.

- TELLES (Inocêncio Galvão). *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*. 2.<sup>a</sup> edição. Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa. Lisboa. 1973. 294 págs.
- VALLET DE GOYTISOLO (Juan). *Panorama del Derecho Civil*. Segunda edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1973. 313 págs.
- VALLET DE GOYTISOLO (Juan). *Estudios sobre cosas*. Editorial Montecorvo. 1973. 612 págs.
- VALLET DE GOYTISOLO (Juan). *Estudios sobre garantías reales*. Editorial Montecorvo. Madrid. 1973. 647 págs.
- VALLET DE GOYTISOLO (Juan). *En torno al Derecho Natural*. Organización Sala Editorial, S. A. Madrid. 1973. 199 págs.
- VÁZQUEZ BOTE (Eduardo). *Elementos de Derecho Hipotecario Puertorriqueño. Lex. Textos jurídicos. División Internacional*. París - Londres - Caracas. 1973. 598 págs.

R.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Elementos de Derecho Civil", I, Parte general. Librería Bosch. Barcelona 1974. 320 págs.

La aparición de este libro va acompañada de circunstancias que determinan el que poderosamente llame la atención. En primer lugar, no son frecuentes los estudios sobre la Parte llamada general del Derecho civil, y mucho menos las exposiciones *in complexu* de la misma; añádase a ello la reciente promulgación del título preliminar nuevo del Código civil y, lo que es lo más importante, la personalidad científica del autor, y se tendrá la explicación de nuestro aserto.

Si la tarea de juzgar es siempre difícil, y la de juzgar desde un plano científico requiere una especial habilitación que, desde luego, y con respecto al profesor LACRUZ, está muy lejos de reconocerse asimismo el firmante de esta reseña, creo que al menos le será permitido llamar la atención sobre puntos del libro, que por motivos de diversa índole le han resultado especialmente sugestivos: y se dice especialmente porque toda la obra está llena de ricos matices, que evocan problemas (y si no yerro, el pensamiento jurídico es un pensamiento problemático *per essentiam*), pero de los que dar pormenorizada noticia sería, dentro de los márgenes permitidos, imposible. Para compensar en alguna medida la arbitrariedad en la elección de esos puntos, nos referiremos a la estructura general de la materia tratada.

Esta estructura es, en cierta manera, la clásica en la Parte general, destinada comunmente entre nosotros a servir no sólo para la introducción al Derecho civil y al Derecho de la persona, sino también a funcionar como una introducción al Derecho en general. Ello, como es sabido, comporta el tratamiento de cuestiones como el concepto del Derecho, la *summa divisio* entre Derecho privado y Derecho público, la teoría de la norma jurídica y su interpretación y aplicación, el patrimonio, la relación jurídica... Respondiendo a este esquema se definen las siguientes

partes principales en el libro: I. El Derecho civil (cuestiones generales e históricas, los derechos forales). II. La norma jurídica (fuentes, límites a la eficacia de las normas); III. Interpretación y aplicación de la norma; IV. La persona física (capacidad, estado y cualidades de estado, publicidad); V. La persona jurídica; VI. El objeto del derecho (el patrimonio y las cosas); VII. Dinámica de los derechos (relación jurídica y derecho subjetivo, adquisición, ejercicio y pérdida de los derechos, negocio jurídico, representación y prescripción).

Surgen a lo largo y a lo ancho del libro planteamientos tratados, aunque sintéticamente, con originalidad y altura científica poco comunes, si bien ello no ha de extrañarnos en persona de tan decantado y madurado pensamiento como es el profesor LACRUZ. No son las de menor interés, entre tantas (de aquí la arbitrariedad de la reseña a que antes hacíamos referencia), las muy interesantes notas históricas sobre la evolución del Derecho civil español y, particularmente, las relativas a la significación y sentido de los derechos forales; las agudas aclaraciones del autor en orden al sistema de fuentes en el Derecho español, tras la promulgación del nuevo título preliminar, de entre las que debemos destacar las observaciones críticas sobre el reciente texto legal al contemplar la jurisprudencia de los Tribunales; la toma de postura en el tema de la persona jurídica, ante la alternativa entre la teoría "realista" y aquella otra de la ficción, subrayando el innegable impulso en la creación de la persona jurídica que suponen determinadas realidades sociales, pero sin olvidar que la atribución de personalidad es un dato formal, dependiendo en última instancia del Estado; particular consideración queremos hacer sobre dos cuestiones, en tanto en cuanto revelan una peculiar actitud metodológica de LACRUZ: el parágrafo dedicado a la argumentación jurídica y el que hace relación a la concepción del autor sobre la doctrina del negocio jurídico. Ambas cosas, como es lógico, están íntimamente relacionadas: partiendo de las notorias aportaciones de VIEHWEG sobre la topicidad del discurrir jurídico, afirma LACRUZ da al tiempo necesidad y, por otra parte, exclusiva instrumentalidad de los conceptos jurídicos, y desemboca en la afirmación del negocio jurídico como categoría abstracta arbitraria "resultante de deducir el factor común a una serie de institutos" y que "ofrece los riesgos habituales de la obtención de soluciones jurídicas a través de la mediación de nuevos conceptos"; en suma, el negocio jurídico queda reducido para el Derecho español (otra cosa se debería sustentar para el sistema del BGB y los en él inspirados, que no es el caso) a un artificio o medio auxiliar para sistematizar y estudiar conjuntamente la aplicación analógica de las disposiciones de los contratos y los testamentos a los demás supuestos de juego de la autonomía de la voluntad; "pero la aplicación misma... no precisa de la mediación de tal concepto ...para aplicar las reglas de los contratos a la aceptación de la herencia no es preciso hacer un viaje de ida y vuelta a una categoría superior". No podemos hacer sino suscribir tan tajante rechazo del "método de inversión": hay que ir de los efectos a los conceptos, y no a la inversa.

El libro de Lacruz, bien se ve, es un libro surgido de las aulas y para las aulas. La sinteticidad de los planteamientos, el alcance dado a la cita de los autores (hecho de modo extraordinariamente selecto), la abundancia de citas jurisprudenciales (material vivo, no sólo para la aplicación, sino también para la explicación del Derecho), y la profesionalidad del autor, fundadamente lo abonan. Cabría plantearse, en este orden de ideas, si la obra, dentro de esa dimensión escolar llega a cumplir su finalidad, habida cuenta de la pureza terminológica (diríamos sin concesiones) empleadas, y de la evidente hondura de todos los planteamientos. A este respecto, la experiencia docente enseña que el libro destinado al alumno no ha de ser en manera alguna sustitutivo del esfuerzo ni del profesor ni del alumno; ni el enseñar ni el aprender son cuestiones sin problemas, y más en el campo del Derecho civil, donde obviar éstos conduce irremediablemente a dar una visión falsa y al fomento de la rutina y la pereza mental: y no vive precisamente horas nuestra Universidad en que se deban hacer concesiones en tal sentido; el rechazo de un planteamiento elitista debe venir acompañado del único rigor admisible en la Universidad, el científico. Partiendo de esta premisa, la obra reseñada es un valiosísimo elemento de trabajo, muy importante desde ahora dentro de nuestra literatura jurídica.

Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Profesor adjunto de Derecho civil*

**LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de:** Asís: "Derecho de Familia," I. Librería Bosch. Barcelona 1974. 511 páginas.

Es el libro de Lacruz-Sancho una segunda edición de la de 1966, que ya escribieron los autores en colaboración.

Importantes modificaciones aporta este nuevo libro al anterior, del que sólo comprende una parte, aunque tenga casi el mismo número de páginas, que ha visto la luz como tomo primero.

Quedan para el segundo tomo las cuestiones de filiación, patria potestad, parentesco y tutela.

Decir que esta obra es segunda edición de la anterior, puede inducir a confusión, si por distinta edición, se interpreta, no ya una reimpresión, pero sí una fundamental identidad entre dos obras, cuando sólo se incorpora a la segunda la imprescindible actualización, generalmente de detalles o datos.

El libro objeto de esta reseña deriva, es lógico, del anterior, y sigue manteniendo sus grandes rasgos en cuanto a estructura y sistemática. No obstante, sólo comparando las dos ediciones con detenimiento puede comprobarse la notable diferencia que las separa.

La nueva edición abarca críticamente, y de forma coherente con la definida personalidad de este Derecho de Familia, que no ha perdido, las opiniones de la doctrina última y las referencias a la jurisprudencia re-



ciente, que enriquecen conceptos o aclaran determinados aspectos de praxis.

No es esta, sin embargo, la mayor innovación de la obra, que ya se traduce en frecuentes, y en ocasiones fundamentales, modificaciones en muchos de sus párrafos.

Hay en ella 120 páginas que pueden prácticamente calificarse de nuevas. Son las correspondientes al Derecho Foral, Internacional e Interregional.

Después del año 1966, se han promulgado las Compilaciones aragonesas (1967) y navarra (1974), y ello ha sido, sin duda, uno de los factores que ha determinado un nuevo trabajo, no sólo en los capítulos o secciones correspondientes, sino también en todas las referencias que hay en el libro al Derecho Foral.

Como se advierte en el propio libro, en nota previa, los párrafos 1 y 2 —“Familia y Derecho de familia”— y 12 al 44 —“Efectos del matrimonio”; “Organización económica de la sociedad conyugal”; “Capítulos matrimoniales”; “Donaciones *propter nuptias* y dote”; “Las masas patrimoniales”; “La Sociedad legal de gananciales” y “Derecho Foral”— han sido redactados exclusivamente por el doctor Lacruz Berdejo.

Los correspondientes a “Derechos internacional e interregional” y, en esta edición, los relativos al “Matrimonio”, “Contrato matrimonial”, “Ineficacia, relajación y disolución del vínculo conyugal”, han sido redactados por el doctor Sancho Rebullida.

Sería difícil detallar aquí, por ser muchas, las variaciones que, al margen de las referenciadas, se han introducido en la nueva edición. En definitiva, vienen a poner de relieve el trabajo personal de los autores que, evidentemente, no se han contentado en remozar sólo la primera edición.

Sólo podría echarse en falta en este libro, como en el anterior, la reseña de la bibliografía empleada, que tan útil puede ser al investigador.

De cualquier forma, es indudable que el tenor de esta primera parte hace esperar la segunda con el interés que despierta un muy importante instrumento para la docencia e investigación del Derecho de Familia.

Martín LIRIA LAFARGA

PÉREZ PASCUAL, Eduardo: *El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*. Valencia, 1974, págs. 378.

El autor de la obra que comentamos, abogado con una gran experiencia práctica en materia de propiedad horizontal, reconoce que tal propiedad, como dice en la introducción, “plantea todo un mundo complejo de problemas de orden jurídico que ha sido estudiado por numerosos autores, aunque, a nuestro entender, son pocos los que realmente han tratado de penetrar las esencias jurídicas de dicha institución”. Trata, pues, de penetrar en tales esencias, pretendiendo que la propiedad horizontal deje de ser lo que es todavía para muchos autores: una institución *sui generis*.

La parte primera de la obra se dedica al análisis de los elementos fácticos: partes privativas, partes comunes y organización. Señala que la parte privativa constituye la razón de ser de la propiedad horizontal, ya que lo que la persona busca y requiere es la parte privativa. Por el contrario, el elemento común se necesita "como se necesita —dice— una forma de organización con los otros sujetos para el desarrollo, conservación y obtención de los fines buscados, como se requieren unos servicios, etc., pero todo ello se acepta y soporta como una consecuencia ineludible de la propia esencia de la parte privativa".

La segunda parte lleva el título general de "El Derecho". Se empieza hablando de la concepción actual del derecho de propiedad, cuestión que se trata tal vez con excesiva rapidez. Con detalle y análisis cuidado se estudia la parte relativa a la estructura del derecho de propiedad horizontal. A continuación se analiza la naturaleza asociativa de la junta de propietarios, a la que se califica de asociación de Derecho privado, la cual no puede confundirse con las fundaciones, pues no se trata de un patrimonio personalizado para alcanzar un fin, así como, por carecer de ánimo de lucro, no puede identificarse con ningún tipo de sociedad civil o mercantil. Continúa diciendo que "la Junta de Propietarios es una asociación específica con carácter propio en el campo del Derecho por cuanto la razón de la pertenencia a dicha asociación es la titularidad de un elemento privativo, titularidad *propter rem*, pertenencia por razón de una cosa, y la finalidad de la asociación es de servicio a otra finalidad, aquella que cumple la parte privativa".

Se plantea el debatido e interesante problema, que, por supuesto, no podía eludirse, de si la Junta de Propietarios es o no una persona jurídica. Partiendo de la adecuación de la norma legal a la realidad imperante, llega a la conclusión de que tal Junta debe ser un ente personalizado, un sujeto de derecho distinto de las personas físicas que la componen, debiendo, por tanto, gozar de personalidad jurídica. Como es lógico, se advierte que tal personalidad debe de mantenerse dentro de ciertos límites, señalándose que su actuación jurídica es válida en los siguientes supuestos:

- a) Todo lo concerniente a la utilización de la parte privativa.
- b) En lo relativo al uso de los elementos comunes.
- c) Se le reconoce capacidad para exigir a los titulares de las partes privativas sus aportaciones económicas, necesarias para el normal desenvolvimiento del régimen de Propiedad Horizontal.
- d) Cesación del régimen de Propiedad Horizontal, mediante acuerdo unánime y registrado.
- e) Todo lo concerniente a establecer relaciones jurídicas con terceros.
- f) Capacidad jurídica activa y pasiva, en relación con responsabilidades civiles, tanto contractuales como extracontractuales.
- g) Puede ejercitar acciones penales contra titulares de partes privativas, o terceros, por delitos cometidos con ocasión de los supuestos anteriores.

Se analizan las construcciones jurídicas más importantes sobre la naturaleza jurídica del derecho de propiedad horizontal, la dualista, la monista, así como la de Mourey. Se concluye señalando que la Propiedad Horizontal "supone un poder jurídico directo e inmediato sobre el elemento privativo para su titular de utilización directa, esto es, sin que precise la colaboración de nadie para su disfrute (actuando dentro de los límites que le son pro-

pios); que excluye esa misma utilización a toda persona, excepto a su titular o a quien de él traiga causa; que faculta a su titular para defender la parte privativa de los ataques, tanto de hecho como de derecho, de terceras personas; y que permite la disposición y gravamen del mismo. Es decir, es un derecho de propiedad". Por supuesto, se reconoce que tal derecho de propiedad tiene unos límites, tales como la imposibilidad de disponer de la parte privativa con separación e independencia de los elementos comunes o de la pertenencia a la Junta de Propietarios; no usar la parte privativa de forma perturbadora para los otros propietarios; usar los elementos comunes con arreglo a su naturaleza, etc.

La tercera parte se dedica al estudio de la evolución de la Propiedad Horizontal en el Derecho español. Se empieza por el análisis de la situación bajo el primitivo artículo 396 del Código civil, continuando después con la ley de 26 de octubre de 1939 y terminando con el examen de la regulación bajo la ley de 21 de julio de 1960. En cada una de estas etapas se analiza también la jurisprudencia, si bien tal análisis no se hace con el rigor metódico que exige no sólo el estudio, como hace el autor, de los considerandos de las sentencias, sino también el análisis cuidado y detenido del supuesto de hecho.

Sin embargo, ello no oscurece los valores positivos de esta obra, cuya consulta resultará ilustrativa y provechosa.

O. VICENTE TORRALBA SORIANO  
*Profesor Agregado de Derecho Civil  
de la Universidad de Valencia*

**SANCHEZ MEDAL, Ramón:** "De los contratos civiles. Teoría general del Contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad". Segunda edición. Editorial Porrúa, S. A., México 1973. 445 páginas.

Este libro, destinado a la enseñanza del Derecho civil, tiene el mérito, no frecuente en obras publicadas para la docencia, de su claridad y concisión, siendo de admirar cómo en sus páginas se logra examinar una tan extensa materia sin perjuicio de la justeza y de la profundidad.

Para el jurista español, la lectura del libro del profesor Sánchez Medal habrá de ser buena guía para conocer la regulación de los contratos civiles en el Derecho mejicano. De muy especial interés son los capítulos consagrados al estudio de figuras jurídicas no reguladas por el Código civil español. El Código civil mejicano de 1928 trata del contrato de hospedaje, en un capítulo especial (arts. 2.666-2.669) y en algunas disposiciones sobre el depósito (arts. 2.535-2.538). Una feliz innovación del Código de 1928 respecto de los Códigos de 1870 y de 1887 ha sido, nos dice el autor, el estructurar la asociación civil como contrato (arts. 2.670-2.687); a diferencia de la sociedad civil, se trata de un contrato por el cual dos o más personas se obligan a la realización permanente de un fin común no prohibido por la ley y que no tenga carácter predominantemente económico; siendo uno de sus posibles efectos dar nacimiento a

una persona moral distinta de las personas físicas de los socios, persona moral que puede llegar a tener el carácter de "institución de asistencia privada".

El Código civil español incluye el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio en el libro de las obligaciones y contratos; para el Derecho mejicano la sociedad conyugal es el contrato por el cual los cónyuges, al celebrar o después de celebrado el matrimonio, convienen en que cada uno conceda sobre determinados bienes de su propiedad al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes, pagadera a la terminación de dicho contrato. A diferencia de los Códigos anteriores, que imponían el régimen legal de la comunidad de gananciales y de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que establecía el régimen legal de separación de bienes, el Código de 1928 impone a los cónyuges el elegir expresamente entre la sociedad conyugal y la separación de bienes; con las consecuencias que de no haber contrato de sociedad conyugal habrá separación de bienes.

Extrañará al lector español la tercera y última parte de la obra reseñada. Lleva por título "Registro Público de la Propiedad" y tiene por contenido el estudio de los sistemas registrales, de los principios del sistema registral mejicano, la clasificación de las inscripciones, la organización del Registro de la Propiedad y termina con las referencias a los proyectos de reforma. Se justifica que como complemento del curso de contratos, y a manera de apéndice, se trate del Registro de la Propiedad, por considerarse necesario destacar la significación y la importancia que dicho Registro tiene "para la plena eficacia de diversos contratos y su oponibilidad a los terceros que no intervinieron en la celebración de éstos".

R.

VÉLEZ TORRES, José Ramón: *Derecho de Sucesiones*. Madrid, 1974. Ediciones autor, XXIII, 341 págs.

