

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
José María CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN LA QUE EL ACREEDOR HIPOTECARIO CANCELA PARCIAL Y UNILATERALMENTE UNA HIPOTECA QUE GRAVA VARIAS FINCAS SIN ESTAR DISTRIBUIDA ENTRE ELLAS LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. (Resolución de 17 de marzo de 1969. *Boletín Oficial* de 7 de abril).

Hechos.—Don Mauricio y D. Rufino Cascajero Dombritz logran un préstamo mancomunado del Banco Hipotecario de España y en garantía de su devolución, constituyen hipoteca a favor del Banco en la forma que autoriza el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, sobre una finca que les pertenecía en el término de Fuencarral. Sobre dicha finca edifican tres casas, una de dos plantas y otras dos de una.

Con posterioridad al préstamo inicial el Banco les concede uno nuevo en iguales condiciones que el anterior, y en garantía del cual vuelven a hipotecar la primitiva finca en la forma autorizada por el artículo 217 del Reglamento Hipotecario.

Los deudores, don Rufino y don Mauricio, propietarios de la finca, otorgan sucesivamente tres escrituras que autoriza el mismo Notario (Don Francisco Núñez Lagos), en sucesivas fechas. Por la primera, segregan de la finca inicialmente descrita doscientos cuarenta metros cuadrados, de los que treinta y ocho con setenta y ocho decímetros, corresponden a terreno edificado y el resto a patio, los cuales vendieron a D. Manuel Furón Rivera. Por la segunda, vuelven a segregar de lo restante de la finca, ciento sesenta y cuatro metros con sesenta decímetros cuadrados, de los cuales, sesenta metros con sesenta y cinco decímetros corresponden a terreno edificado, que venden a D. Epifanio Romero López. Por la tercera, y en el resto de la finca que quedaba después de las segregaciones realizadas, los hermanos Cascajero Dombritz proceden a dividir la misma en dos independientes: una de 266 metros cuadrados, y otra de 80 metros cuadrados que se adjudican, respectivamente, Mauricio y Rufino, acordando en la cláusula tercera que el importe que se adeuda al Banco Hipotecario por la hipoteca que grava la finca matriz, se pagará a su vencimiento íntegramente por D. Mauricio. Todas estas operaciones tienen su reflejo registral y únicamente no consta en el mismo, por su carácter obligacional, el pacto del pago de la deuda por D. Mauricio.

Posteriormente se producen estos hechos. El Comité Ejecutivo del Banco Hipotecario, acuerda, a petición de los interesados, la liberación parcial de la hipoteca mediante la entrega de determinadas cantidades y consiente en las segregaciones realizadas. Ante el Notario D. Francisco Docavo, don

Mauricio vendió la casa que le había sido adjudicada a doña Pilar y don Joaquín González Herraiz. Ante el Notario D. Manuel González Enríquez, el representante del Banco Hipotecario de España, D. Fernando Gutiérrez Soto, otorga escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que, después de referirse al reintegro de cantidades y liquidaciones practicadas, dio su conformidad a las segregaciones y divisiones efectuadas por los hermanos Cascajero Dombritz y que la hipoteca subsistente gravitase con exclusividad sobre la casa que se adjudicó a D. Mauricio y que éste vendió a doña Pilar y D. Joaquín González Herraiz, solicitando del Sr. Registrador de la Propiedad número 7 de Madrid que inscribiese la cancelación parcial y el nuevo señalamiento de su volumen. La escritura de venta de D. Mauricio se otorga el día 2 de agosto de 1963 y la de cancelación parcial el 23 de abril de 1964.

Presentada la primera copia de la última escritura citada, el Registrador ejerció su función calificadora y determinó que suspendía la cancelación parcial porque el acreedor, por sí solo, no puede elegir qué fincas quedan liberadas y cuál sujeta al gravamen hipotecario, sin consentimiento del titular de la última. Recurrida la calificación por el Notario autorizante del título alegó en el recurso que el principio de indivisibilidad de la hipoteca está establecido en favor del acreedor, el cual puede renunciar por acuerdo con el deudor, no con los dueños de las fincas hipotecadas; que al igual que la cancelación de una hipoteca única puede producirse por el consentimiento del acreedor, con igual requisito podrá cancelarse cualquiera de las varias en que se haya dividido o transformado la original. Que los titulares de las fincas nuevas no pueden alegar perjuicio, puesto que sus fincas respondían inicialmente de todo el crédito; que cuando existe reducción del crédito o deuda sin distribución de la responsabilidad no es preciso el consentimiento del deudor, bastando simplemente el del acreedor. Cita en apoyo de su tesis las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945.