No suelo acometer la recensión de publicaciones, y, cuando lo he hecho, ha sido de forma excepcional. Los argumentos para ello son muy simples; en primer lugar, creo que recensionar una obra requiere unos conocimientos y una formación con respecto de los cuales me encuentro muy lejos aún del promedio; además, con frecuencia, la recensión oscila entre el elogio amistoso (como los que han hecho a algunas de mis obritas un cúmulo de buenos amigos que tiene uno repartidos por medio mundo), o la crítica feroz, y la finalidad de la recensión no es esa.

Sin embargo, no es frecuente hallar un libro en que el autor exponga sus pretensiones con enorme modestia y que, naturalmente, los fines alcanzados excedan con mucho los subjetivos del creador; virtud a la cual se añada una perentoria necesidad de obras similares.

Con estos párrafos de introducción, que solamente persiguen justificarme yo, podemos pasar al motivo de estas breves páginas.

El Autor.—José Ramón Vélez Torres ha sido por muchos años profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Inter Americana de Puerto Rico. Recuerdo perfectamente que, cuando vine yo al país, la

primera lectura que hice fue un artículo suyo (1). Vélez Torres es, pues, para mí, la toma de contacto con un ordenamiento al cual he dedicado muchos años de esfuerzo, no empece que el fruto sea raquítico. Sin embargo, tardé mucho en conocer a Vélez Torres. De hecho, nuestro primer contacto fue con motivo de un homenaje, muy merecido, que le dispensó su Facultad de Derecho por causa de haber sido nombrado Juez Superior de Puerto Rico, explicándose mi presencia allí porque los estudiantes de dicha Facultad, por medio de su Revista Jurídica, quisieron “aplacarme” en retribución a mis esfuerzos. Justificado el primer homenaje, debo reconocer —y no es falsa modestia— que el mío respondía a eso, a cosas de estudiantes; aunque dicha placa la conservo con enorme cariño y profundo agradecimiento. En resumen, conocido intelectualmente desde hace mucho tiempo, es conocido por mí personalmente hace pocos meses. Por ello, el juicio se garantiza como honesto, pues no pueden moverme ni amistades, ni rencores, ni agradecimientos recíprocos, sino, meramente, la obra.

Por lo dicho, no es fácil hacer un perfil del autor, persona joven (no debe tener más de cincuenta años), con bríos y ganas de trabajar, profundamente enamorado de su Derecho civil propio, sin incidir por ello en nacionalismos de vía estrecha, de mentalidad abierta y despejada. Es, como apuntaba inicialmente, una persona sin pretensiones, pero con muchos logros en su haber.

La obra.—Uno de estos, lo es el libro que voy a comentar. Se presentó como tesis doctoral, que fue defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (la antes Central y hoy Complutense), en diciembre de 1973, recibiendo la calificación sobresaliente por cinco pilares del Derecho español: García Valdecasas (don Alfonso), Albadalejo, Hernández Gil (don Antonio), Hernández Tejero y Jorge y Bonet Ramón (don Francisco).

Puede pensarse que una tesis consistente en la exposición panorámica de una rama del Derecho civil no es tesis. Ello, que resulta una verdad de Perogrullo en muchas partes, deja de serlo cuando nos ubicamos en países cuyo Derecho vive “en la frontera”. Entonces, la perspectiva general suele esconder una tesis mucho más necesaria, más valiente y más prometedora que cualquier tesis que responda al auténtico significado. Y, creo, las Universidades españolas deberán acostumbrarse a este fenómeno, que, por otro lado, no debiera extrañar en nuestro país, que ha sido “frontera” jurídica en múltiples ocasiones; y, desde luego, es imperativa esta forma de escribir cuando de Puerto Rico se trata, país que lleva más de setenta años sirviendo de frontera, amén de los que quedan por transcurrir.

El autor aspira en su prólogo a un fin muy concreto: proporcionar al estudiante unas notas que suplan la ausencia completa de textos sobre la materia. La concreción de Vélez Torres es importante. En alguna ocasión, algún autorcillo, bastante pretencioso, se permitía juzgar a todos los autores que sobre Derecho han escrito en el mundo, diciendo que buscaban la justificación del estudiantado como finalidad perseguida con sus publicaciones, como fórmula feliz que autorizaba a escribir mal y salvaba a lo escrito de la crítica profesional. Este pensamiento (?), con relación al cual siempre he creído que fue exteriorizado porque el autor, queriendo escribir para los profesionales del Derecho, tampoco alcanzaba el nivel exigido para el estudiante, no se aplica ni mínimamente en el caso de Vélez Torres. Y no sólo porque reconoce

(1) VÉLEZ TORRES, J. R.: *Las informaciones posesorias y de dominio como medios inmatriculadores*, Rev. Col. Abogds., XXV, núm. 2, 1965, págs. 327 y sigs.

que escribe para el estudiante, sino porque enfoca la obra con la metodología adecuada al caso, se expresa con sencillez (pero con rigor) y claridad; con todo lo cual ha logrado una obra que excede el fin concreto del estudiante y asciende al plano profesional jurídico, dejando atrás al practicismo de abogadillo.

Lo reciente de la publicación permite al autor seleccionar una bibliografía moderna, que alcanza, entre lo último, a la tesis de Peña y Bernaldo de Quirós acerca del carácter del beneficio de inventario en la problemática de las deudas de la herencia, y a la edición, recientísima, del libro de Lacruz Berdejo. Abunda la referencia bibliográfica bien seleccionada, aunque, por razones ajenas a la voluntad del autor, y quizá por imperativos de la naturaleza de tesis de la obra y el lugar de defensa de la misma, se descansa demasiado en los autores españoles. Esto debe honrarnos, pero no es menos cierto que algo más se ha escrito en Puerto Rico sobre el tema, algo más de lo que el autor reconoce, aunque quizá la calidad del esfuerzo a que aludo no sea del calibre de un Muñoz Morales o un Velázquez (2). Y, personalmente, por gustos particulares más que por argumentos objetivos, observo un defecto: la ausencia de bibliografía italiana, que saca actualmente varios cuerpos al resto de la doctrina de donde se quiera. La ausencia de los autores herederos de la *iurisprudencia* se compensa con la recogida de pensadores americanos, cuales los partícipes en la colección de Autores Cubanos y Extranjeros y en su gemela, de Reus, Biblioteca de Autores Españoles y Extranjeros. Alguna cita precisa de estudiosos norteamericanos, en tema de fideicomiso, completan el panorama de medios empleados por el autor.

El volumen está sistemáticamente dividido en XXII capítulos, el primero dedicado a la sucesión, en general, por causa de muerte, y rompiendo, a partir del segundo, con la sucesión testamentaria, intercalando luego del capítulo VII la sucesión legítima, que, por ello, se simultanea con temas propios de la sucesión por testamento. Personalmente, habría dado un enfoque metodológico diverso al libro; pero no se crea que apunto esto como un defecto de la obra: he prestado atención últimamente al tema, y observo que se ha roto la unidad de tratamiento en tema de sucesiones, entre los autores. Y esto es bueno: la uniformidad ha desaparecido, lo que alumbró nuevos enfoques, luego nuevos aciertos. Aparte de que, lo ha demostrado Peña, vamos a tener que reinterpretar mucho el Código civil de factura española, si queremos captar una esencia que siempre tuvo y que, quizá por función de esa ideología que señalaba Marx, dejamos cubierta con pensamientos ajenos al Derecho del pueblo (y no precisamente al Derecho popular, como peyorativo). Vélez Torres es, pues, libre de dar su propio enfoque, porque —y he aquí la importancia de conocer lo peculiar— en ocasiones tiene profunda explicación una sistemática que, bajo la visión tradicional, pudiera parecer absurda. Digo esto pensando en un capítulo cuya inclusión en el Derecho de sucesiones parece inconsecuente, pero que no lo es: vale como ejemplo el capítulo XIV, que trata del parentesco. Tradicionalmente, el parentesco suele estudiarse en la Parte General, al analizar la persona como

(2) Valgan como ejemplo: ARROYO, Elí B., *La igualdad de los derechos hereditarios*, Revista Col. Abogds., XXIII, núm. 1, 1961, págs. 41 y sigs.; CALDERÓN, en toda su obra; MALARET, Augusto, en sus sustanciosos comentarios sobre la jurisprudencia, civil y registral, que, por años, avivó la problemática jurídica en la isla; MOJICA SANDOZ, L.: *El derecho hereditario y su concepto*, Rev. Col. Abogds., 1972. SÁNCHEZ VILELLA, L.: *El fideicomiso puertorriqueño*, Rev. Col. Abogds., XXV, núm. 2, 1965, págs. 293 y sigs. (I), y 313 y sigs. (II), etc., etc.

sujeto de la actividad jurídica. Sin embargo, el empirismo insuflado en los planes de enseñanza difundidos en Puerto Rico, al pautarse al modo anglosajón norteamericano, han convertido en inexistente un curso de dicha Parte General, que no puede ser sustituido por unas notas breves de un trimestre dedicado a la Introducción al Derecho. De donde resulta completamente explicable tratar el parentesco en las sucesiones, so pena de no realizarse la sucesión (obvio: intelectualmente).

Y algo parecido podría afirmarse con relación al capítulo XII, en que, bajo el título epigráfico del fideicomiso, se hace un análisis comparativo del *trust*, dando entrada a los contratos. Tampoco está equivocado aquí Vélez Torres, sino el ordenamiento jurídico que está obligado a analizar, pues fue el legislador quien cometió el fiasco de identificar el *trust* con el Derecho de sucesiones, dando a la luz un híbrido que no encuentra encaje entre ninguno de sus progenitores.

El *Derecho de Sucesiones*, de Vélez Torres, es, como indicaba antes, una *exposición* del Derecho portorriqueño en punto a esa rama del Derecho civil. Tiene, pues, el mérito que debe reconocerse a un Castán Tobeñas en el Derecho español: ofrecer, en apretada y difícil síntesis, una exposición completa y general de las instituciones correspondientes, los problemas fundamentales que las mismas ofrecen, la perspectiva histórica de la interpretación resolutoria y las nuevas direcciones teóricas. Y en la obra se ha conseguido esto con gran soltura. Y no se crea que Vélez Torres "se escurre" en opiniones ajenas: aunque el libro no está pensado para manifestar qué dice Vélez Torres, sí dice qué piensa Vélez Torres, con una claridad meridiana. Ya esto es suficiente en el marco sociológico que va a consumir la obra.

Este enfoque proporcionado por el autor excusa, pues, un análisis en detalle de los capítulos del libro, los cuales están bien logrados y conservan un adecuado equilibrio (si bien el que más me ha gustado ha sido el XXII, dedicado a la partición).

Tiene, a mi juicio, más importancia un efecto que se pone en marcha ante la lectura de la obra de Vélez Torres: en un país en que el profesional del Derecho (no todos, pero sí casi todos) estima que lo *práctico* es práctico, Vélez Torres, Abogado por muchos años, Juez actualmente, y docente siempre, viene a demostrarnos que lo más práctico es lo teórico, aunque no las elucubraciones ideológicas "congeladas". Esto me da una tranquilidad enorme, pues en los diez años que llevo viviendo en Puerto Rico, casi, casi he adquirido *complejo de importación*, pensando que, ante la diversa realidad que me rodeaba, no sólo era *vox clamans in deserto*, sino que "estaba majaretá". Ahora, al menos, hay eco.

La impresión es buena y el texto cómodo de leer, con una encuadernación que permite conservarse el contenido sin deterioro, a pesar de usarse (fin que suelen olvidar muchas imprentas).

Personalmente, espero que el estudiante saque provecho del libro, lo que no dudo sucederá. Y me gustaría muchísimo que los prácticos del Derecho hicieran factible la reedición; no por los beneficios económicos que pueda suponer para el autor (para éste, no suelen darse dichos beneficios), sino porque significará un hito importante.

Al distinguido compañero Vélez Torres le deseo que siga por el derrotero elegido; su esfuerzo es útil, necesario y, de insistir, imprescindible.

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**EXCESO DE CABIDA.**—NO ES INSCRIBIBLE UNA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA PARA ACREDITAR EL EXCESO DE CABIDA DE UNA FINCA PERTENECIENTE AL ESTADO, PUES TALES CERTIFICACIONES TIENEN RECONOCIDA SÓLO VIRTUALIDAD INMATRICULADORA. (Resolución de 20 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 4 de diciembre de 1972.)

*Hechos.*—Resultando que el Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana con parte edificada y jardín, sita en la calle Jesús, número 8, de Sos del Rey Católico, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 148 metros cuadrados, que con motivo de diversas actuaciones administrativas se vino en conocimiento de que la parte edificada medía 164,10 metros cuadrados y la superficie descubierta ocupada por el jardín 143,15 metros cuadrados, que hacen un total de 307,25 metros cuadrados, y que, como consecuencia de ello, el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado en la Delegación de Hacienda de Zaragoza expidió certificación acreditativa del referido extremo, a fin de que se practicara la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Resultando que, presentado en el Registro, el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento, por no ser aplicable con sólo el documento presentado, ninguna de las reglas contenidas en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.

Resultando que el Abogado del Estado, de Zaragoza, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que parece ser que se ha producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206, que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe haberse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio no comprende cómo habría de rectificarse una inscripción a favor del Estado, que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro



que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes; y conforme al principio jurídico de que "quien puede lo más puede lo menos", recogido en la Sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible, puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

Resultando que el Registrador informó: que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable como es el título de adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene, o en su caso la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, Provincia o Municipio aun formalmente extendidas sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional, si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título en su aspecto formal reúna los requisitos legales exigidos y otra que en su aspecto material contenga los requisitos o circunstancias que deben concurrir para su inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que no obstante ha suspendido la práctica del asiento solicitado por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el número 5.º del artículo 298, del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que, según la Resolución de 28 de febrero de 1951, debe rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia, señala que en el número 5.º del artículo 298 se ha recogido reiterada jurisprudencia del

Centro directivo que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos, se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita, no se acredita el exceso con datos catastrales y existe por tanto la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda en procedimiento administrativo de apremio de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario; y que según resulta del título presentado el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

Resultando que el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115 del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 307,25 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado en vista de ello y de que sólo se encuentra inscrito 148 metros cuadrados, ordena en 17 de febrero de 1970 que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada, que tras una serie de vicisitudes se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

*Doctrina.*—“Considerando que la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si la certificación administrativa de dominio, es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad, la mayor cabida de una finca inscrita ya a nombre del Estado”;

“Considerando que las certificaciones de dominio expedidas por el Estado y otras entidades de carácter público para inscribir fincas que les pertenecían, fueron introducidas en la legislación hipotecaria española por los Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864—aunque entonces tales normas facultaban únicamente para obtener inscripciones

de posesión—, como medio supletorio de inmatriculación, carácter que conservan actualmente, conforme se desprende de los artículos 199, letra c) y 206 de la Ley Hipotecaria”;

“Considerando que de acuerdo con esta finalidad exclusivamente inmatriculadora, atribuida desde su origen a las certificaciones de dominio, se les ha negado por este Centro Directivo virtualidad para inscribir mediante éllas derechos reales sobre cosa ajena (Resoluciones de 12 de diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960) o para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (Resolución de 19 de enero de 1960)”;

“Considerando que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, aunque a primera vista así pudiese parecerlo en cuanto que ingresa en el Registro una superficie que antes no figuraba inscrita, pero un examen más profundo revela que simplemente se trata de rectificar una medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, distinción que tiene su fundamento en la propia Ley Hipotecaria, que después de enumerar en el artículo 199 los medios de inmatriculación, entre ellos las certificaciones de dominio, determina en el artículo 200, párrafo 2.º, aquellos que la misma admite para hacer constar en el Registro “la mayor cabida de las fincas ya inscritas”, entre los cuales no se encuentran tales certificaciones, debido, sin duda alguna, al propósito de no atribuir a las mismas otra eficacia que la puramente inmatriculadora.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas*

La precedente Resolución plantea un problema de cierta actualidad en orden a un punto en el que, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, se ha llegado a una verdadera precisión jurídica. Por supuesto, tampoco legalmente la cosa parece muy clara.

Los excesos de cabida no vienen a ser más que “aumentos” superficiales de la medida que registralmente reflejan los libros en los que la finca está inscrita, es decir, los linderos de la finca que delimitan la misma definen la superficie a que se extiende el dominio y caso de error cuantitativo el mismo podrá ser modificado. Esta parece ser la esencia de la constatación registral de los excesos de cabida, pero ni legislativa ni prácticamente se ha entendido así.

Prácticamente el abuso de esta forma de constatar “exceso de superficie” ha llegado a límites insospechados. De los cien metros que inicialmente medía la finca, la nueva medición —previo riego y relleno de espacios sin firme— llega en algunos casos recogidos en mi práctica registral a los novecientos metros. Como ello se suele hacer constar en un título público de los que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario considera inmatriculable, a pesar de que se deniegue inicialmente la constatación registral del exceso de cabida, resulta que “al año” se convierte en título hábil que permite hacer constar el exceso por “inmatriculación”.

De la viciosa manera de entender el precepto citado y de la forma de

proceder consuetudinaria a este respecto, puede resultar un grave problema superficiario, pues si poco a poco se va "metiendo más superficie" en el Registro, se nos pueden agotar los distritos hipotecarios con invasiones de los límites, de zonas marítimas, de mares adyacentes e incluso de países extranjeros.

Legalmente hay una variante terminológica e incluso conceptual en este problema. Destacan esta "desviación" LACRUZ BERDEJO ("Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral") y SANZ FERNÁNDEZ ("Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria"), quienes vienen a decir que propiamente no puede hablarse en el caso del "exceso de cabida" ni de inscripción, ni aun de inmatriculación de una superficie no inscrita, ya que la superficie figura en el Registro, si bien mal expresada en el asiento; *lo que hay es una rectificación de una medida superficial*. Por esto—precisa SANZ FERNÁNDEZ—es exacto el artículo 200 de la Ley que habla de *hacer constar la mayor cabida de las fincas inscritas*, y más aún, el artículo 201, 2.<sup>a</sup> que habla de "rectificar la extensión". Al parecer, con arreglo al artículo 51, 4.<sup>o</sup> del Reglamento, en los casos de toma de razón de un título transmisivo, constitutivo, etc., bastaría expresar en la nueva inscripción la diferencia entre los datos relativos a la medida facilitados por él y los que constaban en el Registro, procedentes de títulos anteriores.

LACRUZ BERDEJO, de quien son los párrafos anteriores, sigue precisando algo que interesa constatar aquí casi literalmente: junto a todo lo dicho, el apartado 5.<sup>o</sup> del artículo 298 del Reglamento establece que "podrán ser constatados sin el requisito de la previa inscripción" los excesos de cabida de las fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de la existencia de futuros colindantes que pudieran ser perjudicados; los que tengan su base en datos catastrales; y los que no excedan de la quinta parte de la cabida inscrita. "A contrario", se deduce que cualquier exceso de cabida no incluido en esta enumeración deberá ser objeto de *inmatriculación* formal, por los medios previstos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria, quedando reducido a los casos del 298 el ámbito del artículo 51, 4.<sup>o</sup>.

En todo ello, por tanto, vemos que existe una cierta imprecisión legislativa cuyo arranque histórico parte de la anterior a 1944, en la que, como dijo con precisión LA RICA, se permitía inscribir los excesos de cabida, bien por información posesoria, bien por expediente de dominio, a tenor del artículo 504 del Reglamento de 1915, basado en la práctica judicial corriente, dando en ambos trámites audiencia al ministerio fiscal y a los dueños colindantes. También, según reiterada jurisprudencia, podían inscribirse tales excesos de cabida por documento público inmatriculador, conforme al párrafo 3.<sup>o</sup> del artículo 20 de la Ley, siempre que el transferente justificase la adquisición de dicho aumento superficial fehacientemente; lo que quedaba cumplido cuando en un título anterior se hubiese hecho constar ese incremento como resultado de nueva medición o por resultar errónea la precedente. Y, finalmente, cuando la diferencia entre la superficie inscrita y la asignada en el título presentado era de poca entidad, la jurisprudencia había sancionado que se pudiera hacer constar en el Registro, sin necesidad de ninguno de aquellos otros procedimientos, sólo aplicables cuando el exceso rebasase el 20 por 100 de lo inscrito.

De todo ello se desprende que de un proceso rectificador de límites superficiales, se pasó insensiblemente a una forma *inmatriculadora* de los excesos de cabida que tienen su cauce en la legislación actual a través del expediente de dominio, el acta de notoriedad y el título público de adquisición (artículos 200, 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento). Y lo que podría ser una razón legal para constatar esa "rectificación superficial" a través del expediente de dominio o el acta de notoriedad con requisitos y citaciones precisas de colindantes, se esfuma en la aplicación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria al ser interpretado reglamentariamente por el artículo 298, 1.º del Reglamento. Bien está que en el título público de adquisición tenga virtualidad inmatriculadora si el transmitente acredita de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de los títulos, pero transformar esa prueba fehaciente en el *transcurso de un año* me parece excesivo, aunque sólo de "excesos de cabida" se trate.

Prescindiendo aquí de la cuestión de si el exceso de cabida supone o no una "inmatriculación", cosa que nos llevaría a una larga exposición de conceptos, lo cierto es que la facilitación de la inscripción o constatación de un exceso de cabida —aunque la extensión superficial no perjudique a tercero— a través de un documento público con vida de un año, resulta excesivo, sobre todo teniendo en cuenta que nuestro Código civil regula minuciosamente a través del "deslinde" la superficie hasta la que se extiende el derecho de propiedad. Entiendo que, conforme a los artículos 384 y siguientes del Código civil, el medio hábil para esa constatación registral de los excesos de cabida es el de la escritura notarial o judicial de deslinde, con citación de los colindantes, o la escritura pública con un año de antigüedad a la cual se acompaña una *instancia* con firmas legitimadas de los posibles colindantes que consientan en la rectificación.

Destaco esta idea de los "colindantes" por ser, a mi entender, los únicos que pueden resultar perjudicados en la constatación de un exceso de cabida, aunque como este dato, desgraciadamente no tiene pronunciamiento frente a terceros, siempre les queda el gran recurso de la justificación judicial de las posibles diferencias. Existe una resolución de la Dirección General de los Registros en la que haciendo caso omiso de este "singular derecho de los colindantes" se admite a inscripción un auto judicial de declaración de excesos de cabida en el que no resultaba claramente la notificación hecha a los propietarios colindantes ya que el informe del Juez afirmaba que "en lo referente a las formas de hacerse las citaciones el problema puede tener transcendencia en una reanudación de tracto sucesivo interrumpido, pero no en un expediente de exceso de cabida que no puede plantear contradicción con otras titularidades registrales" (Resolución 19 abril de 1972). Es decir, que al amparo de esta doctrina podemos llegar a deformaciones superficiales que a la hora de la verdad van a plantear serios conflictos y oscuridades poco propicias para la necesaria identificación física y jurídica de la finca.

Centrando el problema que la Resolución plantea se hace preciso que distingamos dos aspectos: el primero se refiere al documento inmatriculador y el segundo a si el caso era o no de inmatriculación.

a) *La certificación administrativa*

Con una gran precisión la Dirección General de los Registros resume la esencia y origen de las certificaciones de dominio diciendo en sus primeros considerandos que: “la cuestión planteada por el presente recurso consiste en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita a nombre del Estado”, y a ello se responde acertadamente al seguir diciendo: Las certificaciones de dominio expedidas por el Estado y otras entidades de carácter público para inscribir fincas que les pertenezcan fueron introducidas en la legislación hipotecaria española por los Reales Decretos de 19 de junio de 1863 y 11 de noviembre de 1864 —aunque entonces tales normas facultaban únicamente para obtener inscripciones de posesión como medio supletorio de inmatriculación, carácter que conservan actualmente, como se desprende de los artículos 199, letra c) y 206 de la Ley Hipotecaria. De acuerdo con esa finalidad exclusivamente inmatriculadora, atribuida desde su origen a las certificaciones de dominio, se les ha negado por este Centro Directivo virtualidad para inscribir mediante ellas derechos reales sobre cosa ajena (Resoluciones de 12 diciembre de 1953 y 24 de noviembre de 1960) o para conseguir la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (Resolución de 19 enero de 1960) y por la presente la de hacer constar los excesos de cabida.

Con ello se viene a respetar la normativa legal que precisa el carácter netamente inmatriculador del certificado de dominio que como título supletorio brinda la legislación hipotecaria (artículos 199, 3.º y 206) y las únicas formas o medios para obtener los excesos de cabida reducidos al expediente de dominio, acta de notoriedad o título público de adquisición (artículo 200 y su complementario 298, 5.º del Reglamento).

Donde pudo fallar toda la argumentación es en el cambio de circunstancias de hecho, pues si la certificación administrativa de dominio en vez de ser expedida y presentada para su inscripción, hubiese tenido un año de antelación, necesariamente se hubiese podido rechazar por no encajar en las letras a), b) y d) del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, como defiende en su informe el Registrador, pero podía incluirse en la letra c) en relación con el párrafo 1.º de dicho artículo que habla de “documentos comprendidos en su artículo 3.º” y este artículo habla genéricamente de escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, dando cabida a la “certificación administrativa de dominio”. Frente a ese supuesto de hecho sólo le quedan al Registrador: los argumentos que se pueden extraer de la doctrina de la Dirección que exige demostrar la verdadera cabida de la finca, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 marzo 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero 1955) o el inciso final del párrafo 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario que impone como condición genérica para todos los supuestos que “será indispensable que no haya duda fundada sobre la *identidad* de la finca” y dentro del concepto *identidad* hay que incluir un exceso superficiario que no quepa dentro de los *linderos normales* de la finca.

En las argumentaciones registrales se hace alusión a una neta diferenciación entre las certificaciones de apremio administrativo admitidas por el artículo 26 del Reglamento Hipotecario con virtualidad inmatriculadora y las certificaciones administrativas de dominio recogidas en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Aunque sea salirse un poco del tema, conviene intentar una precisión a este respecto, pues, por supuesto, de su diferenciación o identidad surgirán los problemas de aplicación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria y la posible publicación de edictos.

Al comentar el artículo 26 del Reglamento Hipotecario —en su versión de 1949— decía La Rica que “después de la reforma hipotecaria, que dio lugar a que el artículo 199 del texto refundido establezca categóricamente que la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practique: mediante expediente de dominio, mediante el título público de adquisición o mediante certificado a que se refiere el artículo 206, se ha sostenido por algún autor que las certificaciones de adjudicación al Estado han perdido su eficacia inmatriculadora, por considerar que han desaparecido todos los antiguos medios inmatriculadores, casi siempre de posesión, que no están comprendidos entre los enumerados en el citado artículo 199. Esta argumentación es convincente; pero prácticamente no impide la inmatriculación por medio de dichas certificaciones de adjudicación al Estado, pues pueden éstas, sin gran violencia, ser equiparadas a las del dominio reguladas por el artículo 206...”. Al comentar, posteriormente, el mismo artículo —en su versión del año 1959— dice que “si las fincas cedidas carecen de inscripción, el título será entonces inmatriculable directamente, lo que está autorizado por el artículo 299 del Reglamento Hipotecario, y aunque no se diga nada, es de presumir que sin necesidad de edictos, aunque sí con la limitación de efectos respecto de terceros durante dos años”.

La autorizada opinión de este ilustre hipotecarista parece dar por resuelto el problema en contra, por supuesto, de la afirmación del Registrador que defiende en su informe la nota objeto de esta resolución que comentamos. En mi modesta opinión creo que nada tiene que ver la certificación administrativa de dominio del artículo 206 con la que regula el artículo 26 del Reglamento Hipotecario. Creo que todas son diferencias. En una se trata de habilitar de un título inscribible cuando falta la justificación de la adquisición del dominio por parte del Estado y demás entidades con facultad de certificar, mientras que en el otro se admite que un procedimiento de recaudación seguido con los trámites precisos y notificaciones oportunas culmine en un documento administrativo que justifique el acto de atribución de la finca al Estado. Es decir, se está formalizando un acto de adquisición que entra en el supuesto de *título público de adquisición* del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, más que en la *certificación administrativa* del artículo 206 de la misma Ley Hipotecaria. Por ello, tiene o puede tener razón LA RICA en cuanto aplica la limitación de efectos del artículo 207, pero sobre la base de la asimilación antes expuesta.

Al asimilar el supuesto a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria habría que pensar en la publicación de edictos que confirmasen esa certificación administrativa, cosa a la que se opone, como hemos visto, LA

RICA. Quiero citar, a título de ejemplo, un supuesto de parecidas características y es la *certificación de reparcelación* que el artículo 28 del Reglamento de Reparcelaciones de Suelo Urbano (D. 7 de abril de 1966) estima inmatriculable con la necesidad de publicación de edicto, pero sin la limitación de efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria. A la vista de ello, y teniendo en cuenta que la interpretación en este caso debe ser restrictiva, podría concluirse que para evitar la publicación de edictos y la limitación de efectos se hace preciso una disposición especial que así libere de estos requisitos.

b) *Rectificación de cabida o inmatriculación de la misma*

De la discusión doctrinal en torno al concepto de inmatriculación, creo que puede darse por buena la postura de SANZ FERNÁNDEZ quien advierte que de inmatriculación sólo puede hablarse en sistemas como el alemán y el suizo, donde la finca ingresa en el Registro previamente, basándose en datos catastrales, practicándose de oficio y limitándose el asiento a la descripción de la finca. En el Derecho español no existe inmatriculación, sino primera inscripción de finca no inscrita con anterioridad y verificada a través de la justificación del dominio que una persona tenga sobre dicha finca. LACRUZ discrepa de todo ello e igualmente ROCA SASTRE y otros autores.

La redacción poco acreditada del artículo 298 del Reglamento Hipotecario dio base en su apartado 5, letra C), a pensar que, fuera de los casos expresamente señalados en las otras letras en las que, por supuesto, se trata de un caso de "rectificación de cabida", ese supuesto era de pura inmatriculación, ya que el mismo artículo aplicaba a los documentos que la provocasen la obligación de la publicación de edictos y la limitación de efectos como si de una verdadera inmatriculación se tratase. Esa redacción y la aplicación al caso del número 1.º de dicho artículo, dificultan enormemente la precisión del concepto.

La Dirección General ahora escoge el buen camino. La constancia registral del exceso de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, pues aunque en el Registro ingrese una superficie que antes no figuraba inscrita, lo único que existe es una rectificación de medida superficial de fincas ya inscritas en su totalidad, a las cuales no puede aplicarse la certificación de dominio por quedar excluida de los medios que considera hábiles la Ley Hipotecaria, conforme al artículo 200, 2.º. Hemos visto, sin embargo, que el Reglamento, excediéndose en sus funciones, desvirtúa un tanto esta especial configuración que la Ley vio claramente. La reforma reglamentaria—que en su día se afronte—será buena ocasión para rectificar disposiciones y ajustarlas a esta importante decisión de la Dirección General.



**PROPIEDAD HORIZONTAL.**—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE PARTICIÓN Y ACEPTACIÓN DE HERENCIA DE UN PISO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN QUE EL HEREDERO SUCEDE AL TITULAR REGISTRAL SIN QUE SE MODIFIQUE LA SITUACIÓN EXISTENTE. (B. O. E. de 4 de diciembre de 1972.)

*Hechos.*—Resultando que doña Natalia Salt Vicente falleció en Sagunto el 15 de noviembre de 1962, bajo testamento abierto otorgado el 7 de agosto del mismo año, en el cual, sin perjuicio de la legítima que pudiera corresponder a su segundo esposo, don José Franco Barrachina, instituyó heredero universal a su único hijo, don Emilio Suárez Salt, habido en primer matrimonio con don Emilio Suárez Suárez; que por escritura otorgada el 9 de mayo de 1966, ante el Notario de Sagunto, don Francisco del Hoyo Villameriel, el viudo, don José Franco Barrachina, repudió la herencia de su finada esposa, quedando como consecuencia como único interesado en la misma don Emilio Suárez Salt; y que por escritura autorizada por el Notario recurrente el 20 de mayo de 1970, el heredero se adjudicó en pleno dominio las dos únicas fincas que integraban la herencia, que eran una casa sita en Algimia de Alfara, inventariada bajo el número 2, que se inscribió conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y un piso sito en Puerto de Sagunto, inventariado bajo el número 1, en cuya descripción se decía que “No tiene asignada cuota de participación en el título exhibido, que es anterior a la Ley Especial de Propiedad Horizontal”.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción de la finca 1 por no constar la cuota de participación en los elementos comunes”.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el artículo 3 del Código civil sienta el principio general de irretroactividad de las leyes, dirigido tanto a los Tribunales como a las autoridades administrativas; que la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 prevé, en su disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, la problemática de la adaptación a sus normas de las propiedades horizontales constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, limitándose a establecer que los estatutos de las correspondientes comunidades deberán adaptarse a la misma en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos, pero sin exigir la modificación de las descripciones e inscripciones de pisos o locales practicadas antes de su vigencia y que no se ajustasen a sus disposiciones; que el artículo 8, número 4, de la Ley Hipotecaria, al que dio nueva redacción el 2.º de la Propiedad Horizontal, se refiere a la “primera inscripción”, es decir, a la de “constitución del régimen de propiedad horizontal”, según palabras de su exposición de motivos; que el artículo 5 de la misma Ley, al determinar las circunstancias que debe contener la inscripción de cada piso o local, se refiere asimismo al “título constitutivo de la propiedad por pisos o locales”, quedando, por tanto, al margen o fuera de esta normativa, las propiedades horizontales constituidas e inscritas antes de su vigencia; que la disposición transitoria primera del Código civil sanciona claramente el respeto a los derechos adquiridos legítimamente al amparo de la legislación anterior; y que la jurisprudencia registral se ha pronunciado ya sobre proble-

mas similares al planteado, especialmente en las Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966 y 29 de enero de 1970.

Resultando que el Registrador informó: que el problema decidido por la Resolución de 19 de julio de 1966 no tiene nada que ver con el ahora suscitado, como puede comprobarse leyendo su primer Considerando; que la Resolución de 21 de julio, también citada por el recurrente, se refiere exclusivamente a la posibilidad de hipotecar un piso no descrito en folio independiente, sin que haga mención alguna a la cuota de participación; que la Resolución de 23 de julio de 1966 se refiere a la necesidad de consignar en las escrituras de venta la cuota de participación en los elementos comunes; que la Resolución de 5 de mayo de 1970 afirma también la necesidad de expresar la referida cuota en las escrituras de transmisión de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal; que en cuanto a la irretroactividad general de las leyes hay que distinguir, por una parte, lo que son propiamente derechos adquiridos y, por otra, la dinámica de esos mismos derechos; que el respeto a los derechos adquiridos nadie lo discute, pero en cuanto a su ejercicio, la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> del Código civil dice que se sujetará a lo establecido en el propio Código; que el mismo criterio se mantiene en la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> y 12; que la doctrina distingue varios grados en la retroactividad de las leyes, siendo de grado medio la correspondiente a la de propiedad horizontal, que en su primera disposición transitoria dice que “regirá en todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma; que el artículo 3 del Código civil y disposición transitoria 1.<sup>a</sup> del mismo, no plantean un dilema de todo o nada en cuanto a la retroactividad, sino que ésta puede ser mínima, media o máxima, como se comprueba analizando algunas reformas, entre las que cabe mencionar la del artículo 1.413, referente a las facultades del marido en la enajenación de gananciales; que en apoyo de esta interpretación señala las Sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964 y las Resoluciones de 1 y 2 de marzo de 1963; que la Ley de Propiedad Horizontal deroga en su disposición final todas las normas que se opongan a la misma, constituyendo en su conjunto, como se dice en su preámbulo, más que una reforma de la legalidad vigente, la ordenación “ex novo”, de manera completa, de la propiedad de casas por pisos; que la consecuencia que se deduce del examen global de los anteriores textos es que, o bien las normas y estatutos anteriores a la Ley continúan vigentes por ser conformes a la misma, o, por el contrario, están derogados si se oponen a sus disposiciones; que la retroactividad de la Ley en la medida que defiende, aparece reconocida en las Resoluciones de 19, 21 y 23 de julio de 1966 y 5 de mayo de 1970; que falta por precisar cuál sea el alcance de esta retroactividad en el caso debatido, en el cual, al no haber estatutos de la comunidad, ésta se regirá por lo establecido en la Ley según resulta de la práctica notarial y lo expuesto en el preámbulo de la misma; que, en consecuencia, al no haber estatutos rige toda la Ley y a su conjunto deberán atenerse los copropietarios; que como su articulado establece la necesidad de la existencia y constancia de una cuota de participación en los elementos comunes, no hay más remedio que consignarla; que el artículo 392 del Código civil se remite también a la Ley de Propiedad Horizontal como

norma aplicable a las comunidades de viviendas; pues, por consiguiente, es la Ley de 21 de junio de 1960 la que regirá la dinámica de la comunidad cuestionada por inexistencia de estatutos, y entre los preceptos de dicha Ley están los artículos 3, 5, 9, 11, 15 y 16, que se ocupan o hacen referencia a la cuota de participación; que la Resolución de 28 de mayo de 1971 llama la atención sobre la necesidad de extremar el cuidado en todas las operaciones de que sea objeto un piso o apartamento, sin que baste describirlo única y exclusivamente con las circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican en el conjunto, debe hacerse igualmente referencia a la descripción de este último para que resulte plenamente identificado, sin omitirse la cuota de participación en los elementos comunes que ocupa en ella un lugar destacado; que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, hay que hacer constar en las inscripciones la extensión del derecho que se inscribe y uno de los elementos que determinan dicha extensión es la mencionada cuota; que igualmente el artículo 54 del Reglamento Hipotecario establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. y aunque la propiedad horizontal es una comunidad compleja, se dan en ella relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos cotitulares; y que la Resolución de 20 de abril de 1967 declara que la descripción de inmuebles en los documentos sujetos a Registro se hará "expresando con la mayor claridad posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o convenientes para realizar la inscripción".