El Registrador, en su informe, alega que el documento en el cual D. Mauricio asume la totalidad de la deuda no fue presentado en tiempo y forma y que la finca que al mismo correspondió fue vendida a doña Pilar y a don Joaquín González Herraiz, los cuales deben ser considerados como «terceros poseedores». Que el caso no lo contempla la legislación hipotecaria y que las Resoluciones que cita no son de aplicación por no existir en ellas terceros interesados. Que si bien el acreedor puede repercutir sobre cada una de las fincas hipotecadas por la totalidad de la deuda, puede existir perjuicio de terceras personas por la unilateral decisión del acreedor que inicialmente concertó un préstamo mancomunado con dos personas, situación que para el acreedor no ha sufrido alteración al ser sustituido uno de ellos por otros dos terceros poseedores de fincas.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y por ello, el Notario se alza ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que si el supuesto no está regulado por la legislación hipotecaria huelga la exigencia del consentimiento entre acreedor y deudor; que no puede alegarse perjuicio de los terceros expuestos a la ejecución de la hipoteca por la totalidad de la deuda; que no debe invocarse la no solidaridad de la deuda, pues las relaciones internas entre los dueños de las dis-

tintas fincas no deben afectar a la posibilidad de cancelación por el acreedor y que la Resolución de 12 de junio de 1945 refuerza su argumentación precisamente sobre la base de la inexistencia de terceros.

Doctrina.—Ante todo ello, la Dirección General de los Registros dice que el «expediente plantea la cuestión de si puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente una hipoteca que recae —como consecuencia de diversas segregaciones y una división material practicada—, sobre varias fincas y elegir aquellas que han de quedar libres y aquellas otras sobre las que ha de quedar subsistiendo el gravamen, o bien si para realizar tal operación necesitará el consentimiento del deudor, tal como exige para distribuir la responsabilidad hipotecaria, el artículo 123 de la Ley Hipotecaria». Una de las características del derecho real de hipoteca la constituye su indivisibilidad en el caso de que la finca se divida o se realicen segregaciones en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.860 del Código civil y 122 de la Ley Hipotecaria.

Como una excepción al principio de indivisibilidad está la del artículo 123 de la Ley Hipotecaria que admite la divisibilidad del crédito hipotecario entre las varias fincas en que se haya dividido la primitiva, siempre que ello se haya realizado por acuerdo entre acreedor y deudor, pudiendo en ese caso exigir la cancelación parcial de cualquiera de ellas o cuando se esté en el caso del artículo 124 de la Ley Hipotecaria, cuando se hubiera pagado la parte de crédito correspondiente.

Se consideran inaplicables las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945, en las que los supuestos de hecho se refieren a diversas segregaciones en las que comparecen deudores y acreedores y no es el acreedor el que procede a cancelar unilateralmente el gravamen sobre todas las fincas creadas, excepto una, sin que hayan comparecido los dos deudores mancomunados, ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores.

Si bien el supuesto no está contemplado en la legislación, guarda cierta analogía con el de la división del crédito hipotecario, «que exige acuerdo de acreedor y deudor, por lo que, en el caso de cancelación parcial de lo que resulta, indirectamente, una distribución del crédito hipotecario, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquéllas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio del titular».

En vista de todos estos argumentos, la Dirección General confirma el Auto del Presidente de la Audiencia y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—El caso con el que se enfrenta la Dirección General de los Registros es nuevo y sin solución específica dentro de la legislación especial. La solución que al caso se da es producto del procedimiento analógico de aplicación, en cuya virtud, toda teoría de la división del crédito hipotecario con su exigencia del acuerdo entre acreedor y deudor

se proyecta sobre este peculiar caso de cancelación parcial, del que resulta en forma indirecta una distribución del crédito hipotecario.