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y el federtario se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

*Doctrina.*—“Considerando que inscritos los diferentes pisos de un edificio en folios separados a favor de sus respectivos titulares, conforme a la legislación hipotecaria anterior a la vigente Ley de Propiedad Horizontal, este expediente plantea la cuestión de si para inscribir uno de los pisos a nombre del heredero único del titular registral será necesario previamente y de acuerdo con el artículo 5,2.º de la mencionada Ley, fijar la cuota de participación en los elementos comunes, que no aparece establecida, por no haberse adaptado los Estatutos a la nueva situación legal;”

“Considerando que la Ley de Propiedad Horizontal en la Disposición transitoria primera ordena la adaptación de los Estatutos de aquellas comunidades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, a fin de que se puedan salvar las contradicciones que pudieran existir con la nueva regulación legal, y establece unos procedimientos para lograrlo, señalando, caso de que no hubiese acuerdo, las personas legitimadas para solucionarlo, ante la Autorización judicial;”

“Considerando que cuestión diferente de la anterior es la relativa a las vicisitudes que cada piso o propiedad individual puede sufrir en tanto se realice la indicada adaptación, pues en este caso, como ya declaró la Resolución de 19 de julio de 1966, “y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente.

que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial”, es lo cierto que—dada la situación presente— el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno sólo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador en la disposición transitoria primera de la Ley de 21 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, pero sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley;”

“Considerando que en el presente caso se trata de inscribir una transmisión “mortis-causa” en virtud de una escritura de aceptación y manifestación de herencia por la que el heredero sucede al titular registral, acto que para los demás propietarios de los pisos del inmueble es “res inter alios”, y en el que no se modifica la situación ya existente, de adaptar los Estatutos en lo contradictorio con la Ley, caso de que fuese necesario, pero ello habrá de hacerse en el procedimiento adecuado, pues exigirlo en el acto calificado sería tanto como mermar o desconocer el contenido y eficacia de un derecho, que además se inscribió en virtud de un título constitutivo perfecto en el momento de tener acceso al Registro, y que se encuentra amparado por un asiento que producé todos sus efectos de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria;”

“Considerando, por último, que el artículo 396 del C. c., antes de la reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, establecía que salvo pacto en contrario las cuotas de copropiedad se presumían iguales, por lo que no puede afirmarse que tan importante circunstancia falte en la actual regulación de la comunidad de copropietarios, y a ella habrá que atenerse hasta tanto no se modifique el actual título constitutivo.”

“Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas.*

El problema que suscita la presente Resolución lo es de derecho transitorio provocado por la existencia de una inscripción de propiedad horizontal, válida y realizada antes de la vigencia de la ley actual, y la solicitud de una inscripción de una transmisión hereditaria de la parte de uno de los copropietarios.

Doctrinalmente el supuesto fue contemplado por diversos autores. Me limitaré a citar dos de los que en su día utilicé y una publicación moderna sobre este punto. SÁNCHEZ DE FRUTOS—en la ponencia que presentó al Congreso internacional celebrado con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria— planteaba diversos supuestos en orden a la adaptación de estatutos ordenado por la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal. De

los cuatro supuestos que contemplaba, dos podían ser de aplicación al presente caso: el de comunidades anteriores a la Ley que no están en contradicción con lo dispuesto en ella y que no ofrecen dificultad alguna en sus reflejos registrales posteriores y comunidades anteriores, en contradicción con la ley, que dejan pasar los dos años sin que ningún titular pida la adaptación y con posterioridad realizan negocios jurídicos relativos a los pisos o locales inscritos y que pretenden su inscripción. No obstante, el supuesto, como veremos luego, sólo al primer caso debe entenderse referido.

ALVAREZ ALVAREZ también hacía referencia a esta situación transitoria, centrandó uno de los supuestos que contemplaba en el de que la casa esté inscrita en propiedad horizontal y que figuren inscritos todos los pisos, pero faltándoles o la descripción de los pisos, la fijación de las cuotas, la numeración independiente de los pisos, etc. Todas estas casas—decía el autor citado—están perfectamente constituidas en propiedad horizontal y la publicación de la nueva ley no puede perjudicar los derechos adquiridos y sus situaciones, si bien habrán de ejercitarse conforme a la Ley nueva; es decir, los efectos actuales, provocados por actos también de ahora, se habrán de regir por la legislación actual, mientras que las situaciones y derechos en sí y aun los efectos actuales de actos anteriores, se regirán por la legislación precedente.

Frente a estas opiniones discreparon otros. BATLLE, por ejemplo, dijo que faltando los datos de los artículos 8 Ley Hipotecaria y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, es preciso, conforme a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, que consten esos datos para que se inscriban los actos sobre ellos y que esa complementación no es posible sólo con la declaración del propietario del piso, porque estas determinaciones afectan al derecho de los demás, pudiendo provocar una alteración en la situación existente que sólo podría ser variada por la Junta. En igual sentido se pronunció VENTURA TRAVESET en esa exigencia descriptiva y adaptadora. Diversas opiniones registraron las posturas de Monet (que consideraba innecesaria la adaptación por esos pisos a la nueva Ley), la de FUENTES LOJO, PERÉ RALUY, etc.

El I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia en octubre de 1972, en sus conclusiones recoge las posibles bases de una necesitada reforma de la Ley de Propiedad Horizontal y dice que “En los casos de edificios constituidos íntegramente en propiedad horizontal y totalmente inscritos en el Registro de la Propiedad, se inclina la Comisión por la *innecesidad* de otro título recreador de la propiedad horizontal ya constituida e inscrita con todos los requisitos vigentes en el momento de su creación, pero con *obligación de adaptar* todos los actos jurídicos que se vayan produciendo con posterioridad a la Ley a las disposiciones imperativas de ésta”.

La Dirección General viene a seguir la tesis del segundo de los autores citados, basándose fundamentalmente en tres razones de aparente fuerza y que ya parcialmente habían sido utilizados en otras Resoluciones anteriores:

a) La adaptación de los Estatutos de la Propiedad Horizontal constituida con anterioridad a la vigencia de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, sólo debe hacerse en el plazo de dos años cuando exista contradicción con la nueva regulación, sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley.

La matización que la Dirección hace entre "estatutos" y "ley", "estatutos" y "título constitutivo", permite aceptar en principio su argumento, pues si bien los posibles estatutos de esa propiedad horizontal no estaban en contradicción con los preceptos de la ley vigente, sí lo estaba su título constitutivo, en cuanto en el mismo no se reflejaba la cuota que necesariamente ha de constar conforme al artículo 5.º de la Ley y el 8 de la Hipotecaria.

b) Aunque el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación "unilateralmente" y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de cuota se refiere. Exigirlo en el caso planteado en el recurso sería tanto como mermar o desconocer el contenido y eficacia de un derecho, que además se inscribió en virtud de un delito constitutivo perfecto en el momento de tener acceso al Registro y que se encuentra amparado por el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

El argumento no puede ser más exquisitamente jurídico, ya que viene a respetar la idea genérica de los *derechos adquiridos* el criterio de *no retroactividad* y la protección judicial de los asientos registrales. De otra parte es el que ha mantenido la misma Dirección en las Resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966.

c) El tercer argumento es "nuevo en la plaza", ya que no aparece ni en las Resoluciones antes citadas, ni en la posterior de 29 de enero de 1970. La Dirección General estima que, conforme al artículo 396 del C. c., antes de la Ley de Propiedad Horizontal establecía que, salvo pacto en contra, las cuotas de copropiedad se *presumían iguales*, por lo que este requisito no puede decirse que falte en la regulación del régimen de propiedad horizontal y a ello habrá que atenerse mientras no se modifique el actual sistema o título constitutivo.

La argumentación a mi entender debe ser objeto de elogioso comentario, pues creo que es la única forma de solucionar esa serie de casos que la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Propiedad Horizontal no supo o no quiso afrontar. Si aceptáramos la distinción entre título constitutivo, ley y estatutos, es preciso restringir la modificación o adaptación solamente a los casos de *estatutos contrarios a la Ley*, pero no al *título constitutivo* debidamente inscrito, en el cual, a falta de pactos legalmente establecidos, funciona el criterio de la igualdad de cuotas, conforme al artículo 396 del C. c. en su redacción de 1939 y que supuso, como todos sabemos, un criterio distinto al mantenido en la redacción del primitivo artículo de 1889, que hablaba de participación en relación "con el valor de cada piso".

No es éste el criterio que mantiene la doctrina hipotecarista de actual relevancia en el momento presente. Me estoy refiriendo a mi compañero TIRSO CARRETERO, quien en el comentario a esta Resolución estima que en el año 1973 no se debe aplicar la presunción de igualdad del apartado 2.º de la redacción de 1939 y menos con un carácter "iures et de iure", que conduzca a la consecuencia de que la ley derogada completa el contenido registral con

una cuota de participación regida por el principio de igualdad. Acaso en algún supuesto raro los Jueces y Tribunales puedan y deban acudir a aquel apartado para la determinación de la participación en los elementos comunes de una propiedad horizontal anterior a la Ley de 1960, aunque los comuneros contribuyan a los gastos desigualmente en razón a reconocer valores desiguales a los pisos (apartado 3 del artículo 396 C. c.). Pero no creo muy segura la postura de la irretroactividad a ultranza del considerando último, que para la vía de la jurisdicción voluntaria (efectos "erga omnes") hace renacer la confusa y dudosa presunción de igualdad de 1939 contra los usos y costumbres, que por influencia del texto original de 1889, de las normas registrales y de los más elementales principios jurídicos venían considerando, aun antes de 1960, la cuota de participación proporcional al valor de cada piso, como módulo general para el ejercicio del derecho al voto, reparto de beneficios, participación en elementos comunes... (Revista "Cr. D. Inmobiliario", mayo-junio 1973, página 705, número 496).

Entiendo que una cosa es la *presunción de igualdad* y otra la *participación en gastos* y otros supuestos *según el valor de la parte privativa*, pues si partimos de una presunción es evidente que la participación debe ser igual, salvo que la existencia de un pacto en contra—cosa que no existe en este supuesto—desvirtúe esa presunción que aceptada "iuris tantum" sólo está esperando una prueba en contra.

**EXCESO DE CABIDA.—REITERA LA DÔCTRINA DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE NOVIEMBRE QUE DECLARÓ NO ES IMPRESCINDIBLE UNA CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EXPEDIDA CON LA FINALIDAD DE ACREDITAR EL EXCESO DE CABIDA DE UNA FINCA PERTENECIENTE AL ESTADO, PUES TALES CERTIFICACIONES TIENEN RECONOCIDA SÓLO VIRTUALIDAD INMATRICULADORA. (Resolución de 23 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 9 de diciembre de 1972.)**

*Hechos.*—Resultando que el Estado adquirió, en virtud de adjudicación por débitos a la Hacienda, una finca urbana sita en la plaza del Mercado, número 9, de la localidad de Uncastillo, que fue inscrita en el Registro con una superficie de 40 metros cuadrados; que con motivo de diversas actuaciones administrativas se comprobó que la extensión superficial de dicho inmueble era de 53 metros cuadrados; y que, como consecuencia de ello, el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado expidió certificación acreditativa de dicho extremo, a fin de que se practicase la oportuna rectificación en la inscripción del inmueble.

Resultando que, presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "No verificada la rectificación de la medida superficial de la finca a que se refiere el precedente documento por no ser aplicable, con sólo el documento presentado, ninguna de las reglas contenidas en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario. El defecto se considera subsanable y no se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado".

Resultando que el Abogado del Estado de Zaragoza interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que parece ser que se ha

producido en el Registrador una confusión en los preceptos aplicables, puesto que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario desarrolla el 205 de la Ley y no el 206 que lo está por los 303 a 307 del propio Reglamento; que se trata de una rectificación que debe hacerse mediante un título de igual naturaleza que el que sirvió para practicar la inscripción; que la certificación que se presentó en el Registro contiene todos los extremos necesarios para que se realice la rectificación pretendida que se refiere sólo a la cabida; que de no aceptarse ese criterio no comprende cómo había de rectificarse una inscripción a favor del Estado; que basta leer los artículos 201 a 204 de la Ley Hipotecaria para advertir su inaplicabilidad al presente caso; que si la certificación del funcionario que tiene a su cargo la administración de la finca fue suficiente para que ésta ingresase en los libros registrales, es claro que otro documento igual debe servir para rectificar cualquier error padecido en aquélla; que aun suponiendo aplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, la conclusión sería la misma, puesto que las certificaciones administrativas son documentos fehacientes; y que conforme al principio jurídico de que "quien puede lo más puede lo menos", fue recogido en la Sentencia de 10 de marzo de 1903, el documento es inscribible puesto que la rectificación de una inscripción es menos que la práctica de este asiento.

Resultando que el Registrador informó: que la certificación presentada no está expedida conforme a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, ya que no se expresan en ella todas las circunstancias establecidas en el 303 de su Reglamento, alguna de carácter inexcusable, como es el título de la adquisición de la finca con la mayor extensión superficial que realmente tiene, o en su caso la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, según resulta de la Resolución de 19 de octubre de 1955; que tales omisiones afectan a la validez de la certificación calificada sobre la base de considerarla expedida con arreglo al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, según lo dispuesto en el artículo 98 del propio texto reglamentario; que las certificaciones de dominio libradas por el Estado, Provincia o Municipio aun formalmente extendidas sólo tienen virtualidad inmatriculadora de inmuebles conforme se deduce del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, constituyendo un procedimiento excepcional, si se carece de otro título inscribible para el ingreso de la finca en el Registro, según pone de relieve la citada Resolución de 19 de octubre de 1955; que en cuanto a la fehaciencia de la certificación, una cosa es que el título, en su aspecto formal, reúna los requisitos o circunstancias que deben concurrir en la inscripción; que en el primer aspecto no ha puesto ningún obstáculo para que se practique la inscripción, pese al silencio de la legislación hipotecaria sobre la procedencia del medio empleado para hacer constar en el Registro el exceso de cabida de fincas inmatriculadas; que no obstante, ha suspendido la práctica del asiento solicitado por no justificarse en el documento presentado ni en otro complementario que el exceso de cabida que se desea registrar se halle comprendida en alguno de los supuestos establecidos en el número 5 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, único procedimiento posible para extender el asiento pretendido; que es evidente la existencia de una inexactitud registral consistente en la expresión de una medida superficial que no corresponde a la realidad, por lo que, según la Resolución de 28 de febrero de 1951, debe



rectificarse conforme al título VI de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, destinados a restablecer la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; que con arreglo a reiterada jurisprudencia, consignada la medida superficial de una finca en el asiento de inmatriculación, para subsanar el error es necesario demostrar la verdadera cabida, sin que baste la simple afirmación de los interesados (Resoluciones de 14 de marzo de 1876, 22 de noviembre de 1893, 30 de noviembre de 1910, 14 de marzo de 1944, 22 de noviembre de 1949 y 26 de enero de 1955); que la doctrina sentada por más reciente jurisprudencia señala que en el número 5 del artículo 298 se ha recogido reiterada doctrina del Centro Directivo, que facilita la rectificación de la medida superficial de fincas inscritas cuando existan linderos fijos, se acredite la extensión con datos catastrales o se trate de pequeñas cabidas en relación con la registrada, siempre que no haya duda acerca de la identidad de los predios y se excluya la posibilidad racional de perjuicio a los colindantes; que en el presente caso no se dan tales circunstancias, pues no existen linderos fijos, se trata de una diferencia importante en relación con la cabida inscrita, no se acredita el exceso con datos catastrales y existe, por tanto, la posibilidad de perjuicio a terceros; que de lo expuesto se infiere que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino que hay que valerse de alguno de los medios establecidos en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria; que el Estado tiene reconocidos determinados privilegios, como es el uso de la certificación de dominio para la inscripción de sus bienes cuando carezca de título inscribible; que el título utilizado para la inmatriculación no fue una certificación de dominio, sino la expedida por el Tesorero de Hacienda, en procedimiento administrativo de apremio de acuerdo con el artículo 26 del Reglamento Hipotecario; y que según resulta del título presentado el error existente no arranca del mismo, sino de la primera medición de la finca, seguramente puesto de manifiesto en la correspondiente diligencia practicada conforme a lo ordenado en el artículo 118 del Reglamento del Patrimonio del Estado para depurar la situación física y jurídica del inmueble.

Resultando que el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, en informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, al amparo del artículo 115, del Reglamento Hipotecario, indicó que deducida petición de compra de la finca objeto de este expediente se iniciaron las actuaciones previstas en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, en la que, entre otras, el Arquitecto del Servicio de Valoración, al evacuar su informe, manifiesta que el total solar del inmueble es de 53 metros cuadrados, y la Dirección General del Patrimonio del Estado, en vista de ello y de que sólo se encuentra inscrito 40 metros cuadrados, ordena, en 17 de febrero de 1970, que se proceda por la Delegación de Zaragoza a la inscripción de la diferencia de superficie, para lo que se expidió la certificación de dominio calificada que, tras una serie de vicisitudes, se entregó a la Abogacía del Estado con la documentación suficiente por si consideraba necesario interponer el recurso procedente, indicando a continuación una serie de fundamentos legales similares a los expuestos por el recurrente en defensa de la inscripción del exceso de cabida.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

*Doctrina.*—“Considerando que la cuestión planteada en este recurso, consistente en determinar si la certificación administrativa de dominio es título suficiente para hacer constar en el Registro de la Propiedad la mayor cabida de una finca inscrita a nombre del Estado, es la misma que ya fue decidida en la Resolución de 20 de los corrientes, que declaró que la constancia registral de los excesos de cabida no puede entenderse como una especie de inmatriculación, por lo que, y en base a los argumentos allí expuestos, debe mantenerse el mismo criterio.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.”