Se hace preciso contemplar en el presente caso dos clases de intereses contrapuestos, que juegan en forma decisiva para la solución del mismo: los intereses de los deudores y el interés preferente del acreedor. O lo que viene a ser lo mismo, la regla general de la mancomunidad de la obligación garantizada, frente al principio excepcional de la solidaridad, y la indivisibilidad de la hipoteca en caso de ser una la finca hipotecada que luego se transforma en diferentes parcelas independientes.

Debemos diferenciar, por ello, dos casos claros que tienen tratamiento diverso. *a)* El supuesto de que se hipotequen diferentes fincas en garantía de un solo crédito. *b)* El caso en que hipotecándose una sola finca (o los casos asimilados), se produzca luego una división que escinda la primitiva en otras diferentes.

a) Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, no pudiéndose inscribir la hipoteca sin que se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder. Esta distribución puede hacerse en la misma escritura de hipoteca, en otro documento público o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas. La doctrina es conocida y viene establecida en el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y 216 del Reglamento.

Esta doctrina es un tributo al principio de especialidad y, si se quiere, a la regla general de mancomunidad de las obligaciones (arts. 1.137 y 1.138 del Código civil), que tiene ciertas excepciones como veremos en el caso siguiente. El efecto fundamental es el de la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los bienes hipotecados únicamente por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses y costas (art. 120 de la Ley Hipotecaria).

El dogma de la accesoriedad de la hipoteca en relación con el crédito, sufre aquí una cierta alteración en cuanto si bien, la distribución de responsabilidad no supone división del crédito, sí concreta su cifra de responsabilidad frente a un tercero, el cual aún adquiriendo el carácter de deudor solidario sólo responde de la cantidad por la que esté afecta la finca. Esto es, no hay división de crédito, pero es como si la hubiera, resplandeciendo su unidad en el caso de que si la hipoteca no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación respecto de los titulares de derechos reales adquiridos después de inscrita la hipoteca (art. 121 de la Ley Hipotecaria).

b) Cuando se hipoteque una sola finca que luego se divida en otras diferentes; cuando se hipotequen varios derechos integrantes del dominio o participaciones proindiviso de una finca o derecho y cuando se constituye hipoteca por todos los diferentes propietarios de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, no hace falta la distribución del crédito o de la responsabilidad, pudiendo el acreedor repetir «por la totalidad de la suma asegurada» contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez (arts. 123 L. H. y 217, 218 del R. H.). Es decir, estamos ante un caso de

hipoteca solidaria, surgida por el principio de indivisibilidad de la hipoteca y sobre la base de protección de los derechos del acreedor.

El dogma de la accesoriedad quiebra de nuevo y en el primer caso contemplado, la hipoteca se emancipa del crédito en su posible cualidad de mancomunado o solidario, para otorgar al acreedor la facultad ejecutiva de toda obligación solidaria: por la totalidad del crédito y contra cualquiera de las fincas o contra todas a la vez.

Toda la problemática de la Resolución reside en averiguar si esta facultad que al acreedor se le reconoce en el caso de que su deudor o deudores modifiquen la unidad material de la finca, segregándola, dividiéndola y creando terceros poseedores, lleva consigo la facultad de concretar unilateralmente la garantía hipotecaria en una determinada finca de las segregadas o divididas, cancelando la que afecta a las demás. Y además, si esa cancelación y concreción de responsabilidad supone, para solucionar el problema por analogía, un supuesto de distribución de responsabilidad.

El concepto de distribución no excluye la liberación, pues nada impone que el reparto de responsabilidad tenga que ser igualitario, y de hecho no será por el distinto valor de las fincas y por la diferente situación de deuda de los diferentes propietarios. Por eso, en principio, la solución analógica que la resolución ofrece, encaja en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria antes apuntado. Pero debemos precisar más, considerando que si bien para la distribución igualitaria o desigual de la responsabilidad se exige por el artículo 123 de la Ley Hipotecaria el consentimiento del acreedor y del deudor (nunca de los terceros poseedores), para la cancelación parcial o total de la hipoteca, nunca se exige el consentimiento del deudor. Conforme al artículo 85 de la Ley Hipotecaria, sólo es preciso el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos. Claro que este consentimiento debe funcionar en correlación con el principio de especialidad provocando cancelaciones totales o parciales de gravámenes que afectan a fincas determinadas.