### *Consideraciones críticas*

La identidad de supuestos y la doctrina que los soluciona me obliga a remitir al posible lector al comentario que hago de la Resolución de 20 de noviembre de 1972. Cabrían más puntualizaciones al filo de los informes del Abogado del Estado y del Registrador, pero creo que la “esencia” está recogida en donde me remito. El resto puede ser anecdótico de los distintos enfoques y conocimientos de la legislación hipotecaria.

## DERECHO MERCANTIL

**SOCIEDAD ANÓNIMA.—NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR ÚNICO SIN PLAZO DETERMINADO EN ACTO NO FUNDACIONAL.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE SE MODIFICAN LOS ESTATUTOS Y SE NOMBRA ADMINISTRADOR, CARGO SIEMPRE TEMPORAL Y REVOCABLE, AUNQUE NO SE FIJA PLAZO.** (Resolución de 8 de junio de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 12 de julio de 1972.)

*Hechos.*—Resultando que, en Junta Universal de la citada Compañía, celebrada el 2 de noviembre de 1971, se acordó modificar el artículo 31 de los Estatutos y nombrar Administrador único de la Sociedad a don Fernando Beya Rodríguez, facultando a doña María Antonia Colomer Marqués para que, en nombre y representación de la Sociedad, llevase a efecto los anteriores acuerdos, otorgando los documentos públicos o privados necesarios o convenientes; y que, en cumplimiento de dicha autorización, el 25 de noviembre de 1971 se otorgó ante el Notario de Barcelona, don Luis Félez Costea, la correspondiente escritura, por la que se elevaban a públicos los acuerdos mencionados, sin que en ningún sitio se determinase el plazo de duración del nombramiento efectuado.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: “SUSPENDIDA la inscripción del documento que antecede por no constar determinado el plazo de actuación del Administrador que se nombra ni de los acuerdos tomados por la Junta en que se designa, ni de los Estatutos sociales y ser tal requisito indispensable

a tenor del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. No se ha solicitado anotación preventiva.

Resultando que don Fernando Beya Rodríguez, en nombre propio y como Administrador de "Tomás Colomer, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó; que el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas se refiere a los Administradores designados en el acto constitutivo, mas sin hacer mención para nada del plazo de duración de los designados posteriormente; que el antecedente jurisprudencial más en consonancia con el problema planteado lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956, que se pronuncia negativamente sobre el nombramiento con carácter indefinido de los Administradores, fundándose en el respeto a los derechos de las minorías, en el supuesto de existir órgano colegiado de administración; que los argumentos de la mencionada Sentencia son de manifiesta fragilidad, sobre todo teniendo en cuenta que por otros medios protegidos por la Ley puede llegarse a idénticos resultados que los pretendidos con los nombramientos indefinidos o vitalicios, por lo que el requisito-garantía del plazo determinado debe estimarse inútil e innecesario; que la Dirección General de los Registros, en su Resolución de 18 de abril de 1958, se limita a tipificar el supuesto con lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 72; que la cuestión que debe resolverse en el presente recurso se plantea en términos distintos a los examinados, que se refieren al nombramiento de Administradores conjuntamente, mientras que en el presente caso se trata del nombramiento indefinido de un Administrador único; que si el argumento central de la doctrina del Tribunal Supremo, opuesta al nombramiento de Administradores con carácter indefinido es el respeto a los derechos de las minorías, regulado en el artículo 71, cuando tal derecho no existe por no ser colegiado el órgano de administración, no se comprende cuáles puedan ser los argumentos que ampararían el cumplimiento de un requisito inútil; que se establezca o no plazo de duración del ejercicio del cargo, el nombramiento de Administrador es esencialmente temporal al poder revocarse, sin que deba existir obstáculo a que la Junta haga los nombramientos por tiempo indefinido o mediante la fórmula de que subsistirán mientras no sea revocado por la Junta General; y que, como es sabido, este derecho de suspensión de los Administradores no puede limitarse o condicionarse a la existencia de un "quorum" reforzado (Sentencia de 31 de mayo de 1957).

Resultando que el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación con los siguientes fundamentos: que la jurisprudencia española, después de algunas vacilaciones interpretando adecuadamente el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, parece haberse orientado hacia el criterio europeo de exigir la fijación de un plazo limitado para el desempeño del cargo de Administrador; que es pieza esencial de dicha orientación la citada Sentencia de 1956, aludida sólo parcialmente por el recurrente; que, ciertamente, parte de la doctrina mantuvo el mismo criterio que el recurrente, pero a partir de la referida Sentencia, agudamente analizada por un ilustre jurista, pocas dudas quedan sobre la ruta trazada, que prácticamente es seguida por todos los tratadistas; que el hecho de que la Ley y la jurisprudencia acentúen su actuación en los casos de Sociedades con Consejo de Administración es sumamente natural, dado que constituyen no sólo el prototipo, sino también las más nume-

rosas y las de mayor importancia, más detalladamente reguladas y con más complejos problemas; que la "ratio legis" o argumentos utilizados en el Considerando cuarto de la Sentencia de 1956 respecto a la conveniencia de evitar violencia en el relevo, no sólo son perfectamente aplicables, sino también de mucho mayor valor en las Sociedades con Administrador único; que tanto la Ley como la jurisprudencia y la doctrina distinguen con perfecta nitidez el término genérico de Administrador y el específico de miembro del Consejo o Administrador mancomunado, requiriéndose el plazo determinado por el Administrador en general; que el hecho de que se puedan obtener resultados análogos a los de un nombramiento indefinido mediante otros procedimientos no dejan de ser impugnables, pues los Tribunales de Justicia, a su libre discreción, pueden apreciar la infracción producida; y que es función de la jurisprudencia aclarar con la luz de la "ratio legis" las normas incompletas o dudosas, como ocurre en el presente caso.

*Doctrina.*—"Considerando que la cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación hecho por la Junta de una Sociedad Anónima cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad, o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas."

"Considerando que, cualquiera que sean las razones que, en efecto, existan para dar facilidades a la posible sustitución del cargo de Administrador de las Sociedades, protegiendo los derechos de los socios y especialmente de las minorías, lo cierto es que de una manera que hace violenta toda interpretación, la Ley de Sociedades Anónimas sólo ha querido limitar y ha limitado—al tiempo que asegurado—la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión que, por su carácter estatutario, resulta más rígida, pues exige para su modificación unos "quorum" especiales."

"Considerando que, por lo demás, el carácter de Administrador único o formando parte de un Consejo, siempre es temporal y revocable "ad nutum" por la Junta, y más todavía cuando no se señala plazo para su ejercicio, el cual, por otra parte, podía ser extremadamente largo y hacer inoperante los fundamentales principios de temporalidad y revocabilidad del cargo."

"Considerando que ni el derecho de las minorías regulado en el artículo 71 juega en este supuesto de Administrador único ni tampoco las prudentes motivaciones aludidas por nuestro más alto Tribunal en singular Sentencia de 3 de mayo de 1956—como son la mayor libertad de movimientos de la Junta y una mayor sinceridad de la misma ante una revocación parcial de carácter estatutario—, parece que puedan, como dice el recurrente, "pretender la exigibilidad de un requisito, que no entraña tutela o reconocimiento de derechos u obligaciones" y que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley."

"Esta Dirección General ha dispuesto revocar el acuerdo y la Nota del Registrador."

*Consideraciones críticas.*

Para intentar un comentario crítico de la resolución anterior se hace preciso la distinción entre lo que podríamos llamar nombramientos de administradores "estatutarios" y los que realiza posteriormente la Junta General. Este, es verdad, es el punto neurálgico sobre el que gira la problemática planteada: si a los nombrados posteriormente les afecta la limitación quinquenal que establece el artículo 72 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

Lo dice con otras palabras el primer considerando de la Resolución: la cuestión planteada se reduce a resolver si es inscribible el nombramiento de Administrador único sin plazo de actuación hecho por la Junta de una Sociedad Anónima, cuyos Estatutos modificados admiten aquella forma unipersonal de gestión activa de la Sociedad, o, por el contrario, el carácter indefinido de tal nombramiento contradice el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es tan clara la doctrina que comenta el artículo 72 y esa Sentencia que la parte promotora del recurso alega, que se hace difícil encontrar razones de peso jurídico para haber podido sostener un recurso que, a todas luces, estaba sentenciado favorablemente para el promotor. La defensa de una legalidad subjetivamente apreciada es el único justificativo que da margen para sostener la discusión planteada. Procediendo, como dijimos al comienzo, podríamos distinguir:

A) *Nombramiento de administrador en el acto constitutivo.*—GARRIGUES y URÍA ("Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 45, Tom II) parten de la distinción que hemos apuntado, y al referirse a los antecedentes del actual artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, perfilan la distinción clara que existía en el anteproyecto, en el cual se distinguía la figura del Administrador estatutario, con limitación temporal en su cargo, y la del que nombra posteriormente la Junta General, con otra limitación, cosa que no parece subsistir en la actual legislación, aunque no se diga claramente.

Realmente, la Ley, como dicen esos autores citados, omite toda alusión al caso de nombramiento por la Junta General, lo cual es índice de que la Ley ha querido conceder amplia libertad a la Junta General en cuanto a la determinación del plazo de duración del cargo de administrador. La Junta puede, por tanto, nombrar Administrador por un plazo mayor o menor del de cinco años.

La legalidad vigente para los administradores nombrados en el acto constitutivo es que, conforme al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede exceder su cargo del plazo de cinco años. Es un caso de caducidad. Así, pues, los administradores nombrados en el acto constitutivo, aunque la fundación sea simultánea o sucesiva, sólo pueden ser nombrados por el plazo dicho de los cinco años.

GARRIGUES y URÍA, matizan más esta limitación diciendo que como estos Administradores han de someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta General que se celebre (artículo 15), en definitiva, la duración del cargo depende de la Junta General, primero porque puede reducir o ampliar el plazo establecido en el acto constitutivo y, segundo, porque sea cual fuere ese plazo y tanto si fue establecido en el acto constitutivo como en

Otra Junta General, siempre se reserva la Junta la facultad de separar a los Administradores (artículo 75).

Igual opinión parece sustentar RUBIO Y GARCÍA MINA ("Curso de Derecho de Sociedades Anónimas", Madrid, 1964, página 238), quien dice que sin perjuicio de la limitación de cinco años para los administradores designados en el acto constitutivo que, sin embargo, pueden ser indefinidamente reelegidos, el artículo 71 abandona a los Estatutos la fijación del número de administradores y el plazo de su designación, disponiendo en el párrafo segundo un sistema de rigurosa representación proporcional.

No acabo de ver muy claro el razonamiento de uno y otro autor, pues el artículo 15 no habla más que de "aprobación" confirmatoria de un cargo estatutario y el 75 permite que, llegado el plazo de caducidad legal, puedan ser reelegidos por la Junta General, lo cual no quiere decir que esta Junta General tenga facultad para prorrogar un plazo que aún está pendiente de cumplir. Podrá reducirlo, pero no creo que sea posible ampliarlo hasta que el mismo se cumpla.

Creo que ese es el espíritu de la Resolución comentada y que literalmente en su segundo considerando apunta: "sólo ha querido limitar, y ha limitado, —al tiempo que asegurado— la vigencia del nombramiento de administradores hecho en el acto constitutivo, señalando al efecto un plazo de ejercicio no superior a los cinco años, aunque puedan ser indefinidamente reelegidos, saliendo al paso de un posible enquistamiento y vinculación a esa gestión, que, por su carácter estatutario, resulta más rígida, pues exige para su modificación unos "quorum" especiales".

B) *Nombramiento de Administrador en acto posterior.*—Nombrar no es ratificar, ni aprobar una designación, sino, como su nombre indica, realizar en un acto social un nombramiento a favor de persona o personas determinadas. En este punto la Ley no contiene ningún precepto que sujete el poder de la Junta General en orden al nombramiento de Administradores y al plazo de su duración. Vaya el criterio mantenido en el "anteproyecto" legislativo.

La doctrina antes apuntada mantiene este criterio que refuerza en la actualidad la Resolución que comentamos, ya que, atendiendo a los argumentos del recurrente, acepta que el precepto del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo se refiere a los Administradores designados en el acto constitutivo, mas sin hacer mención para nada del plazo de duración de los designados posteriormente.

Otro argumento de sutil apreciación era el de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1956 se había pronunciado negativamente en orden al nombramiento de administradores con carácter indefinido, fundándose en el respeto de los derechos de las minorías, en el supuesto de existir órgano colegiado de administración, mientras que en el presente caso se trata de nombramiento "indefinido" de un Administrador único. Por ello, dice la Dirección General que "ni el derecho de las minorías regulado en el artículo 71 juega en el supuesto de Administrador único ni tampoco las prudentes motivaciones aludidas por nuestro más alto Tribunal en singular Sentencia de 3 de mayo de 1956—como son la libertad de movimientos de la Junta y una mayor sinceridad de la misma ante una renovación parcial de carácter estatutario—,

párece que puedan, como dice el recurrente, pretender la exigibilidad de un requisito que no entraña tutela o reconocimiento de derechos u obligaciones. y que la expresiva redacción del artículo 72 denuncia haber sido deliberadamente silenciado por la Ley”.

**SOCIEDAD ANÓNIMA: CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL.—NO PUEDE SER CONVOCADA POR UNO SOLO DE LOS ADMINISTRADORES, SINO QUE REQUIERE PREVIO ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.** (Resolución de 3 de octubre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de octubre de 1972)..

*Hechos.*—Resultando que, según anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 22 de agosto de 1970 y reproducido en el “Correo Catalán”, de Barcelona, de 6 de septiembre del mismo año, “de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 11 y siguientes de los Estatutos de esta Sociedad, se convoca Junta General Ordinaria y Junta General Extraordinaria de accionistas de “Fortuny, S. A.”, que se celebrará el 29 de septiembre próximo a las dieciocho horas en primera convocatoria, y si procediera en segunda, al siguiente día a la misma hora, en su domicilio social, calle Hospitalet, 32, con los siguientes asuntos a tratar: ... 6. Revocación del Consejo de Administración y nombramiento de administradores si procediere... Barcelona, 30 de junio de 1970.—El Administrador, José Fortuny”; que el señalado día 29 de septiembre, el señor Fortuny requirió al Notario de Barcelona, don Carlos Valcárcel Tribaldos, para que acudiese a la Junta convocada y levantase Acta de la misma; que no concurrió ningún otro socio además del requirente, por lo que el Notario fue de nuevo requerido para que compareciese en la segunda convocatoria, fijada para el día siguiente; que a esta segunda convocatoria acudieron el requirente, señor Fortuny, y don Martín Gelaberto Planas, quien manifestó no ser socio sino sólo Secretario de la Sociedad y asegurando que únicamente son socios don José Fortuny Tarrés y su hermano, don Ignacio Fortuny Tarrés, que no acudió a la reunión; que constituida la Junta General Ordinaria y Extraordinaria se levantó acta incorporándose a la notarial certificación de la reunión, librada por don Martín Gelaberto Planas y firmada también por J. Fortuny como presidente; que en dicha certificación consta lo siguiente: “Ocupa la Presidencia don José Fortuny Tarrés, Vicepresidente del Consejo de Administración de “Fortuny, S. A.”, nombrado en Junta General de 26 de noviembre de 1955; se halla presente don Martín Gelaberto Planas, a quien en este acto, y de conformidad con el último párrafo del artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, se le designa Secretario de esta Junta...—Concorre sólo un accionista, con un total de 1.861 acciones de 500 pesetas de valor nominal (930.500), lo que equivale a la mitad del capital desembolsado, teniendo en cuenta las 278 acciones de la Sociedad que fueron adquiridas en 3 de abril de 1967 por “Fortuny, S. A.”, a cargo de reservas para amortizar.—... En cuanto al número 6.º de los asuntos a tratar, no asistiendo ningún otro socio de los que tienen derecho a concurrir, no se procede a renovar el Consejo de Administración, ya que hasta el mo-

mento presente no se ha notificado ni alegado causa alguna que les imposibilite para asistir a esta Junta, para poder deliberar y acordar al respecto. No obstante, dadas las graves circunstancias que está atravesando la Sociedad y por las razones expuestas anteriormente y considerando lo dispuesto en el número 4.º del Acta de la Junta General Ordinaria de 26 de noviembre de 1955, se dispone inscribir en el Registro Mercantil de esta provincia y a todos los efectos que en Derecho sean procedentes, el siguiente Acuerdo: Don José Fortuny y Tarrés seguirá siendo Administrador de "Fortuny, S. A., por un período de cinco años"; y que, en escritura autorizada en Barcelona ante el Notario señor Valcárcel, el 23 de octubre de 1970, don José Fortuny Tarrés aceptó el cargo de Administrador de "Fortuny, S. A."

Resultando que, presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el anterior documento, junto con otros complementarios, fueron calificados con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del procedente documento por los siguientes defectos: 1.º Por no estar efectuada la convocatoria de la Junta General por persona legitimada para ello, ya que no existe previo acuerdo del Consejo de Administración, tal como dispone el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Falta de formación de voluntad social o acuerdo de Junta, requisito que indica expresamente como necesario la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960. Los citados defectos se califican de insubsanables, por lo que no procede tomar anotación preventiva".