En el presente caso, el principio de especialidad se cumple dejando afectada cada nueva finca —formada por segregación o división de la primeramente hipotecada—, con la totalidad de la hipoteca, conforme disponen los artículos 46 y siguientes del Reglamento Hipotecario, y el sistema de arrastre de cargas que ordena el 51 del mismo texto legal. No se procede a una cancelación parcial, sino a cancelaciones totales de la hipoteca que afecta a tres de las fincas cuestionadas, dejando vigente la hipoteca en su totalidad sobre la cuarta. No puede alegarse perjuicio para el tercer poseedor de finca gravada con la totalidad de la hipoteca, pues éste, al hacer la adquisición, debió conocer la existencia de la hipoteca y tomar las medidas necesarias (retención o descuento), para cuando llegue el momento de la ejecución. Es decir, no se podría decir que existe una posible renuncia en perjuicio de tercero al amparo del artículo 4, 2, del Código civil.

Estimo que la posible razón de la doctrina sostenida por la resolución se basa en la redacción de la escritura que se presenta a inscripción y en la ausencia de valoración de las relaciones existentes entre los primitivos deudores y los actuales titulares hipotecarios. Como la primitiva finca ha quedado registralmente «cerrada» por haberse convertido en otras cuatro, ya no

puede operarse cancelando parcialmente la hipoteca que afectaba a la finca matriz, rectificando sucesivamente el «arrastre» de cargas de las demás fincas y, por ello, habrá de ir cancelando cada «arrastre» en forma independiente, como si se tratara de hipotecas diferentes, aunque sea una sola, que por la fuerza de la solidaridad afecta íntegramente a cada finca en particular.

De todas formas, se hace difícil pronunciarse por una u otra solución cuando la laguna legal deja el gran margen para la especulación doctrinal. No sucede así en otros Derechos extranjeros, donde el supuesto está previsto. Así, el B. G. B. alemán, en el párrafo 1.132, dispone que «Si en garantía de un crédito existe una hipoteca sobre varias fincas, cada finca responde por todo el crédito. El acreedor puede intentar la satisfacción, a su voluntad, a costa de cada una de las fincas, en todo o en parte. El acreedor está autorizado para distribuir la cuantía del crédito sobre las fincas singulares, de manera que cada finca responda solamente por la suma asignada. A esta distribución le son aplicables los artículos 875, 876 y 878».

A falta de precepto especial aplicable cabría pensar en una regulación similar a la que se desprende del Derecho alemán, o bien en una posible regulación especial de la hipoteca cambiaria, donde el precio pendiente representado por letras de cambio, implicase una previa distribución del crédito o de la responsabilidad entre los diferentes pisos o fincas de un edificio, supuesto éste, de indudable frecuencia en la práctica, ya que los Bancos no suelen proceder a una división del crédito hipotecario, subsistiendo éste íntegro frente a cada piso. La hipoteca cambiaria, con su posibilidad de cancelación parcial de la hipoteca, solucionaría infinidad de problemas de esta laguna legal.

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. NO SON INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO UNAS CERTIFICACIONES REFERENTES A UNA SUPUESTA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA QUE NO REÚNE LAS CONDICIONES DE TAL, SIENDO MÁS BIEN UN PERMISO O AUTORIZACIÓN SIN CARÁCTER REAL. (Resolución de 18 de abril de 1969, *Boletín Oficial* de 9 de mayo.)

Hechos.—En el año 1911 y por una Real Orden de 29 de junio, se concede a D. Domingo Figueroa Pedrero un aprovechamiento consistente en instalar en la época veraniega y durante diez años, una galería y sesenta casetas móviles en un trozo de terreno de trescientos metros de longitud de la zona marítimo-terrestre de la playa denominada «la Costilla», de la villa de Rota. Posteriormente, por otra Real Orden de 13 de julio de 1923, se modifica la condición primera de las establecidas en la anterior disposición, considerando que la concesión se otorga sin plazo limitado, pero pudiendo también cesar sin indemnización, siempre que lo exija el interés público. El día 30 de mayo de 1967 se expiden por el Ingeniero Jefe de la Sección Primera de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, dos certificaciones de las propuestas de las mencionadas Reales Ordenes a efectos de transferencia de la referida concesión.

Se presentan ante el Registro de la Propiedad y el Registrador, después de ejercer su función calificadoradora, decide denegar la inscripción sobre la base de los siguientes defectos: 1.º) No estar incluida la concesión en los artículos 60 al 72 del Reglamento Hipotecario, no podersele aplicar la regla general del artículo 31 del citado texto legal y carecer de trascendencia real inmobiliaria. 2.º) No tratarse de una verdadera concesión, sino de un *permiso* encajable en los artículos 35 y 36 de la Ley de Puertos, que concretado a instalaciones desmontables de carácter temporal-estacional, carece de la entidad inmobiliaria requerida para poder ser objeto de una inscripción hipotecaria y que no puede incluirse en las que se refiere el número 10 del artículo 331 del Código civil. 3.º) Alterarse institucionalmente el carácter propio de toda concesión en general, pues se realiza sin plazo limitado, cosa que corrobora el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado (15 de abril de 1964). 4.º) No ser título adecuado ni suficiente —en el aspecto formal—, las dos certificaciones presentadas, porque los términos en que se insertan las resoluciones en ellas reseñadas, más parecen una propuesta a S. M. que una auténtica disposición ministerial, no acompañándose los traslados de las dos disposiciones aludidas, ni documento alguno que permita conocer las circunstancias que, por exigencia de la regla 6.ª del artículo 9 y del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, y de la regla 10.ª del artículo 51 de su Reglamento, es necesario consignar en la inscripción que se pretende; pues si se omitiese una sola de ellas, o se expresase con inexactitud, sería nulo el asiento practicado, según dispone el artículo 30 de la mencionada Ley y, en relación con él, el párrafo 2 del artículo 98 del mismo Reglamento. 5.º) No consignarse la medida superficial, ni los linderos del trozo de la zona marítimo-terrestre afectado por las instalaciones estacionales que se autorizan. 6.º) La indeterminación del derecho cuya registración se pretende, pues se habla de una concesión temporal de análoga explotación, otorgada anteriormente a favor de otra persona, e implícitamente sobre el mismo trozo de terreno de la zona marítimo terrestre, provocando con ello un derecho ambiguo e impreciso. 7.º) No consignarse la edad y el estado civil del adquirente, datos que sirven para apreciar la capacidad del concesionario y el carácter privativo o ganancial de su adquisición. 8.º) No consignarse la diligencia de legitimación y legalización de la firma del funcionario que suscribe. 9.º) No acompañarse el duplicado de cada una de las certificaciones. Los tres primeros defectos se consideran como insubsanables, siendo subsanables los seis restantes, no procediendo anotación, aunque se pidiere.

El recurrente se limita a atacar los tres primeros defectos alegados por el Registrador en su nota. Frente al primero dice que la amplitud de términos en que se expresa el artículo 31 del Reglamento Hipotecario no existe limitación para que la concesión cuestionada tenga acceso al Registro. Respecto al segundo se dice que el Registrador debe limitarse a inscribir los derechos que concretamente resulten de los documentos presentados, sin que se encuentre facultado para determinar el alcance de los mismos y que lo que se otorgó a favor del Sr. Figueroa Pedrero fue una concesión encuadrada entre las que regula la Ley de Puertos de 1880 entonces vigente, o lo que es lo mismo, un derecho a ocupar sin contradicción alguna y frente a todos, un tramo de la zona marítimo-terrestre para el uso propio de la misma en

tiempo de baños, sin que obste que se trate de instalaciones desmontables ni de que sea necesario el permiso administrativo a que quedó sometida la concesión. Por lo que se refiere al tercer defecto, se alega que la calificación registral debe concretarse al estado legal del otorgamiento del documento y no a los que posteriormente puedan producirse, por lo que la alegación de la Ley del Patrimonio del Estado sólo puede invocarse para considerar vigente la Ley de Puertos de 1880 y 1928, que en la tabla derogatoria sólo figuran en lo que respecta al artículo 2 de la primera, por lo que la temporalidad o permanencia de la concesión queda sujeta a dicha norma.