Resultando que don José Fortuny Tarrés interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó; Que únicamente él es el legítimo Gerente y legal representante de "Fortuny, Sociedad Anónima", como demuestra el hecho de haberse revocado a su instancia los poderes otorgados en su día a don Santiago Fernández Núñez, revocación que ha sido inscrita el 7 de julio de 1970 por el propio Registrador, y hallarse en trámite de inscribir la revocación de poderes al otro socio, don Ignacio Fortuny Tarrés; que si el Gerente de la Sociedad puede revocar un poder en nombre de la misma y conseguir su inscripción en el Registro Mercantil, con más razón podrá convocar Junta de accionistas que no es más que un trámite puramente formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la Compañía; que para que la convocatoria de Junta se haga judicialmente la Ley exige que con anterioridad se requiera notarialmente al órgano que lleve la administración de la Sociedad (artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas); que no tendría sentido en el presente caso que el recurrente requiriese al otro socio que no ostenta cargo alguno en la Empresa para que convocase la Junta de la Sociedad; que, además, la celebración de la Junta fue interesada por el socio don Ignacio Fortuny en carta de 8 de julio de 1970 dirigida al recurrente por conducto del Notario don Trinidad Ortega Costa, en cuyo último párrafo le "requiere para que le rinda cuentas"; que la Resolución de 24 de junio de 1968 admite como válida la convocatoria efectuada por un Administrador con mandato caducado; que la Sentencia que invoca el funcionario calificador no es aplicable al presente caso, pues se refiere a un supuesto completamente distinto al ahora planteado; que en la Junta de "Fortuny, S. A.", no se negó al otro accionista su asistencia a la misma, sino que, por el contrario se le notificó su celebración por carta certificada y se



anunció además en la Prensa y "Boletín Oficial del Estado"; que, en todo caso, el socio disidente, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudo impugnar los acuerdos tomados y no lo hizo; que la denegación de inscripción favorece la conducta dolosa de un socio disidente y perjudica al que procede de buena fe y es legal representante de la Sociedad; que el socio disidente está en la actualidad procesado por los Juzgados de Instrucción número 12 de Barcelona y número 1 de Reus, por los delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa, cometidos en la época en que fue Gerente de "Fortuny, S. A."; y que la documentación que prueba estos hechos ya fue acompañada al solicitarse la inscripción y a estos efectos se remite además a las actuaciones sumariales y al protocolo del Notario, señor Davi.

Resultando que el Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que las Juntas Generales, tanto Ordinarias como Extraordinarias, deben ser convocadas por los Administradores de la Sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto infringido en la convocatoria cuestionada como lo demuestra el hecho de que, a pesar de estar regida "Fortuny, S. A.", por un órgano colegial, cual en su Consejo de Administración, fue hecha por uno de los componentes de dicho Consejo sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 de la propia Ley; que del hecho de que don José Fortuny Tarrés, en su calidad de Gerente de "Fortuny, S. A.", resulte legitimado para revocar poderes, no debe deducirse que pueda, con tal carácter, convocar Juntas Generales, ya que tal facultad está reservada a los Administradores por el citado artículo 49, Administradores representados en el presente caso por las decisiones de su Consejo de Administración; que así lo entiende la generalidad de los autores representantes de la doctrina más solvente; que de los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, invocados por el recurrente, resulta que en los casos de manifiesta contradicción e intereses y falta de colaboración entre los accionistas, como ocurre en el presente caso, puede cualquiera de ellos acudir al Juez para que convoque la Junta designando la persona que deba presidirla; que la doctrina sentada por la Resolución de 24 de junio de 1968, que admite la convocatoria hecha por Administradores con mandato caducado, para evitar la paralización de la vida social, no autoriza a deducir la legalidad de la convocatoria realizada por persona que no siendo Administrador se atribuye facultades decisorias propias del Consejo de Administración; que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 se declara sin distingos que sin la asistencia de un número plural de socios no es admisible que uno sólo, aunque sea mayoritario, se erija en definidor de una declaración vinculante, lo que, además, pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante; que los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a derechos que la Ley concede al accionista respecto a los acuerdos tomados en Juntas convocadas con los requisitos legales y en las que hayan intervenido pluralidad de socios, elemento indispensable para deliberar, supuestos ambos que no se dan en el caso contemplado; que el funcionario calificador no puede pronunciarse sobre la situación procesal de uno de los socios, por ser

esta circunstancia elemento extraño a la calificación; y que el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil obliga al Registrador a examinar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo en relación con los títulos presentados, añadiendo el 44 que en caso de contener el título alguna falta insubsanable, se denegará la inscripción sin que pueda tomarse anotación preventiva.

Resultando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil, se solicitó por este Centro Directivo, en diligencia para mejor proveer, del Registro Mercantil de Barcelona certificación acreditativa del último Consejo de Administración de la Sociedad "Fortuny, S. A.", que fue remitida a esta Dirección, y de la que resulta que según la última inscripción estaba formado: Presidente, don Pedro Fortuny Gasetta; Vicepresidente, don José Fortuny Tarrés; Vocal, don Oscar Fortuny Cosp; que este nombramiento tuvo lugar en Sesión de 13 de junio de 1953; según escritura de 7 de diciembre del mismo año; y que el artículo 21 de los Estatutos por los que se regía la Sociedad establecía un plazo de cinco años para la duración del cargo.

*Doctrina.*—"Considerando que el recurso que se va a examinar plantea en primer lugar la cuestión de si ha sido ajustada a Derecho la convocatoria de Junta General realizada solamente por uno de los Administradores de la Sociedad o si requiere previo acuerdo del Consejo de Administración, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, según expone el funcionario calificador."

"Considerando que, salvo en el caso de Junta General Universal a que se refiere el artículo 55 de la Ley, y en la que por estar presente todo el capital social no es necesario ninguna formalidad de convocatoria, los preceptos legales exigen que para que pueda celebrarse tanto la Junta ordinaria como la extraordinaria se requiere que sea convocada por los Administradores de la Sociedad—artículo 49—, es decir, por el Administrador único en el caso de que sólo uno se hubiese designado, o por el Consejo de Administración si los nombrados fuesen varios."

"Considerando que, si bien normalmente la convocatoria de la Junta de accionistas debe ser acordada por el Consejo de Administración cuando éste exista, no por ello hay que considerar nula y que carezca de efectos legales toda convocatoria en que esto no haya ocurrido, pues, por el contrario, hay casos en que en la misma Ley se preocupa de que tenga lugar a toda costa, como sucede en el supuesto previsto en el artículo 56 y párrafo 2.º del artículo 57, en donde se admite la convocatoria de la Junta General Extraordinaria realizada por el Juez de Primera Instancia del domicilio social cuando lo solicitare el número de socios a que se refiere el primero de dichos preceptos y los Administradores requeridos notarialmente para convocarla no lo hubiesen hecho, o también en el supuesto del artículo 57, párrafo 1.º, respecto de la Junta General Ordinaria, en donde la convocatoria corresponde igualmente al Juez de Primera Instancia del domicilio social."

"Considerando que, sin entrar en el examen de una serie de hechos que son extraños al recurso gubernativo y que han de tener su resolución en la vía adecuada, son circunstancias a tener en cuenta: a) que el artículo 21 de

los Estatutos de la Sociedad establece un plazo de duración de las funciones de Administrador de cinco años; b) que según los libros del Registro Mercantil aparecen inscritos los nombramientos de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad "Fortuny, S. A.", en escritura de 7 de diciembre de 1953, sin que después se haya practicado inscripción alguna de su renovación o de la designación de nuevo Administrador; c) que el que aparece como Vicepresidente, con cargo caducado, ha convocado unilateralmente las Juntas Generales Ordinaria y Extraordinaria en donde se han adoptado los acuerdos discutidos con la sola presencia del convocante, que es a la vez accionista."

"Considerando que ciertamente este Centro Directivo, en Resolución de 24 de junio de 1968, declaró ser válida la convocatoria de Junta General hecha por los Administradores tácitamente reelegidos y que venían actuando como tales, aunque su mandato resultase caducado según el Registro por haber transcurrido el plazo para el que fueron elegidos, fundándose entre otras razones, que la mencionada Resolución indica, en la paralización que se produciría de la vida social, sin solución posible y que constituiría un resultado contrario a los principios que inspiran la Ley de 17 de julio de 1951, pero en el caso concreto de este expediente, como ya se ha expuesto, no concurren las mismas circunstancias, pues no es el propio Consejo quien ha convocado la Junta, sino uno sólo de sus miembros sin encontrarse legitimado para ello, ya que no se han seguido, respecto de la Junta Extraordinaria, los trámites prevenidos en los artículos 56 y 57, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en cuanto a la ordinaria lo dispuesto en el artículo 57, párrafo 1.º."

"Considerando que el segundo de los defectos señalados en la Nota plantea la cuestión de si puede estimarse que hay voluntad social o acuerdo de la Junta cuando a la misma concurre solamente un socio, titular de acciones que representan la mitad del capital desembolsado."

"Considerando que, conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, citada en la Nota por el funcionario calificador, aunque el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas declara que la Junta General queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios, o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado, de ello no debe deducirse que pueda celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista cuyas acciones representan dicha mitad, ya que ello "pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante... porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 51, no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante, que no es precisamente un acuerdo por una interpretación que pugna con las palabras de la misma y sobre todo con un recto sentido."

"Considerando que la anterior interpretación del artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas es indudablemente la que más se ajusta al espíritu y a la letra de la Ley, como lo demuestra el que incluso cuando se admite alternativamente para el cómputo del "quorum" de presencia en primera

convocatoria la concurrencia de la mayoría de los socios o de la mitad del capital desembolsado, se habla en este segundo caso también en plural utilizando la expresión "concurrente", siendo ésta asimismo la interpretación que en un supuesto análogo, aunque se tratara de una sociedad de responsabilidad limitada, mantuvo este Centro Directivo en Resolución de 20 de julio de 1957, al negar que por el juego del principio mayoritario se pudiera llegar al establecimiento del Gobierno de la sociedad ejercido exclusivamente por un socio, doctrina reiterada en Resolución de 20 de junio de 1963."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar la Nota del Registrador."

### *Consideraciones críticas*

Son dos los defectos que el Registrador opone para que sea inscrito el acto que se pretende y dos son los pronunciamientos de la Dirección General. Dos deberán ser, por tanto, nuestros comentarios:

A) *Requisito de convocatoria de la Junta de accionistas.*—Conforme a la normativa vigente para que la Junta General de accionistas, tanto ordinaria como extraordinaria, pueda celebrarse, es preciso, entre otros requisitos, que sea convocada por los Administradores de la Sociedad, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente. La palabra Administradores lleva consigo la doble proyección que la Ley da a la misma; es decir, cabe que siendo único el Administrador sea éste el que la convoque, o que siendo varios y formando Consejo de Administración, sea éste el que tome la iniciativa. Es decir, el artículo 49 precisa la persona que está legitimada para realizar esta convocatoria.

Este es el primer defecto que el Registrador apunta en su nota, en la cual añade, sin embargo, el que aparte de falta de legitimación "no existe acuerdo del Consejo de Administración", lo cual —como se desprende de lo dicho— no es preciso, pues sólo cuando el mismo exista podría hablarse de tal acuerdo. La Dirección General sigue en este punto la línea expuesta, pues si bien acepta el argumento de la falta de legitimación, niega la necesidad de ese acuerdo, que puede no existir en el caso del Administrador único o en los casos que con indudable acierto pone de relieve, esto es: convocatoria de Junta General Extraordinaria hecha por el Juez de Primera Instancia (artículo 56 y 57, 2.º, de la Ley) y convocatoria de Junta General Ordinaria hecha por el Juez de Primera Instancia en el caso que contempla el artículo 57, 1.º, de la misma Ley.

En el caso contemplado existía un órgano colegial que formaba el Consejo de Administración, aunque todos sus miembros tenían el nombramiento caducado por haber transcurrido el plazo de los cinco años del artículo 72 de la Ley. A pesar de la existencia de ese Consejo de Administración, con Administradores cuyo nombramiento había caducado, el Vicepresidente, con cargo también caducado, convoca las Juntas Generales Ordinaria y Extraordinaria en las que se adoptan los acuerdos con la sola presencia del convocante, que es a la vez accionista.

Este último hecho plantea el problema de, si en vez de haberse procedido así por uno de los Administradores, con cargo caducado, se hubiesen reunido todos los componentes del Consejo, a pesar de tener caducado su mandato, y hubiesen acordado la convocatoria, si sería válida o no la misma. Cuestión incidental que la Dirección ya tiene solucionada en virtud de la Resolución de 24 de junio de 1968 y en la cual se declaró válida la convocatoria de la Junta General fundándose, entre otras razones, en la "paralización que se produciría de la vida social, sin solución posible y que constituiría un resultado contrario a los principios que inspiran la Ley de 17 de julio de 1951".

A este sencillo argumento se reduce el apoyo de la Dirección General que desmonta la alegación del recurrente de que si el Gerente y legal representante de la sociedad puede revocar un poder a otro socio en nombre de la sociedad, con más razón (?) podrá convocar Junta de accionistas que no es más que un trámite formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la sociedad.

Claro que es fácil decir que conforme a la legalidad vigente si existe Consejo de Administración es éste y su acuerdo el que tiene la fuerza necesaria para convocar la Junta, aunque los miembros del mismo, por razones de caducidad de su cargo, estén desvinculados del mismo. Es decir, la posible buena voluntad de los consejeros con cargo caducado puede prestarse a una reunión y a un acuerdo de convocatoria, pero en otro caso sólo queda la vía judicial del artículo 56 ó 57 de la Ley, cuando pudieron arbitrarse facultades en el Presidente, por ejemplo, del Consejo para evitar esa posible paralización del ente social. Es un caso límite a tener en cuenta en una posible reforma legislativa.

B) *Formación de la voluntad social.*—Voluntad social parece indicar la unificación de un acuerdo de un conjunto de voluntades. Frente a la voluntad individual surge así la social o de varios unificada a través de un acuerdo. La aristocracia, por así decirlo, frente a la democracia. El problema del caso presente es que se pretende dar por válida, como voluntad social, el de un acuerdo de Junta en la que el único concurrente es un socio, titular de acciones que representan la mitad del capital desembolsado.

La Dirección General opina que lo sucedido no es válido y en su apoyo utiliza unos argumentos que se me antojan endebles. Hubiese sido más bonito confirmar el primer defecto para que de rechazo no pudiese inscribirse el segundo, pero no lo hizo así y dice que de lo dispuesto en el artículo 51 no puede entenderse que pueda celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista, ya que ello pugna con el sentido gramatical de la palabra, con lo que es esencial en un órgano deliberante y con el hecho de que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante.

La verdad es que los argumentos están sacados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, citada y alegada por el funcionario calificador, y en el fondo responden a la doctrina que sostienen GARRIGUES y URÍA en sus conocidos comentarios, quienes dicen que: "el puro criterio capitalista para el cómputo del *quorum* de presencia llevado a sus últimas consecuencias conduciría a admitir la celebración de Juntas con la concu-

rrencia de un solo accionista titular de la mayoría o de la mitad del capital. Pero esa consecuencia sería inadmisibile, no sólo por ser conceptualmente incompatible con la idea de Junta o asamblea, que es por definición reunión de varias personas, sino porque la ley habla en plural de concurrentes que representen la mitad del capital desembolsado y además exige que la Junta tenga cuando menos un Presidente y un secretario (art. 71).

Leído sin apasionamiento, este artículo es preciso opinar lo contrario. El dilema es claro: la Junta General queda válidamente constituida cuando concurren o "la mayoría de socios" o "cualquiera que sea el número de éstos" (uno, dos, tres, cuatro, cinco...), si los concurrentes (uno, dos, tres, cuatro, cinco...) representan la mitad del capital social. Que se quiso decir otra cosa y no se dijo, es distinto, pero que esa interpretación gramatical que pretende darse a la disposición es errónea, es tan claro como que el artículo nunca pudo decir "concurrente" en vez de *concurrentes*, pues en esta última palabra se comprendía el supuesto anterior de la oración que mediatiza la misma: "cualquiera que sea su número".

El que el artículo 71 exija un Presidente y un Secretario y se haya o no cumplido en el presente caso es una cuestión, pero no es argumento convincente para destruir lo anteriormente dicho, pues no debemos olvidar que el Presidente estará asistido por un Secretario, designado por los estatutos o por los accionistas asistentes a la Junta y como en este caso sólo es uno, pudo muy bien designar Secretario. No debe olvidarse que la palabra *asistentes* siempre debe estar relacionada con esa frase del artículo 51 antes dicha "o cualquiera que sea su número".

A los apoyos gramaticales utilizados por la Dirección se unen, por supuesto, los del "espíritu" de la Ley y la cita de dos Resoluciones de 20 de julio de 1957 y 20 de junio de 1963, que tratan de evitar a toda costa que por el juego mayoritario se pueda llegar al establecimiento del gobierno de la sociedad ejercido exclusivamente por un socio.

Si las razones gramaticales y jurídicas no me convencen, pudiera ser que la situación de hecho aconsejase tomar esta decisión pensando no sólo en este posible caso, sino en otros sucesivos que complicasen más la situación legislativa. No obstante, creo que el camino, si quiere evitarse situaciones de este tipo, es dictar disposiciones que eliminen el supuesto exigiendo requisitos, circunstancias y garantías para estas sociedades de pocos socios, que en el fondo tienen una razón de tipo familiar.

**DERECHO HIPOTECARIO MUEBLE**

**HIPOTECA MOBILIARIA.**—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE HIPOTECA MOBILIARIA SOBRE MAQUINARIA INDUSTRIAL CON PACTO DE EXTENSIÓN A TODO LO QUE SE LE INCORPORA EN EL FUTURO, CUANDO EL LOCAL EN QUE SE ENCONTRABA INSTALADA HABIA SIDO PREVIAMENTE HIPOTECADO EN LAS CONDICIONES PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 109, 110 Y 111 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 215 DE SU REGLAMENTO. (Resolución de 16 de noviembre de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 29 de noviembre de 1972).

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Madrid el 22 de noviembre de 1965, ante el Notario don Pedro Taracena Taracena, la Entidad “Grumetal, S. A.”, hipotecó, a favor del Banco de Crédito Industrial, una finca que le pertenecía, sita en Zaragoza, Utebo, carretera de Logroño, kilómetro 11, en garantía de un préstamo de 31.800.000 pesetas, concedido al amparo de lo prevenido en el apartado a) del artículo 2.º del Decreto-Ley de 19 de julio de 1962, artículo 8.º, de la Ley de 28 de diciembre de 1963 y Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 1 de febrero de 1964 y 3 de julio del mismo año, teniendo en cuenta un plan de inversiones presentado por la Sociedad hipotecante por un total de 79.550.000 pesetas, distribuido en diversas partidas, entre las cuales figuraba la tercera, referente a maquinaria nacional, por un total de 11.500.000 pesetas, y la sexta, referente a maquinaria extranjera, por valor de 23.000.000 de pesetas, obligándose expresamente “Grumetal, S. A.”, a no utilizar los fondos del préstamo que concertaba para la adquisición de equipo o maquinaria extranjera, de conformidad con lo dispuesto en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 15 de enero de 1965; que en la referida escritura de préstamo hipotecario constan las siguientes cláusulas: “Séptima: Aparte de con la responsabilidad ilimitada de todos sus bienes que, como deudor, contrae la Sociedad prestataria, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del presente contrato, en la forma siguiente: A) Con la hipoteca voluntaria que en favor del Banco constituye la Compañía mercantil “Grumetal, S. A.”, sobre la finca de su propiedad relacionada con el apartado A) del antecedente tercero de la parte expositiva, demarcada en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, con el número 2.550, cuya descripción del terreno damos por reproducida. La hipoteca así constituida lo es en seguridad de la devolución de 31.800.000 pesetas del capital del préstamo concertado, más sus intereses correspondientes pactados en la cláusula sexta, con la extensión de tres anualidades que autoriza el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y en solvencia de 3.180.000 pesetas que se fijan para responder de costas y gastos, comprendiendo además de esta finca mencionada cuantos terrenos, edificios, obras y elementos industriales la integran, aparezcan o no inscritos registralmente todas las nuevas obras o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues por pacto expreso dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento.—Octava: Pese al expreso pacto de extensión de hipoteca establecido en la cláusula anterior, con la amplitud en la misma prevenida, a fin de que los libros del

Registro de la Propiedad reflejen fielmente el estado físico y situación real de la finca sobre la que tal gravamen se ha constituido, la Sociedad prestataria se obliga, caso de que al Banco así le interese, a inscribir, describiéndola con todo detalle, cualquier obra e instalación realizada o que se realice en la finca hipotecada y que no aparezca en la descripción que de la misma se ha transcrito, especialmente en cuanto construya, adquiera e instale a virtud del cumplimiento del plan de inversión detallado en el antecedente segundo, y que se da en este momento por íntegramente reproducido, a fin de que todo ello quede expresamente inscrito como afectado por la hipoteca que se ha constituido. Para el caso de que no se cumpliera por la Sociedad prestataria la obligación establecida en el párrafo anterior, y sin perjuicio de las responsabilidades que puedan dimanar de su incumplimiento en orden a la rescisión de este contrato, podrá el Banco solicitar la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de las nuevas obras e instalaciones con los dichos efectos hipotecarios, a cuyo fin la Sociedad prestataria le apodera irrevocablemente para que en nombre suyo pueda otorgar los oportunos actos declarativos; que la hipoteca causó la inscripción sexta de la finca número 2.550 del Registro número 3 de Zaragoza; que con posterioridad se inscribió la declaración de una serie de obras nuevas a las que se extendió la hipoteca; que la finca hipotecada, acogida a los beneficios del Polo de Desarrollo Industrial localizado en Zaragoza, fue agrupada con otra—la número 2.988—, construyéndose sobre la nueva formada varias edificaciones para la instalación de la correspondiente factoría, inscribiéndose esta agrupación y la nueva declaración de obra el 20 de febrero de 1970; que por escritura autorizada en Madrid el 15 de diciembre de 1970, ante el Notario don Manuel Ramos Armero, la Entidad “Grumetal, S. A.”, reconoció adeudar, por suministro de mercancías, a la Compañía “Nederlans Verkoopkantoor Voor Walserijproducten (N. V. W.)”, Sociedad Anónima Holandesa, la cantidad de 15.388.327,87 pesetas, en garantía de cuya devolución, intereses de dos años al 4 por 100 y 1.000.000 de pesetas más para costas y gastos, constituyó hipoteca mobiliaria a favor de la Sociedad acreedora, sobre la maquinaria que en dicha entidad deudora, en su factoría de Utebo, Zaragoza, carretera de Logroño, kilómetro 11, destinada a la fabricación de boterío; que en la referida escritura, “Grumetal, S. A.”, estuvo representada por don Juan Villaró Tarragó, como Presidente de su Consejo de Administración y Consejero-delegado, haciendo uso de las facultades conferidas en escritura otorgada en Madrid el 5 de diciembre de 1964, ante el Notario don Alberto Ballarín Marcial, acreditando dicho señor estar en el ejercicio de su cargo, mediante escritura de protocolización de acuerdo otorgada ante el Notario de Zaragoza don Gerardo Molpeceres Rodríguez, el 15 de junio de 1970, en la que consta incorporada certificación expedida por don Joaquín Gimeno Martínez, Vicepresidente y Secretario accidental del Consejo de Administración y Junta General de dicha Sociedad, de fecha 15 de junio citado, en la que se certifica la continuidad del ejercicio del cargo de Presidente por el señor Villaró Tarragó, con las facultades acordadas en la Junta General Extraordinaria de los días 2 y 3 de noviembre de 1964, que fueron objeto de la delegación de facultades que constan en la escritura mencionada; que la Sociedad “Nederlans Verkoopkantoor Voor Walserijproducten (N. V. W.)”, fue representada



por don Enrique Fuentes Cruz, como Director-Gerente de "Proma, S. A.," —quien disponía de las necesarias facultades "para la gestión de la Compañía de acuerdo con las limitaciones señaladas por la Ley"—, Entidad a la que la Compañía holandesa había otorgado el correspondiente poder para actuar en su nombre; que por acuerdo de Junta General Extraordinaria de accionistas de "Grumetal, S. A.," celebrada el 9 de septiembre de 1971, se revocaron los poderes y delegación de facultades que tenía conferidas don Juan Villaró Tarragó, inscribiéndose la correspondiente escritura en el Registro Mercantil; y que en virtud de mandamiento librado el 24 de septiembre de 1971 por el Juez de primera instancia del Juzgado número 2 de Zaragoza, por providencia de la misma fecha, se tuvo por solicitada la declaración de suspensión de pagos de "Grumetal, S. A.," cuyo mandamiento se presentó en el Registro el 27 del citado mes de septiembre.

Resultando que presentada en el Registro de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza primera copia de la escritura de 15 de diciembre de 1970, de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca mobiliaria, antes relacionada, fue calificada con la siguiente nota: "Presentado el precedente documento y complementado posteriormente con un acta autorizada el 18 de octubre de 1969 por el Notario de Madrid don Fernando Fernández Savater, por la que se protocolizan acuerdos de la Sociedad "Comercial Proma, S. A."; con un testimonio liberal de la escritura de constitución de la misma Sociedad, expedido el 21 de febrero de 1964 por el mismo Notario, ambos documentos legalizados con fechas 24 y 25 de septiembre del corriente año; y con otra acta autorizada el 24 del mismo mes de septiembre por el Notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, "de acuerdo con lo que dispone el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de 16 de diciembre de 1954, se deniega la inscripción de la hipoteca mobiliaria a que el mismo se refiere, por el defecto insubsanable" de que la finca en que está instalada la maquinaria ha sido hipotecada por la Sociedad "Grumetal, S. A.", a favor del "Banco de Crédito Industrial, S. A.", en escritura otorgada el 22 de noviembre de 1956 ante el Notario de Madrid, don Pedro Taracena Taracena, que causó la inscripción 6.ª, de la finca número 2.440, al folio 73 del tomo 196 del archivo, libro 53 de Utebo; y aunque la maquinaria no consta descrita en la inscripción de la hipoteca referida que, por pacto expreso, ésta se extiende "a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registralmente, a todas las obras nuevas o mejoras y ampliaciones que se realicen en ella y a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporado en el futuro, pues, por pacto expreso, dicha carga real se extiende a todo cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento. Se aprecian además los defectos subsanables siguientes: a) Que se halla caducado el poder con que actúa don Juan Villaró Tarragó y que no es suficiente el de don Enrique Fuentes Cruz, por tratarse de un Gerente, que al tener la condición de mero mandatario, sus poderes son limitados a los términos en que están conferidos. Zaragoza, 18 de octubre de 1971".

Resultando que don Manuel Bergareche Piñón, Presidente de "Comercial Proma, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la escritura cuestionada no infringe el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, ya que, dado su

sentido exacto y técnico y la interpretación restrictiva que hay que dar a todo precepto limitativo, lo que prohíbe dicho artículo es únicamente que se pueda constituir hipoteca mobiliaria sobre bienes ya gravados con otra hipoteca de igual clase, que aun no estimándolo así, el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a la maquinaria, que no aparece descrita en los libros del Registro de la Propiedad, es absolutamente contrario al principio de esencialidad (e igualmente sería contrario a la posibilidad de gravar con hipoteca bienes futuros), ya que, como derecho real, sujeta y recae directa e inmediatamente sobre bienes y derechos reales existentes y determinados; que en puridad de doctrina, técnicamente no puede confundirse ni identificarse el bien que queda hipotecado por recaer la hipoteca directa e inmediatamente sobre él, con aquellos a que por la Ley o por pacto se extiende la hipoteca, ya que una cosa es el estar un determinado bien mueble gravado directamente con una hipoteca mobiliaria y otra muy distinta el estar el mismo bien afectado por una extensión pactada en una hipoteca inmobiliaria; que si es lógico que doctrinal y prácticamente las partes integrantes, o sea, los elementos a los que materialmente se extiende la hipoteca, se consideren no sólo afectados, sino más bien hipotecados, ya existan en el momento de hipotecar la finca, ya se integren en ella después, no pudiendo, en consecuencia, ser objeto de prenda ni hipoteca mobiliaria, no ocurre lo mismo con las llamadas pertenencias, a cuya especie corresponde la maquinaria objeto de discusión, ya que estos bienes o pertenencias no quedan, en sentido estricto, hipotecados, sino más bien afectados por la extensión objetiva de la hipoteca, pudiendo distinguirse en ésta aquellos bienes que ya estaban destinados a la finca al tiempo de ser hipotecada y aquellos otros que se instalan en la misma después, ya que para los primeros sería necesario el consentimiento del acreedor hipotecario inmobiliario para desafectarlos, mientras que con relación a los segundos, tanto su afección como su desafectación se hace unilateralmente por voluntad del propietario de la finca hipotecada, materializada en el hecho de su incorporación o separación; que, en cuanto al segundo defecto, por escritura de 18 de octubre de 1971, otorgada por el recurrente ante el Notario de Madrid, don Manuel Ramos Armero, el compareciente ratificó lo hecho por don Enrique Fuentes Cruz, vigente aún el asiento de presentación de la escritura de hipoteca mobiliaria discutida, y por lo que se refiere a los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, los estima suficientes, por serle aplicable la doctrina de los Administradores, conforme a lo declarado por la Resolución de 24 de junio de 1968; y que como fundamentos de derecho alegaba los artículos 2.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, 215 de su Reglamento, el principio de especialidad consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico positivo inmobiliario, la imposibilidad de constituir hipoteca sobre bienes futuros, indeterminados y contingentes, recogida en forma indirecta en nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 4.º del Código civil, las normas sobre el mandato, la Resolución de 24 de junio de 1968 y el artículo 73 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, en relación con el 44 y demás concordantes —especialmente los 53, 54 y 55— del Reglamento del Registro Mercantil.

Resultando que el Registrador de Hipoteca Mobiliaria de Zaragoza dictó

acuerdo considerando legitimado para interponer el recurso al seño: Bergarache Piñón y manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el artículo 2.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria claramente dice que no puede constituirse esta clase de garantía “sobre bienes que ya estuviesen hipotecados”..., sin que quepa, por consiguiente, la alegación del recurrente, según la cual la frase transcrita hace referencia sólo a la hipoteca mobiliaria, quedando, por tanto, excluida de su ámbito la hipoteca inmobiliaria, ya que al emplear la Ley esa expresión escueta, sin completo ni calificativo alguno que limite su significado, indica que ha querido usar ese término en toda su amplitud; que de querer limitar la prohibición sólo a la segunda hipoteca mobiliaria en relación con otra de igual clase, tendría que haberlo dicho expresamente; que de no entenderlo así carecía de sentido la justificación que se hace en la exposición de motivos de dicha Ley de la prohibición que establece el artículo comentado; que la colisión y el confusionismo que la Ley trata de aludir con el pragmatismo de esa norma se darían tanto si la primera hipoteca fuese mobiliaria como si lo fuese inmobiliaria, porque al haber pedido la Sociedad deudora la suspensión de pagos, de admitirse el título cuya inscripción se ha denegado, concurrirían sobre la maquinaria los dos créditos hipotecarios; que de no estimarlo así, quedaría además incompleto el artículo 75 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, pues así como contempla en su párrafo tercero el supuesto de una hipoteca inmobiliaria que es segunda en relación con otra mobiliaria, debería haber contemplado el supuesto contrario, y al no hacerlo, es porque esta hipoteca es irrealizable a la vista del artículo 2.º de la Ley; que de igual modo no tendría razón de ser el apartado 4.º del artículo 85 de la misma Ley, cuando impide que se haga efectiva una hipoteca mobiliaria inscrita después de otra inmobiliaria convenida con el pacto del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y ordena la suspensión del procedimiento incoado y que se pongan los hechos en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente para la actuación del artículo 1.862 del Código civil; que tal interpretación es la sostenida por la doctrina jurídica más solvente; que el principio de especialidad, fundamental ciertamente en nuestra Ley Hipotecaria, hace referencia a la finca en sí, pero no a sus partes integrantes ni a sus pertenencias, que podrán no figurar descritos en la inscripción de la finca, como reconoce la jurisprudencia, porque más que dirigirse a la impugnación de la calificación, constituye una crítica del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, que podrá ser tenida en cuenta por el legislador futuro, pero que no afecta al Registrador que tiene que acatar dicha estipulación en cuanto permitida por la Ley, tomando en consideración lo que conste en los asientos del Registrador, sin que pueda prescindir de su contenido, por hallarse bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud; que tampoco cabe admitir la alegación de que así como las partes integrantes o inmuebles por incorporación quedan irrevocablemente afectas a la hipoteca por el simple hecho de su unión a la finca, las pertenencias sólo quedan vinculadas si por estar a la sazón en la finca son incluidas en la hipoteca por pacto expreso e individualmente, pudiendo ser, las incorporadas después, desafectadas de la ejecución hipotecaria por actos jurídicos unilaterales del dueño de la finca, porque esta tesis, verdadera en cuanto se refiere a las partes inte-

grantes, se aparta, por lo que se refiere a las pertenencias, de la lógica interna del instituto de la accesión, que es un simple hecho o acto objetivo que podrá o no realizar el dueño, pero que en todo caso trasciende y es independiente de su voluntad, estableciendo, además, una distinción de los efectos de la accesión, respecto a una y otra clase de bienes—partes integrantes y pertenencias—, que no tiene razón de ser dentro de dicha institución; que tampoco puede ser tenido en cuenta el argumento según el cual es distinto que una cosa esté hipotecada o que se extienda a ella la hipoteca, puesto que esta distinción no tiene base alguna en la interpretación gramatical, histórica y sistemática de la legislación aplicable al caso planteado; que la hipoteca inmobiliaria a que la nota de calificación se refiere está constituida a favor del “Banco de Crédito Industrial”, Entidad de derecho público en cuya actividad sólo encaja lo que hace referencia a la promoción de industria, por lo que la maquinaria pasa a primer plano en relación con la finca en que se halla instalada; que en ella la concesión del préstamo y la determinación de su cuantía se hizo teniendo en cuenta, además de la finca, dos partidas referentes a maquinaria que a la sazón ni pertenecía al acreedor ni estaba colocada en la finca, todo lo cual obliga a considerar que al establecer el pacto expresado de extensión de la hipoteca a la maquinaria se quiso sujetar al gravamen la maquinaria futura, por lo que no puede ahora el mismo deudor desvincular esa maquinaria de la hipoteca inmobiliaria a que por pacto la afectó; que no pueda admitirse la alegación del recurrente de que las pertenencias que no estén individualizadas en la escritura de constitución de hipoteca, así como las que se incorporen después a la finca, aunque exista el pacto del artículo 111 no se comprenden en la hipoteca hasta el momento de la ejecución y sólo si entonces están en la finca, pudiendo, por tanto, desafectarlas antes que el dueño unilateralmente, bien mediante el hecho de su separación o bien mediante un acto formal de segregación de lo dispuesto en el apartado 4.º, del artículo 85, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y porque la desafectación de la maquinaria daría derecho al acreedor para ejercitar la acción de devastación o habría de ser denegada al implicar, en el supuesto de segregación, una cancelación de la hipoteca que requeriría el consentimiento del acreedor; que, aun no prosperando las razones aducidas, siempre resultará que toda la argumentación del recurrente está basada en dar por sentado, sin demostrarlo, que la maquinaria no constituye una parte integrante de la finca, sino una pertenencia de ésta, cuando la realidad es que ni en el Registro ni en la escritura presentada hay base alguna en que apoyar esta suposición; que, en cuanto al segundo de los defectos apreciados, no se hace en el escrito de interposición del recurso alegación alguna en contrario, sino más bien se reconoce en parte su procedencia, puesto que para subsanarlo ha sido otorgada la escritura a que dicho escrito se refiere, razón por la cual no procede ahora entrar a examinar dicho defecto ni calificar de nuevo la escritura en cuanto a este extremo hasta que fuere otra vez presentada y sin que proceda tampoco la anotación preventiva que expresamente se solicita, porque, además de las razones anteriores, lo impide el carácter insubsanable atribuido al primero de los defectos apreciados; que, en cuanto a la vigencia de los poderes y facultades de don Juan Villaró Tarragó, como su nombramiento de Presidente del Consejo de Administración

de "Grumetal, S. A.", tuvo lugar en la primera Junta General celebrada por dicha Sociedad el mismo día de su constitución—30 de enero de 1962—, le es aplicable lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, en razón de lo cual su cese se produjo "ex lege" de 30 de enero de 1967, sin que por lo demás sea apreciable en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, admitida por Resolución de 24 de junio de 1968, establecida para supuestos excepcionales; que si bien es cierto que con posterioridad a la fecha de caducidad dicho Administrador otorgó una escritura de ampliación de capital que causó la inscripción tercera, es de tener en cuenta que en ella no actuaba como representante de la Sociedad, sino como mandatario designado expresamente por la Junta, que fue la que acordó la ampliación; y que aunque se pudiera aplicar en este caso la doctrina de los Administradores de hecho, resulta que don Juan Villaró Tarragó, al tiempo en que autorizó la escritura calificada, era efectivamente Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, pero no Consejero-Delegado, que fue el cargo con que figuraba en dicha escritura, para lo que no tenía facultades, al estar en este aspecto caducados sus poderes.