El Registrador de la Propiedad, que ya se había mostrado pródigo en la nota calificadora, aporta en su informe más argumentos. Entre ellos está el de la incongruencia entre la impugnación de los tres primeros defectos y la falta de ataque del resto, lo que supone no poder nunca hacer la inscripción mientras no se subsanen; falta de transcripción literal de las Reales Ordenes de 1911 y 1923, faltando la aprobación real; que mientras en la primera se establece una concesión, en la segunda sólo existe una prórroga; que aunque en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario no existe el sistema del *numerus clausus*, ello no supone admitir todas aquellas que no tengan trascendencia real, debiendo ser verdaderos derechos reales administrativos y no situaciones de precario; que la concesión se hace dejando a salvo los derechos que sobre el mismo terreno pudiera tener otro concesionario anterior y que estos permisos cesarán sin derecho a indemnización siempre que lo exija el interés público, lo cual hace suponer, junto con la necesidad de la autorización anual del Gobernador de la Provincia, que no se trata de un verdadero derecho real oponible *erga omnes* y sí un simple permiso administrativo similar a los cientos de ellos que todos los años conceden las Jefaturas Regionales de Costas, dependientes de la Junta Central de Puertos, autorizando a los particulares para instalar en las playas casetas de baños para uso privado o industrial; que reiterada jurisprudencia afirma que la nota diferenciadora de los permisos y autorizaciones portuarios frente a las concesiones de igual índole, es la revocabilidad de las autorizaciones o permisos sin derecho a indemnización; que el artículo 42 de la Ley de Puertos se refiere a autorizaciones que pueden ser temporales o permanentes y no a las concesiones, y que la misma ley —aplicable por la fecha de las certificaciones—, exige que la concesión debe contener un plazo, mientras que para los permisos no se exige un plazo determinado, por lo que la concesión inicial de 1911 quedó convertida en el año 1923 en un simple permiso de aprovechamiento, temporal, libremente revocable y sin derecho a indemnización.

El Presidente de la Audiencia revoca los tres primeros defectos de la nota del Registrador en base de argumentos similares a los utilizados por el recurrente, y el funcionario que calificó entabla recurso ante la Dirección General, que revoca parcialmente el auto apelado, confirmando los dos primeros defectos registrales en la forma que veremos.

Doctrina.—El problema central que plantea el expediente es el de si puede tener acceso al Registro la denominada «concesión» o «autorización» para utilizar en una zona de la Playa de Rota el establecimiento de galería y casetas móviles con destino a baños, durante la temporada comprendida entre el 15 de junio y el 15 de octubre de cada año.

El sistema seguido por la legislación hipotecaria es admitir a registraci3n las concesiones administrativas, siempre que tengan trascendencia real en base a la naturaleza de bienes inmuebles que a las mismas reconoce el art3culo 334 del C3digo civil, regulando el Reglamento Hipotecario en forma especial, la inscripci3n de las aguas, minas y obras p3blicas, pero sin que ello quiera decir que la enumeraci3n sea limitativa, pues deben admitirse a inscripci3n todas aquellas que por sus caracter3sticas y efectos, puedan ser consideradas como verdaderas concesiones administrativas.

La Ley de Puertos de 1880 no es muy precisa en su terminolog3a, pero permite distinguir en ella varios t3rminos con un contenido determinado, utiliz3ndose el de «autorizaci3n» (arts. 38, 43, 44, 47, 51 y 53), con un sentido m3s amplio que el de concesi3n; emple3ndose el de «permiso» (art3culos 39, 40 y 41), como la autorizaci3n de grado inferior y de car3cter precario, pudiendo caducar sin derecho a indemnizaci3n; reservando el concepto de «concesi3n» para aquellas variantes de las autorizaciones (art3culos 46, 48, 50, 52, 54, 55, 56, 57 y 58), que no tienen necesariamente un car3cter precario, que se otorgan por tiempo fijo (art. 58), y que en caso de cesar antes de terminar 3ste, dan lugar a indemnizaci3n, si bien 3sta consiste en el valor de las obras realizadas (art. 50); emple3ndose el t3rmino «licencia» en un solo caso (art. 51, 3.º), como sin3nimo de «permiso» antes aludido.