*Doctrina.*—"Considerando que la primera de las cuestiones planteadas en este expediente consiste en determinar si es posible constituir hipoteca mobiliaria sobre maquinaria industrial instalada en una finca que estaba ya hipotecada a su vez con el pacto de que la hipoteca se extendería a los elementos industriales que la integran, aparezcan o no inscritos registralmente, a la maquinaria y utillaje que pueda serle incorporada en el futuro, y, en general, a cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento."

"Considerando que, conforme al artículo 2.º, de la Ley de 16 de diciembre de 1954, no podrá constituirse hipoteca mobiliaria entre otros que menciona sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, lo que se justifica en la exposición de motivos que precede a la Ley, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas hipotecas, sin que se deseche la posibilidad de que en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones."

"Considerando que no parece pueda aceptarse la tesis del recurrente, que sostiene que la prohibición del artículo 2.º de la Ley hace referencia sólo a las hipotecas mobiliarias anteriores, y deja excluido de su ámbito el caso de la hipoteca inmobiliaria, dado que en ésta no hay más que una afectación de bienes—pues, aparte de que esto último no es rigurosamente exacto, ya que el artículo 111 de la Ley Hipotecaria extiende mediante pacto la hipoteca a los elementos que enumera, que entran en su consecuencia a formar parte del gravamen—, la distinción establecida no aparece reflejada en el primero de los artículos citados, que se manifiesta en términos generales y amplios, sin hacer excepción alguna en concordancia con lo que el legislador ha indicado en la exposición de motivos."

"Considerando que el artículo 75, 3.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria confirma lo anteriormente expuesto, al contemplar y resolver la colisión entre

una hipoteca mobiliaria anterior y otra inmobiliaria posterior con pacto de extensión a los elementos señalados en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, mientras que no se contempla en el supuesto contrario, sin duda, porque no puede tener lugar a causa de la prohibición establecida en el artículo 2.º de la Ley.”

“Considerando que la misma orientación aparece reflejada dentro del sistema legal, en el artículo 85, 4.º, al ordenar la suspensión del procedimiento incoado para hacer efectiva una hipoteca mobiliaria cuando se haya acreditado, mediante certificación registral, que los mismos bienes se encuentran ya sujetos a otra hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad a la que motivó el procedimiento, e incluso establece la obligación de poner en conocimiento del Juzgado de Instrucción esta circunstancia a los efectos de la responsabilidad criminal prevenida en el artículo 1.862 del Código civil, sanción que no tiene otro fundamento que el haber vulnerado la prohibición contenida en el artículo 2.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954.”

“Considerando, en cuanto a los defectos calificados como subsanables en el apartado a) de la nota del Registrador, uno de ellos lo acepta tácitamente el recurrente, mediante la presentación del documento subsanatorio correspondiente, que habrá de ser calificado en su día de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, y en cuanto al otro, el relativo a la falta de poder con que actúa don Juan Villaró, dado que su nombramiento como Administrador, según pone de relieve en su informe el funcionario calificador, no tuvo lugar en el acto constitutivo, sino por acuerdo de la primera Junta General, no está sujeto a la limitación del plazo de cinco años que para el ejercicio de su cargo señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, y al menos por esta causa—única alegada—su mandato no estaba caducado.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el defecto insubsanable de la nota del Registrador y revocar el único subsanable que ha sido objeto de apelación.”

#### *Consideraciones críticas*

Fundamentalmente son dos las cuestiones que el presente recurso y su solución plantean a través de la Resolución. Una, es la posibilidad o no de la hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya están anteriormente hipotecados, y otra es la problemática de los poderes y funciones de los que actúan en nombre de la Sociedad hipotecante. Debemos destacar cómo esta Resolución es una de las primeras que comentamos sobre esta materia de hipoteca mobiliaria en estas páginas. Distinguiendo las dos clases de problemas apuntados, dividimos el comentario en dos partes:

A) *Bienes susceptibles de ser hipotecados mobiliariamente.*—Realmente lo que aquí debemos destacar son los bienes que no pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria, entre los cuales figuran los que señala expresamente el artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954: *los bienes que ya estuvieren hipotecados*. La interpretación de la palabra hipotecados es el arma fundamental que utiliza el recurrente para defender su postura, pues según su opinión debe referirse

únicamente a hipotecas de la misma clase que la constituida y no a las de carácter inmobiliario. La Dirección, como veremos, sigue otra postura por una serie de razones que alega.

Doctrinalmente la cosa parece clara, bien se estime que se trata de una prohibición legal o de una falta de legitimación para hipotecar. La primera postura la defiende VALLET DE GOYTISOLO ("Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales", Barcelona, 1962, pág. 623) y la segunda GÓMEZ ACEBO (*La hipoteca de establecimiento mercantil*, en "Rev. Derecho Mercantil", número 55, del año 1955). Para VALLET el artículo 2 supone una prohibición que comprende tanto el caso de que la hipoteca anterior sea mobiliaria como el supuesto de afección a hipoteca inmobiliaria, por la extensión prevista en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria. La prohibición es objetiva, como resulta del propio texto de la Ley. El Notario debe negarse a su autorización y el Registrador denegar la inscripción en caso de contravenirse el precepto. Pero puede ocurrir que, aun existiendo alguna o algunas de las causas expresadas que motivan la prohibición, éstas no puedan ser apreciadas por el Notario ni por el Registrador y, posiblemente, que incluso sean desconocidas por el acreedor que pretende garantizar su crédito. En estos casos, probablemente se inscribirán dichas hipotecas o prendas irregularmente constituidas. Para tales supuestos, así como en caso de constitución a "non domino", deberá tenerse en cuenta lo que dispone el último párrafo del artículo 3.º de la Ley. "La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."

GÓMEZ ACEBO estimaba que el supuesto era un caso de falta de legitimación para constituir hipoteca, criticando duramente la disposición. Supone—decía—otra grave desviación del sistema de los derechos de garantía "ad valorem". En ellos, como es sabido, cabe la coexistencia pacífica de varios derechos concurrentes todos ellos sobre el valor de la cosa gravada. Rige el principio del "rango", configúrese éste como parcelas autónomas, incluso topográficamente, de valor, al modo alemán, o como prioridad comprensionada de valor, al modo español y, en general, latino. Ya ve la Exposición de Motivos de la Ley las posibles consecuencias de la prohibición: "Tal vez, y ello se ha tenido muy en cuenta, se limiten las posibilidades del crédito...". El deudor, frente al primer acto de gravamen, tendrá que agotar al máximo la posibilidad de un crecimiento con garantía de la cosa, consciente de que ya no podrá volver a hipotecarla. La limitación nos parece excesivamente rigurosa y no del todo justificada. Por ello, debe interpretarse en forma flexible; debe permitirse la ampliación de hipoteca, o sea, un segundo o ulterior crédito del mismo acreedor, elevando la responsabilidad de la cosa hipotecada. Es muy posible que el acreedor particular se niegue sistemáticamente a toda ampliación, puesto que tiene en su mano todas las cartas al prohibir la Ley al deudor un segundo gravamen; pero esta interpretación flexible puede dar juego cuando el acreedor sea un establecimiento oficial de crédito con sus actividades regladas.

Frente a estas dos opiniones doctrinales cabe ya traer la solución dada al caso por la Dirección General, que, acogiéndose a la legalidad vigente, estima la prohibición del artículo 2, extensible no sólo a la anterior hipoteca mobiliaria, sino a la inmobiliaria, sin perjuicio de reconocer la crítica que al

precepto hiciera GÓMEZ ACEBO, al decir en su segundo considerando "sin que se deseché la posibilidad de que en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas prohibiciones". Los argumentos dados, son los siguientes:

a) El artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria no hace distinción entre una y otra clase de hipoteca, manifestándose en términos generales y amplios, sin hacer excepción alguna en concordancia con lo que el legislador ha indicado en la exposición de motivos. La hipoteca inmobiliaria no supone solamente una afectación de bienes, ya que el artículo 111 de la Ley Hipotecaria extiende mediante pacto la hipoteca a los elementos que enumera, que entran, en su consecuencia, a formar parte del gravamen.

b) El artículo 75, 3.º, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, contempla un supuesto para resolver la colisión de una hipoteca mobiliaria y otra inmobiliaria posterior, pero no viceversa, ya que el caso no puede darse por el juego del artículo 2 de la Ley.

c) Otro argumento se apoya, por último, en el artículo 85, 4.º, al ordenar la suspensión del procedimiento incoado para hacer efectiva una hipoteca mobiliaria cuando se haya acreditado, mediante certificación registral, que los mismos bienes se encuentran ya sujetos a otra hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad.

La argumentación es irreprochable, sobre todo en el presente caso, en donde la cláusula de extensión hipotecaria no permitía ni el posible escape de alegación del *principio de especialidad*, en cuya virtud podría alegarse que los bienes muebles no especificados en la inscripción podrían estar exentos de la extensión hipotecaria. Quizá en una reforma legislativa en este punto fuera esa una posible solución a la coexistencia de ambas hipotecas.

B) *Poderes y limitación temporal de nombramiento*.—El Registrador alegaba la caducidad de un poder, el que actuaba en nombre del acreedor, y la temporalidad del cargo del que representaba a la entidad deudora. Habiéndose subsanado el primero, sólo queda como problema el del segundo.

Se alegaba que el nombramiento como Administrador estaba limitado al plazo de cinco años que señala el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente. En un comentario hecho a la Resolución de 8 de junio de 1972 en este mismo número del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, hemos distinguido el nombramiento de administrador hecho estatutariamente y el que se realiza con posterioridad por la Junta General, circunscribiendo el límite de los cinco años solamente a los casos de nombramiento estatutario, cosa que afirmaba la citada resolución y que repite ésta sin una remisión concreta a aquélla.

En mérito de la brevedad y, sobre todo, evitando repeticiones innecesarias remitimos al lector a dicho comentario. El presente caso suponía un nombramiento posterior y una inaplicación, por tanto, de lo que dispone el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. De ahí que la Dirección revoque la nota del Registrador en este punto.





# JURISPRUDENCIA

## SENTENCIAS ANOTADAS

Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Letrado de la D. G. de los Registros y del Notariado

**RECONOCIMIENTO FORZOSO DE FILIACIÓN NATURAL: ESCRITO INDUBITADO DEL PADRE.**—*La alegación que sobre la posesión de estado y el número 2.º del artículo 135 del Código civil se esgrime ahora en el recurso constituye cuestión nueva sustraída a la casación, por aplicación del artículo 1.729, 5.º, de la Ley procesal.*

**CAPACIDAD PARA ESTE RECONOCIMIENTO: DEFECTO DEL RECURSO.**—*El recurso de casación se da contra el fallo recurrido y no contra los considerandos que no sean su premisa indispensable; por esto, no tiene trascendencia la interpretación errónea que se denuncia del artículo 1.263, 2.º, del Código civil, cuando además el fallo admite la presunción de validez de los actos o negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz.*

**CAPACIDAD DEL OLIGOFRÉNICO.**—*Aun admitiendo, conforme a las Sentencias de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968, que la declaración de incapacidad de los oligofrénicos pueda ser limitada y variable, es obvio que los actos que pudieran ser excluidos de la declaración de incapacidad estarán sujetos al mismo régimen de impugnación por nulidad fundada en la falta de razón, que los actos de quien no haya sido incapacitado.*

**CAPACIDAD PARA EL RECONOCIMIENTO EN ESCRITO INDUBITADO.**—*Aunque se acepte la teoría del reconocimiento-confesión, respecto de la naturaleza del reconocimiento informal comprendido en el artículo 135, 1.º, del Código, siempre será exigible en el que reconoce la conciencia y voluntad de declarar su paternidad.*

**CAPACIDAD: CUESTIÓN DE HECHO.**—*Como tiene proclamado constantemente este Tribunal a propósito de la capacidad natural para realizar actos o negocios jurídicos, la cuestión sobre la existencia o ausencia de dicha capacidad es de puro hecho y su apreciación queda sometida al juzgador de instancia, sin que contra ella quepa más ataque que el de la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su doble vertiente de error de hecho y error de derecho en tal apreciación.*

**CAPACIDAD PARA EL RECONOCIMIENTO EN ESCRITO INDUBITADO: DEFECTO DEL RECURSO.**—*Siendo así que la sentencia impugnada declara probado que el demandado padece una oligofrenia, con un bajo coeficiente intelectual y una edad mental equivalente a un niño de once años, sin posible superación ni susceptible de alcanzar el nivel intelectual de un adulto, o al menos de un capaz para contraer matrimonio, y que cuando escribió las cartas y dedicatorias en que se funda la demanda no tenía capacidad para el reconocimiento, es obvio que, no impugnadas estas apreciaciones, han de desestimarse ambos recursos, deducidos exclusivamente por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 citado, entablados por la actora y el Ministerio Fiscal (Sentencia de 28 de junio de 1974; no ha lugar).*

**NOTA:** El problema de fondo que contempla esta sentencia —es decir, cuál será la capacidad exigible para el reconocimiento forzoso y, en concreto, si la tendrá un oligofrénico de edad mental similar a la de un niño de once años— es de gran interés e importancia real, a pesar de que prácticamente no ha sido abordado por la doctrina. Debe observarse, sin embargo, que la sentencia no resuelve taxativamente la cuestión, puesto que se desestiman los recursos fundamentales, según se deduce del último considerando, por una razón exclusivamente formal: no habiéndose utilizado la vía adecuada del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la procedente para toda cuestión sobre capacidad.

Nótese también que esta sentencia circunscribe el problema al reconocimiento paterno por escrito indubitado del número 1.º del artículo 135, y que no examina, por tratarse de cuestión nueva, la capacidad exigible para los actos constitutivos de la posesión de estado conforme al número 2.º del mismo artículo.

Parece, no obstante, que no debe darse tratamiento diverso, en cuanto a este extremo de la capacidad del reconocedor, a esas dos formas de reconocimiento forzoso, puesto que por mucha fuerza que quiera concederse a los actos de la familia del padre como integrantes de la posesión de estado de hijo natural, tales actos han de tener “su base y arranque en la misma conducta del presunto padre” (cfr. Resolución de 26 de diciembre de 1968). Por esto, tanto esta conducta del padre como su posible documento indubitado, han de reunir en su autor “el grado mínimo de voluntariedad y de conocimiento propio de una declaración de ciencia” (expresión utilizada en la Resolución de 7 de junio de 1971).

Desde luego que, con mayores motivos aún que los que señala la generalidad de la doctrina para el reconocimiento voluntario del artículo 131 del Código, hay que admitir para el reconocimiento forzoso la aplicación de la teoría del llamado reconocimiento —confesión y, por consiguiente, la no exigibilidad para su validez de la capacidad propia de una declaración de voluntad o de un negocio jurídico.

Pero, en definitiva, ¿cuál habrá de ser ese grado mínimo de voluntariedad y de conocimiento de que habla la Resolución citada de 1971? Esta es la cuestión básica.

Sin que sea el momento de profundizar en este problema, baste aquí señalar que la sentencia extractada implícitamente admite que no será necesaria la mayoría de edad y parece conformarse con que exista en el reconocedor la capacidad para contraer matrimonio. Esta última conclusión podrá quizá admitirse como regla general, pero es menester hacer alguna salvedad, ya que: 1) Debe recordarse que el límite de edad para el matrimonio civil, establecido en catorce y doce años, respectivamente, para varones y hembras, por el artículo 83, 1.º, del Código, no es un límite infranqueable, puesto que el mismo artículo admite una revalidación “ipso facto” del matrimonio de impúberes, entre otros casos, cuando la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal.

Aplicando, si no directamente, al menos analógicamente este criterio, no debería haber inconveniente en que el varón menor de catorce años reconociese su paternidad, si hubiera procreado un niño y tuviera conocimiento de la procreación y de la paternidad, sin necesidad de esperar a que cumpliera los catorce años, y 2) Aunque el artículo 119 del Código civil conceptúe como hijos naturales a “los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella”, esta regla tampoco es absoluta y hay que concluir, como reconocen las Resoluciones de 23 de abril y de 7 de agosto de 1970, que es perfectamente posible que un hijo sea natural a pesar de que los padres no tuvieran capacidad para casarse en el momento de su concepción, y no sea factible, por tanto, su legitimación por subsiguiente matrimonio. Así ocurre, “incluso *ab initio*, cuando se trate de uno de aquellos impedimentos matrimoniales que, no obstante, el tenor literal del párrafo 2.º del artículo 119 del Código civil, no pueden ser causa suficiente dada la tradición y precedentes a que el artículo 119 responde— para motivar además que una filiación quede reducida a la calificación de ilegítima no natural” (Resolución de 7 de agosto de 1970). La Resolución de 23 de abril cita, como ejemplo de tales impedimentos, la impotencia “coeundi” y el impedimento civil de adulterio o conyugicidio, y la de 7 de agosto específica, “como caso más llamativo”, precisamente “el del hijo de una demente o imbecil mental sin posibilidad de intervalos lúcidos”. (Claro que, tratándose de una mujer, juega en el plano del reconocimiento forzoso el principio de que la maternidad es cierta, recogido en el artículo 136, 2.º, del Código).

Atendiendo a estas razones, resulta arriesgado decidirse a contestar de modo tajante, fijando un límite de edad, al interrogante expuesto sobre la capacidad exigible al reconociente en el reconocimiento forzoso. Parece preferible resolver la cuestión caso por caso, ponderando todas las circunstancias concurrentes. Piénsese, por referirnos al supuesto contemplado en la sentencia, que existirán oligofrénicos con edad mental equivalente a la de un niño de once años que sabrán perfectamente qué es la paternidad y las consecuencias del acto de la procreación, y otros, en cambio, que no estarán en condiciones de discurrir los efectos de su acción.

Por último, es interesante señalar un curioso contrasentido en que incurrió en este caso la sentencia de la Audiencia, puesto de relieve por la actora en el recurso. Al demandado no se le aprecia capacidad para reconocer a un hijo natural y, en cambio, se le admite para comparecer en juicio y para otorgar, por sí mismo, la correspondiente escritura pública de poder... El estrecho campo en que se desenvuelve la casación explica que el Tribunal Supremo tenga que dar por buena tal contradicción.

Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas  
Extranjero, 1.150,— pesetas  
Número suelto: España, 350,— pesetas  
Extranjero, 450,— pesetas