A la luz de estos preceptos, se hace preciso diferenciar entre la Real Orden de 1911, que otorga al interesado una verdadera concesi3n o derecho a instalar una galer3a general y sesenta casetas movibles, durante la temporada de verano, por un plazo fijo (diez a3os), y con derecho a indemnizaci3n conforme al art3culo 50 de la Ley de Puertos, y el acto administrativo posterior contenido en la Real Orden de 1923, que modifica los t3rminos de la anterior, en cuanto que la autorizaci3n qued3 sin plazo fijo y, lo que es m3s importante, sujeta no al sistema de indemnizaci3n, sino al de absoluta carencia de 3sta, de conformidad con el art3culo 41, de lo que se deduce que lo que empez3 siendo una «concesi3n» pas3 a ser, en virtud de posterior acto administrativo, a un simple «permiso» a t3tulo precario, sin sujeci3n a plazo y sin derecho a indemnizaci3n en caso de revocaci3n de aqu3l.

Teniendo en cuenta que s3lo deben acceder al Registro aquellas situaciones que supongan verdaderos derechos reales oponibles a terceros y que vinculen a la Administraci3n durante un determinado plazo, pero no aquellas que puedan cesar en cualquier momento, sin derecho a indemnizaci3n, por decisi3n unilateral de la entidad concesionaria, situaciones calificadas de «permisos» por la Ley de Puertos, el interesado no goza de ning3n derecho real, ni siquiera del subjetivo por carencia de obligatoriedad o v3nculo obligatorio. No obstante, es preciso aclarar que el otorgamiento de una concesi3n sin sujeci3n a plano no supone, por s3 s3lo, un defecto que impida la inscripci3n, ya que como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1966, en este caso puede considerarse como que su duraci3n es de noventa y nueve a3os por aplicaci3n del tope se3alado en el art3culo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Por todo ello, confirma los dos primeros defectos de la nota del Registrador, y revoca parcialmente el auto apelado en cuanto a ellos.

Consideraciones críticas.

Debemos anticipar que la doctrina de la Dirección General en este caso es acertadísima, pues, penetrando en el campo administrativo de la Ley de Puertos, logra ofrecernos las tres posibles figuras que los actos de autorización de uso y aprovechamiento de terrenos del dominio público ofrecen al intérprete: la concesión, el permiso y la autorización. La concesión y el permiso no son más que variantes del concepto genérico de la autorización. La concesión se matiza por la existencia de un plazo (expreso o tácitamente marcado en los noventa y nueve años), y la posibilidad de una indemnización caso de que el plazo de caducidad se anticipe. Nada de esto sucede en el caso del permiso, al que se califica de situación de precario.

La *concepción plana* del Derecho de que nos habla García de Enterría (*Legislación delegada y control judicial*, Madrid, 1970, pág. 7), impide al «privatista» ver esa gran «tercera dimensión» del orden administrativo. Por eso, es necesario acudir a una precisión de conceptos que se aislen un poco de los tradicionalmente admitidos por nuestro núcleo central jurídico. Confieso sinceramente que se me hace muy cuesta arriba admitir la existencia de una «situación precaria» basada en un título, cuando civilmente entendimos que el «precario» era aquella situación de posesión de hecho o «posesión sin derecho para tenerla» (Sentencias de 5 de diciembre de 1934 y 26 de junio de 1947), y aquí se parte de la base de una Real Orden de 1911 que otorga una concesión, es decir, que crea un título, que luego se prorroga en su plazo eliminando la posibilidad de una indemnización. Realmente si estamos ante una situación de precario, no hacía falta negarle a la misma el carácter de trascendencia real, ya que podría bastar el artículo 5 de la Ley Hipotecaria que niega la inscripción a los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer. Debemos entender por título aquí, el concepto documental del mismo, ya que el precario puede existir aun estando contenido en una escritura pública, pues ésta no servirá más que como acto declarativo o para facilitar la prueba, llegado el momento, del concepto en que el precarista posee.

Aunque la visión administrativa discrepe de los tradicionales conceptos admitidos por el Derecho Privado, en materia de precario parece que coincide. Moreno Moncholí (*El precario*, Barcelona, 1951), y García Valcárcel (*Ambito del juicio de desahucio por precario*, R. D. Notarial, 1955, número 8, página 295), precisan que en el precario no existe vínculo obligatorio, pues no existe obligación en el concedente, que en cualquier momento puede revocar su liberalidad, ni en el precarista, que no se ha ligado a vínculo de clase alguna, pues no puede hacerlo donde no existe bilateralidad.

Estas notas parecen predicarse de una de las clases de autorización que la Ley de Puertos denomina «permisos», pues en ellos existe una situación de disfrute, sin sujeción a plazo, con posibilidad de revocación por la parte concedente y sin derecho a indemnización. Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, Tomo II, pág. 452), nos da también la misma clave al referirse, en general, a las autorizaciones administrativas sobre el uso especial del dominio público, las cuales tienen cuatro grandes rasgos: 1) Son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio, al «que el particular no podía alegar derecho alguno. 2) Se trata de actos uni-

laterales, aunque otorgados a petición del particular, mientras que la concesión admite la posibilidad de un carácter contractual. 3) Es acto revocable, lo que determina una situación de precario para el autorizado. 4) El otorgamiento de estos permisos puede someterse a la exacción de una tasa.

Frente a estos permisos existe distintivamente la concesión, en la que el autor antes citado dice que surge el disfrute exclusivo de un bien de dominio público, en el que el acto puede calificarse de contractual, según la tesis de Villar Palasí (*Naturaleza y regulación de la concesión minera*, «Revista de Admon. Pública», número 1, 1950, pág. 92), y Entrena Cuesta (*El dominio público de los hidrocarburos*, «Rev. de Admon. Pública», número 29, 1959, página 356), y su naturaleza puede calificarse de real, admitiendo la posibilidad de los derechos reales administrativos a favor de particulares que producen la situación de *erga omnes* en que se encuentra el concesionario, por la posibilidad que tiene de perseguir su derecho frente a terceros. No otra cosa es la definición que diera Roca Sastre (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1946, Tomo II, pág. 712), «la concesión administrativa es un acto de la Administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular, un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva».

De lo cual se deduce que si concesión y permiso, aunque pertenezcan a la misma rama de las autorizaciones, se diferencian netamente, no es viable la inscripción del permiso al amparo del artículo 31 del Reglamento Hipotecario. Pero si la diferencia entre una y otra figura se hace depender únicamente de la revocabilidad y de la falta de indemnización, como parece apuntar también el Tribunal Supremo en diversas Sentencias de 13 de diciembre de 1950 y 13 de octubre de 1964, el permiso podría tener acceso al Registro como tantos otros actos revocables (piénsese en las donaciones, en los actos condicionales, en las ventas a retro, etc.), o bien por el cauce de los actos modificativos del dominio de que habla el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento, o por el criterio de analogía con la concesión.

Estimo que la razón diferenciadora entre una y otra figura está en la situación posesoria o de precario en que se sitúa al que se le concede el permiso y la razón, por tanto, de la denegación de la inscripción está más que en el no encaje del artículo 31 del Reglamento Hipotecario, en la aplicación del artículo 5 de la Ley Hipotecaria. Aparte de ello, el permiso en la forma en que se concedió, no respondía a lo que Garrido Falla (obra citada), llama otorgamiento de un derecho *ex novo* bajo el principio «sin perjuicio de terceros», que supone una doble limitación para la Administración: de una parte, impide conceder lo que ya estaba concedido, y de otra, impide a la Administración alterar las situaciones jurídicas civiles, para lo que carece de competencia.

Tanto en la nota del Registrador, como en las alegaciones del recurrente y la solución que la Dirección General da al caso, se utiliza por analogía el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado, unos para admitirlo y otros para rechazarlo. La situación a que hace referencia este artículo, en su poco acertada redacción, es la de bienes demaniales (quedan, por ello, marginados los bienes patrimoniales del Estado), en su doble cualidad de afectados a un servicio público o destinados a un uso público. Sobre ambas clases de

bienes parece que cabe o «una concesión o una autorización» (el artículo 127, precisa: *concesión y autorización*), aunque luego ambas figuras tienen el mismo trato, e incluso se otorga a las mismas el derecho de adquisición preferente a que se refiere el artículo 128. Aparte de que este artículo, por razones de aplicación en el tiempo, es de difícil incorporación al caso resuelto, no aporta grandes claridades al deslinde de las figuras que tanto la Ley de Puertos, como la doctrina y la misma Dirección General, nos brinda en este singular recurso gubernativo.